

*Signatures
internationales*

Signatures Internationales

L'Association Française des Docteurs en Droit à l'écoute du Monde



Conseil scientifique :

Hélène Aubry, professeur à l'Université de Paris-Saclay

Hugo Barbier, professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Frédéric Dal Vecchio, avocat au Barreau des Hauts-de-Seine

Ariane Guignot-de Guillenchmidt, avocat au Barreau de Paris

Franck Julien, juriste de banque, professeur associé à l'Université de Paris II

Cécile Le Gallou, maître de conférences à l'Université de Toulouse-Capitole

Guillaume Maire, maître de conférences à l'Université de Metz

Kamalia Mehtiyeva-Barbier, maître de conférences à l'Université de Paris I

Jacques Mestre, président de l'AFDD

Béatrice Parance, professeur à l'Université de Paris VIII

David Richard, avocat au Barreau de Paris

Rédactrice en chef :

Sandie Lacroix-de Sousa, maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans

Les contacts sont à établir à l'adresse suivante : sandie.lacroix@univ-orleans.fr

Avant-propos

Déjà le numéro... 2 ! Après le premier exemplaire de *Signatures Internationales* qui avait choisi d'honorer l'intitulé de la revue en se tournant vers les signatures, manuscrite et électronique, voici donc un nouveau numéro qui, lui, s'est résolument tourné vers ce mode essentiel de résolution des conflits qu'est l'arbitrage. Se voulant fidèle aux orientations de notre Association Française des Docteurs en Droit, ce numéro a privilégié la dimension internationale de l'approche, et en même temps son orientation pratique, à travers notamment toute une série de contributions consacrées aux bonnes (ou mauvaises !) pratiques de l'arbitrage ainsi qu'au soutien très concret qu'apportent les chambres d'arbitrage à l'essor de cette justice.

Mais là ne s'arrête pas, au demeurant, l'intérêt de ce numéro ! Car, à côté du dossier thématique, les lecteurs pourront également découvrir, avec beaucoup de plaisir, bien d'autres rubriques que l'on pourrait presque, désormais, qualifier d'habituelles : les messages, toujours très riches, de plusieurs de nos correspondants étrangers, la présentation d'une thèse de doctorat, des variétés permettant de mieux connaître l'actualité des droits étrangers ou de mieux comprendre les questions sociétales, la présentation de chaires universitaires transnationales ou encore les appels à communication destinés à fortifier la recherche par-delà les frontières...

Et puis aussi, en point d'orgue, l'interview d'un grand juriste qui, ce mois-ci, est Jean-Michel Blanquer, notre Ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports. C'est peu de dire que l'AFDD est très fière d'accueillir cet interview, et très heureuse d'inviter ses lecteurs à découvrir les souvenirs, les réflexions, et même les conseils doctoraux de ce grand professeur de droit public et de cet homme d'État !

Un tout dernier point : partie sur de si bonnes bases, notre revue ne s'arrêtera pas, rassurez-vous, au n°2... Alors, cap déjà sur le n°3 qui, comme vous pourrez le voir en fin de revue, se tournera, dans le cadre de son dossier thématique, vers les Cerveaux vus par les juristes, avec une remise des contributions d'ici juillet prochain !

Sandie LACROIX-DE SOUSA

Jacques MESTRE

Sommaire

Bulletin n°2 – avril 2021

Page 9 : **Le réseau international de l'AFDD**

Page 12 : **Paroles de correspondants**

Adina ONOFREI, correspondante Belgique

Adama COULIBALY, correspondant Mali

Ermanno CALZOLAIO, correspondant Italie

Jérémie TORRES-CEYTE, correspondant Canada

Vaïk MULLER, correspondant Suisse

Page 22 : **Portrait d'un grand juriste**

Jean-Michel BLANQUER, Ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports

Page 27 : **Le Dossier thématique : L'arbitrage**

Pratiques arbitrales :

Thomas CLAY, Bonnes et mauvaises pratiques en matière d'arbitrage

Joseph DJOGBENOU, Quelques considérations sur le temps et l'arbitrage : l'absorption du délai raisonnable par l'instance arbitrale est-elle absolue ?

Philippe DELEBECQUE, Bonnes pratiques de l'arbitrage, L'arbitrage maritime : un modèle ?

Béatrice FAVAREL, Bonnes et mauvaises pratiques de l'arbitrage international, Quelques réflexions tirées de l'expérience du procès arbitral

Dominique VIDAL, Trois petites expériences révélatrices de la logique de l'arbitrage

Laura WEILLER, Brèves réflexions sur les bonnes pratiques dans l'arbitrage

Marcel FONTAINE, Défaut de paiement des provisions d'arbitrage : remèdes, solidarité des parties ?

Pierre MOUSSERON, La conservation par les arbitres des honoraires d'arbitrage en cas de transaction entre les parties

Jacques MESTRE, Petit guide pour la rédaction d'un acte de mission

Tendances du Droit de l'arbitrage

Sergii MELNYK, Ukrainian arbitration reform: overview of key legislation changes and selected jurisprudence

Hugo BARBIER, De l'essor, actuel et à venir, des règles matérielles dans l'arbitrage international

Héloïse MEUR, Les transformations de l'arbitrabilité à l'aune de l'évolution des fonctions de l'arbitrage

André Kouamé Guillaume NGUETTA, L'arbitrabilité en droit OHADA

Jean-Pierre GRANDJEAN, Marguerite AYNES et Alexander SCHOLTEN, 10th anniversary of the reform of French arbitration law

Ana-Maria ILCHEVA, L'arbitrage en droit bulgare

Sonia Mireille FOTUE, L'obligation de célérité dans l'arbitrage OHADA : Analyse à partie de l'Acte uniforme relatif à l'Arbitrage révisé

Michel MENJUCQ, Procédures collectives et arbitrage : Éléments de clarification

Gilbert PARLÉANI, Litiges de consommation : l'article 1448 du Code de procédure civile fait de la clause d'arbitrage une renonciation « abusive »

Charlemagne DAGBEDJI, De l'abus de cause compromissaire dans les contrats internationaux de consommation (À propos d'un récent arrêt de la Cour de cassation)

Institutions d'arbitrage – Clubs de réflexion

Yves PICOD, La Cour d'arbitrage de la Principauté d'Andorre

Akuété SANTOS et Koffi Mawunyo AGBENOTO, La Cour d'arbitrage du Togo

Le Club de l'arbitrage : une association créée par de jeunes docteurs et doctorants passionnés par l'arbitrage (Natalia GAUCHER)

La récente création, à Aix-en-Provence, d'une Chambre d'arbitrage résolument tournée vers l'étranger

Page 250 : L'Actualité de l'étranger

Le droit de la faillite libanais

Cybele JALLOUL

Page 254 : Sociétés d'ailleurs

Sociétés matriarcales

Norbert ROULAND

Page 264 : **Lumière sur une thèse**

La fraude et l'arbitrage

Yagmur HORTOGLU

Page 271 : **Chaire de l'étranger**

Mariève LACROIX et Olivier GOUT

Page 275 : **Appels à communication**

Page 288 : **Thème du prochain numéro**

Le réseau international de l'AFDD

Pour les Droits Étrangers, les éclairages nous seront proposés par des Correspondants, le plus souvent présents dans le pays considéré. Merci à tous de travailler ainsi étroitement avec notre Association, et d'être en quelque sorte nos Ambassadeurs pour donner une réalité très concrète et vivante à l'approche comparative qui est placée au cœur de notre revue *Signatures internationales*.

D'ores et déjà, près d'une cinquantaine de pays sont ainsi représentés, et cette liste ne demande naturellement qu'à s'étoffer encore, avec de nouveaux Correspondants qui accepteraient de nous rejoindre pour faire mieux connaître leur droit national.

Algérie

Mostefa MAOUENE

Professeur de droit, Université de Sidi Bel Abbès
maouene_mostefa@yahoo.fr

Italie

Ermanno CALZOLAIO

Doyen, Faculté de droit de Macerata
ermanno.calzolaio@unimc.it

Allemagne

Francis LIMBACH

Professeur de droit, Université de Kiel, avocat
flimbach@law.uni-kiel.de

Japon

Asaya OSHASI

Professeur, Université de Waseda, Tokyo
asaya@waseda.jp

Arabie Saoudite

Osman KHALAK

Professeur de droit, Université du roi Faisal
osmankhalak@yahoo.fr

Liban

Aurélien KALAKECH

Maître-assistante, Beyrouth
aureliek@hotmail.com

Azerbaïdjan

Kamalia MEHTIYEVA-BARBIER

Maître de conférences en droit privé,
Université Paris I
kamalia.mehtiyeva@yahoo.fr

Luxembourg

Frédérique BOULANGER

Doctorante, Université du Luxembourg
frederique.boulangier@uni.lu

Belgique

Adina ONOFREI

Fonctionnaire à la Commission européenne
adina.onofrei@proximus.be

Mali

Adama COULIBALY

Directeur juridique Service Lutte contre l'argent illicite
adcoulibaly@oclei.ml

Bénin

Éric DEWEDI

Professeur de droit, Université de Parakou

edewedi@gmail.com

Brésil

Juliano BARRA

Avocat, professeur associé

jsbarra@uol.com.br

Bulgarie

Konstantin ILCHEV et Ana-Maria ILCHEVA

Docteurs, Université de Nice

ilchevkonstantin@gmail.com

ana-maria.ilcheva@gmail.com

Burkina-Faso

G. René LALOU

Enseignant-chercheur,

Université de Ouagadougou II

lanou.r@gmail.com

Cambodge

Antoine FONTAINE

Avocat

fontaine@bun-associates.com

Chamroueun HEL

Directeur général au Ministère de l'Économie

helchamroeun2000@yahoo.fr

Cameroun

Monique MOUTHIEU NJANDEU

Professeur Univ. Yaoundé II

mouthieu2012@yahoo.fr

Canada

Jérémie TORRES-CEYTE

Professeur de droit Université de Montréal

jeremie.torres-ceyte@umontreal.ca

Maroc

Mohammed Kamal DAOUDI

Président de chambre à la Cour des comptes

kamal.daoudi@courdescomptes.ma

Mexique

Gabriela RODRIGUEZ ARGUIJO

Avocate

g.rodriquezarguijo@ibfd.org

Monaco

Vincent de BONNAFOS

Conseil juridique

vincent.debonnafos@gmail.com

Niger

Halima ZAKI MOUSSA

Enseignant-chercheur Université de Tahoua

zaki.halima@yahoo.fr

Pologne

Piotr SZWEDO

Maître de conférences HDR, Université Jagellonne

piotr.szwedo@uj.edu.pl

République Démocratique du Congo

Grégoire BAKANDEJA

Professeur de droit

gbakandeja2002@yahoo.fr

Roumanie

Catalina ASASILENCEI

Collège juridique Franco-Roumain d'études européennes

catalina.avsg@gmail.com

Russie

Hugo BARBIER

Professeur de droit privé, Université Aix-Marseille

hugobarbier@hotmail.com

Chili

Gonzalo RUZ

Professeur de droit Santiago, magistrat

gonzalo_ruz@yahoo.fr

Chine

Isabelle WANG-FOUCHER

Maître de conférences en droit privé

wangisabelle@yahoo.com

Chypre

Charikleia VLACHOU

Maître de conférences en droit public, Université de Chypre

charavlachou@gmail.com

Colombie

Felipe CALDERON-VALENCIA

Professeur, Université de Medellin

felipecalderonvalencia@gmail.com

Congo

Elie LOKO-BALOSSA

Professeur de droit, Brazzaville

eilokobalossa@yahoo.fr

Côte d'Ivoire

Etienne Alla KOFFI

Professeur de droit, Université d'Abidjan

a.kem1@hotmail.fr

Dubaï

Lamia KHEIR BEK

Juriste d'entreprise

lamiakb@hotmail.com

Espagne et Andorre

Yves PICOD

Doyen honoraire
Faculté de droit de Perpignan

picod@univ-perp.fr

Sénégal

Ndiaw DIOUF

Vice-Président du Conseil constitutionnel

Secrétaire Général de la Conférence des Cours constitutionnelles d'Afrique

ndiaw@yahoo.fr

Singapour

Renée KADDOUCH

Avocate

renee.kaddouch@gmail.com

Suisse

Vaïk MULLER

Avocat

muller@tavernierschanz.com

Syrie

Fouad DIB

Doyen honoraire de la Faculté de droit de Damas

f.r.dib@hotmail.fr

Thaïlande

Aimpaga TECHA APIKUN

Professeur, Université Thamassat, Bangkok

aimpaga@gmail.com

et

Prangtip RABIEB

Juriste au Conseil d'État, Bangkok

rprangtip@yahoo.com

Togo

Laurent AGBENOTO

Professeur Faculté de droit de Lomé

mllaurenta@yahoo.fr

Tunisie

Aïda CAID ESSEBSI

Maître de conférences agrégée,

Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales
de Tunis (Université de Carthage – Tunisie)

aida.caidessebsi@planet.tn

et

Égypte

Mohammad KASSEM
Professeur, Université d'Alexandrie
kassem1805@hotmail.com

États-Unis d'Amérique

Jean-Christophe RODA
Professeur de droit privé, Université Lyon III
jeanchristophe.roda@yahoo.fr
et

Gérard GUYARD,
Docteur en droit, chef d'entreprise
gerard.guyard@gravotech.com

Grande-Bretagne

Cécile LE GALLOU
Maître de conférences, Université de Toulouse
clegallou@gmail.com
pour l'Ecosse :
Irène COUZIGOU
Senior Lecturer, Faculté de droit d'Aberdeen
irene.couzigou@abdn.ac.uk

Grèce

Christos MASTROKOSTAS
Doyen Faculté de droit de Thessalonique
cmastrok@gmail.com

Inde

Laure MERLAND
Maître de conférences en droit privé
Université Aix-Marseille
lauremerland@free.fr

Irak

Kheir OBBED
Professeur, Université de Babylon
khairobbd@yahoo.fr

Iran

Saïd SHOJAEI
Maître-assistant
Université Beheshti de Téhéran
said.shojaei@yahoo.fr

Nawel BELHAJ
Avocate, enseignante, Tunisie
nawelbelhaj1@gmail.com

Turquie

Kamalia MEHTIYEVA-BARBIER
Maître de conférences, Université Paris I
kamalia.mehtiyeva@yahoo.fr

Viet Nam

Do VAN DAI
Vice-doyen Faculté de droit de Ho-Chi-Minh Ville
tsdovandai@yahoo.fr

Paroles de Correspondants

Dans chaque numéro, plusieurs Correspondants de l'AFDD présentent leur parcours et leurs centres d'intérêt. Ce mois-ci, la parole est donnée à cinq d'entre eux, présents sur les continents européen, africain et américain :

Adina ONOFREI, Correspondante AFDD en Belgique



« L'AFDD constitue l'opportunité d'une part, de retrouvailles avec notre milieu de formation et, d'autre part, d'enrichissement intellectuel par l'échange avec de brillants juristes de formation française ».

Adina ONOFREI est juriste de formation française et titulaire d'un doctorat en Droit de l'Université de Panthéon-Sorbonne (Paris 1). Elle travaille actuellement à la **Commission européenne à Bruxelles**.

Les opinions exprimées ci-dessous le sont en nom personnel et n'engagent que leur auteur.

Q. : Pourquoi avoir accepté la mission de correspondant AFDD à Bruxelles ?

R. : Pendant mes études en France, j'ai eu la chance d'entendre, d'être formée par, et de discuter avec les plus éminents juristes, à commencer par mon directeur de recherches, le Professeur émérite Dominique Carreau. L'AFDD me permet à présent de retrouver ce cadre, dans un environnement multidisciplinaire, avec des juristes spécialisés dans différents domaines juridiques.

Q. : Pouvez-vous nous présenter sommairement votre parcours ?

R. : C'est à l'Institut universitaire européen (IUE) situé à Florence, que l'intérêt d'une réflexion transversale a gagné tout le respect de la jeune juriste que j'étais à l'époque, persuadée jusqu'alors que les débats les plus passionnants seraient ceux menés avec des juristes de notre branche. Cette institution, unique en son genre,

n'accueille que les étudiants en 3^{ème} cycle et des chercheurs triés sur le volet, pour la plupart des doctorants qui y préparent leurs thèses dans l'une des quatre disciplines autour desquelles se concentre l'activité de l'IUE, dont le Droit. Là-bas, nichées dans les collines toscanes, dont la ligne d'horizon a fait rêver de nombreux peintres, se trouvent les archives historiques de l'Union, ainsi qu'une grande bibliothèque qui ne peut qu'enchanter le chercheur assoiffé. Un cadre, en somme, où le temps s'arrête pour faire place à la réflexion et à l'échange. Parmi ces échanges, j'ai découvert les discussions entre chercheurs de spécialités différentes autour des sujets de recherche de certains d'entre eux, et avec elles l'importance de l'analyse d'un même sujet du point de vue de juristes formés dans d'autres branches, régies par des principes et des logiques différentes et parfois divergentes.

Mon expérience à Bruxelles n'a fait que renforcer ma conviction dans l'importance de l'échange, y compris avec des juristes issus de cultures juridiques différentes. La confrontation avec d'autres manières de comprendre et de concevoir les choses peut parfois nous ouvrir de nouvelles fenêtres sur l'éventail des possibilités d'analyse.

Ce sont ces expériences, parmi d'autres, qui renforcent ma conviction dans la valeur ajoutée de l'AFDD. L'AFDD constitue l'opportunité d'une part, de retrouvailles avec notre milieu de formation et, d'autre part, d'enrichissement intellectuel par l'échange avec de brillants juristes de formation française. Comme l'écrivait si bien George Bernard Shaw, « *[s]i tu as une pomme, que j'ai une pomme, et que l'on échange nos pommes, nous aurons chacun une pomme. Mais si tu as une idée, que j'ai une idée et que l'on échange nos idées, nous aurons chacun deux idées* ».

Adama COULIBALY, Correspondant AFDD au Mali



« l'AFDD offre un espace d'échanges et d'apprentissage aussi bien pour moi que pour mes collègues du Mali ».

Né le 31 décembre 1984 à Bamako, Adama COULIBALY est un magistrat malien, titulaire d'un Diplôme d'Études Approfondies en droit privé général et d'un doctorat en droit privé de l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar. Diplômé de l'École Nationale de la Magistrature de la France, il enseigne le droit depuis une dizaine d'années et est actuellement **chef du Service Juridique de l'Office central de Lutte contre l'Enrichissement Illicite au Mali (OCLEI).**

Il a commencé sa carrière de magistrat en 2012. Il a ensuite été, successivement, juge au siège, puis substitut du procureur de 2015 à 2019, avant de rejoindre l'OCLEI.

Son sujet de thèse portait sur : *« l'analyse de concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal et du Mali »* et ses recherches actuelles sont consacrées à l'enrichissement illicite et aux infractions financières.

Q. : Pour quelles raisons avez-vous accepté la mission de Correspondant AFDD au Mali ?

R. : J'ai accepté d'être correspondant de l'AFDD d'une part, parce que la recherche me passionne et que j'ai une considération particulière pour le Professeur Jacques Mestre qui est une référence dans le domaine du Droit. D'autre part, l'AFDD offre un espace d'échanges et d'apprentissage aussi bien pour ma modeste personne que pour mes collègues du Mali.

Le Droit est une matière vivante avec ses particularités environnementales, il est donc nécessaire d'avoir un regard sur son évolution. Dans une logique de recherche, d'information et d'apprentissage, il est tout aussi nécessaire et intéressant de savoir ce que font les autres.

Q. : Quelles opportunités professionnelles le Doctorat en droit offre-t-il au Mali ?

R. : Le Doctorat permet au-delà de toute autre considération, d'avoir une certaine assise intellectuelle, une logique de réflexion et d'analyse. Au Mali, le Doctorat ouvre la porte sur plusieurs métiers du Droit aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé comme l'enseignement, la magistrature, le barreau, le notariat *etc.*

Les textes, au Mali, prévoient en général que lors des concours d'entrée à certaines fonctions, cinq pourcent (5%) des places disponibles sont réservées aux docteurs en droit, ce qui est une certaine reconnaissance de ce titre et du mérite qui va avec.

Ermanno CALZOLAIO, Correspondant AFDD en Italie



« L'approche internationale et comparative est incontournable pour saisir la complexité et l'étendue du Droit. Par son action, l'AFDD contribue précieusement à la diffusion de la culture des sciences juridiques à travers le monde »

Ermanno CALZOLAIO est **professeur de Systèmes Juridiques Comparés et de Droit Privé Comparé à l'Université de Macerata (Italie)**. Doyen de la Faculté de Droit de 2012 à 2018, il est maintenant le responsable du projet « Départements d'Excellence » financé par le Ministère de l'Enseignement supérieur italien relatif aux rapports entre droit et nouvelles technologies.

Auteur de nombreuses publications, il est professeur invité dans plusieurs Universités (Faculté de Droit d'Orléans, *Shanghai University of Political Sciences and Law*, *Beijing Normal University*).

Il est membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé et de l'Association Italienne de Droit Comparé. Ses recherches ont pour objet le rôle de la jurisprudence dans la comparaison *civil law/common law*, le droit des contrats, la propriété et le droit des successions.

Q. : Quelles sont vos thématiques de recherche/projets de recherche actuels ?

R. : Animé par la conviction profonde que l'approche comparatiste est incontournable pour saisir toute l'étendue du droit, mes recherches s'intéressent avant tout au rôle de la jurisprudence et à la comparaison *civil law - common law*. Elles portent également sur le droit européen et sur plusieurs thématiques relevant du droit privé, comme le droit des contrats, le droit des successions (en particulier la réserve héréditaire), la propriété et le statut de la personne.

Actuellement, mes travaux se concentrent plus précisément sur le rapport entre le Droit et les nouvelles technologies, en particulier sur les effets de l'emploi massif de l'intelligence artificielle sur les notions traditionnelles du droit privé (la décision, la nature juridique des « *crypto-assets* » etc.).

Q. : Quelles perspectives professionnelles le doctorat en droit offre-t-il dans votre pays ?

R. : Le doctorat en Italie connaît, depuis quelques années, une transformation profonde. Pendant longtemps, les cours ont été ancrés dans une perspective de spécialisation. Désormais, les écoles doctorales sont interdisciplinaires (en droit, elles regroupent tous les domaines des sciences juridiques : droit international, droit européen, droit public, droit privé...) et elles défendent ardemment le titre de docteur de recherche qui reste la voie préférentielle pour l'accès à la carrière universitaire.

Vaïk MÜLLER, Correspondant AFDD en Suisse



« Je vois dans l'AFDD une possibilité de faire de nouvelles rencontres académiques et humaines et de pouvoir envisager de nouvelles opportunités pour des contributions, des colloques ou des séminaires avec des personnes issues de milieux professionnels variés (monde académique, barreau et entreprise) ».

Vaïk MÜLLER est **avocat** au barreau (Genève) et **Docteur en droit** (Zurich). Il conseille régulièrement des institutions financières et des investisseurs suisses et étrangers sur des **questions réglementaires et corporate**.

Sa pratique couvre un large éventail de questions réglementaires et juridiques locales et transfrontalières, notamment les fonds, les produits dérivés, la conformité et la lutte contre le blanchiment d'argent. Il est également actif dans le domaine du capital-investissement, du droit des sociétés et des transactions commerciales et financières complexes.

Q. : Quel était le sujet de votre thèse et quels sont vos projets de recherche actuels ?

R. : Mon sujet de thèse portait sur les obligations et la responsabilité du dépositaire de placements collectifs en droit suisse et français. Cette approche comparée devait permettre d'éclairer le droit suisse à la lumière des développements jurisprudentiels français et législatifs européens qui étaient alors significatifs.

Actuellement, étant avocat, il me paraît difficile de parler de projets de recherche au sens universitaire du terme, les questions des clients possédant souvent une dimension "pratico-pratique" marquée. J'essaie cependant de garder un pied dans la recherche, même si celle-ci est souvent teintée par ma pratique, au travers de la rédaction d'ouvrages ou de contributions dans des revues juridiques suisses et plus

récemment, avec grand plaisir, la rédaction d'un article pour le projet d'ouvrage Doc EDITO porté par l'AFDD en partenariat avec le Conseil constitutionnel.

Dans ce cadre, mes thématiques de prédilection appartiennent généralement au droit réglementaire financier avec des sujets ayant trait à des questions spécifiques propres aux instruments financiers (qualification juridique, règles applicables et canaux de distribution) ou encore à l'impact du droit de la surveillance sur l'industrie (notamment l'*asset management*) avec souvent une composante européenne plus ou moins marquée en raison de l'importance de la production réglementaire des instances et autorités européennes, y compris pour des États tiers comme la Suisse.

Q. : Pourquoi avoir accepté la mission de correspondant AFDD en Suisse ?

R. : Tout simplement pour aider (très modestement) à mettre en avant le doctorat là où je réside et travaille, car je pense que l'investissement intellectuel que représente un doctorat mérite d'être reconnu à sa juste valeur.

Je vois également là une possibilité de faire de nouvelles rencontres académiques et humaines et de pouvoir envisager de nouvelles opportunités pour des contributions, des colloques ou des séminaires avec des personnes issues de milieux professionnels variés (monde académique, barreau et entreprise). Ces rencontres sont aussi l'occasion de créer des ponts entre ces différents milieux, lesquels se nourrissent les uns des autres, le praticien ne pouvant se passer de l'académique et l'académique pouvant trouver de nouveaux terrains de recherche dans les questions auxquelles le praticien se voit confronté au contact de ses clients.

Je profite également de l'occasion pour remercier Me Marlène Collette qui m'a proposé de rejoindre l'AFDD et incité à m'occuper de cette mission de correspondant AFDD en Suisse.

Q. : Quelles perspectives professionnelles le doctorat en droit offre-t-il dans votre pays ?

R. : Évidemment des perspectives académiques, et plus particulièrement universitaires, sur lesquelles il ne me semble pas nécessaire de m'étendre. Le

doctorat est également apprécié dans le monde des cabinets d'avocats, notamment pour ceux d'entre eux qui pratiquent le droit des affaires (*corporate*, M&A, bancaire et financier). À mon sens, l'achèvement d'un doctorat montre une capacité certaine d'assiduité et de recherche. Or, le droit des affaires requiert souvent patience et minutie, des outils que les doctorants possèdent généralement. Il peut également être utile pour faire carrière au sein de l'administration, surtout fédérale où il est régulièrement demandé ou à tout le moins reconnu comme un avantage pour les candidats.

Jérémy TORRES-CEYTE, Correspondant AFDD au Canada



« Je crois qu'il est important pour les chercheurs français en droit d'être fiers de la formation qu'ils ont reçue et de la tradition intellectuelle dont ils sont les héritiers imparfaits. C'est dans la perspective d'être un témoin de cette fierté et avec la modeste ambition de fédérer d'autres personnes animées par la même conviction que j'ai accepté l'offre très généreuse qui m'a été faite d'être correspondant AFDD au Canada ».

Jérémy TORRES-CEYTE est **avocat** au barreau du Québec et **professeur de droit à la faculté de droit de l'Université de Montréal au Canada**. À l'issue d'un cursus initial en droit en France à la faculté de droit de l'Université Aix-Marseille, il a entrepris des études doctorales en cotutelle entre cette université et la faculté de droit de l'Université de Montréal sous la direction des professeurs Mestre et Moore. Au cours de ces études, il a été amené à voyager régulièrement entre les deux continents et il a finalement décidé de s'établir au Canada. Dans cette perspective, il a effectué les démarches nécessaires pour devenir avocat au Québec et, à la fin de sa thèse, il a eu l'opportunité de prendre la tête du département de recherche du

bureau montréalais d'un cabinet d'avocat international. Après quelques années en pratique privées, il est toutefois revenu à l'université pour devenir professeur.

Q. : Quel était le sujet de votre thèse et quels sont vos projets de recherche actuels?

R. : Le sujet initial de ma thèse portait sur les rapports entre le droit civil et les droits fondamentaux dans une perspective comparée entre la France et le Québec. Très vite mes recherches se sont concentrées sur les rapports entre les contrats et les droits fondamentaux, toujours dans la perspective d'une comparaison entre la France et le Québec. Dans un contexte d'effervescence relative autour du sujet, l'idée était avant tout d'explorer les réponses proposées dans les systèmes français et québécois face à la problématique des rapports entre les contrats et les droits fondamentaux afin de faire émerger des pistes de réflexion. Aujourd'hui, évidemment, je conserve un intérêt certain pour les problématiques que j'ai abordé dans ma thèse, avec une perspective un peu élargie puisque ces questions restent d'actualité ici... Mais plus généralement, mes recherches se concentrent sur le droit des contrats. Actuellement, je travaille beaucoup sur les questions ouvertes par la pandémie notamment la force majeure et l'imprévision.

Q. : Pourquoi avoir accepté la mission de correspondant AFDD au Canada?

R. : L'université française m'a offert une formation très riche et d'une grande rigueur. Au-delà des contingences matérielles qu'elle connaît actuellement, elle reste, à mes yeux, d'une vitalité extraordinaire et dispose d'atouts importants en recherche fondamentale. Je crois qu'il est important pour les chercheurs français en droit, évidemment sans aucun sentiment d'orgueil mal à propos, d'être fiers de la formation qu'ils ont reçue et de la tradition intellectuelle dont ils sont les héritiers imparfaits. C'est dans la perspective d'être un témoin de cette fierté et avec la modeste ambition de fédérer d'autres personnes animées par la même conviction que j'ai accepté l'offre très généreuse qui m'a été faite d'être correspondant AFFD au Canada.

Q. : Quelles perspectives professionnelles le doctorat en droit offre-t-il dans votre pays?

R. : En étant réaliste, et je le regrette, il faut bien avouer que le doctorat en général n'est pas un diplôme très valorisé dans le milieu juridique canadien. Évidemment, cela ne signifie pas que dans le travail quotidien il n'aura aucune importance, ne serait-ce que par les qualités développées durant la rédaction de la thèse, mais il n'aidera pas nécessairement à franchir la porte d'entrée d'un bureau d'avocats ou d'une entreprise... On peut signaler une pratique émergente au sein de certains gros bureaux d'avocats et qui consiste à mettre en place des divisions/départements dits de « recherches ». C'est un phénomène assez marginal, mais ces petites équipes sont souvent composées d'avocats ayant fait des études supérieures (maîtrise essentiellement) ou ayant au moins un intérêt marqué pour la recherche. La situation est sensiblement différente dans le milieu académique, mais là encore, en étant réaliste, il faut dire que le doctorat tend à devenir un élément parmi d'autres d'un dossier de candidature. À ce titre, il est certainement valorisé, mais au sein d'un ensemble plus général. Il n'est pas rare de voir des embauches de professeurs qui n'ont pas encore terminé leurs thèses puisque le « marché » académique du droit est très ouvert, les candidats viennent d'horizons très différents, ils ont des formations très variées (dans lesquelles le droit n'est pas toujours prédominant), et dans ce contexte les « parcours » des chercheurs ont tendance à être plus valorisés que le diplôme en lui-même. Il me semble qu'il ne faut pas trop s'offusquer de ce phénomène puisqu'il témoigne d'une vive émulation de la recherche fondamentale, ce qui finalement est plutôt en ligne avec les objectifs du doctorat.

Portrait d'un grand juriste

Chaque numéro de *Signatures Internationales* nous permet de mieux connaître un grand juriste, docteur en droit.

Pour ce deuxième numéro, notre regard se tourne vers notre Ministre de l'Éducation Nationale, de la Jeunesse et des Sports, Jean-Michel BLANQUER.



Q. : Quelles sont les grandes étapes de votre parcours professionnel ?

R. : J'ai d'abord été professeur de droit public à Sciences Po Lille après avoir soutenu ma thèse à l'université Panthéon-Assas et obtenu mon agrégation en droit public. J'ai ensuite dirigé l'Institut des Hautes études de l'Amérique latine jusqu'à ce que, à l'initiative de l'un de mes anciens étudiants, le cabinet du ministre ne me propose de devenir recteur de Guyane. J'en garde un souvenir extraordinaire, tant pour la découverte des beautés de la Guyane que pour celle de la fonction de recteur, dans un territoire particulier, aux problématiques spécifiques et complexes, et qui demandaient, pour être dépassées, du volontarisme collectif et un véritable esprit d'équipe. Deux ans plus tard, le nouveau ministre, Gilles de Robien, m'a appelé à ses côtés, en cabinet ministériel. J'ai ensuite pris la tête de l'académie de Créteil qui, elle aussi, m'a mis face à des défis considérables et passionnants. Au bout de trois ans, j'ai été de nouveau appelé rue de Grenelle, cette fois à la demande de Luc Chatel, pour être à la tête de la direction générale de l'enseignement scolaire, chargée de l'ensemble des politiques pédagogiques relatives à l'école, au collège et

au lycée. Enfin, avant de devenir ministre de l'Éducation nationale, j'étais directeur d'une grande école, l'Essec, fonction qui m'a ouvert à de nouveaux enjeux de transmission.

Q. : Pourquoi avez-vous choisi de faire une thèse ?

R. : La thèse m'apparaissait comme la conclusion naturelle de mon parcours, en me permettant d'approfondir un thème qui m'était cher, le contentieux constitutionnel. Ce sujet me permettait de réaliser à la fois un travail de juriste et un travail que l'on pourrait qualifier de curiosité intellectuelle, proche de la philosophie. Ce thème m'a en effet amené à réfléchir la nature du raisonnement du juge constitutionnel et à son statut dans la société. En me donnant l'occasion d'étudier à Harvard, la rédaction de ma thèse m'a aussi conduit à remettre en perspective mes conceptions juridiques à partir des approches extrêmement différentes du monde nord-américain.

Q. : Pouvez-vous nous présenter votre thèse et ses principaux enjeux ?

R. : Cette thèse s'intitulait « Les méthodes du juge constitutionnel ». Son enjeu était de comprendre comment décidait le juge constitutionnel, c'est-à-dire comment il développait un corpus de références, comment il puisait dedans, comment il posait les problèmes, comment il cherchait à mettre en équilibre des principes éventuellement contradictoires, et comment enfin il donnait de la puissance à la décision ainsi prise. Il y avait donc à la fois une dimension strictement juridique, mais aussi une dimension politique et philosophique. Ce faisant, on trouvait parmi les principaux enjeux de cette thèse celui de définir la Constitution. J'ai ainsi voulu questionner la notion habituelle de « bloc de constitutionnalité » pour lui préférer celle de « système de référence ». Cette définition avait pour objet de montrer comment la Constitution de 1958, par elle-même et par l'apport de la jurisprudence constitutionnelle, récapitulait l'ensemble des étapes historiques de la France depuis la Révolution. Elle me permettait de montrer comment notre Constitution, parce qu'elle fait référence dans son préambule à toutes les constitutions passées, synthétise en elle-même toute l'histoire de France. Cette capacité de la jurisprudence à transformer l'histoire en droit, en réunissant paradigmes et périodes historiques, constitue un facteur de stabilité et en même temps d'adaptation de la Ve République. Cette synthèse inédite était un gage d'équilibre avant la

jurisprudence qui s'épanouit à partir de 1971.

Q. : Qu'est-ce que la thèse a changé à votre vie ? Que vous a-t-elle apporté ? Et que vous apporte-t-elle encore aujourd'hui ?

R. : Ma thèse a considérablement changé ma vie ! On peut dire qu'elle m'a suivi dans toutes mes années de préparation comme une compagne. Il se trouve que j'étais surtout à l'étranger quand je l'ai rédigée, notamment en Colombie et aux États-Unis : elle me permettait de travailler sur la France tout en faisant un pas de côté. Elle me donnait à la fois un ancrage tout en m'ouvrant des pistes de réflexion auxquelles je ne pensais pas au départ. L'intérêt actuel que je porte aux sciences cognitives trouve ainsi une de ses racines dans l'élaboration de ma thèse, puisque je me suis intéressé aux prises de décision, pour ne prendre que cet exemple.

La rédaction de ma thèse correspond ainsi à la période de ma vie où j'ai eu le plus de temps pour approfondir de nombreux sujets. Ce long travail m'apporte aujourd'hui beaucoup de recul et je puise encore aujourd'hui dans les connaissances acquises à ce moment-là.

Q. : Quels souvenirs gardez-vous de votre soutenance de thèse ?

R. : J'en garde un excellent souvenir. Ma soutenance a représenté un moment de *disputatio* - au sens classique du terme - de haute tenue intellectuelle, par la très grande complémentarité des membres du jury. Ma thèse éveillait une certaine curiosité sur différents aspects, notamment en raison de son plan en quatre parties qui apparaissait comme un sommet de dissidence dans le monde du droit ! Par ailleurs, chaque chapitre se résumait à un verbe (sélectionner, appliquer, équilibrer, trancher). Ces deux originalités formelles ont suscité des remarques intéressantes parce qu'elle renvoyait aussi à des enjeux de structuration réelle d'un tel sujet.

Q. : Quelle a été la place de l'international dans votre parcours ? Avez-vous pu nouer/conservé des liens avec des chercheurs de l'étranger ? À quelles occasions ?

L'international a toujours tenu une place centrale dans mon parcours. Après une première expérience à l'étranger comme étudiant à Harvard, où j'ai eu la chance d'avoir notamment comme professeur John Rawls, qui m'a énormément apporté dans ma construction intellectuelle, je suis parti comme professeur coopérant à

Bogota. J'y ai appris l'espagnol et découvert toute la richesse et la magie de la littérature sud-américaine. Cette période a aussi coïncidé avec la rencontre de grands professeurs de droit, parmi lesquels Juan Carlos Henao, ancien président de la cour constitutionnelle de Colombie et aujourd'hui recteur de l'Université Externado. Ces années ont fait naître en moi une véritable passion pour l'Amérique latine qui m'a conduit à prendre la direction de l'Institut des hautes études d'Amérique latine (IHEAL). J'y ai développé de nombreux projets de coopération universitaire et de recherche, et dirigé plusieurs thèses d'étudiants français et latino-américains. Je pourrais aussi ajouter à cela mes années de recteur en Guyane car, même s'il s'agit bien sûr d'un département français, les échanges avec le continent américain et le Brésil en particulier ont été nombreux et continus. Ces différentes expériences et connaissances m'ont conduit à rédiger plusieurs ouvrages sur l'Amérique latine, parmi lesquels le dernier *Que-sais-je* sur la Colombie, en 2017.

Aujourd'hui, comme ministre, je continue d'être très attentif aux questions internationales relatives à l'éducation. La comparaison internationale est une des clés du progrès de toute organisation. Je reste aussi très sensible aux questions de droit qui se posent dans les autres pays du monde. En 2018, j'ai ainsi été particulièrement heureux de participer à un débat pour les 70 ans du programme des bourses *fulbright* avec Stephen Breyer, juge de la Cour suprême qui est un immense érudit et un grand francophile. Notre échange nous a permis de mettre en lumière certaines convergences et divergences de nos deux systèmes juridiques, notre rapport à l'État de droit et à la constitution. C'était passionnant.

Q. : En raison de la pandémie, les universités françaises sont actuellement fermées et les étudiants suivent leurs cours en distanciel : quel est votre sentiment sur cette mesure ?

R. : Les étudiants ont une autonomie plus grande que les collégiens et les lycéens et sont davantage capables de suivre des cours en distanciel. D'autre part, on sait que les brassages sont beaucoup plus importants dans les universités et les problématiques de jauge plus grandes. Comme les étudiants sont adultes, ils ont également de plus grands risques de contracter des formes graves de la maladie. C'est pourquoi le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche privilégie le distanciel dans une situation épidémiologique encore très préoccupante, même si

le présentiel est de nouveau possible un jour par semaine. Le gouvernement est très conscient des souffrances psychologiques que la crise et des risques accrus de décrochage. Les chèques psy, ouverts à tous les étudiants, constituent un soutien important. Du côté de l'Éducation nationale, si les élèves ont majoritairement cours en présentiel, les périodes de confinement et de déconfinement ont pu générer, chez certains enfants et adolescents, une anxiété importante. Pour y répondre, nous avons mis en place des outils d'aide au repérage et à la prévention de détresse psychologique, élaborés avec les équipes médicales de l'hôpital Robert Debré.

Le dossier thématique : L'Arbitrage



Jacques MESTRE

Président de l'AFDD



Hugo BARBIER

*Agrégé des facultés de droit,
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Secrétaire général de l'AFDD*

Chaque numéro de *Signatures internationales* est dédié à un thème particulier, abordé de manière comparative. Pour ce deuxième numéro, notre revue a retenu celui de l'arbitrage.

Merci infiniment à tous nos contributeurs d'avoir répondu à notre appel et d'avoir pleinement répondu à notre attente, en livrant, pour beaucoup d'entre eux, leurs réflexions personnelles sur la pratique de l'arbitrage, ou encore en portant leur regard attentif sur les évolutions récentes d'un Droit de l'arbitrage qui, de par le monde, ne cesse de gagner en profondeur et en cohérence.

Par commodité, ce dossier a été ordonné en trois parties :

- une première consacrée aux pratiques de l'arbitrage ;
- une deuxième qui présente quelques tendances contemporaines fortes du droit de l'arbitrage ;
- et une troisième envisageant le rôle très important des centres d'arbitrage et donnant aussi la parole – ce qui est bien naturel dans le cadre d'une association tournée vers la Jeunesse – à des doctorants qui ont récemment créé un Club de l'Arbitrage.

PRATIQUES ARBITRALES

BONNES ET MAUVAISES PRATIQUES DANS L'ARBITRAGE

Thomas CLAY

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1

Avocat au Barreau de Paris, associé fondateur de Clay Arbitration

1. Vingt ans après avoir vu ma thèse récompensée du prix annuel de l'Association française des docteurs en droit et après vingt ans de pratique de l'arbitrage, comment ne pas répondre favorablement au président Jacques Mestre lorsqu'il sollicite, à des fins autant pédagogiques que didactiques, un retour d'expériences sur des bonnes et mauvaises pratiques dans l'arbitrage ?

2. Sans autre souci donc que de raconter, et même de témoigner de choses vues, à plusieurs reprises, et sans verser ici dans l'académisme, deux expériences méritent d'être relatées, plusieurs fois rencontrées, de celles qu'on ne trouve pas dans les livres. Les deux ont d'ailleurs trait à un même sujet, celui qui occupe et préoccupe depuis des décennies l'arbitrage, à savoir **l'indépendance des arbitres**. Il s'agit assurément, tant d'un point vue théorique que pratique, d'une des questions les plus délicates de la matière. La solution parfaite n'a toujours pas été trouvée et cela tient à la nature même de l'arbitrage, à savoir que l'arbitre est un juge choisi.

**« Il existe une sorte d'ambivalence ontologique
à choisir un arbitre parce qu'on le connaît,
mais à attendre de celui-ci qu'il soit indépendant ».**

C'est comme si on exigeait à la fois des liens et l'absence de liens. Cette dialectique impossible est au cœur des difficultés de la pratique de l'arbitrage et, à dire le vrai, chaque nouvelle mission d'arbitre commence invariablement par éprouver le degré d'indépendance de ses coarbitres.

3. Il n'en reste pas moins que l'arbitre est un juge, qu'un juge est indépendant et que, donc, selon le raisonnement syllogistique classique cher aux juristes, l'arbitre est indépendant. Ce n'est, hélas, pas toujours le cas, et au titre des pratiques souvent rencontrées, par souci d'équilibre, j'évoquerai ici une bonne et une mauvaise pratique.

I. Une bonne pratique

4. Pour sortir de la dialectique impossible qui est qu'un arbitre est choisi parce qu'on le connaît, mais que celui-ci ne doit pas avoir de liens avec ceux qui le choisissent, une parade a été trouvée depuis longtemps avec **la déclaration d'indépendance**. Par celle-ci, l'arbitre révèle aux parties les liens passés ou présents qu'il a avec les parties, et, ce faisant, leur transfère en quelque sorte, l'appréciation de sa propre indépendance. **La déclaration d'indépendance présente de nombreux avantages, dont celui d'objectiver l'analyse des liens pouvant poser problème.** En effet, attendre de l'arbitre qu'il s'interroge sur ce qu'il *croit* que les parties *croiront* être un manque d'indépendance n'est pas satisfaisant. La particularité de cette double croyance, dont l'arbitre est au surplus le seul interprète, est que selon qu'il est rigoureux ou généreux la somme de ces deux subjectivités peut conduire aussi bien à un résultat quasi objectif qu'à une solution totalement subjective. Autrement dit, ces subjectivités peuvent soit se cumuler, soit s'annuler. Cette obligation n'engage donc à rien de concret sinon à un simple « examen de conscience », comme l'a qualifié Robert Badinter¹, dont chaque arbitre est libre d'apprécier la portée, comme l'a illustré Jean-Denis Bredin².

5. Et on voit bien au quotidien combien les pratiques sont différentes, certains arbitres siégeant dans un même tribunal et concernés par des mêmes faits

¹ R. Badinter : « L'impartialité de l'arbitre », colloque de l'AFA, 30 sept. 1991, *Publications de l'AFA*, p. 17, spéc. p. 23 ; publié aussi in *Les Petites Affiches* 1991, n° 143, p. 4, spéc. p. 6. Adde p. 28 et 9 : « Je suis sensible à l'exigence morale d'une telle démarche, qui amène l'arbitre à s'interroger sur lui-même avant de juger les autres. (...) L'inquiétude et l'humilité du juge face à ses responsabilités me sont toujours apparues comme des garanties précieuses pour tenter de parvenir à rendre une bonne justice ».

² Jean-Denis Bredin a décrit de façon piquante et romancée les affres d'un juge en retraite qui s'interroge sur ce qu'il doit révéler (« La révélation. Remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français », in *Études de procédure et d'arbitrage. Mélanges Jean-François Poudret*. Faculté de droit de Lausanne, 1999, p. 349).

antérieurs ou des mêmes types de faits, ne suivront pas la même approche. Cela crée une disparité préjudiciable en général et en particulier au sein d'un même tribunal arbitral. Tel arbitre ne révélera pas une information que son coarbitre, lui, divulguera entraînant par exemple une demande de récusation. Cela pose d'ailleurs la question plus générale de l'obligation de révélation d'un arbitre de faits qu'il connaît concernant son coarbitre. Doit-il les divulguer ou s'en abstenir ?

6. Toutes ces interrogations sont connues et rebattues et meublent les revues juridiques spécialisées depuis des décennies — il ne saurait être question de les résoudre ici. Mais elles présentent tout de même l'avantage de s'interroger non pas seulement sur la nature des liens à révéler, mais sur les personnes avec qui ces liens sont noués. Or, on le sait, **si les relations avec les parties et même avec les entités qui leur sont liées doivent être dévoilées sans l'ombre d'un doute, la question est plus délicate pour ce qui concerne les liens avec les conseils, et même les liens entre coarbitres.** Les premiers sont désormais consacrés par la quasi-totalité des règlements d'arbitrage, à juste titre car ce sont souvent les conseils qui sont décisifs dans le choix des arbitres. Un avocat qui désigne toujours le même arbitre, quel que soit son client, l'objet du litige ou le type d'arbitrage a sûrement de bonnes raisons de le faire, donc il faut le révéler.

7. Pour ce qui concerne les seconds, c'est-à-dire la révélation des liens entre coarbitres, elle n'est pas acquise et c'est là où l'expérience de bonnes pratiques peut être utile. Car, en effet, les arbitres sont aussi prescripteurs d'arbitres. Soit parce qu'ils sont par ailleurs avocats et choisissent des arbitres pour leur client, soit parce que, comme coarbitres, ils participent au choix du président.

8. Mieux, avec la professionnalisation de la pratique et l'émergence d'une véritable catégorie d'arbitres permanents, **on voit se multiplier ce que l'on peut appeler des « doublettes d'arbitres », c'est-à-dire des coarbitres qui siègent de nombreuses fois ensemble,** dans des affaires différentes, sans que ni le troisième arbitre, ni les conseils, ni les parties n'en soient informés. Ainsi, est-il normal que dans un tribunal arbitral avec trois arbitres (A, B et C), A et B siègent par ailleurs dans une autre instance, mais cette fois-ci avec D, puis encore dans un autre avec E, puis encore avec F, etc. et que parfois ce soit A le président et B le coarbitre, et à d'autres

moments l'inverse ? D'autant que les coarbitres « professionnels » passent beaucoup de temps ensemble, partagent les mêmes audiences, les mêmes tables, les mêmes colloques, les mêmes hôtels, sans la présence du troisième arbitre qui se trouve donc exclu de cette proximité physique et même intellectuelle.

9. Là encore, sans y voir nécessairement malice, il y a sûrement des raisons qui expliquent ce compagnonnage régulier. Mais il faut le révéler car il est nécessaire que tous les protagonistes du même arbitrage disposent du même niveau d'information. Lorsque, par exemple, je siége pour la cinquième fois avec Jacques Mestre, ce que ni le troisième arbitre ni les parties ne peuvent savoir, il faut le leur dire, de façon à permettre aux parties de soulever une objection si elles le souhaitent. **N'oublions jamais que l'arbitrage est fait pour les parties et non pour les arbitres.**

10. La difficulté est réelle car il se peut que les coarbitres n'aient pas la même appréhension de qu'ils doivent révéler. Ainsi, si A et B ont déjà siégé ensemble, il se peut que A le révèle et que B s'en abstienne. Cela jettera d'ailleurs un doute sur B. Cela vaut tout autant si l'on siége non pas avec le même arbitre, mais avec ses associés car, après tout, les associés d'un même cabinet sont intéressés au même résultat, et la révélation doit donc s'étendre à eux. C'est au demeurant une pratique qui est peu respectée.

11. Un autre élément de complexité vient encore s'ajouter : bien souvent le tribunal arbitral est constitué en plusieurs étapes : le demandeur choisit l'arbitre A, le défendeur choisit l'arbitre B et le président est choisi ensuite. Or l'arbitre B, qui connaît l'identité de l'arbitre A, n'a peut-être pas envie de révéler ce qui le lie à celui qui est déjà nommé pour ne pas voir lui échapper cette nomination. L'arbitre A, lui, ignore, par hypothèse, l'identité de l'arbitre B, mais pourrait, une fois son identité connue, compléter sa déclaration d'indépendance. Cela risque évidemment de susciter un malaise avec le coarbitre B du fait de la discordance entre leurs révélations. Le premier arbitre nommé doit pourtant le faire, sous peine d'engager sa responsabilité et c'est la première bonne pratique proposée ici.

12. Mais là où l'affaire devient encore plus délicate, c'est avec le choix du président. Tant que les coarbitres sont associés à ce choix, on peut penser que les coarbitres s'accorderont avec le président sur les informations à révéler. Toutefois, comme on le sait, **il arrive que le président soit nommé sans consultation des coarbitres, soit par les parties directement, soit par le centre d'arbitrage, soit par le juge d'appui.** Certes, le président pressenti est toujours consulté préalablement, notamment à travers sa déclaration d'indépendance. Mais on peut raisonnablement ne pas penser que le président pressenti pourrait adopter une approche conservatrice de ce qu'il doit révéler, afin de ne pas risquer de ne finalement pas être retenu. Il arrive donc que les coarbitres découvrent le nom du président une fois que celui-ci a été nommé et estiment qu'ils doivent porter à la connaissance des parties des informations que le président n'a pas révélées, comme par exemple des liens antérieurs ou en cours, voire — et c'est également très gênant, un passif lourd entre eux, ou une inimitié profonde. Et cela arrive bien sûr dans ce petit monde policé qu'est celui de l'arbitrage.

13. Pour éviter cela, la bonne pratique à défendre se situe donc à deux niveaux : premièrement **le coarbitre doit bien sûr compléter sa déclaration d'indépendance s'il a des éléments à révéler concernant la personne du président du tribunal arbitral,** qu'il ne pouvait par hypothèse dévoiler avant puisqu'il ne savait pas qui ce serait. Deuxièmement, et mieux encore, en amont, la vraie bonne pratique consiste à ce que **l'autorité de désignation du président (parties, centre d'arbitrage ou juge d'appui) consulte préalablement les coarbitres déjà choisis,** non pas pour leur demander leur avis puisqu'ils ont justement été exclus du processus de choix, mais simplement **pour leur permettre de compléter leur déclaration d'indépendance** ou de vérifier qu'il n'y a pas de contre-indication qui aurait été celée par l'arbitre pressenti ou à laquelle il ne donnerait pas la même portée. La Chambre de commerce internationale procède ainsi parfois et appelle cette vérification la « **nomination qualifiée** ». Cela devrait être systématique car c'est une bonne pratique, simple, efficace, qui ne retarde pas le processus de constitution du tribunal arbitral et qui peut éviter bien des désagréments ou des mauvaises pratiques.

II. Une mauvaise pratique

14. C'est toujours la question de l'indépendance qui est au cœur de la mauvaise pratique que je souhaiterais évoquer ici, même si le sujet apparaît de manière indirecte et relève plutôt d'une présomption d'absence d'indépendance.

15. Comme on le sait, un tribunal arbitral est amené à rendre toute une série de décisions jusqu'à la sentence finale, laquelle constitue bien sûr son acte le plus important. Il s'agit le plus souvent d'ordonnances de procédure, mais parfois cela peut être des sentences partielles ou de simples messages envoyés aux parties, sans oublier les décisions sur les demandes de production forcée de documents. C'est tout au long de la procédure arbitrale, jalonnée donc de ces nombreuses décisions, que s'évalue le degré d'indépendance réelle des coarbitres. **Un coarbitre qui prendra systématiquement fait et cause pour la partie qui l'a nommé, tant pour les productions forcées de documents, pour les demandes de reports de délais, pour les ordonnances de procédure, pour les sentences intermédiaires, etc., parviendra au délibéré final entouré d'un halo de suspicion pour ses coarbitres**, au point d'ailleurs qu'il est possible que sa parole ne soit plus réellement considérée, ce qui aurait pour lui l'effet de lui avoir fait manquer son objectif. Cette attitude est connue, on la repère assez vite et elle est contraire aux principes fondamentaux de l'arbitrage.

16. En réalité, quelle que soit la nature de la décision à prendre : report de délai, ordonnance de procédure, production forcée de documents, etc., le président du tribunal arbitral essaie toujours, en principe, de la faire adopter à l'unanimité des arbitres. Certes, parfois, les positions initiales des coarbitres sont assez éloignées et le président essaiera de convaincre celui des deux arbitres qui n'est pas de son avis, ou tentera de trouver une solution de compromis. Tel est le cas par exemple en matière de **report de délais**. Ainsi, si un coarbitre refuse tout report et l'autre est favorable à un report important, le président pourra tenter de proposer un report, mais de plus courte durée. Cela fait partie de la discussion normale entre arbitres, c'est même l'intérêt principal de la collégialité. L'idée est simple : on est toujours plus intelligents à plusieurs que seul.

17. Mais il arrive que certains arbitres pervertissent le mécanisme et finalement se jouent de la collégialité pour tenter de l'utiliser à leur profit. La difficulté est que, souvent, une telle attitude n'apparaît qu'après que la décision aura été prise, mais avant qu'elle soit communiquée aux parties.

18. Ces mauvaises pratiques s'épanouissent particulièrement lors de discussions qui recourent plusieurs décisions à prendre, comme par exemple quand on statue sur une demande de production forcée de plusieurs documents ou dans la sentence finale qui, le plus souvent, doit trancher de nombreuses questions différentes. Alors qu'on sait bien que, sauf évidence ou sauf miracle, les arbitres ne sont pas du même avis, le président organise le délibéré dans le but de parvenir à une solution commune. Certes, tel n'est pas son premier objectif. **Il ne recherche pas le consensus à tout prix, car sinon ce n'est plus de l'arbitrage, mais de la médiation.** Néanmoins, une fois qu'il a arrêté sa position, il écoute ses coarbitres et bien sûr prend en compte leurs avis. Chacun argumente et essaie d'emporter la conviction, ce qui est là encore bien normal. L'issue souhaitable est une position commune.

19. On voit cependant parfois certains arbitres batailler pour obtenir des victoires, ce que les coarbitres consentent éventuellement par recherche de compromis, sans pour autant céder sur tout. C'est particulièrement criant dans les demandes de production forcée de documents, ou lors de la décision sur la répartition finale des frais de l'arbitrage. Or, une fois que la décision est prise et que le coarbitre batailleur n'a pas tout obtenu, certains annoncent qu'ils vont émettre une opinion dissidente.

« En d'autres termes, il y aura ce que cet arbitre aura obtenu de ses coarbitres pour parvenir à une solution commune, et ce qu'il n'aura pas obtenu, pour lequel il le fera savoir aux parties ».

Bref, lui n'aura fait aucun compromis et aura joué sur l'esprit de collégialité de ses coarbitres.

20. Un tel comportement est pénible car les deux autres arbitres se retrouvent coincés : soit ils subissent l'opinion dissidente — ce qui est aussi un désaveu pour le

président —, soit ils reviennent sur ce qu'ils ont concédé, s'exposant au reproche d'une forme de versatilité. C'est pourtant cette deuxième parade qui me semble la meilleure face à un arbitre aussi peu respectueux de la collégialité. Quitte à faire part de sa dissidence, alors autant qu'elle soit totale.

21. Cette mauvaise pratique a tendance à se développer, et on la voit se multiplier à propos de décisions qui, jusqu'à présent, n'encouraient pas d'opinions dissidentes. Je l'ai moi-même expérimenté récemment tant au sujet d'une ordonnance de procédure fixant un calendrier de procédure, qu'à propos d'une décision relative à la production de documents. Cette dernière affaire relevant de l'arbitrage interne mérite d'être évoquée. Dans un tribunal arbitral où je siégeais comme coarbitre, l'autre coarbitre prétendait accorder tous les documents demandés par la partie qui l'avait nommé et, à l'inverse, refuser tous ceux de la partie adverse. Sa position était caricaturale. Après avoir obtenu quelques satisfactions dans la discussion collégiale, au nom, croyait-on, de la quête d'une position commune, ce coarbitre a émis une opinion dissidente sur les documents sur lesquels il n'était pas d'accord et qui étaient tous à l'avantage de la partie qui l'a nommé. Le président en est resté médusé.

22. Mais une telle attitude a son revers car, outre que **rien n'empêche le tribunal arbitral de prendre l'intégralité de la décision à la majorité, faisant perdre à l'arbitre partial ce qu'il a obtenu des autres arbitres, elle prend le risque de le disqualifier pour la suite de la procédure arbitrale.** Sans parler du fait que la partie qui l'a nommé pourra nourrir quelque inquiétude à le voir si tôt être minorisé dans le tribunal arbitral, et susciter vraisemblablement l'irritation de ses coarbitres.

23. Quel crédit en effet apporter à un coarbitre qui serait aussi outrageusement partial ? Sa parole sera-t-elle vraiment écoutée au moment du délibéré final ? La décision risque d'être prise entre les deux autres arbitres, qui entendront poliment ce troisième arbitre, mais qui, échaudés, ne se laisseront pas abuser une seconde fois au moment de la rédaction de la sentence. L'opinion dissidente dans une même procédure est un fusil à un coup.

24. C'est la raison pour laquelle, en guise de conclusion, il est permis de penser, avec les 4.000 ans de recul que nous offre l'histoire de l'arbitrage, qui n'a cessé de

s'améliorer au fil des années et des siècles, qu'il n'en va pas de l'arbitrage comme de la monnaie : la bonne pratique chasse la mauvaise.

Paris, 10 mars 2021.

QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LE TEMPS ET L'ARBITRAGE : L'ABSORPTION DU DELAI RAISONNABLE PAR L'INSTANCE ARBITRALE EST-ELLE ABSOLUE ?

Joseph DJOGBENOU

Agrégé des facultés de droit

Professeur des universités

1. Entre l'exigence d'une décision de justice de qualité¹, gage de la sécurité dans les affaires et le besoin de la célérité dans le processus décisionnel², il n'est pas aisé de placer le curseur³. Il existe une vive tension entre ces deux exigences potentielles que nourrit tout justiciable. La combinaison de ces objectifs a abouti à l'institutionnalisation au profit de celui-ci, dans le champ couvert par le procès équitable⁴, d'une garantie fondamentale d'ordre procédural : le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Ce droit est l'objet d'une attention particulière dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme⁵ et les droits nationaux l'ont progressivement intégré dans leurs textes normatifs de référence. Si ce droit s'impose devant le juge étatique, l'on est en droit de se demander s'il présente la même teneur dans l'arbitrage qui est par essence une justice conventionnelle et privée, appropriée aux litiges commerciaux voire aux différends en

¹ Voir notamment S. GABORIAU, « La qualité de la justice : une nouvelle légitimité pour une institution en crise de confiance », in *La qualité : une exigence pour l'action publique en Europe*, PULIM, p. 123

² S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, 2008/1 n° 125, p. 43 et s.

³ « (...) il y a un temps de décider comme il y en a un de douter, et (...) après avoir douté pendant toute une année entière, il y aurait peut-être à présent autant de mal à suspendre votre jugement qu'il y en aurait eu autrefois à le précipiter ». Voir, H.-F. D'AGUESSEAU, Œuvre complète, t. 4 p. 531, cité par J. HOAREAU, « Henri-François d'Aguesseau et le temps de justice : affaire de La Pivardière », in *Le temps, la justice et le droit*, Actes du colloque organisé à Limoges, les 20 et 21 novembre 2003, PULIM, 2004, p. 35 (spéc. pp. 40 et s).

⁴ F. MATSCHER, « Les nouveaux développements du procès équitable eu égard à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Actes du Colloque*, Université Robert-Schuman et Cour de cassation, 22 mars 1996, 1996, Bruylant, p.35. Lire le commentaire sous la décision de J. DJOGBENOU, « Le procès équitable », in *Annuaire béninois de justice constitutionnelle – vol. I*, 2013, p. 592

⁵ V. notamment les articles 7 al.1 (d) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 6 al. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, 47 al. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 14 §3 (c) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 8 de la Charte arabe des droits de l'homme, 25.1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

droit des investissements.⁶ Cette donc sous le prisme de l'articulation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable dans l'arbitrage que les présentes considérations sont projetées.

2. La notion d'arbitrage éprouve la doctrine tout en en faisant encore l'une des fortunes conceptuelles⁷. Entre convention et institution, le curseur définitionnel n'arrête en effet de bouger. On sait, avec MOTULSKY, que l'arbitrage est « *une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle*⁸ ». Spécifiquement, il s'agit de *l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus pour la circonstance de la mission de les juger*⁹. On voit ainsi dans l'arbitrage, un mode juridictionnel, mais non judiciaire de règlement des différends, caractérisé par sa double facette, à la fois conventionnelle et institutionnelle, dans la mesure où le pouvoir de juger dont les arbitres sont investis trouve son fondement dans une convention, un accord formalisé entre les parties au différend, et ou l'acte de résolution du litige, la sentence arbitrale, présente la même nature juridique qu'une décision rendue par une juridiction étatique, s'imposant aux parties contre lesquelles elle a autorité de chose jugée¹⁰. **Les parties peuvent alors choisir de recourir à un arbitrage *ad hoc* ou à un arbitrage institutionnel.** Dans le premier cas, elles élisent directement, *intuitu personae*, le ou les arbitres qui sont soumis au respect tant de la volonté des parties que des règles procédurales impératives fixées dans le système juridique de référence. Dans le second cas, les parties confient à un organisme, le centre d'arbitrage, le soin d'organiser l'arbitrage.

3. La « durée raisonnable »¹¹ ou encore le « délai raisonnable »¹² qui innerve le droit fondamental à un procès, est pourtant difficile à cerner¹³. Cette difficulté tient au fait

⁶ A. DE NANTEUIL, *Droit de l'investissement*, Paris, éd. Pédone, 2014, p. 215.

⁷ T. CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 2

⁸ MOTULSKY cité par D. COHEN, *Arbitrage et Société*, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 229, 1993, p. 5.

⁹ J. ROBERT et B. MOREAU, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Paris, DALLOZ, 6^e éd., 1993, n°1. ; V. D. COHEN, *idem*, p. 6.

¹⁰ M.- C. RIVIER, « Arbitrage », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 1^{ère} éd, PUF, Paris, 2004, p.52

¹¹ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 27^{ème} éd. 2003, no 531.

que « le raisonnable » est un concept flou, à contenu variable¹⁴, rétif à toute approche dogmatique. Bien que le désir de garantir le jugement des litiges dans un délai raisonnable soit une préoccupation au plan universel¹⁵, son appréhension reste indéterminée. En fait, **la notion de « délai raisonnable » est plutôt une « notion-cadre », c'est-à-dire une notion englobante, « vague mais chargée d'évocation dont il appartient au juge, sur la force de l'idée directrice qui s'en dégage, de déterminer le contenu variable et évolutif au gré des espèces et au fil du temps »**¹⁶. Étymologiquement, le délai raisonnable désigne le « *temps légitime, légalement fixé ou non, accordé pour statuer définitivement sur un contentieux* »¹⁷. Sous cette vue, le délai raisonnable renverrait au temps que des justiciables diligents pourraient passer devant une juridiction afin de voir leur litige tranché.

« Pour apprécier le caractère raisonnable du délai, on doit prendre en compte non seulement le comportement de l'ensemble des acteurs de la justice devant l'unique juridiction qui s'est prononcée sur une question de droit soumise à son appréciation, mais également d'autres facteurs, notamment la complexité de la procédure, le fond du litige¹⁸ ou la disponibilité des règles de droit applicable ».

¹² LAMBERT, « Les notions de délai raisonnable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH, 1991, p. 3 et NATY SARR, Le délai raisonnable dans le procès pénal, mémoire DEA, Université Gaston Berger de Saint-Louis, 2007.

¹³ E. C. MONTCHO-AGBASSA, *Contribution à l'étude d'une notion à contenu variable : le délai raisonnable en droit privé* ; Thèse de doctorat unique en droit, Université d'Abomey-Calavi, 2009, 347p.

¹⁴ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, (dir) Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 103.

¹⁵ V. notamment les articles 7 al.1 (d) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 6 al. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, 47 al. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 14 §3 (c) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 8 de la Charte arabe des droits de l'homme, 25.1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

¹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9e éd., PUF, 2011, vo « Notion-cadre », p. 687.

¹⁷ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 13e éd., D., 2001, p. 186.

¹⁸ Un délai raisonnable ne saurait être apprécié de manière subjective au regard des seuls comportements des acteurs du procès. La matière sur laquelle le procès porte revêt une importance considérable sur le temps processuel puisque tous les champs du droit ne sont pas soumis aux mêmes contraintes temporelles. (M.-A. FRISON-ROCHE, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.) *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 13). A l'image du temps processuel qui s'adapte de manière structurelle au fond du litige (S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris 1, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 11, 2002, pp. 415 et s), le délai raisonnable s'apprécie aussi en fonction du fond du litige.

Cela s'explique aisément : la célérité de la procédure tout comme la lenteur judiciaire ne dépend pas du comportement d'un seul acteur du procès car aucun de ces acteurs ne dispose d'une maîtrise absolue et exclusive du temps du procès. En réalité, « *si le temps est bien une donnée subjective du procès sur laquelle ses acteurs cherchent toujours à augmenter leur emprise, il revêt également une dimension plus objective en ce qu'il est dépendant de la matière à laquelle il se rapporte, sur laquelle les acteurs du procès n'ont qu'une emprise limitée* »¹⁹. Le délai raisonnable est donc un délai médian ou moyen, un délai dont l'appréciation se fait *in concreto* et qui marque la péréquation entre la précipitation et la lenteur procédurales²⁰. Par conséquent, le droit à un procès dans un tel délai peut strictement être entendu comme le droit dont dispose son titulaire devant une juridiction d'être jugé et d'obtenir l'exécution de la décision rendue à son profit dans ce délai moyen qui ne soit ni anormalement long, ni excessivement court.

4. D'emblée, il convient de souligner que l'appréciation du délai raisonnable et la teneur de son exigence varient selon que l'on se trouve en procédure civile, commerciale ou pénale ou encore en matière arbitrale. En matière de « droits et obligations à caractère civil », le délai pris en compte court à compter de la saisine du juge jusqu'à la fin de la procédure, voies de recours incluses²¹. En ce qui concerne les poursuites en matière pénale, le délai court à compter du jour où les soupçons portant sur l'agent pénal produisent des effets sur sa situation juridique soit dès le moment où il se trouve accusé. Il peut donc s'agir d'une date antérieure à la saisine de la juridiction de jugement, celles notamment de l'arrestation, de l'inculpation et de l'ouverture des enquêtes préliminaires. Si initialement, l'appréciation du délai raisonnable se limitait au délai de jugement, la Cour

¹⁹ A. CIAUDO, « La maîtrise du temps en droit processuel », *Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique* (Jurisdoctoria) n° 3, 2009, p. 25. Dans le même sens, CEDH, 24 oct. 1989, H. c/ France, RFDA 1990, p. 203, note O. DUGRIP et F. SUDRE, LPA 28 février 1990, p. 12.

²⁰ 3 S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, op. cit., no 525, p. 512.

²¹ J. MEUNIER, « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », *halshs.archives-ouvertes.fr*, [enligne], https://halshs.archives-ouvertes.fr/UMRDC/halshs-00419087/file/La_notion_de_procès_equitable_devant_la_Cour_européenne_des_droits_de_l_homme_-_MEUNIER_Julie.pdf, (consulté le 21 juillet 2020).

européenne des droits de l'homme a étendu le champ couvert par le délai raisonnable et considère que ce délai inclut le temps de l'exécution de la décision²².

5. Dans tous les cas, l'œuvre de justice s'insère inéluctablement dans le temps. Aussi difficile²³ que peut sembler la définition du « *temps* », son articulation avec l'arbitrage, mode privé de justice supposant une certaine emprise des parties demeure problématique. Dans la perspective du justiciable qui recourt à l'arbitrage, une justice crédible, efficace et effective se traduirait nécessairement par l'obtention et l'exécution d'une sentence qui satisfait ses besoins économiques, sociaux et personnels. Dès lors, **le temps de l'arbitrage est compté, fractionné en une multitude de délais par le droit processuel pour tenter de concilier des objectifs souvent contradictoires et pour mieux maîtriser l'activité humaine.** Une mauvaise gestion de ce temps entraînera d'énormes conséquences à la survie tant pour des personnes physiques que morales impliquées dans le processus d'arbitrage.

6. Dans la justice étatique, qu'elle soit civile ou pénale, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est une obligation qui pèse sur les juges et, de ce fait constitue une créance des parties vis-à-vis de l'État. Il est vrai que cette obligation mise à la charge du juge et garantie par l'État entraîne des devoirs à l'endroit des plaideurs qui doivent agir dans des délais légaux ou conventionnels, sous peine de sanction. C'est ainsi que dans certaines matières, le législateur a prescrit des délais soit indicatifs, soit impératifs pour assurer la mise en état d'une affaire par le juge. Or, du fait du caractère conventionnel de l'arbitrage, on peut penser que le législateur a laissé la détermination du temps nécessaire au règlement du litige à l'appréciation souveraine des parties. En délaissant la justice étatique pour la justice arbitrale, les parties recherchent principalement la sécurité et la célérité. D'une part, la sécurité permet d'éviter le grief de corruption et de partialité dont souffrirait la justice étatique. D'autre

²² C. DOGUE, *Le droit à l'exécution des décisions de justice au Bénin*, Thèse de doctorat unique en droit, Université d'Abomey – Calavi, 2014, 458 p. Dans le même sens, voir A.D. WANDJI KAMGA, *Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse de doctorat en cotutelle, Université de Yaoundé II et Université de Limoges, 2009.

²³ C. MALABOU, op. cit., p. 20 : Aristote ne conçoit "le temps" que sous la forme aporétique (difficulté d'ordre rationnel paraissant sans issue, un chemin théoriquement barré, impraticable ou littéralement signifiant une impasse).

part, la célérité supposée de l'arbitrage est régulièrement mise en avant pour assurer la promotion de ce mode de règlement des différends.

7. La procédure arbitrale peut effectivement être configurée, sous certaines conditions, pour en raccourcir la durée. Par ailleurs, la sentence prononcée par les arbitres n'est (en principe) qu'exceptionnellement susceptible d'appel et les recours à son encontre (ou à l'encontre de son exécution) sont limités. La sentence arbitrale revêtirait ainsi un caractère quasi-définitif. A cette aspiration du corps social, notamment dans le milieu des affaires, les différends règlements d'arbitrage font écho en prescrivant souvent un délai indicatif que ne devrait pas excéder une procédure arbitrale, même en l'absence de volonté clairement exprimée par les parties. Aussi, l'article 12 de l'Acte uniforme modifié relatif au droit de l'arbitrage prévoit-il que « *si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission du tribunal arbitral ne peut excéder six (06) mois à compter du jour où le dernier des arbitres l'a acceptée* »²⁴. Toutefois, le délai d'arbitrage légal ou conventionnel peut être prorogé, soit par accord des parties, soit à la demande de l'une d'elle ou du tribunal arbitral, par la juridiction compétente dans l'État partie²⁵.

8. L'étonnement est donc sans retenue, lorsqu'à l'épreuve de la pratique, la célérité attendue du processus arbitral est souvent entamée. Ces contraintes peuvent tenir à la lourdeur ou à la difficulté pour les parties ou l'une d'elles, d'administrer les éléments de preuve à l'appui de leurs prétentions. La lenteur de l'arbitrage peut tenir aussi à la qualité d'une partie. Ainsi lorsque le processus arbitral réunit des parties dont l'une est l'État ou une personne morale de droit public, cela peut entraîner des difficultés quant à l'intervention éventuelle du juge d'appui ou dans le cadre de l'exécution de la sentence. Par ailleurs, **un facteur non négligeable de lenteur dans le processus arbitral peut tenir à la rétention de la sentence par le tribunal arbitral ou l'arbitre désigné comme mesure d'astreinte au règlement par les parties des honoraires du ou des arbitres**²⁶.

²⁴ Article 12 de l'AUA tel que modifié le 23 novembre 2017 à Conakry, République de Guinée.

²⁵ Idem., Alinéa 2.

²⁶ Cf. particulièrement 25.1 du Règlement d'arbitrage CCJA de l'OHADA tel que modifié le 23 novembre 2017 à Conakry : « *La sentence rendue, le Secrétaire Général en notifie aux parties le texte signé du tribunal arbitral, après que les frais de l'arbitrage ont été réglés intégralement à la Cour par les parties ou l'une d'entre elles* ».

9. Au reste, les recours dont la sentence arbitrale peut être frappée devant le juge étatique peuvent entamer ce modèle de justice assez estimé, qui a vocation à se dérouler de la requête initiale à la sentence finale, sans l'intervention du juge²⁷. Devant certaines juridictions, le jugement des recours en annulation peut s'étendre dans le temps. Il en est de même des procédures visant à rendre la sentence arbitrale exécutoire (via *l'exequatur*), préalable indispensable à son exécution forcée. Il en résulte une frustration de certains acteurs économiques qui voient l'exécution de « leur » sentence retardée, voire paralysée. Il est vrai que pour éviter cet écueil, le nouvel Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) encadre le traitement de ces recours dans des délais assez stricts.

« Que ce soit pour conférer (ou non) l'exequatur à une sentence ou pour trancher un recours en annulation, l'Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage impose désormais aux juridictions des États Parties, ainsi qu'à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, une accélération notable des délais dans lesquels ces dernières devront statuer »²⁸.

10. Devant la justice étatique, la violation du délai raisonnable est diversement appréciée, d'une procédure à l'autre et d'un État à l'autre. Aussi, la Cour de cassation française refuse-t-elle constamment de sanctionner le délai déraisonnable de la procédure par l'annulation de celle-ci. En matière civile, la chambre commerciale a décidé de façon péremptoire que la violation de la condition du délai raisonnable ne peut servir de fondement à l'annulation d'une décision judiciaire²⁹. En matière pénale, la chambre criminelle estime que la méconnaissance de l'exigence du délai raisonnable de l'article 6-1 de la Convention européenne est sans incidence sur la validité des procédures³⁰.

²⁷ J. BELIBI et G. KENFACK DOUJANI, « Le juge d'appui dans l'arbitrage OHADA », Revue de l'ERSUMA.

²⁸ Cf. Alinéas 5 et 6 de l'Article 31 de l'AUA dans sa rédaction du 23 novembre 2017 : « *La juridiction étatique, saisie d'une requête en reconnaissance ou en exequatur, statue dans un délai qui ne saurait excéder quinze (15) jours à compter de sa saisine. Si à l'expiration de ce délai, la juridiction n'a pas rendu son ordonnance, l'exequatur est réputé avoir été accordé* »

²⁹ Cass.comm. 11 juin 1985, Bull., IV, n° 185.

³⁰ Cass. crim. 26 sept.2001, Hammouche : Procédure 2001, comm. n° 236, note J.Buisson ; D. 2002, somm. comm.p. 1462, obs. J. PRADEL. Dans cette affaire de malversation, entre l'ouverture d'une enquête préliminaire et l'audience de jugement devant le tribunal correctionnel, dix années (10) s'étaient écoulées. V. aussi cass.crim., 29 nov.2000 :Dr.pén.2001, comm.n° 54, note A. Maron ; A. VARINARD, Les grands arrêts de la procédure pénale, 2001, n° 23-18 juin 1999 n°X97-86.658 D : Dr.

11. A rebours, les juridictions suprêmes belges font une application assez flexible en termes de sanction du délai raisonnable et envisagent des procédés accélérateurs et des mécanismes indemnitaires. Les voies d'accélération permettraient de faire constater par une juridiction supérieure ou une juridiction d'un autre ordre notamment la juridiction constitutionnelle³¹, la méconnaissance du délai raisonnable avec injonction au juge saisi de l'affaire de traiter celle-ci à bref délai. D'un autre côté, la voie indemnitaire a tendance à être considérée, à tort ou à raison, comme la réponse la plus adéquate aux violations du délai raisonnable³². Une telle variation dans le régime de sanction se comprend aisément parce que l'édiction d'un tel délai traduit la volonté du législateur de confier à la conscience de son débiteur le soin d'agir avec diligence, de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour accomplir le plus rapidement possible son obligation. C'est, en quelque sorte, une obligation de moyen, et non de résultat, qui est mise à la charge du débiteur d'un délai raisonnable de jugement³³. Tout se passe donc comme si la finalité de ce délai est d'assurer l'équilibre nécessaire entre les droits des justiciables et la protection de l'ordre public qui suppose que les procédures ne soient pas trop aisément réduites à néant³⁴.

12. Si la violation du droit à un délai raisonnable connaît un tel traitement devant la justice étatique, on peut s'interroger en matière d'arbitrage sur la valeur et la portée de ce droit subjectif, tout aussi « juridiquement protégé »³⁵, qui a acquis dès l'arrêt *Kulda* de la Cour européenne des droits de l'homme, la qualité d'un droit procédural autonome dont la violation établie ou alléguée doit ouvrir à celui qui se plaint de la durée anormale d'une procédure, un recours effectif lui permettant d'obtenir, dans l'ordre interne, un redressement approprié³⁶.

pén. 1999, chron. Des parquets et de l'instruction n° 4 de C. Marsat- 22 sept.1998, Mouesca : Procédures 1999, comm.n° 71- 5 déc.1996 : Juris-Data n° 005247-3 févr.1993, Kermache : Bull.crim., n° 57 ; JCP G 1994, II, 22197- 24 oct.oct. 1989 : Bull.crim., n° 378 ;JCP G 1990, IV, p.47 ; cass.crim. 7 mars 1989 : Bull.crim., n° 109- JCP G 1989, IV, p.199-19 nov.1987 : Bull. crim., n° 420 ; Cass.soc. , 29 mai 1991 : Bull.civ.V, n° 278

³¹ Voir Décision DCC 03-144 du 16 Octobre 2006, obs. J. DJOGBENOU, in Annuaire de justice constitutionnelle, vol I, 2013, p. 589 et s.

³² Voir J.-F. FLAUSS, « Variations sur un thème encore méconnu : l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », RTDH, 1998, p. 647 et s.

³³ E. C. MONTCHO-AGBASSA, *Contribution à l'étude d'une notion à contenu variable : le délai raisonnable en droit privé* ; Thèse de doctorat unique en droit, Université d'Abomey-Calavi, 2009, p. 178

³⁴ S. STAEGER, *Délais et mise en état des affaires pénales. De la célérité des procédures*, Thèse, Lyon 3, 2002, n° 18, p. 287

³⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 1996, n° 161, p. 271

³⁶ Arrêt Kudla, para 158

13. Depuis l'affaire *Cubic* en France³⁷, **les centres d'arbitrage sont sourcilleux des questions de délai³⁸ parce qu'ils savent qu'ils ne sont plus à l'abri d'actions en responsabilité, en dépit des clauses élusives de responsabilité qu'ils insèrent dans leur règlement**, celles-ci étant dénuées de toute portée³⁹. Pour rappel, dans cette affaire, la Chambre de commerce internationale (CCI) avait été assignée par un des litigants qui reprochait au centre d'arbitrage de ne pas avoir correctement rempli sa mission d'organisation, notamment en accordant systématiquement des prorogations de délais aux arbitres qui n'avançaient pourtant pas plus vite. Après plus de cinq ans de procédure, la sentence n'était toujours pas rendue. On dépassait les délais, pourtant déjà longs, de la justice étatique, et on privait ainsi l'arbitrage d'une de ses raisons d'être. La CCI a échappé à une condamnation pour manquement à ses obligations contractuelles prises à l'égard des parties en faisant valoir que l'obligation litigieuse était celle d'assurer la célérité de l'instance et qu'il s'agissait d'une obligation de moyens dont la preuve de l'inexécution n'avait pas été rapportée par celui qui l'alléguait⁴⁰.

14. Le débat est donc loin d'être vidé, d'autant que son relief est surmonté d'un double intérêt. Sur le plan théorique, la réflexion permet de rechercher la consistance et le support théoriques du droit à un délai raisonnable dans une justice qui relève par essence de l'autonomie de la volonté des parties litigantes. C'est en fait un acquis important des dernières décennies que la justice, globalement considérée et quelles que soient les voies par lesquelles elle est rendue, tend à s'organiser en fonction d'une éthique communément partagée et portée par la notion du procès équitable qui possède désormais une résonance universelle. Elle apparaît comme la traduction d'exigences supérieures, sans considération de sources (droit naturel, principes généraux du droit, ordre public international), dont elle serait susceptible de découler. Cette philosophie du procès, sinon de la justice dans toutes ses modalités institutionnelles, transcende progressivement les clivages nationaux ou techniques,

³⁷ (Cass. 1^{re} civ. 20 févr. 2001, Rev. arb. 2001, p. 511, note T. Clay ; Rev. crit. DIP 2001, p. 124, note C. Seraglini ; D. 2001, IR p. 903),

³⁸ T. CLAY, « Les obligations du centre d'arbitrage en matière de notification des prorogations de délai », *Recueil Dalloz*, 2003 p.2477

³⁹ P. LALIVE, « Sur l'irresponsabilité arbitrale, Etudes de procédure et d'arbitrage », Mélanges Jean-François Poudret, 1999, p. 419

⁴⁰ cf. T. Clay, note préc.,spéc. n° 21-30).

pénètre les droits positifs et contribue largement à restituer une unité de but à la fonction de juger.

Au plan pratique, la réflexion incite à mieux cerner le rapport des parties au temps dans l'arbitrage. Quoique spécifique aux diligences des parties, un tel rapport au temps gagnerait à avoir un caractère inclusif et impliquer aussi bien les interventions du tribunal que celles des juridictions arbitragistes.

15. L'instance arbitrale conditionne nécessairement le délai raisonnable. On ne pourrait alors raisonnablement fixer un délai au mépris à la complexité de l'instance arbitrale. Après la convention d'arbitrage, les parties doivent définir la mission des arbitres au travers d'un acte. Cet acte, appelé **acte de mission**, permet de circonscrire l'étendue de la mission du tribunal arbitral. Un tel acte **s'apparente au chronomètre processuel des arbitres et constitue même un critère d'évaluation de l'efficacité de leur action**⁴¹. La durée de la mission est suffisamment précisée lors de la réunion préliminaire organisée par les parties. C'est ainsi que le délai raisonnable se trouve absorbé par l'instance arbitrale de sorte que la « *raisonnabilité* » du délai est appréciée à travers la gestion optimale de l'instance arbitrale⁴². On se rend compte à l'analyse que la question du délai raisonnable dans l'arbitrage met aux prises deux valeurs importantes dont la pleine réalisation de l'une, nécessite de sacrifier l'autre sinon d'en altérer la portée.

16. En matière d'arbitrage, le « délai raisonnable » au cœur du droit au procès équitable ne semble se résoudre que par une opération chimique avec l'instance. Aussi bien, l'absorption à laquelle cette opération se conclut est-elle justifiée par la nature contractuelle de l'arbitrage (I) qu'elle est rejetée par sa nature juridictionnelle (II).

⁴¹ L. WEILLER, la mission de l'arbitre, entre convention et juridiction, *in Lexisnexis*, version numérique, procédures, n°2 fév. 2020, p. 1.

⁴² Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 03-13.116, D. 2006. 274, note P.-Y. GAUTIER ; *ibid.* 3026, obs. T. Clay ; RTD civ. 2006. 144, obs. P. THERY ; RTD com. 2006. 299, obs. E. LOQUIN ; Rev. arb. 2006. 126, note C. JARROSSON ; JCP 2006. 852, note T. Clay ; RDC 2006. 812, note G. Viney.

I - Une absorption justifiée par la nature contractuelle de l'arbitrage

17. Le délai raisonnable de la procédure arbitrale est tributaire de sa nature essentiellement contractuelle. Le traité de l'OHADA a prévu qu'« *en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, (...) peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure [d'arbitrage]* »⁴³. Les litiges arbitrables doivent par conséquent être d'ordre contractuel. Ce qui exclut d'emblée les rapports extracontractuels⁴⁴. De plus, le droit OHADA de l'arbitrage prévoit que toute personne physique ou morale, de droit public et privé, peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition⁴⁵. Une double préoccupation mérite réponse : comment s'opère l'absorption du délai à la constitution du tribunal arbitral (**A**) et comment se résout la même opération dans le cadre de la discussion et de la solution au litige (**B**).

A – L'absorption du délai raisonnable à la constitution du tribunal arbitral

18. Incident de la constitution du tribunal. Incident dans la constitution du tribunal. La formation du tribunal donne lieu à deux types de contentieux : le contentieux de la constitution, préalable à la formation du tribunal, qui se résout principalement par recours au juge d'appui ; et le contentieux dans la constitution, préalable à l'accomplissement par le tribunal de sa mission, qui se résout principalement par recours au tribunal arbitral formé. Dans le premier cas, les modalités de formation du tribunal, dans une hypothèse vertueuse, sont contenues dans la convention d'arbitrage de sorte que l'on puisse en inférer une prise en compte consubstantielle du délai de formation de ce tribunal. **Mais il peut arriver, en présence d'une clause pathologique, que le recours au juge d'appui s'impose pour mettre en mouvement la mécanique arbitrale.** Le temps de règlement de la difficulté par le juge d'appui, étatique ou institutionnelle est réglé au moyen des règles ordinaires de procédure, qu'il s'agisse du code de procédure civile ou du règlement de procédure du centre d'arbitrage élu, à la lumière des solutions assises par la juridiction de cassation.

⁴³ Al. 1 de l'art. 21 du Traité OHADA, op. cit.

⁴⁴ MAYATA MBAYE, op. cit., p. 11.

⁴⁵ Art. 2 de l'AUA de l'OHADA.

19. Sous cette vue, les parties peuvent se retrouver dans l'hypothèse de la **compétence-investiture, définie comme l'aptitude puisée de la convention d'arbitrage à siéger en qualité d'arbitre, dont le défaut est considéré comme une irrégularité de composition du tribunal susceptible d'être soumise au juge d'appui.** Mais il ne faut pas s'y tromper : de la formulation de la question relative à l'incident, dépend sa résolution à titre préalable par le juge d'appui ou sa résolution à titre d'exception par le tribunal arbitral. Si, en effet, la question donne lieu à la contestation de la formation du tribunal, c'est le juge d'appui qui a le pouvoir de régler la difficulté. Mais si, comme l'a si bien souligné la Cour de cassation française dans l'affaire *Antrix*⁴⁶, la question élève en difficulté le caractère pathologique de la convention, l'appréciation revient au tribunal arbitral.

20. Or, dans cette affaire, c'est la clause compromissoire qui est pathologique puisqu'elle était mal rédigée. Cette clause compromissoire avait en effet prévu que la procédure d'arbitrage sera conduite conformément aux règles et procédures de la CCI ou de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Se fondant sur cette clause, l'une des parties a saisi avec succès la CCI pour la désignation des arbitres. L'autre partie a contesté la compétence du tribunal arbitral en soutenant que la clause compromissoire était pathologique en ce qu'elle faisait référence à deux règlements d'arbitrage sans fixer les modalités de choix entre eux. La cour d'appel de Paris a d'abord débouté la partie arguant l'annulation de la sentence issue de la clause querellée. Elle a considéré que *« ce moyen procède d'une interprétation de la clause compromissoire contradictoire avec celle qui avait été soumise aux arbitres ; que ceux-ci, en effet, ont été invités à se prononcer sur le caractère pathologique de la clause et non sur le fait que le règlement d'arbitrage de la CCI serait divisible et qu'un contrat pour l'administration de l'arbitrage n'aurait pas été conclu »*⁴⁷. Puis la cour d'appel juge conséquemment que l'opposant à l'exequatur de la sentence en cause a renoncé à se prévaloir de ce moyen. Elle précise que *« c'est au regard de l'argumentation développée devant les arbitres, et non des péripéties procédurales antérieures ou parallèles à l'instance arbitrale, qu'il convient d'apprécier si une partie est présumée avoir renoncé à se*

⁴⁶ Civ. 1^{re}, 4 mars 2020, n° 18-22.019, D. 2020. 608.

⁴⁷ Idem.

prévaloir d'une irrégularité »⁴⁸. Enfin, la cour d'appel rejette l'irrecevabilité du grief porté contre la sentence. Mais la Cour de cassation française estime que « *l'invocation par l'opposant à l'exequatur, devant le tribunal arbitral, du caractère pathologique de la clause prévoyant une procédure d'arbitrage conduite conformément aux règles et procédures de la CCI ou de la CNUDCI emportait nécessairement contestation de la régularité de la composition du tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la CCI, dès lors que l'option alternative du choix des règles de la CNUDCI offerte par la clause impliquait un arbitrage ad hoc, exclusif d'un arbitrage institutionnel, de sorte que l'argumentation soutenue devant le juge de l'exequatur, selon laquelle la clause d'arbitrage viserait un arbitrage ad hoc sans intervention de la CCI dans la désignation du tribunal arbitral, n'était pas contraire à celle développée devant celui-ci* »⁴⁹. La compétence-investiture peut donc entraîner l'annulation de la sentence pour la composition irrégulière ou désignation irrégulière du tribunal arbitral.

« Ce mauvais aiguillage de la compétence investiture retarde inéluctablement l'issue de l'instance arbitrale et rend inefficent le temps de la justice arbitrale d'autant par ailleurs qu'il se complexifie avec le contentieux dans la constitution du tribunal ».

21. Dans cette seconde hypothèse, dont le règlement a pour fondement le principe compétence-compétence, le contentieux met en lumière les questions relatives à la compétence du tribunal. On sait que l'attribution de la compétence au tribunal arbitral est réglée par la convention d'arbitrage signée par les parties. Les arbitres assurent leur fonction juridictionnelle en vertu de leur compétence à connaître du différend soumis par les parties. La convention d'arbitrage est un accord d'attribution de compétence dérogatoire à la justice étatique. Par cette contractualisation de la justice arbitrale, les juridictions étatiques, même compétentes, sont tenues de respecter la volonté des parties à opter pour un autre mode de règlement de litige que représente l'arbitrage. La compétence-compétence se traduit alors par le fait que le tribunal arbitral est le seul compétent pour statuer sur sa propre compétence⁵⁰. Qu'il s'agisse

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Op. cit.

⁵⁰ Art. 11 de l'AUA de l'OHADA.

d'une clause compromissoire ou d'un compromis, la convention d'arbitrage est l'expression de la volonté des parties appelées à donner une légitimité aux arbitres dans l'accomplissement de leur mission. Le temps consacré au règlement d'un tel litige est nécessairement attelé à l'horloge conventionnelle qui, par essence est raisonnable. Mme AMRANI-MEKKI ne soulignait-elle pas que « *la volonté de donner une efficacité grandissante aux décisions de justice amène de nos jours à une prolifération de procédures « d'efficacité », guidées par un souci de célérité, qui perturbent au plus haut point la chronologie processuelle* » ?⁵¹

22. Quoiqu'il en soit, la question est autrement réglée dans l'arbitrage institutionnel que dans l'arbitrage *ad hoc*. **Dans l'arbitrage institutionnel comme celui de la CCJA, si les arbitres peuvent se prononcer d'office sur leur propre compétence à toute hauteur de l'instance⁵², par contre, les parties doivent soulever l'incompétence du tribunal au plus tard lors de la réunion constatant l'objet du litige⁵³.** Une telle exigence, imposée aux parties de soulever l'incompétence qui n'interrompt ni ne suspend l'instance ouverte⁵⁴, a l'avantage de la célérité dans le dénouement du litige. La difficulté persistera lorsque le tribunal ne se prononce pas d'office et que les parties ratent l'opportunité de soulever l'incompétence avant la réunion constatant l'objet du litige. C'est en ce sens que tout le processus serait menacé par une annulation emportant la reprise de tous les efforts consentis.

23. Mais lorsqu'on est en présence de l'arbitrage *ad hoc*, les parties ont l'obligation de soulever l'incompétence avant toute défense au fond sauf si les faits sur lesquels elle est fondée ont été révélés ultérieurement⁵⁵. Tant que le tribunal arbitral ne s'est prononcé sur le fond, les parties peuvent remettre en cause la compétence de l'instance arbitrale. Il faut souligner que la sentence prononçant la compétence du tribunal peut faire l'objet d'annulation par le juge d'appui. Le cas échéant, le chronomètre va s'arrêter afin de trouver d'autres issues.

⁵¹ S. AMRANI-MEKKI, « le temps et le procès civil » op. cit, p. 454.

⁵² L'art. 21.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, op. cit.

⁵³ L'art. 21.1, idem.

⁵⁴ L'art. 21.3 al. 2, ibidem.

⁵⁵ L'art. 11 al. 2 de l'AUA de l'OHADA.

24. C'est en ce que l'être humain est présumé raisonnable que sa volonté, en cette occurrence, par hypothèse tout aussi raisonnable, rejaillit sur le temps du règlement de ce contentieux. **C'est donc le souci d'efficacité que recherchent les parties qui les conduit à organiser toute la chronologie processuelle qui saisit notamment le temps de la discussion et de la résolution du litige.**

B – L'absorption du délai raisonnable par la mécanique de la discussion et de la résolution du litige

25. Acte d'anticipation, l'acte de mission arbitrale offre aux parties le pouvoir d'anticiper le temps de la résolution et de la discussion du litige. C'est d'ailleurs dans l'acte de mission que l'arbitre puisera les ressources de l'aménagement du temps de l'instance. Mais dans l'hypothèse où les parties s'abstiennent de fixer les délais du débat devant le tribunal, on ne peut exclure la sortie de la raison du lit dans lequel par nature, l'arbitrage l'a installée. **Qu'advient-il en effet, si par intérêt, les parties jouent la montre et que par complaisance les arbitres se laissent soumettre à ce jeu ?** La logique de la liberté conventionnelle et de l'autonomie de la volonté aurait pu légitimer cette échappée volontaire du délai de la procédure arbitrale qui ne demeurerait pas moins raisonnable. Mais la posture serait alors idéaliste dans l'absolu et l'issue serait fatale pour les fins utilitaristes de l'arbitrage auxquelles renvoie le miroir de l'ordre public économique à préserver. Il est alors de juste raison que par surgissement, le législateur impose une interprétation positive du silence des parties par un encadrement du temps de la discussion du litige. C'est la voie choisie par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA selon lequel, au cas où la convention d'arbitrage ne fixe pas le délai de la mission du tribunal arbitral, le délai légal de six mois s'appliquera sous réserve d'une prorogation⁵⁶.

26. La limitation dans le temps de la mission de tout juge est en effet un principe directeur du procès qui assure la jouissance du droit fondamental de toute personne à être jugée dans un délai raisonnable.

⁵⁶ Cf. Article 12 de l'AUA de l'OHADA.

« Le délai raisonnable ne peut donc être absolument absorbé par la nature de l'instance arbitrale. La seule question qui vaille à l'occasion de son appréciation est relative au point de départ de la mission de l'arbitre ».

Il importe en effet de rechercher le moment auquel le tribunal arbitral est effectivement lié. On peut rattacher ce moment à la saisine du tribunal⁵⁷ comme on peut le situer à la liaison technique de l'instance telle qu'expressément voulu par les parties. En réponse à cette interrogation, le législateur OHADA semble être explicite en prévoyant que le délai de la mission débute le jour où le dernier des arbitres l'a acceptée⁵⁸. Toutefois, le législateur n'a pas fixé un délai d'acceptation de la mission arbitrale comme il l'a si bien fait pour les parties en vue de la nomination (« ...*trente jours à compter de la réception de la demande...* »⁵⁹). A la liberté de lever l'option est ainsi doublée celle de le faire dans le temps voulu. Or il peut se passer un temps plus ou moins long entre la désignation et l'acceptation de la mission.

C'est ainsi qu'une clause compromissoire a ouvert davantage la brèche en prévoyant le moment de la *saisine* ou de la liaison du tribunal arbitral en ces termes :

« l'acceptation de la mission ne pouvait avoir lieu avant l'expiration des délais prévus pour l'exercice d'une action en récusation (soit trente jours à compter de la réception d'une demande d'arbitrage) »⁶⁰.

Cette clause compromissoire est une clause maladroite à maints égards.

- D'abord, on ne peut formellement récuser que celui (le futur arbitre) qui manifeste son intention d'accepter la mission arbitrale.

⁵⁷ Selon S. GUINCHARD et J. VINCENT, le lexique des termes juridique dans sa version numérique 2018 : « la saisine est la formalité par laquelle un plaideur porte son différend devant une juridiction afin que celle-ci examine la recevabilité et le caractère fondé de ses prétentions. La saisine est normalement provoquée par le dépôt au greffe d'une copie de l'assignation ou d'une requête conjointe, ou par requête ou déclaration au secrétariat de la juridiction. La présentation volontaire des adversaires devant le juge emporte parfois saisine de celle-ci ». Ceci étant, il faut distinguer la « *saisine judiciaire* » ou classique de la « *saisine arbitrale* ». En ce sens que la saisine arbitrale, en plus de formalité de déclaration d'un différend auprès du tribunal arbitral, est effective au travers de l'acceptation des arbitres nécessaire à l'accomplissement de la mission arbitrale susceptible de marquer le point de départ de l'instance arbitrale.

⁵⁸ Cf. Article 12 AUA de l'OHADA.

⁵⁹ Cf. Article 6. a) AUA de l'OHADA.

⁶⁰ Versailles, 4 juin 2019, n° 17/06632.

- Ensuite, admettre cette clause reviendrait à croire que la mission arbitrale débute avant même l'acceptation du tribunal arbitral.
- Enfin, la clause de l'espèce oblige les arbitres pressentis à accepter leur mission qu'après un délai absolu de trente jours représentant le temps de forclusion de l'action en récusation.

27. Mais la détermination du point d'arrivée du délai de la discussion et de la solution au litige n'est pas non plus aisée. Idéalement, elle est soumise à la volonté des parties. Or, cette volonté n'est pas facilement perceptible. Elle peut même faire défaut. Se posera alors nécessairement le problème de cadrage de l'acte de mission dans le temps. En principe, tel que l'a rappelé la Cour d'appel de Paris, « *la mission des arbitres est essentiellement délimitée par l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions respectives des parties* »⁶¹. Assez vague, cette formule laisse entière la question, la réponse étant pour le moins incertaine. Sous le régime de l'arbitrage institutionnel CCJA, c'est le procès-verbal de cadrage qui est préféré à l'acte de mission. Ce procès-verbal qui est destiné à recueillir les préoccupations des parties par rapport à l'objet du litige délimite avec précision le temps de la discussion et de la solution au litige. Lors de la réunion préliminaire, les arbitres dressent en effet le procès-verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure⁶². Cette prévalence de l'approche institutionnelle n'écarte pourtant pas la solution conventionnelle puisque la pratique de l'acte de mission n'est pas exclue. La raisonnable du délai de la discussion est en effet liée à l'intangibilité et à la précision des points litigieux soumis au tribunal. Dans tous les cas, les arbitres ont l'obligation de bien cerner l'étendue de leur mission et la limite temporelle de son accomplissement.

28. Si la nature contractuelle de l'arbitrage explique, en partie essentielle, la banalisation voire la neutralisation du son et du ton de l'horloge processuel, elle ne rend pas compte de la complétude du rapport de l'arbitrage avec le temps. Sa nature juridictionnelle laisse en effet apparaître un rejet de cette fusion chimique de l'instance arbitrale avec le temps.

⁶¹ Cour d'Appel de Paris (Pôle 1- ch. 1) du 10 septembre 2013, *Société Semapa investimento c/ gestao (SGPS) SA et autres c/ Société CRH PLC et autres*.

⁶² L'art. 15 de Règlement d'arbitrage de la CCJA.

II - Une absorption rejetée par la nature juridictionnelle de l'arbitrage

29. La migration du *jurisdictio*, c'est-à-dire du pouvoir de rendre justice par application de la règle de droit au profit d'un tribunal institué par la volonté des parties, confère à celui-ci, une nature juridictionnelle, et, consécutivement, des sujétions à l'arbitre dans l'administration des droits fondamentaux processuels. Le pouvoir juridictionnel de l'arbitre est en effet mis en œuvre à la lumière des principes directeurs du procès appliqués à l'arbitrage dont le respect ne saurait se solder dans la volonté des parties de se passer du temps. Le pouvoir conféré ainsi à l'arbitre impose un délai dont la finalité est d'assurer la jouissance des droits fondamentaux de nature processuelle. Insubmersible dans la volonté des parties et, par suite, tout aussi indisponible que le droit dont il assure la jouissance, ce délai tient sa raison dans le dialogue nécessaire entre les parties. C'est en effet le temps qui outille l'arbitre dans la gouvernance de la contradiction (A) et la recherche de l'équilibre des armes (B).

A – Le rejet par l'administration du principe du contradictoire

30. Le principe du contradictoire implique que le juge doit entendre toutes les parties qui s'opposent⁶³. Le contradictoire est également devenu un principe commun minimal de droit international en tant que condition nécessaire, quoique non suffisante, de toute activité proprement juridictionnelle et du déroulement de celle-ci dans le cadre du procès équitable⁶⁴. MM. J. et X. VUITTON ont également mentionné que « *la mention expresse du principe de la contradiction est très pertinente : elle constitue effectivement un principe fondamental de procédure* »⁶⁵. Les arbitres ont le devoir d'écouter et de recueillir les avis de toutes les parties. Dans tous les cas, depuis l'arrêt *Schooner*, il est acquis que « *le principe de la contradiction permet d'assurer la loyauté des débats et le caractère équitable du procès. Il interdit qu'une décision soit rendue sans que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions*

⁶³ D. SOSSA, *Introduction à l'étude du droit*, Cotonou, TUNDE, n° 72, 2007, p. 74.

⁶⁴ E. JOUANNET, « Remarques conclusives », in *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, H. Ruiz FABRI et J.-M. SOREL (dir.) PEDONE, 2004, spéc. p. 195. V. égal. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *ibidem*.

⁶⁵ J. VUITTON, X. VUITTON, *Les référés. Procédure civile, Contentieux administratif, Procédure pénale*, Paris, LEXIS, 2^{ème} édition, 2006, p. 206.

de son adversaire et de les discuter. Il interdit également que des écritures ou des documents soient portés à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqués à l'autre partie, et que des moyens de fait ou de droit soient soulevés d'office sans que les parties aient été appelées à les commenter »⁶⁶. Toutefois, dans son application, **le principe de la contradiction n'impose pas aux arbitres de soumettre aux parties le détail de leur raisonnement préalablement au prononcé de la sentence**⁶⁷.

31. Si le tribunal arbitral est tenu au respect du principe du contradictoire⁶⁸, la CCJA affirme, sans ambages, que les parties doivent disposer de tout « *le temps nécessaire pour débattre* »⁶⁹. Selon cette décision, il est en effet satisfait au principe du contradictoire « *dès lors que chaque partie a eu la possibilité d'examiner et de discuter les pièces ainsi que les moyens soumis au Tribunal arbitral...* » ; et que « *les parties ont disposé de tout le temps nécessaire et utile pour débattre...* », en ce que « *toutes les pièces ont été bien reçues et qu'aucune d'entre elles n'a été dissimulée* ». On le voit bien, pour être conforme aux principes directeurs du procès, un « temps nécessaire » s'impose aux parties à l'effet de rendre possible la discussion. Autrement, la discussion est présumée ne pas avoir lieu lorsqu'il est démontré que le délai raisonnable que cristallise le « temps nécessaire » a fait défaut. C'est que la phase contentieuse du procès arbitral doit garantir les droits fondamentaux de la défense des parties. Comme il a été souligné⁷⁰, le délai du procès constitue une émanation des éléments importants de l'accès aux droits des parties.

32. Le procès équitable qui suppose en effet que : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, (...)* »⁷¹ tient son effectivité de la qualité de

⁶⁶ Paris, 2 avr. 2019, n° 16/24358.

⁶⁷ Paris, 9 sept. 2010, *Marriott c. Jnah Development*, *Rev. arb.* 2011. 970, note C. Debourg ; *Cah. arb.* 2011. 413, note P. Mayer ; *Civ. 1^{re}*, 14 mars 2006, n° 03-19.764, *D.* 2006. 943, obs. V. Avena-Robardet ; *Rev. arb.* 2006. 653 ; *JCP* 2006. I. 148, obs. J. Ortscheidt.

⁶⁸ Cf. Dispositions des 9 et 14 de l'AUA de l'OHADA.

⁶⁹ ARRET CCJA N° 029/2007 du 19 juillet 2007.

⁷⁰ J. DJOGBENOU, *L'exécution forcée droit OHADA*, Cotonou, CREDIJ, 2ème éd., n° 45, 2011, p. 49.

⁷¹ V. les articles 7 al.1 (d) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 6 al. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, 47 al. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 14 §3 (c) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 8 de la Charte arabe des droits de l'homme, 25.1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

l'écoute organisée au profit des parties. Or, la qualité de l'écoute dépend essentiellement du temps d'écoute, ce temps d'être entendu par son adversaire processuel et son juge. Certes, « *le raisonnable suppose la pondération par la prise en compte de l'attitude de l'ensemble des acteurs, de la nature, et de la complexité de l'affaire. L'appréciation se fait in concreto et in globo* »⁷². Mais le délai de la contradiction s'appuie sur le critère de nécessité et, par suite, constitue une variable dans la gouvernance du temps.

33. Ce délai prend en compte l'audition des parties ainsi que celle des personnes intéressées. La réunion préliminaire en vue de la gestion de la procédure arbitrale est le marqueur de départ du dialogue entre les parties. Faut-il en anticiper et prévoir les termes, de sorte que l'appréciation par le tribunal arbitral de ce délai imposé ne fasse tomber la bascule du charybde conventionnel au scylla juridictionnel ?

« Le délai du dialogue ne se réduit pas en effet aux parties. Il concerne l'audition des témoins, la consultation des experts et de tout sachant. C'est, au fond, le temps de la recherche et de la réunion des preuves et des arguments des parties. L'idéal serait de l'encadrer pour éviter un basculement temporel ».

Or, ce faisant, le tribunal arbitral œuvre à la protection des droits de la défense qui est de l'essence de tout procès⁷³. Il ne s'agit plus d'accorder « *des faveurs (...) à une partie structurellement en position de faiblesse* »⁷⁴, mais « *d'arracher la personne de cet état d'infériorité pour la mettre à force égale avec l'autre* »⁷⁵. Les parties doivent être hissés au même rang dans la protection des droits fondamentaux. Mais à s'en tenir à la rectitude du respect de la célérité considérée comme la structure génétique de l'arbitrage, on pourrait en venir à différer la protection des droits de la défense à la marge de la procédure⁷⁶.

⁷² S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », in *RFAP*, op. cit., p. 47.

⁷³ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, coll. Thémis, P.U.F., 1^{er} éd., 2010, p. 627.

⁷⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, Evaluation critique, in *M. DELMAS-MARTY*; H. MUIR Watt et H. Ruiz FABRI, *Variations autour d'un droit commun, Société de législation comparée*, 2002, p. 159. V. égal. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, idem

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ S. AMRANI-MEKKI, « Le temps et le procès civil » op. cit., p.491.

B – Le rejet par l'intervention de l'organe d'appui

34. L'intervention de l'organe d'appui à l'arbitrage n'est pas sans influence sur le délai du recours à l'arbitrage. Qu'il s'agisse du juge étatique ou, dans une moindre mesure, du centre d'arbitrage en ce qui concerne l'arbitrage institutionnel, le temps de l'appui doit être compris *in fine* dans celui de la résolution du litige soumis à l'arbitrage.

« Quoique raisonnable, le délai de l'arbitrage s'égrène méticuleusement entre le tribunal arbitral et la juridiction d'appui. Mis à la disposition des autorités de justice arbitrale, ce délai peut être considéré soit comme un temps chronologique, soit comme un temps chronométrique ».

Le temps chronologique est le cadre homogène et virtuel où les événements temporels se concrétisent. Le temps chronométrique équivaut à la durée prévisible à travers l'écoulement des événements mesurés ou escomptés. Mais il arrive bien des cas où le chronomètre échappe à la volonté des parties. Les parties subissent le temps imparti pour la reddition de leur sentence. Ce temps imposé, légal ou judiciaire « concerne tout à la fois l'exercice de l'action en justice et le déroulement de l'instance »⁷⁷. Le législateur supplée la volonté des parties, en cas de désaccord, pour réguler le temps de l'instance arbitrale et l'action en diligence des parties.

35. On ne saurait donc entièrement soustraire l'arbitrage de l'emprise des organes d'appui, étatiques ou conventionnels. Cette présence des juridictions étatiques et des centres d'arbitrages se justifie à maints égards. D'une part, le maintien de l'arbitrage dans l'ombre d'un autre organe est la conséquence du défaut de *imperium* du tribunal arbitral auquel il importe pourtant de recourir, soit pour lever les obstacles à l'installation du tribunal, soit pour assurer l'exécution des mesures conservatoires ou encore pour organiser les recours élevés contre la sentence arbitrale. Il faut rappeler, en effet que si le tribunal arbitral dispose du *jurisdictio*, ce pouvoir à caractère conventionnel, s'exerce dans la limite temporaire décidée en principe par les parties. L'autorité dont le tribunal est investi est alors soumise à la volonté des parties qui

⁷⁷ S. AMRANI-MEKKI, « Le temps et le procès civil » op. cit., p.29.

l'ont institué. Or, le juge d'appui dispose d'un pouvoir concurrent de *jurisdictio* permanent et institutionnalisé. Dans le contexte du droit OHADA, le législateur a imposé la juridiction compétente depuis la phase précontentieuse jusqu'à l'exécution de la sentence arbitrale. Dans l'arbitrage institutionnel CCJA, la Cour d'Abidjan officie en lieu et place du juge étatique d'appui. Cela dit, c'est en sa qualité de garant de pouvoir juridictionnel, que le juge d'appui édicte des injonctions à l'endroit tant du tribunal arbitral que des parties.

36. À la vérité, la maîtrise de l'horloge échappe à ces organes externes à l'arbitrage qui sont pourtant garants de son esprit, et dont l'action affecte nécessairement la mission du tribunal arbitral. Sur les deux volets de l'appui à l'arbitrage, l'offrande de l'organe institué pourrait avoir comme rançon un coût difficile à négocier en ce qui concerne le délai.

Dans la phase précontentieuse, par exemple, au moment de la constitution du tribunal arbitral, l'intervention de l'organe d'appui est soumise à la volonté des parties qui comporte une part d'aléa. C'est la volonté des parties qui gouvernent les diligences nécessaires à la tenue de l'instance comme la nomination, le remplacement et la révocation des arbitres. Si l'accomplissement de ces diligences est soumis aux des délais conventionnellement consentis sous l'égide du tribunal arbitral et le contrôle du juge étatique, il n'est pas à écarter que le juge étatique d'appui puisse être sollicité afin d'obvier aux inconvénients d'un blocage dans l'accomplissement des diligences procédurales.

En revanche, dans la phase contentieuse, l'intervention de la juridiction d'appui obéit aux délais de procédure qui procèdent de la loi et non de la volonté des parties. C'est le cas du contentieux de la prolongation pour laquelle les parties mettent en œuvre leur faculté d'autorisation des arbitres à proroger le délai de leur mission en se référant au juge étatique. Certes, le législateur OHADA permet en effet aux parties et au tribunal arbitral de proroger la durée initiale. Les parties peuvent consentir à la prolongation par le biais de leurs représentants légaux munis d'un mandat de représentation en justice⁷⁸. C'est souvent le cas des arbitrages ad hoc

⁷⁸ Cass. Civ. 2^e, 21 novembre 2002, Rev. Arb., 2004. 303, note E. Tay-Pamart ; RTD com., 2003. 475, obs. E. LOQUIN.

organisés au sein de l'espace OHADA où les arbitres ont besoin d'un accord exprès pour proroger leur mission. Étant donné que le coût de l'arbitrage est pris en charge par les parties, il serait très utile d'avoir le consentement sans équivoque de ces parties. Mais à défaut par les parties d'avoir prévu la circonstance de la prolongation de la durée de la mission, il est recouru au juge étatique par le tribunal arbitral à l'effet de suppléer à leur carence ou à leur inaction.

37. L'intervention du juge étatique est souvent indispensable au cours de l'instance arbitrale pour assurer l'efficacité du système arbitral. C'est le cas lors de la sollicitation du juge pour ordonner les mesures conservatoires. En réalité, ces mesures peuvent être demandées avant ou après la nomination des arbitres. Dans la phase précontentieuse, le juge étatique intervient en vue de protéger les intérêts des parties en considération de l'imminence d'un péril.

38. En outre, le juge étatique participe à l'administration de la preuve. L'Acte uniforme dispose que : « *si l'aide des autorités judiciaires est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral peut, d'office ou sur requête, solliciter le concours du juge compétent dans l'État-partie* »⁷⁹. Ainsi, le juge étatique pourra coopérer à la comparution d'un témoin ou de la production d'une pièce détenue par un tiers. En de pareilles situations, il est logique et judicieux d'approuver l'intervention judiciaire par l'urgence.

39. Dans la phase post-contentieuse, c'est dans le cadre de l'exercice des voies de recours que la juridiction étatique est sollicitée et que, dans ce cadre, son rythme échappe davantage à la volonté des parties. Dans l'arbitrage OHADA sous l'égide de la CCJA, quand bien même l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation aient été exclus⁸⁰ des voies spécifiquement admises instaurent la juridiction étatique compétente en organe de validation *a posteriori* et facultative de l'arbitrage. La validation a lieu *a posteriori* en raison de ce que la juridiction compétente n'est saisie que de la sentence, qu'elle soit provisoire ou définitive. Elle est facultative en ce que la saisine de la juridiction compétente n'est pas de droit. La validation sera

⁷⁹ L'Art. 14 al. 7 de l'Acte uniforme, op. cit.

⁸⁰ L'art. 25 al. 1 de l'AUA.

sanctionnée, en cas de refus, soit par l'annulation de la sentence, soit par sa révision.

40. C'est le cas de l'action relative au recours en annulation de la sentence⁸¹ qui, en cas de succès, est conclue par l'annulation de celle-ci. Introduite devant la CCJA, elle n'est recevable que lorsqu'il est établi que les parties n'ont pas renoncé à un tel recours⁸². En cas d'annulation de la sentence, la Cour évoque et statue au fond si les parties en ont fait la demande⁸³. Dans ce dernier cas, la Cour jouera un rôle crucial dans le dénouement du litige entre les parties. **Mais en cas de désaccord ou en présence du défaut de la demande expresse d'évocation, la procédure arbitrale est reprise à la requête de la partie la plus diligente. Une telle reprise relance l'horloge à son point de départ.**

41. Même dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* OHADA, la juridiction étatique compétente peut être sollicitée aux mêmes fins, les parties étant autorisées à formuler un recours en annulation⁸⁴ devant le juge compétent d'un État-membre⁸⁵. Dans cette hypothèse, la décision du juge compétent est exclusivement susceptible de pourvoi en cassation devant la CCJA⁸⁶.

42. Le délai est également celui auquel les lois soumettent la juridiction saisie du recours en révision⁸⁷ soit devant le tribunal arbitral *ad hoc* ou soit devant la CCJA selon le cas lorsqu'elles estiment avoir des faits de nature à influencer la décision

⁸¹ Conformément à l'art. 29.2 al. 2 du Règlement d'arbitrage CCJA, le recours en annulation contre la sentence n'est recevable que : « *si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ; si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ; si le principe du contradictoire n'a pas été respecté ; si la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international ; si la sentence arbitrale est dépourvue de toute motivation* ».

⁸² L'art. 29.2 du Règlement d'arbitrage CCJA.

⁸³ L'art. 29.5 al. 2 et 3 du Règlement d'arbitrage CCJA.

⁸⁴ Conformément à l'art. 26 de l'AUA, le recours en annulation est ouvert dans les cas où : le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ; le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ; le tribunal a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ; le principe du contradictoire n'a pas été respecté ; la violation d'une règle d'ordre public international des États signataires du Traité ; enfin en cas de défaut de motivation de la sentence.

⁸⁵ L'al. 2 de l'art. 25 de l'AUA.

⁸⁶ L'al. 3 de l'art. 25 de l'AUA.

⁸⁷ Cass. 1^{er} civ. Du 25 mai 1992, Fougerville c/ Procofrance. Cette jurisprudence française a précisé qu'un recours en révision est motivé par la « *la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision* ».

des arbitres et que ces faits sont inconnus au tribunal avant le jour du prononcé de la sentence. Enfin, lorsque la sentence préjudicie aux droits des tiers, ceux-ci peuvent exercer le recours en tierce-opposition⁸⁸, par une personne physique ou morale, devant la juridiction de l'État partie qui eût été compétente à défaut d'arbitrage en tant qu'institution de recours contre la sentence préjudiciable en cas d'arbitrage hors CCJA⁸⁹. Par contre, la tierce-opposition est portée devant la Cour lorsqu'il s'agit de l'arbitrage CCJA⁹⁰.

43. Question ouverte que celle du temps de l'arbitrage ! La conclusion raisonnable pour un phénomène qui le paraît difficilement, pourrait virer à la perplexité, lorsqu'on réalise que le temple du dieu **Chronos** exerce une prégnance moins sidérante sur l'instance arbitrale. Si en théorie, le principe fondamental de la liberté des parties en matière d'arbitrage, qui les autorise à édicter elles-mêmes leur propre règlement d'arbitrage est incontestable, en pratique le recours aux mécanismes préexistants, cohérents et éprouvés, évite une perte de temps et mérite d'être mis en avant.

« La maîtrise du temps passe par celle d'un balisage dans la clause compromissoire qui, en définissant clairement le tribunal arbitral, les conditions précises du choix des arbitres, le droit applicable et les procédures devant les arbitres permet d'éviter qu'au contentieux sur le fond qui prend du temps, se greffe un contentieux sur la procédure qui contribue à inscrire le litige dans la durée ».

D'abord en ce que, considérant, l'instance arbitrale *stricto sensu*, c'est-à-dire de la constitution du tribunal au prononcé de la sentence au fond, le souffle du temps qui y est insufflé est par nature raisonnable, procédant de l'idée de célérité élevée en objectif de politique judiciaire. D'ailleurs, les arbitres sont tenus de mener leur mission juridictionnelle jusqu'à son terme parce qu'ils ont l'obligation de rendre leur sentence dans le délai conventionnel qui leur est imparti, sauf accord des parties pour la prorogation ou décision de prorogation de la juridiction compétente. La responsabilité du tribunal arbitral peut être engagée lorsque les arbitres manquent à

⁸⁸ L'art. 25 al. 4 de l'AUA.

⁸⁹ L'art. 25 al. 4 de l'AUA.

⁹⁰ L'art. 33 du Règlement d'arbitrage CCJA.

l'obligation de célérité et de diligence, faute d'avoir obtenu l'accord des parties sur la prorogation du délai ou d'avoir pris l'initiative d'obtenir cette prorogation par décision de l'institution. La Cour de cassation française a pu ainsi affirmer « *qu'en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence, et ont engagé leur responsabilité, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »⁹¹. Même le silence d'une des parties, qui avait la faculté de demander la prorogation du délai, ne constitue pas une faute susceptible d'exonérer l'arbitre de sa responsabilité par rapport à l'obligation de célérité et de diligence. Il n'en demeure pas moins établi que le temps de l'instance arbitrale, délai par essence *voulu* raisonnable par les parties, et donc, par principe homogène et maîtrisé, n'échappe pas moins aux caprices que l'égoïsme partisan des acteurs fait peser sur le procès de sorte à finalement allongé le temps prévisible et à porter une entorse considérable à l'une des finalités fondamentales de l'arbitrage. Il n'est donc pas étonnant que le contrôle du temps finisse par échapper aux parties, dans les cas de désaccord sur la marche de l'arbitrage.

44. Ensuite, en ce que, considérant, l'instance arbitrale *lato sensu*, c'est-à-dire de la constitution du tribunal à l'épuisement des voies de recours prévues contre la sentence, le temps perd sa prévisibilité et, par suite, sa « raisonabilité ». **Au temps conventionnel, se succède et se superpose à la fois le temps légal et, surtout judiciaire, procédant tantôt du forçage du juge dans l'instance arbitrale primaire, tantôt du délai imposé par la législation nationale pour l'exercice des voies de recours.**

Le temps des parties et de la loi finit donc par tuer le temps de l'arbitrage et conduit cette voie exaltée à une perte d'efficacité. Faut-il se résoudre à encourager la suppression des voies de recours contre la sentence arbitrale, comme il est de pratique courante, en vue d'éviter au temps de sortir excessivement du lit conventionnel ? La solution a le mérite de faire conserver à la volonté des parties sa

⁹¹ Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 03-13.116, D. 2006. 274, note P.-Y. Gautier ; *ibid.* 3026, obs. T. Clay ; RTD civ. 2006. 144, obs. P. Théry ; RTD com. 2006. 299, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2006. 126, note C. Jarrosson ; JCP 2006. 852, note T. Clay ; RDC 2006. 812, note G. Viney.

puissance processuelle, quelle que soit l'élasticité du délai, la volonté des parties étant réputée raisonnable.

45. Toutefois, il faut cependant savoir jusqu'où pousser les limites de la suppression des voies de recours contre la sentence pour laisser éclore sur ce terrain, quelque fois fatalement, la puissance de la volonté des parties, et pousser à son achèvement la contractualisation de toute l'instance arbitrale. L'ouverture des fenêtres d'incursion de la loi et du juge dans l'enceinte arbitrale conventionnelle apparaît en effet comme une garantie de protection de la partie la plus faible quand on sait bien que « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* ». ⁹² Pour la même raison, les droits processuels fondamentaux que constituent le droit à un recours effectif et pertinent ne devraient pas, dans l'absolu, être disponibles et susceptibles de transaction par les parties.

⁹² H. LACORDAIRE, Sermon à la Chaire de Notre Dame, Conférences de Notre Dame de Paris, 1848.

BONNES PRATIQUES DE L'ARBITRAGE L'ARBITRAGE MARITIME : UN MODÈLE ?

Philippe DELEBECQUE

Président de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris

1. L'arbitrage maritime obéit d'abord et avant tout au droit commun de l'arbitrage. Le principe du contradictoire y tient naturellement une place essentielle, de même que toutes les exigences tenant à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, à la célérité de la procédure ainsi qu'à la confidentialité de tous les aspects de l'instance et cela, alors même que la plupart des dossiers ont un caractère international, le droit maritime étant, par essence, international. Le principe compétence-compétence y trouve de nombreuses applications : que l'on songe par exemple aux clauses d'arbitrage des connaissements de charte-partie. Rappelons aussi que **de nombreuses jurisprudences ayant nourri le droit de l'arbitrage sont issues d'affaires maritimes**, qu'il s'agisse de la théorie de l'extension des clauses d'arbitrage, de la pratique des « anti suit injonctions » ou encore de la définition même de l'arbitrage international, sans parler des lettres de garantie souscrites par les *P and I Clubs* et dans lesquelles il est convenu qu'aux clauses initiales de compétence sont substituées de nouvelles stipulations. N'oublions pas non plus la reconnaissance de l'intérêt à agir des assureurs facultés subrogés dans les droits, dont les clauses d'arbitrage, de leurs assurés. On pourrait encore évoquer les jurisprudences sur les agents maritimes (*Unamar*) et les sociétés de classification (*ABS*).

2. La première boussole de l'arbitrage maritime est de respecter scrupuleusement les termes des contrats liant les parties. Qu'il s'agisse d'affrètement, d'assurance corps ou facultés, de construction et de réparation navale ou même d'assistance, les arbitres, par principe, s'en tiennent à la convention des parties et refusent de s'en écarter tant soit peu en cherchant, d'une manière ou d'une autre, à les en libérer, comme cela se produit souvent devant les tribunaux étatiques, au prix, par exemple,

d'une interprétation bienveillante, de leurs chaînes. L'équité a peu sa place parce qu'il s'agit avant tout d'expliquer aux parties pourquoi leur contrat a été mal conçu ou encore pourquoi telle prétention heurte telle règle de droit ou tel usage du commerce maritime.

« La bonne sentence est bien entendu celle qui permet aux parties de re-travailler ensemble, mais aussi celle qui tranche une difficulté et fait jurisprudence, sinon s'inscrit dans une ligne de précédents ».

Il est difficile ici de donner des exemples, mais les professionnels du monde maritime sauront lire entre les lignes. Permettons-nous de donc de renvoyer au site de la CAMP et à sa Gazette (arbitrage.maritime.com).

3. Précisément, la jurisprudence arbitrale est une réalité dans le monde maritime, peut-être est-ce là ce qui distingue l'arbitrage maritime des autres arbitrages. Les nombreuses rencontres entre les arbitres maritimes du monde entier, notamment au sein du fameux *ICMA*, en est une excellente illustration : tous les trois ans, les arbitres maritimes anglais, chinois, singapouriens, américains du nord comme du sud, allemands, hollandais, danois, émirati, libanais, ... et français se retrouvent, parlent de leurs expériences et exposent les grandes questions juridiques et processuelles du moment. Inutile de dire combien ces échanges sont fructueux. Les conférences sont très suivies et très appréciées, ce qui est l'occasion de constater, le plus souvent, que les pratiques et solutions arbitrales convergent, même si les méthodes de raisonnement divergent et même si les approches de *common law* sont peut-être moins armatoriales que par le passé, alors que celles de *civil law* restent fondées sur l'idée d'équilibre d'intérêts. Ce sont du reste les problèmes de fond qui retiennent avant tout l'attention des arbitres maritimes : sur le retard, les causes de suspension des surestaries, les clauses de *safe port*, la notion de navire arrivé, la responsabilité en cas de saisie inappropriée, ... (v. le compte rendu du dernier Congrès *ICMA*, in Gazette CAMP, n° 52). **Les arbitres ont parfaitement conscience que si les questions de procédure ou de quasi-procédure sont importantes, elles ne doivent pas compromettre, comme on le constate parfois aujourd'hui, le règlement même des litiges.** Ils évitent aussi de rendre une sentence dont ils peuvent subodorer la non-exécution, ce qui, au demeurant, est

assez rare, car le monde maritime, qui est un monde de grands professionnels, reste très respectueux de sa parole. De même que les pilotes sont au service du navire, de même que les capitaines sont au service de leurs armateurs, les arbitres maritimes sont encore et toujours au service de toute la communauté maritime.

BONNES ET MAUVAISES PRATIQUES DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, QUELQUES RÉFLEXIONS TIRÉES DE L'EXPÉRIENCE DU PROCÈS ARBITRAL

Béatrice FAVAREL

Arbitre maritime C.A.M.P

Avocat à la Cour

En partenariat avec DS Avocats

1. Pour les opérateurs du commerce international, l'arbitrage devenu le mode habituel de résolution des litiges, particulièrement dans certains secteurs de l'industrie (comme la construction, l'énergie, la vente de marchandises, le transport et l'assurance) où la compétence technique des arbitres est particulièrement appréciée. Par sa nature privée, obligatoire, et prenant sa source dans la volonté des parties, l'arbitrage international est souvent le mode de règlement des différends le plus adapté à la spécificité de relations contractuelles souvent complexes.

2. S'il est vrai que l'arbitrage international, qu'il soit *ad hoc* ou institutionnel, laisse une forte liberté aux parties (et à leurs conseils) d'organiser la procédure comme elles l'entendent, il n'en demeure pas moins que les procédures arbitrales sont bien souvent organisées selon un schéma prédéfini à l'avance par la force de l'habitude. Les grandes étapes de la procédure (notamment la constitution du tribunal, les échanges de mémoires écrits, la production de documents, et les audiences) doivent donc être abordées de manière consciencieuse par les acteurs de la procédure, pour éviter certaines dérives nuisant à l'efficacité procédurale au détriment des parties.

3. Certaines institutions – en premier lieu la Chambre Internationale de Commerce (CCI) – ont pris conscience d'écueils souvent évitables et publient régulièrement des notes et des guides destinés aux parties, à leurs conseils, et aux arbitres¹. D'autres

¹ Par exemple, la Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI, 1^{er} janvier 2021.

organisations internationales ont également publié des documents destinés à réguler certains excès et à éviter des situations embarrassantes pouvant conduire à l'annulation de sentences arbitrales².

4. Pour autant, l'expérience de l'arbitrage international continue – au même titre que certaines procédures devant les juridictions étatiques – de fournir des exemples d'expériences déplaisantes pour les parties (et leurs conseils), qui peuvent être évitées en adoptant certains reflexes. **L'objet de cette contribution est précisément de lister certaines pratiques qui permettraient d'éviter aux parties certaines surprises lors de la procédure.**

Privilégier un tribunal arbitral pluridisciplinaire.

5. En premier lieu, il convient de porter une attention toute particulière à la constitution du tribunal arbitral. Cette étape est cruciale, et la constitution d'un tribunal « déséquilibré » peut avoir d'importantes conséquences sur la conduite de la procédure. En dépit de l'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres – le plus souvent respectée fort heureusement – la constitution d'un tribunal trop « clanique » (i.e., majorité de professeurs de droit, majorité d'avocats, majorité de nationaux du même État) peut conduire à des dérives – perçues ou véritables – dommageables pour une partie ou pour les parties en litige. Par exemple, s'il est certain que la nomination de plusieurs professeurs de droit dans un tribunal est gage d'une sentence arbitrale bien rédigée, intelligible et fondée sur un raisonnement rigoureusement juridique, ces derniers peuvent être moins habitués (et formés) à certaines exigences propres au management des procédures arbitrales – et se reposer sur un secrétaire du tribunal dont l'importance est trop souvent tue. Par ailleurs, la sensibilité et l'intérêt excessif d'un tribunal exclusivement composé de professeurs de droit, sur un aspect juridique périphérique au détriment d'un examen de la question centrale de l'affaire en litige (et objet de leur mission) peut avoir des

² Par exemple, les lignes directrices de l'International Bar Association (IBA) sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international du 29 mai 2010 (récemment révisées, le 17 décembre 2020), les lignes directrices de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international du 23 octobre 2014, les lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international du 25 mai 2013.

conséquences graves pour les parties. **Il est donc essentiel d'apporter un soin tout particulier à la constitution du tribunal en se posant dès l'origine la question du profil à retenir (plutôt technicien, plutôt manager, plutôt juriste etc...) en fonction des caractéristiques de l'affaire.**

Tout homme est faillible.

6. En second lieu, il convient pour les parties et leurs conseils de ne pas se laisser intimider ou impressionner par l'institution ou par les arbitres, aussi prestigieux et réputés soient-ils. En ce sens, **il ne faut pas hésiter, en respectant le formalisme requis, à les interpeller en cas de doute sur une question, et de leur demander de qualifier leurs actes quand ils sont empreints d'ambiguïté ou d'interprétation.** En effet, une fois la sentence rendue, il sera trop tard pour revenir devant les arbitres.

Qui ne dit mot consent.

7. La confidentialité de l'arbitrage ne doit, en aucun cas, être le prétexte à la confusion et laisser s'installer le moindre doute dans l'esprit des parties et leurs conseils. Il ne faut pas perdre de vue que **l'institution arbitrale, dans sa fonction d'administrateur de l'arbitrage, rémunérée par des frais administratifs généralement très élevés, est tenue à une obligation de transparence.** Elle est liée aux parties par un contrat d'arbitrage et doit, à ce titre, assurer les garanties fondamentales d'un procès. Là encore, les conseils des parties ne doivent pas hésiter à interpeller l'institution arbitrale, sur toutes les questions qui pourraient se poser et ce, en temps réel. Exemple, en matière de prorogation, si les parties conservent le silence, elles ne pourront plus remettre en cause la motivation à l'origine de cette prorogation. Dans un tel cas, le conseil avisé n'hésitera pas à contester toute prolongation indue, et à demander au tribunal de s'expliquer sur les raisons parfois (souvent) floues pour lesquelles la prorogation est accordée (ou refusée).

Attention aux communications du tribunal arbitral en cours d'instance.

8. Il est courant pour le tribunal arbitral, d'envoyer des courriers aux parties dans le cadre de la procédure. **Ces communications passent parfois pour anodines alors qu'elles peuvent avoir des conséquences très graves pour les parties dans la mesure où elles contiennent parfois des décisions implicites du tribunal.** Ainsi, il est arrivé qu'un arbitre laisse entendre dans une telle communication que l'intervention d'une partie serait rejetée, puis que la partie intervenante soit finalement entendue dans le cadre du litige ! Afin d'éviter ce genre de mauvaise surprise, le conseil avisé doit demander au tribunal de qualifier cette décision, et de s'expliquer sur ses conséquences pour la suite.

De l'importance de la préparation des témoins à la « cross-examination ».

9. Il arrive très souvent que les arbitrages donnent lieu à des audiences, dont l'importance ne doit pas être sous-estimée. Du point de vue des parties, certains employés sont fréquemment appelés par le tribunal pour témoigner sur la base d'une attestation produite au cours de la phase écrite de la procédure. Pour ces témoins, il s'agit d'un moment nouveau, parfois angoissant, souvent dangereux, dans la mesure où ils peuvent être interrogés par l'avocat de la partie adverse dans le cadre d'un interrogatoire croisé (« cross-examination ») et que chacune de leurs paroles sera enregistrée dans la transcription de l'audience. **Afin de se prémunir contre toute mauvaise surprise à l'audience, il est absolument nécessaire de préparer psychologiquement les témoins (comme le ferait un entraîneur avec son joueur, la veille d'un match) appelés à comparaître devant le tribunal arbitral.** Lors de cette préparation, le conseil ne doit hésiter ni à pointer les éventuelles faiblesses et contradictions du témoignage écrit, ni à se montrer « ferme » et à malmener le témoin – ce dont ne se privera pas l'avocat de la partie adverse.

La tentation de l'ultra petita.

10. Toujours au cours de l'audience, il peut arriver que les débats conduisent les arbitres à s'affranchir quelque peu de la mission qui leur a été confiée par contrat et

dans l'acte de mission, en posant des questions périphériques. Dans ce cas, il sera nécessaire pour le conseil de soulever immédiatement ce point et s'y opposer fermement, pour éviter que le débat n'évolue dans un sens qui pourrait être défavorable à son client. En effet, comme déjà souligné, la partie qui ne soulève pas un moyen en temps utile alors qu'elle avait l'opportunité de le faire est réputée y avoir renoncé.

11. Bien évidemment, cette modeste contribution n'a pas pour ambition de recenser toutes les bonnes et mauvaises pratiques de l'arbitrage international. L'expérience des conseils dans cette matière est donc un atout non négligeable pour les parties, afin d'éviter des écueils dommageables. Ces quelques exemples et propositions, – tirées de l'expérience des auteurs –, visent à **désacraliser le monde feutré de l'arbitrage** si l'on veut que ce mode de règlement devienne la norme (et non pas l'exception réservée à une élite) pour les litiges internationaux complexes comme le souhaitent ardemment les juridictions de l'ordre judiciaire.

TROIS PETITES EXPÉRIENCES RÉVÉLATRICES DE LA LOGIQUE DE L'ARBITRAGE



Dominique VIDAL

Professeur honoraire

Comme en tout domaine, l'expérience est instructive : il est rare qu'un dossier d'arbitrage ne conduise pas les arbitres à apprendre quelque chose sur l'arbitrage. Mais l'expérience peut aussi agir comme un révélateur de la particularité ou de la nature de ce mode de règlement. En voici trois petits exemples.

Cas n°1 : le temps c'est de l'argent.

Un industriel et un distributeur spécialisé s'affrontent sur l'interprétation et l'exécution d'un ensemble cadre de contrats. La matière présente de nombreuses facettes, dont il est difficile d'identifier une logique globale. Bien plus, les écritures des parties peinent à éclairer la perception du dossier par les arbitres. On patine. Lors d'une audience après échange des quatre jeux de conclusions, et après audition de quelques témoins principaux, le président du tribunal arbitral se demande s'il ne conviendrait pas d'envisager une expertise sur quelques points susceptibles d'être déterminants. Il demande discrètement à chacun des arbitres désignés par les parties ce qu'ils en pensent : ils pensent la même chose.

Étant dans un arbitrage *ad hoc* où la durée de la procédure arbitrale est à la disposition des parties, le président invite les parties à s'exprimer sur une telle éventualité. En l'occurrence les parties ce sont, outre les deux avocats dotés de leurs pouvoirs, les deux PDG. À l'écoute de l'énoncé de cette suggestion, les deux PDG

expriment avec une étonnante spontanéité – quoique non sans la politesse appropriée à leurs fonctions – un refus des plus nets. Dans la seconde qui suit, ils expriment comme une gêne semble-t-il d'avoir réfuté de façon aussi péremptoire l'honorable suggestion du président.

Aussitôt, le président pose une suspension de l'audience, sur le champ approuvée par les co-arbitres. On voit alors les deux PDG s'approcher de la table du tribunal, et nous expliquer qu'ils souhaitent que cette procédure aboutisse dans le meilleur délai. *« Donnez-nous une décision – précisent-ils – car nous devons recommencer à faire ensemble des affaires ».*

Ils n'ont pas dit, mais il semble au tribunal les avoir entendu penser « quelque décision que ce soit ». En somme, **une décision « coûte que coûte »**, quelles qu'en soient les conséquences, si ce n'est leur permettre de tourner la page du roman encore fort prometteur de leur coopération commerciale et contractuelle.

Qu'est-ce que cela révèle ? Écartons une quelconque désinvolture des deux PDG, hommes avertis et responsables. Une sous-optimisation du processus de règlement choisi ? Sans doute, mais pourquoi ? Là réside l'essentiel.

On pense aussitôt que s'ils sont animés par une telle relativisation des conventions litigieuses (qui manifestement leur déplaisaient à tous deux – quoique pour des raisons différentes), et par une telle volonté de s'entendre, ne leur suffirait-il pas de conclure une transaction ? Pourquoi, dans un tel contexte, s'encombrer d'une procédure d'arbitrage ? Dans un tel cas de figure, quelle est en définitive l'utilité d'un arbitrage ?

Cette utilité est bien réelle. La voici. Dans une transaction, chacune des parties consent des concessions, pour des motifs juridiques tenant à sa validité, et plus encore pour des motifs économiques. Il faut préciser que chacune des sociétés en litige comptait un organe collégial d'administration, ainsi qu'un actionnariat certes majoritaire, mais avec des minorités de référence. On a bien eu l'impression, du moins on a supposé, que ces dirigeants exécutifs souhaitaient éviter d'avoir à justifier

de telles concessions devant leurs actionnaires ou leurs conseils. L'autorité de chose jugée d'une sentence arbitrale permettait de résoudre la question.

L'expertise n'a pas eu lieu. Le tribunal arbitral a respecté la volonté commune des parties.

Cas n°2 : la pertinence du délibéré tranché par le seul président

Il est parfois de bon ton, dans les milieux juridiques, de regretter – voire de critiquer – la formule assez présente dans les institutions d'arbitrage selon laquelle, en cas de désaccord persistant entre les arbitres en cours de délibéré, la décision peut être prise par le seul président, alors que l'article 1480 du Code de procédure civile dispose, en arbitrage interne, que « la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix ». En matière internationale, l'article 1513 est plus nuancé : en principe la sentence est rendue à la majorité, mais « dans le silence de la convention d'arbitrage » ; surtout, à défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul (1513, al.3).

Ici intervient une expérience pratique. Dans une affaire qui présente une certaine multiplicité de questions, qui donnent lieu à une instruction du dossier (écritures et audiences) pouvant générer plusieurs systèmes ou combinaisons de décisions, une présidence s'est trouvée assez dépourvue pour dégager, non seulement une décision unanime, mais encore une décision majoritaire. Il y avait trop de possibilités. En définitive, **obliger le président à recueillir la co-décision d'au moins un collègue, cela revient à calquer la décision sur l'opinion de ce collègue**. Certes, on connaît bien le principe que l'arbitre désigné par une partie n'est pas son mandataire sur le fond du litige, mais on sait aussi qu'il peut ne pas être totalement insensible aux intérêts de cette partie ...

En définitive, permettre au président de trancher seul c'est lui permettre d'identifier une solution globalement rationnelle, où l'impartialité du président légitime l'autorité de chose jugée de la sentence.

À l'inverse, l'obliger à trouver un partenaire pour une décision nécessairement majoritaire, c'est risquer d'orienter la solution d'une manière qui n'est pas nécessairement globalement, ou intégralement équilibrée.

Cas n°3 : L'arbitre est un juge : comment sortir d'un arbitrage de fantaisie ?

Sans choir dans les travers d'un quelconque élitisme juridique, il faut bien admettre, comme une évidence, que de nombreux petits litiges se trouvent placés dans une orbite arbitrale trop exotique pour les personnes concernées. L'arbitre de Province auteur de ces lignes ne comptait plus le nombre de « petits dossiers » qui s'accumulaient sur une étagère, victimes de tels faux départs.

L'expérience actuelle d'un collègue est symptomatique. Il est désigné par le juge d'appui. Très bien. Il écrit aussitôt aux avocats aux fins de se faire communiquer la clause compromissoire et les coordonnées des deux premiers arbitres, ainsi que les positions procédurales des parties afin de préparer un projet d'acte de mission. Normal.

Il n'obtient alors aucune réponse, ni dans un délai raisonnable, ni d'ailleurs dans un délai non raisonnable et ce malgré plusieurs relances. Bizarre.

Il reçoit un courrier de la partie défenderesse (!) et en déduit, de la clause compromissoire qu'il découvre, que le délai d'arbitrage est sur le point d'expirer. A ce stade, il ignore toujours les avocats, et ces derniers l'ignorent. Insolite.

Notre homme sollicite alors un accord sur la prorogation du délai d'arbitrage. La partie défenderesse approuve et communique en outre ses conclusions devant le juge d'appui, dont il résulte que les deux premiers arbitres étaient auparavant, l'un comme l'autre, des « experts » qui avaient instrumenté et conclu en faveur de l'une et de l'autre partie. Stupéfaction.

Comment sortir de cette caricature d'arbitrage ?

Notre bientôt ci-devant président a deux possibilités.

Il peut présenter sa démission. Certes, il est rare qu'un organe juridictionnel puisse le faire. Mais l'article 1457 du Code de procédure civile l'autorise ; tout au plus, doit-on alors faire valoir une cause légitime de démission. En l'occurrence le risque avéré ou la présomption raisonnable d'atteinte au principe d'impartialité pourraient être utilement invoqués, et corrélativement l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'exercer sa mission dans des conditions conformes à la loi, outre un doute sérieux sur la réalité de la volonté arbitrale commune des parties.

Tout au plus, en cas de différend sur la réalité du motif invoqué, la difficulté est réglée par le juge d'appui (1457, al.2).

On peut aussi s'interroger sur l'application éventuelle de l'article 1454, en ce qu'il pose un principe général résiduel de compétence du juge d'appui pour tout différend relatif à la constitution du tribunal arbitral. C'est le président qui prendrait alors l'initiative de saisir le juge d'appui.

Mais l'application de l'article 1457 semble mieux convenir à un tel contexte.

Par courtoisie envers le juge d'appui il sera tout au plus approprié, à notre avis, de l'aviser de la décision et du motif légitime de démission.

L'arbitre est un juge.

A tous les échelons de la pratique de l'arbitrage, des plus petites aux plus grandes affaires, c'est un principe cardinal de ce mode juridictionnel quoique non judiciaire de règlement des litiges.

BRÈVES RÉFLEXIONS SUR LES BONNES PRATIQUES DANS L'ARBITRAGE

Laura WEILLER

*Maître de Conférences HDR, Aix-Marseille Université
Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles EA4690
Secrétaire général du Comité français de l'arbitrage*

L'expression de « bonnes pratiques » peut être entendue comme désignant, dans un secteur professionnel donné, un ensemble de comportements qui sont consensuellement considérés comme souhaitables voire indispensables par la plupart des acteurs du domaine pour des raisons de qualité, d'éthique ou de meilleure observation du respect de la législation, dont elles tendent au demeurant à dépasser les exigences.

Si leur frontière avec les usages du secteur considéré peut présenter une certaine porosité, les bonnes pratiques s'en distinguent néanmoins de par l'absence d'exigence d'une certaine ancienneté et de par leur visée améliorative des comportements observables dans les faits.

Reste que comme les usages, **les bonnes pratiques, en matière d'arbitrage, revêtent une importance particulière en raison de l'autonomie de ce modèle de justice par rapport à la justice étatique, tant en matière interne qu'en matière internationale.**

Concrètement, les « sources » des bonnes pratiques de l'arbitrage s'incarnent dans l'existence de lignes directrices, *guidelines* ou recommandations émanant des principales institutions, sociétés savantes ou associations privées telles que l'*International Bar Association* (Code d'éthique de 1987 et 2004, lignes directrices sur les conflits d'intérêt en arbitrage international de 2004 et 2014) ou la *Chambre de Commerce Internationale* (Note aux Parties et au Tribunal Arbitral sur la conduite de l'arbitrage conformément au Règlement de l'Arbitrage de la CCI) ou la *Fédération*

des centres d'arbitrage (Charte éthique) en particulier. Ces corpus textuels sont eux-mêmes élaborés sur la base du constat d'un consensus autour d'un certain nombre de comportements ayant vocation à être adoptés.

Les destinataires de ces bonnes pratiques sont variés, puisqu'elles peuvent s'adresser tant aux parties et à leurs conseils qu'aux arbitres eux-mêmes, sans oublier les experts ou tiers financeurs pouvant être amenés à intervenir dans la procédure. Bien plus, les bonnes pratiques de l'arbitrage peuvent également s'étendre jusqu'aux interactions avec la justice étatique, au travers de l'intervention du juge d'appui ou dans le recours en annulation notamment.

C'est dire l'importance des bonnes pratiques de l'arbitrage, dont l'utilité ne fait guère débat au demeurant. **Leur nature juridique, en revanche, continue de stimuler la réflexion.** Certes, il ne s'agit, *a priori*, que de dispositions non contraignantes participant de la *soft law*, à moins que les parties ne choisissent de les incorporer dans la convention d'arbitrage ou l'acte de mission.

Toutefois, à bien y regarder, la nature juridique des bonnes pratiques est sans doute moins évidente qu'il y paraît. Ne s'agit-il toujours que de simples directives destinées à introduire plus de transparence dans les pratiques des institutions d'arbitrages ou des procédures *ad hoc*, de simples recommandations servant de guide aux parties ou autres intervenants dans la conduite de la procédure ? Certaines ne présentent-elles pas un caractère plus normatif potentiellement annonciateur d'évolutions des textes ? Pour le formuler plus généralement, les bonnes pratiques ne constituent-elles pas une forme de *soft law* dont la vocation pourrait être de se muer en *hard law* ?

L'interrogation mérite d'être posée, à tout le moins au regard du constat de l'évolution de certains règlements institutionnels, qui ont fini par consacrer des pratiques instaurées de façon plus ou moins informelle. Tel est par exemple le cas, dans le Règlement CCI, de la déclaration de disponibilité de l'arbitre. Mais d'autres exemples pourraient être donnés, au sujet des *IBA guidelines* relatives à l'Administration de la preuve en matière d'arbitrage commercial international ou aux conflits d'intérêts en particulier.

En outre, l'évolution du cadre légal du droit de l'arbitrage n'est pas sans lien avec celle de la jurisprudence qui a pu permettre d'attester de l'opportunité des bonnes pratiques employées. C'est ainsi que la réforme du droit français de l'arbitrage interne et international du 13 janvier 2011 a consacré de nombreuses solutions jurisprudentielles supposant l'observation procédurale de bonnes pratiques, en matière de révélation ou de renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure notamment (CPC, art. 1456 et 1466).

Il est vrai que comme les bonnes pratiques, le droit de l'arbitrage est empreint d'un souci d'efficacité, en sorte qu'il n'est guère surprenant qu'il les intègre largement au travers de la jurisprudence qu'il est amené à consacrer.

De là à dire que les bonnes pratiques d'aujourd'hui préfigurent le droit de l'arbitrage de demain, il n'y aurait qu'un pas...qu'il est sans doute prudent de ne pas franchir précipitamment :

« les bonnes pratiques d'un arbitrage interne ad hoc ne sauraient être strictement calquées sur celles d'un arbitrage international institutionnel de grande envergure impliquant de nombreux témoins, experts et traducteurs ».

Souplesse et flexibilité méritent d'être préservées afin de permettre que l'arbitrage puisse continuer à être une justice « sur mesure » au regard du litige considéré et de la volonté des parties. Aussi, au-delà des comportements participant de la mise en œuvre des principes directeurs de l'arbitrage, toutes les bonnes pratiques n'ont sans doute pas vocation à être reprises par les textes. C'est tout l'art de la pratique, accompagnée par la doctrine, que de savoir faire émerger à la juridicité les bonnes pratiques qui ont fait preuve de leur contribution à l'efficacité d'un arbitrage de qualité.

DÉFAUT DE PAIEMENT DES PROVISIONS D'ARBITRAGE : REMÈDES, SOLIDARITÉ DES PARTIES ?



Marcel FONTAINE,

Professeur émérite à la Faculté de droit de l'UC Louvain

1. L'arbitrage est régulièrement vanté, à juste titre, pour d'importants avantages par rapport aux procédures devant les tribunaux ordinaires. En premier lieu, il apporte la possibilité de soumettre le litige à des juges spécialisés, atout marquant lorsque les questions en cause sont régies par des normes juridiques spécifiques très élaborées ou soumises à des usages propres au secteur (par exemple en droit des transports, en droit des assurances ou en droit de la distribution). La procédure est plus souple et en général plus rapide. Elle se déroule dans un cadre confidentiel. Elle peut créer des ambiances susceptibles de favoriser les solutions amiables.

2. L'inconvénient est que ces avantages ont un coût. Comme devant les tribunaux ordinaires, les parties supportent évidemment leurs propres frais de défense (tout en pouvant demander que la décision les mette finalement à charge de l'autre partie), mais elles doivent aussi rémunérer les arbitres pour leurs prestations et les couvrir de leurs frais. Si l'arbitrage est institutionnel, les parties doivent également couvrir les frais administratifs de l'institution. Or, **la pratique est de demander le paiement de provisions dès l'ouverture de la procédure**. Chaque partie est appelée à payer sa part, et donc à supporter une charge financière parfois importante, avant même que l'examen du litige ne soit entrepris.

3. Dans bien des cas, ce peut être un obstacle sérieux, notamment pour une demanderesse en difficulté financière à la suite même des événements

dommageables dont elle réclame réparation. En pareil cas, c'est l'accès à la justice qui peut sembler compromis.

D'autres raisons que l'impécuniosité peuvent également motiver le défaut de payer les provisions demandées. Il se peut que le défendeur conteste la compétence du tribunal arbitral et qu'il craindrait de se contredire s'il s'exécutait. Il arrive aussi que l'une ou l'autre des parties conteste le montant des provisions et refuse de les payer avant que ce montant ne soit réexaminé.

Avant d'aborder la discussion des questions en jeu et des solutions qui peuvent leur être apportées, nous voudrions rapporter trois exemples concrets tirées de notre expérience.

I. Trois cas vécus

a) Recours contre un assureur

4. Une sentence arbitrale rendue en Belgique en 1992 nous offre un premier exemple. Le litige opposait une demanderesse à son entreprise d'assurance. Insolvable, l'assurée n'était pas en mesure de payer sa part de la provision, et l'assureur, invité à le faire, refusait de prendre celle-ci en charge. **Le tribunal arbitral a considéré que les parties s'étant engagées ensemble dans la convention d'arbitrage, elles étaient solidairement tenues des frais d'arbitrage** ; les arbitres ont estimé « *qu'une partie ne doit pas être privée de son droit élémentaire d'accéder à la justice faute de ressources financières* ».

En conséquence, le tribunal a rendu une sentence partielle déclarant les parties solidairement tenues au paiement du montant global de la provision, et réclamé le tout à l'assureur, qui s'est alors exécuté. Suite à ce paiement, l'assureur disposait théoriquement d'un recours contributoire contre son assurée, mais il supportait le risque d'insolvabilité, et la procédure arbitrale pouvait reprendre son cours. Quant à la charge définitive des sommes ainsi payées, c'est la sentence finale qui en

déciderait plus tard ¹.

b) Rupture de la sous-traitance d'une activité de contrôle

5. Il y a quelques années, les autorités d'un certain pays résilient le contrat par lequel elles avaient sous-traité à une entreprise privée le contrôle des exportations de produits miniers. L'entreprise juge la rupture abusive et engage une procédure d'arbitrage régie par le Règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Elle réclame la réparation d'un dommage allégué de près d'un demi-milliard de dollars américains.

En fonction du montant de la demande, la Cour fixe la provision initiale à USD 460.000 et invite les parties à payer chacune la moitié de ce montant. La défenderesse paie une partie de ce qui lui est réclamé, mais la demanderesse fait entièrement défaut dans le délai imparti. Chacune reste sourde aux rappels successifs adressés par la Cour. Sur base du Règlement de la Cour alors en vigueur (actuellement l'article 30, 4°), la Cour invite l'article unique à suspendre la procédure (une réunion introductive avait déjà eu lieu où l'Acte de mission avait été signé et un calendrier de procédure établi). La défaillance persistant, la Cour notifie aux parties que les demandes sont considérées comme retirées, sans préjudice de leur réintroduction ultérieure dans une autre procédure. **Sur la partie de la provision qui avait été payée par la défenderesse, la Cour prélève le montant de ses frais administratifs et rémunère l'arbitre pour les devoirs déjà accomplis, avant de rembourser le solde.**

c) Interruption d'un chantier de travaux publics

6. Dans un arbitrage international *ad hoc* concernant des travaux d'aménagement urbain, l'entrepreneur réclame une indemnisation de sept millions d'euros, le chantier ayant dû être interrompu en raison de difficultés imputées aux autorités locales. En fonction du montant du litige, le tribunal arbitral demande une première provision globale de EUR 130.000. Les autorités locales s'exécutent en payant leur part de EUR 65.000, mais l'entrepreneur invoque des difficultés temporaires de trésorerie. Le

¹ Nous reviendrons à cette sentence *infra*, n° 17.

tribunal suspend la procédure (ici aussi, elle venait d'être mise en route) et accorde un bref délai au demandeur. La défaillance persistant à l'expiration du délai, le tribunal rend une ordonnance de clôture de la procédure. Les frais et honoraires des arbitres sont établis sur base des prestations déjà fournies ; **ils sont entièrement réglés par prélèvement sur la somme payée par la défenderesse, « en application du principe de la responsabilité solidaire des parties à l'arbitrage »,** le surplus étant remboursé aux autorités locales.

7. Ces trois exemples vécus (parmi bien d'autres) illustrent des situations où **le défaut de paiement de la provision par l'une des parties, voire les deux, conduit les arbitres, ou l'institution arbitrale, à suspendre la procédure dans un premier stade, puis à y mettre fin si la défaillance persiste.** Ces conséquences sont évidemment fâcheuses. Le demandeur perd le droit de se faire rendre la justice qu'il réclame. Le défendeur s'en réjouira dans certains cas, mais se peut qu'il se voie privé du bénéfice escompté d'une demande reconventionnelle, ou du gain d'un procès où il espérait bien voir les prétentions de son adversaire rejetées par le tribunal.

« Les arbitres et l'institution seront peut-être couverts des frais jusque-là exposés et rémunérés pour leurs premières prestations, mais ils auront perdu le temps déjà investi, et ils sont privés de la grande partie des montants qu'ils escomptaient percevoir en acceptant cet arbitrage ».

8. Des remèdes existent à pareil défaut de paiement. Nous nous proposons de les évoquer brièvement, avant d'analyser de manière plus attentive la possibilité d'invoquer la solidarité des parties dans l'obligation de payer les provisions demandées ².

² Il ne sera notamment pas question ici des moyens par lesquels une partie à un arbitrage se protège elle-même contre la charge financière de la procédure, tels que l'assurance de protection juridique ou le recours au "third party funding". Pour une étude à portée plus large des conséquences de l'insolvabilité d'un plaideur, cf. T. CLAY, Arbitrage et impécuniosité, *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, 2019, pp.253-279.

II. Remèdes disponibles

En cas de refus ou de défaut par une partie de payer sa part de la provision, quels sont les moyens dont disposent le tribunal arbitral ou l'institution ?

a) Rappels

9. La première démarche est évidemment d'adresser un rappel. Le retard de paiement peut être dû à un oubli, une négligence, une difficulté passagère de trésorerie. En ce dernier cas, la partie défaillante peut éventuellement demander un délai supplémentaire pour s'exécuter, que le tribunal ou l'institution peut accorder si la durée de l'extension demandée est raisonnable – après avoir recueilli les observations éventuelles de l'autre partie.

Si la défaillance se poursuit, de nouveaux rappels s'exprimeront en termes plus comminatoires, attirant l'attention sur la perspective de la suspension de la procédure, voire de sa clôture. De telles menaces affecteront sans doute le demandeur en défaut ; par contre, elles risquent de ne pas émouvoir un défendeur défaillant, qui pourrait se réjouir de l'obstacle ainsi mis à la poursuite de l'action engagée contre lui (ce n'est pas toujours le cas, comme nous venons de l'évoquer, *supra*, n° 7).

b) Action en exécution forcée

10. En principe, le paiement des provisions est pour les parties un engagement contractuel dérivant soit du contrat d'arbitre, soit du contrat d'organisation de l'arbitrage ³. **Si les rappels sont restés sans effet, des actions en exécution forcée sont théoriquement possibles devant les tribunaux ordinaires** ⁴. Mais pareils recours semblent rares, car ils seraient peu compatibles avec le souci de

³ Le contrat d'arbitre, distinct de la convention d'arbitrage conclue entre les parties, est la relation juridique liant les parties avec l'arbitre ou les arbitres. Le contrat d'organisation de l'arbitrage est celui qui engage les parties envers l'institution au Règlement duquel elles ont adhéré. Sur ces notions, cf. notamment P. HOLLANDER, Aspects de droit international privé (européen) du contrat d'arbitre et du contrat d'organisation de l'arbitrage, *b-Arbitra, Revue belge de l'arbitrage*, 2013, pp. 407-408.

⁴ Cf. notamment G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, 3ème éd., 2015, I, n° 395.

lever de manière urgente l'obstacle que la défaillance a dressé à l'engagement de la procédure arbitrale.

c) Demande d'avance par l'autre partie

11. Une possibilité plus réaliste est de demander à l'autre partie de faire l'avance de la part de la provision impayée par l'adversaire (ce qu'elle peut aussi faire spontanément). Cette avance serait récupérée à la faveur de la répartition des frais dans la sentence finale, si cette partie devait l'emporter ⁵.

Cette possibilité d'avance est parfois prévue par la loi. Ainsi, l'article 378,2° du Code de procédure civile suisse dispose-t-il que « *si une partie ne verse pas l'avance de frais qui lui incombe, l'autre partie peut avancer la totalité des frais ou renoncer à l'arbitrage* ». La possibilité est aussi souvent inscrite dans les règlements d'arbitrage. Ainsi, selon l'article 37, 5° du Règlement de la CCI, version de 2020, « *Toute partie a toujours la faculté de payer la part de la provision due par toute autre partie si cette dernière ne verse pas la part qui lui incombe* » ⁶. Dans l'arbitrage *ad hoc*, il arrive que pareille clause soit prévue dans les conventions d'arbitrage. **Même en l'absence de toute disposition, rien ne nous semble empêcher un tribunal arbitral d'adresser une telle demande à l'autre partie.**

Si c'est le défendeur qui est en défaut de payer sa part de provision, il n'est pas rare que le demandeur accepte de faire cette avance afin que son action puisse progresser devant les arbitres.

d) Solidarité des parties

12. Pareille intervention de l'autre partie en vue d'avancer la part de provision impayée n'est cependant pas obligatoire ; ce n'est qu'une invitation qui lui est adressée.

⁵ Un recours subrogatoire du *solvens* contre la partie défaillante pourrait déjà être disponible (cf. l'article 1346 nouveau du Code civil français), mais il risquerait bien d'être infructueux en les circonstances.

⁶ Sur de telles dispositions, prévues ou non dans les Règlements d'arbitrage, cf. *infra*, n° 19 et 23-25.

Une autre approche est de considérer qu'en souscrivant au contrat d'arbitre ou au contrat d'organisation de l'arbitrage, les deux parties ont assumé des obligations solidaires quant au paiement des provisions. Dès lors, **en cas de défaillance d'une partie, l'autre serait obligée d'y suppléer**. Telle a été la position prise explicitement par les tribunaux arbitraux dans deux des trois affaires données en exemple ci-dessus (cf. *supra*, n° 4 et 6), et implicitement par la Cour de la CCI dans la troisième (les frais et honoraires relatifs aux devoirs déjà accomplis sont rémunérés en totalité à partir de la part de provision payée par l'autre partie) (cf. *supra*, n° 5).

Nous nous proposons d'examiner cette approche de manière plus attentive.

III. En particulier, les parties solidaires ?

13. Cette solution de considérer les parties solidairement tenues est-elle cependant fondée ? Sur quelle base peut-on affirmer que les obligations en cause seraient solidaires dans le chef des plaideurs ? La réponse dépend du droit applicable à ces obligations, les sources de la solidarité n'étant évidemment pas partout identiques.

Le droit applicable en cause ne se confond pas avec le droit applicable au fond du litige. En cas de défaut de paiement des provisions demandées, le manquement est relatif soit au contrat d'arbitre, soit au contrat d'organisation de l'arbitrage. Quel est le droit applicable aux litiges résultant de ces contrats ? On distinguera entre les arbitrages internes et les arbitrages présentant un élément d'extranéité.

a) Arbitrages internes

14. Lorsque l'arbitrage ne comporte aucun élément d'extranéité, ce sera normalement le droit du for qui sera applicable au litige concernant le défaut de payer les provisions.

Qu'en est-il de la solidarité alléguée si ce droit est le droit français ou le droit belge ? D'autres droits seront évoqués plus brièvement.

15. En droit français, selon l'article 1310 nouveau du Code civil, la solidarité ne se présume pas ; elle est légale ou conventionnelle. Dans une formulation plus concise, ce texte de 2016 reprend la substance de l'ancien article 1202 du Code de 1804. La solidarité passive est également reconnue entre commerçants, en vertu d'un usage ancien.

En la matière, le droit belge est toujours régi par l'article 1202 originaire. La solidarité passive n'est pas présumée. Elle doit résulter de la loi ou être prévue par la convention des parties. Entre débiteurs « commerçants », toutefois, la solidarité résulte également d'un usage ⁷.

Nous examinerons successivement ces trois sources possibles de la solidarité dans ces deux systèmes juridiques, en rapport avec la question de la dette de provision dans l'arbitrage.

1. Solidarité légale

16. En France, la solidarité des parties dans la dette de provisions n'est pas spécifiquement reconnue par un texte légal, mais en 1851 déjà, un tribunal non identifié ⁸ avait jugé que la charge des honoraires des arbitres était « *une charge commune dont les deux parties étaient tenues solidairement, aux termes de l'article 2002 c. nap.* ». Ce texte, toujours en vigueur, établit un cas de solidarité légale entre les co-mandants : « *Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat* ».

La convention d'arbitrage n'est pas un contrat de mandat, mais par analogie, la solution du texte a été étendue d'autres contrats. Ainsi, la jurisprudence française a

⁷ Dans son article 234 § 2, l'avant-projet belge de réforme du droit des obligations maintient le principe que la solidarité passive « *naît de la loi ou d'un contrat* », mais il inscrit dans le texte que la solidarité « *existe de plein droit entre les entreprises tenues à la même obligation contractuelle* », sauf lorsque l'entreprise est exercée par une personne physique et que l'obligation est manifestement étrangère à son activité professionnelle indépendante (en 2018, la notion de « *commerçant* » a été remplacée par celle d'« *entreprise* » ; dans l'attente de l'adoption de la réforme, il y a incertitude concernant la transposition aux « *entreprises* » de l'usage relatif à la solidarité entre « *commerçants* »).

⁸ On ne connaît sa décision qu'à travers l'arrêt de la Cour de Paris qui l'a confirmée : Paris, 28 juin 1852, *D.*, 1853, II, 78).

également invoqué ce texte pour justifier la solidarité reconnue à des engagements envers des experts, des notaires et des avoués⁹. Dans cet esprit, en 2001, la Cour de Paris avait affirmé que « *l'arbitre, dont la mission est exercée dans l'intérêt des litigants, est en droit d'obtenir d'eux une rémunération qu'ils ont, en attente d'une décision sur la répartition définitive des honoraires, l'obligation solidaire de lui payer* »¹⁰. D'éminents spécialistes de l'arbitrage ne manquent pas d'approuver cette interprétation large de l'article 2002, étendant la règle aux parties à l'arbitrage¹¹.

17. La solidarité a également été reconnue par la décision arbitrale belge de 1992 évoquée plus haut (cf. *supra*, n° 4), qui n'a cependant pas fait référence à l'article 2002 du Code civil (identique en Belgique et en France). Cette décision a été rendue dans le cadre d'une action d'une assurée impécunieuse contre son assureur. Le tribunal, on l'a dit, s'était montré soucieux de préserver le droit d'accès à la justice ; dans ses motifs, il avait justifié la solidarité par la circonstance que les parties s'étaient engagées ensemble dans la convention d'arbitrage¹².

Cette décision a été contestée par deux auteurs belges¹³. **En Belgique comme en France, on l'a dit, la solidarité n'est pas non plus présumée.** Elle doit résulter de la loi ou être prévue par la convention des parties (article 1202 originaire du Code civil de 1804, toujours en vigueur en Belgique). Or aucune de ces hypothèses n'était vérifiée dans l'affaire en cause, non plus que l'usage commercial, la demanderesse, dans cette affaire, n'avait pas la qualité de commerçante. Ces auteurs reconnaissent cependant le caractère « *pragmatique* » de la décision, qui avait permis de débloquer la procédure arbitrale.

D'autres auteurs belges citent cette sentence dans un sens généralement favorable, en dépit de ces critiques. Le souhait est parfois évoqué que la jurisprudence belge

⁹ Cf. E. LOQUIN, note sous Paris, 13 décembre 2001, *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 2002, n° 27 ; Th. CLAY, Arbitrage et impécuniosité, *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, précités, n° 60.

¹⁰ Paris, 13 décembre 2001, *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 2002, 282, note E. LOQUIN précitée, *Dall.*, 2003, 2476, note T. CLAY, *Rev. Arb.*, 2003, 1312, note H. LECUYER.

¹¹ Cf. notamment les auteurs des commentaires de la décision de Paris cités à la note précédente.

¹² Cette sentence a été publiée : S.A., 30 sept. 1992, *Journ. Trib.*, 1993, note anon.

¹³ Cf. J. LINSMEAU et V. VAN HOUTTE, Honoraires et frais des arbitres, in CEPANI, *L'arbitre : pouvoirs et statuts*, 2003, pp. 243-244.

s'inspire de l'exemple français d'une interprétation large de l'article 2002 du Code civil ¹⁴. Cette décision belge est également citée dans la doctrine française ¹⁵.

18. Alors que la solidarité n'est pas présumée dans les pays comme la France et la Belgique, la règle inverse l'emporte dans d'autres pays. Ainsi, en Allemagne, le § 427 du *B.G.B.* prévoit-il que si plusieurs parties à un contrat s'engagent ensemble à effectuer une prestation divisible, elles sont, en cas de doute, tenues de manière solidaire. Selon l'article 1294 du *Codice civile* italien, les codébiteurs sont tenus solidairement, si la loi ou le contrat n'en dispose autrement. C'est aussi la solution retenue par les *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* (art. 11.1.2) et les *Principes du droit européen des contrats* (art. 10 :102).

C'est parfois la législation sur l'arbitrage qui prévoit elle-même la solidarité des parties à l'égard du paiement des frais et honoraires des arbitres. Il en est ainsi notamment au Royaume-Uni (*Arbitration Act*, art. 28), en Italie (Code de procédure civile, art. 814 et en Suède (Loi sur l'arbitrage, art. 37).

En pareils cas, la réponse à la question de savoir si les parties à un arbitrage sont solidairement tenues au paiement des provisions connaît d'emblée une réponse positive, à moins d'établir qu'il en ait été convenu autrement (ou qu'une loi particulière ait écarté pareille solidarité en l'espèce).

2. Solidarité conventionnelle

19. En France comme en Belgique, la solidarité peut également être conventionnelle. En l'occurrence, la convention ou le Règlement d'arbitrage pourrait prévoir que les parties sont solidairement obligées au paiement des provisions demandées.

¹⁴ Cf. J.-L. FAGNART, Considérations sur l'arbitrage en matière d'assurance, in *Verzekeringen en geschillenbeslechting*, dir. M. STORME et F. DE LY, 1994, p. 37 ; G. KEUTGEN, Chronique de jurisprudence, L'arbitrage (1993-2003), *Journ. trib.*, 2004, p. 434 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, n° 394.

¹⁵ Cf. C. JARROSSON, note sous Cass. fr., 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, *Rev. Arb.* (Paris), 2017, 495.

« Dans un arbitrage ad hoc, pareille suggestion peut venir d'une partie au moment de la rédaction de la clause d'arbitrage, au risque toutefois de se heurter à certaines réticences et réactions de méfiance.

Au contraire, si la suggestion vient du tribunal, les parties l'accepteraient peut-être sans débat de craindre d'indisposer les arbitres ... »

Par contre, une disposition prévoyant la solidarité dans le Règlement d'une institution d'arbitrage serait acceptée telle quelle par les parties se soumettant à cet arbitrage.

En Belgique, d'anciennes versions du Règlement du CEPANI contenaient pareille disposition, au moins jusqu'à la version de 1997 (art. 29 : « *Les parties sont solidairement tenues des frais de l'arbitrage à l'égard du Cepani et des arbitres* »). Le motif de sa disparition n'a pu être retrouvé dans les archives du Centre, mais en toute hypothèse, rien n'empêcherait de réexaminer la question à l'occasion d'une prochaine révision du Règlement – cela n'a toutefois pas été le cas lors de l'élaboration de la version de 2020 (selon l'article 38,3°, les provisions sont dites payables par parts égales ; en cas de défaut d'une partie, l'autre partie peut payer l'intégralité, mais le texte ne l'y oblige pas).

Nous évoquerons plus loin, à propos de l'arbitrage international ¹⁶, les règlements d'autres institutions (cf. *infra*, n° 23-25).

3. Solidarité entre commerçants

20. En France et en Belgique, on l'a dit (cf. *supra*, n°15), l'absence de présomption de solidarité connaît une exception de grande importance dans les rapports entre co-débiteurs commerçants ¹⁷, où la règle est inversée : la solidarité est en pareil cas présumée.

¹⁶ Nous évoquons ici l'arbitrage du CEPANI parce qu'il y est souvent recouru dans des litiges internes. Ce cadre institutionnel accueille cependant aussi nombre de procédures arbitrales internationales.

¹⁷ On rappelle qu'en Belgique, si l'avant-projet de réforme du droit des obligations est adoptée, la notion de "*commerçant*" fera place à celle d'"*entreprise*", non sans difficultés d'interprétation quant à l'application de l'usage commercial en matière de solidarité passive (cf. *supra*, n° 15).

Dans un arbitrage entre commerçants, la dette de provision est donc en principe solidaire ^{18 19}.

b) Arbitrages internationaux

21. Pour les arbitrages internationaux, une approche est de considérer que la solution à apporter à cet aspect des rapports contractuels n'est pas à rechercher dans une loi nationale (comme pour la détermination de la loi applicable au fond du litige). Le caractère solidaire de l'obligation de payer les frais et honoraires des arbitres découlerait du contrat d'arbitre, détaché de toute loi étatique. Pareil caractère serait confirmé par les usages de l'arbitrage international.

22. En France, la très remarquable affaire *Getma* en est une illustration marquante. En 2015, dans ce litige, la Cour de Paris avait considéré que « ... l'arbitre, dont la mission est exercée dans l'intérêt commun des litigants, est en droit d'obtenir d'eux une rémunération qu'ils ont, en l'attente d'une décision sur la répartition définitive des honoraires, l'obligation solidaire de lui payer ... » ; cette solidarité aurait pour source « les usages de l'arbitrage commercial international » ²⁰. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre cette décision, avec l'attendu suivant : « Après avoir relevé le caractère international de l'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi étatique, en a exactement déduit, par une décision motivée, que la nature solidaire de l'obligation des parties au paiement des frais et honoraires des arbitres résultait du contrat d'arbitre, de sorte que cette dernière, non discutée dans son montant, n'était pas sérieusement contestable » ²¹.

¹⁸ Dans l'affaire jugée en 1992 par un tribunal arbitral belge (cf. *supra*, n° 4 et 17), la solidarité coutumière ne pouvait s'appliquer, la demanderesse n'ayant pas la qualité de commerçante.

¹⁹ L'opinion a cependant été soutenue que le contrat d'arbitre serait toujours un contrat civil, la mission de rendre la justice n'étant pas une opération commerciale (P. HOLLANDER, *op. cit.*, p. 408). Toutefois, même si l'arbitre n'accomplit pas d'actes de commerce, lorsque les parties ont chacune la qualité de commerçantes, leur obligation de payer la provision reste bien un engagement entre commerçants (Ph. STOFFEL-MUNCK, La solidarité passive des parties envers l'arbitre, *Cah. arb.*, 2017, pp. 713-714).

²⁰ Paris, 30 juin 2015, obs. T. CLAY dans *D.*, 2015, p. 2595 et *D.*, 2017, p. 2564.

²¹ Cass., 1^{ère} civ., 1er févr. 2017, *D.*, 2017, obs. T. CLAY, pp. 2564-2565; *Rev. Arb.*, 2017, obs. Ch. JARROSSON, pp. 486-495 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, pp. 712-715.

Cette remarquable jurisprudence révèle une double prise de position, d'une part sur l'autonomie du contrat d'arbitre (qui ne retiendra pas ici notre attention), d'autre part sur les fondements de la solidarité alléguée.

Sur ce second point, la Cour de cassation confirme l'exactitude de la déduction de la Cour d'appel concernant la nature solidaire de l'obligation des parties, résultant du contrat d'arbitre. La Cour de Paris avait mis en avant que la mission confiée aux arbitres l'avait été dans l'intérêt commun des parties, ce qui justifierait qu'elles soient solidairement tenues des obligations corrélatives. Sans que l'article 1202 du Code civil français ne soit cité par la Cour de Paris, on reconnaît l'argumentation reposant sur une interprétation extensive de la règle relative à la solidarité des co-mandats, depuis longtemps développée en droit français interne (cf. *supra*, n° 16), et approuvée par de nombreux commentateurs - c'est également le cas à propos de cette jurisprudence relative à un arbitrage international ²².

23. La Cour de Paris, malheureusement, a cru bon de conforter sa motivation en la disant conforme aux usages de l'arbitrage commercial international : elle affirme que cette solution de solidarité « *se trouve en l'espèce corroborée par les stipulations du règlement d'arbitrage OHADA applicable* ».

Or ce règlement prévoit la solution contraire. Selon l'article 11.2, « *Les provisions sont dues par parts égales par le ou les demandeurs et le ou les défendeurs. Cependant ce versement pourra être effectué en totalité par chacune des parties pour la demande principale et ma demande reconventionnelle, au cas où l'autre partie s'abstiendrait d'y faire face* ». **Le paiement par l'autre partie de la somme impayée est clairement une faculté, et non une obligation si le créancier le réclame (comme ce serait le cas si la dette était solidaire)** ²³.

24. Or le règlement d'arbitrage OHADA n'est pas isolé sur ce point. Il rejoint d'autres règlements d'arbitrage, et non des moindres, qui prévoient aussi non pas la solidarité

²² Cf. T. CLAY, Ch. JARROSSON et Ph. STOFFEL-MUNCK, notes précitées; T. CLAY, Arbitrage et impécuniosité, *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, op. cit.*, n° 57-61 ; en Belgique, J. LIBOUTON, L'obligation solidaire au paiement des frais d'arbitrage, *Journ. Trib.*, 2017, p. 428.

²³ Si la Cour de cassation française a considéré comme exacte la déduction de la Cour d'appel concernant la solidarité, déduite « *par une décision motivée* », on pourra regretter que cette motivation repose partiellement sur une erreur manifeste.

des parties, mais la simple possibilité pour une partie de remédier à la défaillance de l'autre. Ainsi, le Règlement du CEPANI belge (version 2020) prévoit-il, en son article 38, 3°, qu' « ... une partie peut payer l'intégralité de la provision si l'autre partie ne verse pas la part qui lui incombe » (cf. déjà *supra*, n° 19). Pareillement, selon l'article 37, 5° du Règlement d'arbitrage de la CCI (version 2021), « Toute partie a toujours la faculté de payer la part de la provision due par l'autre partie si cette dernière ne verse pas la part qui lui incombe ».

Par contre, d'autres Règlements d'arbitrage ont opté pour la solidarité entre parties. Ainsi, les *Rules* de la *London Court of International Arbitration* (version 2020) prévoient-elles, dans leur article relatif aux coûts de la procédure, que « *The parties shall be jointly and severally liable to the LCIA and the Arbitral Tribunal for such Arbitration Costs* » (art. 28.1) ; il en résulte qu'en cas de défaut de paiement de la provision demandée, « *the LCIA Court may direct the other party or parties to effect a further Advance Payment for Costs in an equivalent amount* » (art. 24.7). Les *Rules* (version 2016) de l'*International Arbitration Centre* de Singapour (SIAC) prévoient pareillement que « *Parties are jointly and severally liable for the costs of the arbitration* » (art. 34.5).

25. La recherche comparative pourrait être élargie, mais ces quatre exemples suffisent à démontrer que **les Règlements d'arbitrage sont divisés sur la question de la solidarité** - et que l'on ne peut donc y trouver la preuve de l'existence d'un usage consacré en faveur de celle-ci, *a fortiori* lorsque la Cour choisit un mauvais exemple ...

Conclusions

26. Les parties faisant appel à un tribunal arbitral sont-elles solidairement tenues du paiement des provisions ?

La solution a des avantages largement reconnus. Même ceux qui doutent de sa légalité en droit strict admettent qu'elle puisse se justifier sur un plan pragmatique (cf. *supra*, n° 17). Il ne s'agit pas seulement d'améliorer la situation des arbitres dans le

recouvrement des sommes demandées. Il y va aussi de l'intérêt des parties, ou tout au moins de l'une d'entre elles.

Rendre solidaire l'obligation de payer les provisions permet souvent d'éviter le blocage de la procédure, et de faciliter l'accès à la justice de la partie impécunieuse. La véritable discussion ne porte pas sur l'opportunité de pareille solidarité, mais sur les fondements juridiques sur lesquels elle pourrait reposer, qui varient en droit comparé, et selon que l'arbitrage est national ou international.

27. Dans certains pays, dont la France et la Belgique, l'obstacle à surmonter est le principe selon lequel la solidarité ne se présume pas. Ce principe connaît cependant des exceptions, dont certaines peuvent déjà être invoquées le cas échéant (solidarité conventionnelle, solidarité entre commerçants), et d'autres le sont ou pourraient l'être à la faveur de réformes légales ou d'interprétations nouvelles. On a souligné l'intérêt de l'interprétation extensive, en France, de l'article du Code civil relatif à la solidarité des co-mandants.

Dans d'autres pays, le principe est au contraire que la solidarité est présumée entre codébiteurs, solution également retenue par les *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* et les *Principes du droit européen des contrats*. La solidarité entre les parties à un arbitrage est dès lors acquise de plein droit.

28. Dans l'arbitrage international, l'affaire *Getma* a permis à la Cour de cassation française de déclarer que le contrat d'arbitre n'était pas soumis à une loi étatique et que l'obligation pour les parties de payer les frais et honoraires des arbitres était de nature solidaire, comme l'avait exactement déduit la Cour de Paris, par sa décision motivée. Il nous a cependant semblé que le juge du fond, lorsqu'il s'est référé aux usages de l'arbitrage commercial international, avait choisi un mauvais exemple en se référant au Règlement d'arbitrage OHADA, qui au contraire, ne retient pas la solidarité. Les autres Règlements d'arbitrage que nous avons examinés en la matière

sont divisés sur ce point, situation qui donne des raisons de douter de l'existence d'un usage international consacré ²⁴.

Nous souscrivons cependant à l'opinion largement répandue : **la solidarité des parties dans l'obligation de payer les provisions d'arbitrage présente les avantages substantiels d'éviter obstacles à l'accès à la justice et blocages de procédures**. Là où le droit ou le Règlement applicable ne prévoient pas cette solidarité, il serait souhaitable que les réformes nécessaires soient entreprises.

²⁴ Dans l'un des deux exemples d'arbitrages internationaux décrits *supra*, n° 6, le tribunal arbitral s'était sans doute fondé sur « *le principe de la responsabilité solidaire des parties à l'arbitrage* », mais sans autre justification ...

LA CONSERVATION PAR LES ARBITRES DES HONORAIRES D'ARBITRAGE EN CAS DE TRANSACTION ENTRE LES PARTIES

Pierre MOUSSERON

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

Président de l'Institut des usages

1. Les paiements anticipés sont souvent de bonne pratique. Qu'on les dénomme à-valoir, avance, acompte, provisions ou *retainner*¹, ils confèrent une garantie simple et efficace à certains prestataires. Inévitablement, ils soulèvent quelques difficultés fiscales et juridiques². Dans cette dernière catégorie, le Doyen Jacques Mestre nous fait l'amitié d'accueillir ici **nos observations sur le point de savoir si les provisions sur honoraires payées par les parties aux arbitres sont remboursables dans l'hypothèse où les parties transigeraient avant la fin de l'instance arbitrale ?**

2. Si les règlements d'arbitrage ou les actes de mission évoquent habituellement les montants et modalités de paiement des honoraires d'arbitrage, ces actes restent parfois silencieux sur l'éventualité d'une transaction³. Qu'il s'agisse là de délicatesse ou de ne pas donner de « mauvaise idée » aux parties, ce silence pose régulièrement des cas de conscience et parfois davantage aux arbitres et aux parties.

3. Sur un plan technique, la solution dépendra de plusieurs facteurs. Bien évidemment, **elle dépendra d'éventuels stipulations ou usages applicables**. En présence d'arbitrage institutionnel, de nombreux règlements d'arbitrage évoquent la question. Le plus souvent les frais d'arbitrage dus au centre d'arbitrage ne sont pas

¹ Pratiquée notamment par certaines banques d'affaires, le « *retainner* » compense le prix de l'exclusivité que la banque accorde à son client avant de l'assister.

² *Les clauses financières des accords préparatoires : technique contractuelle et fiscale*, RJDA 2016, p.163 (avec L. Chatain-Autajon et C. Deleu).

³ Tel est par exemple le cas du Règlement d'arbitrage du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP)

remboursables⁴. Pour ce qui est des honoraires des arbitres qui seuls nous intéresseront ici, la question est moins clairement établie. En matière d'arbitrage *ad hoc*, la question semble aussi souvent ignorée. Cette absence de pratique généralisée ne permet pas d'identifier un véritable usage global en la matière susceptible de s'ajouter au contenu contractuel en application de l'article 1194 du Code civil⁵.

4. La solution dépendra aussi de la portée de la transaction. Le problème de la conservation ne se posera véritablement qu'en cas de transaction portant sur l'intégralité du litige soumis aux arbitres ? Si elle limite mécaniquement la portée de l'arbitrage, une transaction partielle y ajoute une difficulté ce qui ne plaide pas en faveur d'un remboursement d'honoraires.

5. Dans ce contexte, la question de la conservation des honoraires autorise quelques arguments (I) étant précisé qu'il nous semble de bonne pratique d'évoquer contractuellement la question (II).

I ARGUMENTS RELATIFS A LA CONSERVATION DES HONORAIRES

6. D'équitables arguments défavorables à la conservation des honoraires (A) s'exposent à d'efficaces arguments contraires (B).

A- Arguments défavorables à la conservation

7. Plusieurs arguments militent en faveur d'une restitution au moins partielle.

Notre Collègue Jean-Baptiste Racine écrit ainsi : « *Les honoraires sont-ils dus même si une sentence n'est pas rendue ? La réponse est positive. Le contrat d'arbitre donne naissance à une créance d'honoraires indépendamment de la reddition d'une sentence...* ». Il ajoute cependant « *L'important est que les arbitres aient fourni un travail, quand bien même l'instance se serait éteinte (par exemple par l'effet d'une*

⁴ Le Règlement d'arbitrage du Centre de Conciliation et d'Arbitrage des Professions Libérales dispose ainsi que les frais administratifs ne sont pas remboursables.

⁵ P. Mousseron, *Les usages de l'arbitrage*, Petites Affiches 13 février 2013, p. 27. D'autres secteurs sont mieux armés. Il en va ainsi du secteur de l'édition qui connaît la pratique des clauses d'à-valoir (*Un usage : la clause d'à-valoir dans les contrats d'édition*, Rev. jur. com. 2021, p. 44).

transaction entre les parties). La cour d'appel de Paris a eu l'occasion de le juger en des termes très nets (Paris 13 décembre 2001, ... 2^e décision, note H. Lecuyer : « le droit aux honoraires trouvant sa source dans le travail de l'arbitre, ils lui sont dus même si une sentence n'a pu être rendue, dès l'instant où le travail de l'arbitre a été certain et qu'il n'y a point de négligence de sa part dans le fait que l'arbitrage n'a pas été terminé par une sentence). Les honoraires sont dus même si la sentence est annulée (). Il ne faut pour autant pas que l'absence de reddition de la sentence ou son annulation ait pour origine une faute susceptible d'engager la responsabilité civile des arbitres »⁶. **Si l'auteur répond ainsi positivement à l'existence de la créance d'honoraires nonobstant la transaction, il paraît ici subordonner la conservation de la totalité des honoraires à deux conditions l'une de diligence et l'autre de contrepartie.** À ce dernier titre et surtout si la transaction intervient tôt dans l'instance arbitrale, la conservation totale de l'intégralité des honoraires paraît mal justifiée.

8. En outre, le contrôle de la proportionnalité des honoraires aux diligences réalisés par les juridictions ordinaires du Barreau en application de l'article 11 du Règlement Intérieur National des Avocats témoigne qu'une corrélation doit exister entre provisions sur honoraires et diligences. Sauf clause contraire, la provision n'est pas un minimum garanti quoiqu'il advienne.

B- Arguments favorables à la conservation

9. Deux arguments « économiques » plaident en faveur de la conservation :

- Un premier tient à ce que **le paiement des honoraires constitue le moment de transfert du « risque » de transaction** ». Jusqu'à ce qu'intervienne ce paiement, le risque repose sur l'arbitre qui a pu travailler sans rémunération ; à compter du moment où il est payé, le risque devient celui des parties.

⁶ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Themis Droit PUF 2016, n°533. Une solution identique prévaut en Droit libanais : F. Nammour, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, Point Delta et Lgdj, 4^{ème} éd ; 2014, n°485.

- Un second tient à ce que **la transaction est la décision des parties** et que celles-ci ont pu allouer les honoraires d'arbitres dans leur transaction en connaissance de cause.

10. Plus juridiquement, l'article 1165 du Code civil applicable au contrat de service qu'est le contrat d'arbitre autorise **une fixation unilatérale du prix sous réserve d'un contrôle judiciaire de l'abus « dans la fixation du prix »**. Ce texte n'exige pas une révision unilatérale du prix par le créancier en cas de changement dans le contexte.

La qualité des arguments invocables dans le sens de la conservation ou d'une restitution au moins partielle des honoraires invite à envisager quelques stipulations.

II CLAUSES RELATIVES A LA CONSERVATION DES HONORAIRES

11. Dans le respect parties de la technique contractuelle, la clause de conservation devrait répondre aux questions : Qui ?, À qui ?, Quoi ?, Où ?, Quand ?, Comment ?, Pourquoi ?, Sinon ?. Le souci de ne pas alourdir une question délicate incitera à se concentrer sur le quoi, c'est-à-dire l'objet de la conservation (A) et le comment, c'est à dire ses modalités (B).

A- L'objet de la conservation

12. Le règlement d'arbitrage ou l'acte de mission qui sera le support habituel de la clause peut se limiter à prévoir que les honoraires perçus ne seront pas remboursables pour le tout ou le seront en totalité en cas de transaction. **Des stipulations plus raffinées sont susceptibles de distinguer selon le moment où la date de la transaction interviendront ou selon le type de procédure (arbitrage ordinaire ou référé arbitral). Des distinctions sont aussi concevables selon qu'il est question des honoraires des arbitres ou du Président du tribunal arbitral.** En cas de transaction, il est en effet fréquent que le Président ait plus travaillé que ses co-arbitres avant la transaction et mérite à ce titre une conservation plus généreuse.

B- Les modalités de la conservation

13. Il est d'abord possible de renvoyer la solution à cette question à une délibération du Tribunal arbitral.⁷ Il faut en effet souligner qu'en application du principe *compétence-compétence*, le Tribunal arbitral reste compétent pour connaître de l'impact de la transaction sur sa compétence⁸ et donc *a fortiori* sur sa rémunération. Plus lourdement, il est également concevable d'évoquer une sentence sur cette question. Là aussi, tout dépendra cependant au final de l'environnement conventionnel de l'instance. À défaut de convention, une sentence ne nous paraît pas nécessaire tant l'honoraire relève plus du contrat d'organisation de l'arbitrage que de l'instance arbitrale.

⁷ L'article 38-6 des *2021 Arbitration Rules* de l'International Chamber of Commerce dispose ainsi : « *In the event of the withdrawal of all claims or the termination of the arbitration before the rendering of a final award, the Court shall fix the fees and expenses of the arbitrators and the ICC administrative expenses. If the parties have not agreed upon the allocation of the costs of the arbitration or other relevant issues with respect to costs, such matters shall be decided by the arbitral tribunal. If the arbitral tribunal has not been constituted at the time of such withdrawal or termination, any party may request the Court to proceed with the constitution of the arbitral tribunal in accordance with the Rules so that the arbitral tribunal may make decisions as to costs* ».

⁸ Dans ce sens : C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien 2013, n°78.

PETIT GUIDE POUR LA RÉDACTION D'UN ACTE DE MISSION



Jacques MESTRE

Président de l'Association Française des Docteurs en Droit

1. Même s'il n'est pas exigé par le Code de procédure civile, l'établissement d'un acte de mission est aujourd'hui devenu un passage quasiment obligé de la procédure arbitrale, qu'il a le mérite de mettre sur rails et de prévenir, dans toute la mesure du possible, des ornières et chausse-trappes qui seraient de nature à la fragiliser. À ce titre d'ailleurs, il est possible, nous semble-t-il, de considérer qu'il participe du devoir de célérité que l'article 1464 du code met à la charge des arbitres, et même de leur devoir de loyauté, également visé par ce texte, en ce qu'il **s'inscrit dans une logique de transparence et d'équilibre entre les parties.**

2. Naturellement, dans le silence du Code, et hormis les arbitrages institutionnels où les directives du Centre d'arbitrage en encadrent la confection, le contenu de cet acte varie en pratique selon les instances et surtout selon les arbitres qui, généralement, vont tirer profit de leur expérience pour en peaufiner la réalisation. Il reste qu'on y retrouve quelques éléments centraux, depuis l'identification des parties jusqu'à l'exposé de leurs prétentions, au moins originelles, et depuis les règles gouvernant le déroulement de l'instance arbitrale jusqu'à son calendrier et la fixation de la date de reddition de la sentence qui borne temporellement la mission des arbitres, à travers une obligation que la jurisprudence considère comme étant de résultat.

3. Cela étant, même dans la présentation de ces éléments essentiels, une certaine souplesse demeure, qui conduit les arbitres et surtout, parmi eux, le président à faire des choix, dans une perspective fondamentalement anticipatoire. **Pressentir les possibles difficultés pour y apporter, le moment venu, les bons remèdes, telle est d'une certaine façon la tâche des rédacteurs de cet acte, qui a l'avantage de s'exercer à un moment où les parties s'accordent généralement bien** et peuvent, en tout cas, présenter chacune des observations utiles pour améliorer le travail commun...

4. Aussi veillera-t-on, par exemple, à procéder à une très attentive identification des parties, notamment dans le cadre de groupes de sociétés, de clauses compromissaires ayant circulé ou rayonné (cession de créance, subrogation, stipulation pour autrui, porte-fort...) ou encore de litiges réunissant personnes physiques et personnes morales comme c'est fréquemment le cas à la suite d'une cession de contrôle ou d'une opération contractuelle confortée par une garantie d'exécution.

5. De même, sera-t-on attentif à la détermination de la localisation de l'arbitrage, qui conditionne nombre de compétences juridictionnelles dérivées, aux pouvoirs des arbitres dans la conduite de la procédure, au respect du contradictoire et, plus généralement, des principes directeurs de l'instance, ou encore, par exemple, à la question sensible de la confidentialité pour laquelle, au moins dans un arbitrage interne, le principe milite bien en ce sens tout en réservant cependant la possible convention contraire des parties (C.proc.civ., art.1464, al.4).

6. Évidemment, le mieux étant... l'ennemi du bien, et surtout les meilleures rédactions juridiques ayant inévitablement leurs limites, voire même, parfois, leurs faiblesses,

**« on se gardera aussi, dans la confection de cet acte de mission,
de tout dire et de trop prévoir ! »**

Au demeurant, le Code de procédure civile renferme déjà lui-même beaucoup de solutions positives, et il est donc inutile de reproduire des dispositions aussi importantes et claires que l'article 1465 (« *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* »), l'article 1466 (« *La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ») ou encore l'article 1467, alinéa 3 (« *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* »). Mais, d'un autre côté, les arbitres peuvent exceptionnellement avoir intérêt à renforcer leur rôle pédagogique et donc à insérer des dispositions légales dont ils ont, déjà à ce stade de la procédure, l'intuition qu'elles pourront revêtir ici une réelle importance !

7. Enfin, les arbitres n'étant pas des... surhommes (ou surfemmes !), il leur appartiendra de faire preuve le cas échéant de pragmatisme, même si l'idéal eût été autre ! Un seul exemple, d'ordre personnel : durant plusieurs années, j'ai cultivé l'ambition, lorsque j'étais président en

charge de la rédaction d'un acte de mission, d'aboutir à une présentation unitaire des faits litigieux. Et puis l'âge venant, et surtout le constat des plus grandes difficultés ayant été fait, je me contente aujourd'hui de **juxtaposer deux présentations des faits, l'une par le demandeur, et l'autre par le défendeur...** Deux présentations souvent très dissemblables, voire même parfois opposées, qui interrogent d'ailleurs sur la Vérité ! Où donc est-elle ? À la procédure arbitrale de le dire ensuite, si tant est qu'il existe une Vérité arbitrale !

8. En attendant, et pour rester sur ce mode pragmatique du terrain, je propose ci-après à nos lecteurs **un petit « modèle » d'acte de mission, qui est le fruit de mes expériences passées** et qui, sans être parfait, loin de là, me paraît notamment utilisable par les plus jeunes qui se lanceraient demain dans un arbitrage interne *ad hoc*...

ACTE DE MISSION

LES PARTIES

Demanderesse :

La société

SAS au capital de

Immatriculée au RCS de ... sous le numéro

Et dont le siège social est

Agissant par son représentant légal, Monsieur

Ayant pour avocat

.....

Défenderesse :

La société

SA au capital de

Immatriculée au RCS de

Et dont le siège social est

Agissant par son représentant légal, Madame

Ayant pour avocat

.....

LES ARBITRES

Monsieur

.....

Arbitre désigné par la société.....

Madame....

.....

Arbitre désigné par la société.....

Monsieur.....

.....

Arbitre désigné par les deux arbitres, et président le Tribunal arbitral

Les arbitres confirment qu'ils sont indépendants de chacune des parties, qu'ils le sont également de leurs co-arbitres et des conseils des parties, et qu'ils ne connaissent aucun élément passé ou présent susceptible de porter atteinte à leur impartialité dans le présent litige. Leurs déclarations d'indépendance et d'impartialité, qui ont déjà été communiquées aux parties, sont annexées au présent acte.

Les parties confirment la désignation des trois arbitres, au vu de ces déclarations d'indépendance et d'impartialité.

ORIGINE DU LITIGE

1°)Présentation des faits par la société.....

.....

2°)Présentation des faits par la société.....

.....

CLAUSE COMPROMISSOIRE

La clause sur la base de laquelle le présent arbitrage a été introduit par la société est contenue dans l'articledu contrat.....

Elle est ainsi rédigée :

« »

(Dans le cas où l'acte de mission se présenterait en droit comme un compromis qui, par exemple, purgerait la procédure arbitrale d'un vice inhérent à la clause compromissoire d'origine, il conviendrait d'ajouter : Le présent acte vaut cependant compromis d'arbitrage, les parties ayant consenti à la novation de ladite clause compromissoire).

PRETENTIONS DES PARTIES

Les parties pourront librement développer leurs prétentions, arguments et moyens dans leurs mémoires à venir.

1°) Prétentions d'ores et déjà formulées par la société demanderesse.....

La société..... demande au tribunal arbitral de :

-
-
-

2° Prétentions d'ores et déjà formulées par la société défenderesse.....

La société..... demande au Tribunal arbitral :

-
-
-

PROCEDURE ARBITRALE ET CALENDRIER

L'arbitrage se déroulera à , aux lieux déterminés par le Tribunal arbitral, et la ou les sentences à intervenir seront réputées être rendues à, quel que soit le lieu où elles pourraient être signées. Cependant, les réunions des parties et des arbitres peuvent être tenues en d'autres lieux.

Les arbitres régleront la procédure en respectant les principes directeurs de l'instance posés par le Code de procédure civile. Ils pourront ordonner des mesures d'instruction ou encore une expertise, dont le déroulement suspendra de plein droit le délai accordé au Tribunal arbitral pour rendre sa sentence. Ils pourront également ordonner un sursis à statuer, qui provoquera également une suspension de ce délai.

Les ordonnances de procédure sont rendues par le Tribunal arbitral mais le président du tribunal arbitral est autorisé à les signer seul. Le Tribunal arbitral a le pouvoir de rendre une sentence partielle sur toute question qui lui semble appropriée, et notamment sur une question de compétence. Tant que la sentence partielle est assortie du bénéfice de l'exécution provisoire, l'instance arbitrale se poursuit.

Les arbitres ont (ou n'ont pas) la qualité d'amiable compositeur.

Les mémoires, pièces, notes et autres documents seront adressés par envoi simple par chaque partie aux arbitres à leur domicile et, pour les parties, au Cabinet professionnel de leurs avocats chez lesquels elles élisent domicile. Les mémoires devront être également adressés par voie électronique.

Les parties doivent reprendre, dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment invoqués dans leurs mémoires antérieurs. A défaut, elles seront réputées les avoir abandonnées.

La présente procédure d'arbitrage est soumise au principe de confidentialité. Cette confidentialité s'étend à toutes les personnes qui seront en lien avec l'instance, et notamment les éventuels sachants qui seraient appelés à témoigner ainsi que les experts. Le Tribunal arbitral informera ces personnes de cette exigence et pourra requérir d'elles, d'office ou à la demande des parties, un engagement écrit de confidentialité. Cette confidentialité ne pourra être levée que dans le cas où la loi l'ordonnerait ou, s'il y a lieu, pour les nécessités d'une exécution forcée de la sentence arbitrale. Si elle se trouvait méconnue durant l'instance, la partie qui s'estimerait victime de cette violation pourrait s'adresser au tribunal arbitral pour y mettre fin et, le cas échéant, obtenir réparation du préjudice qu'elle aurait déjà subi.

La sentence définitive devra être rendue au plus tard le _____, sauf prorogation accordée par les parties ou, à défaut, par le juge d'appui, conformément à l'article 1463 du Code de procédure civile.

Elle sera notifiée aux seuls conseils des parties par lettre recommandée avec avis de réception, dans les huit jours de son prononcé.

Les arbitres conserveront les pièces transmises par les parties pendant un délai de deux mois après la reddition de la sentence finale. Passé ce délai, si aucune des parties n'a émis le souhait de récupérer les pièces transmises, celles-ci pourront être détruites.

Le Tribunal arbitral fixe ci-après le calendrier de la procédure sous réserve des modifications ponctuelles qui pourraient y être apportées par ordonnance du Tribunal arbitral :

- Dépôt du mémoire en demande, au plus tard le
- Dépôt du mémoire en défense, au plus tard le
- Audience (éventuelle) de procédure et de sachants, le.....
- Dépôt du mémoire en réplique, au plus tard le
- Dépôt du mémoire en duplique, au plus tard le

- Audience des plaidoiries le
- La sentence devra être rendue au plus tard le

Fait à en sept exemplaires, le :

La société :

Maître :

La société :

Maître :

Monsieur..... , arbitre :

Madame....., arbitre

Monsieur....., président du Tribunal arbitral

TENDANCES DU DROIT DE L'ARBITRAGE

UKRAINIAN ARBITRATION REFORM: OVERVIEW OF KEY LEGISLATION CHANGES AND SELECTE JURISPRUDENCE

Sergii MELNYK

*Deputy Counsel at the Secretariat of the International Court of Arbitration,
the International Chamber of Commerce (ICC)*

After gaining its independence from the USSR in 1991, Ukraine remained a party to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) and very quickly proceeded with the ratification of the Law on International Commercial Arbitration (the Arbitration Law) in 1994 that established a legal framework for the conduct of international arbitration in Ukraine. While the Arbitration Law and other related legislation was periodically amended over the years, the Ukrainian arbitration community, as well as the users of the system (companies involved in arbitral proceedings), have identified certain problems that required a more substantive revision of the existing legal provisions.

Over the time, the gaps in the Ukrainian legislation have also become evident to the Members of the Ukrainian Parliament involved in the modernization of the Ukrainian legislation to render it more investor-friendly. The parliamentarians rightly identified benefits Ukraine could reap based on the positive examples of countries with established arbitration-friendly regimes. One Member of the Parliament noted, for instance, that a properly conducted arbitration reform would generate more cases for local arbitration lawyers acting as arbitrators, parties' counsel and arbitration experts and, therefore, will help the State to raise more taxes. Moreover, the parties to the proceedings would be more willing to choose Kyiv as the place of arbitration, further contributing to the Ukrainian budget through court fees from setting aside and

¹ The views expressed in this article are those of the author and do not, in any way, reflect the view of the ICC International Court of Arbitration.

enforcement proceedings. As an example, he referred to the United Kingdom that estimated the overall gain of approximately US\$ 1 billion per year for its budget from international arbitration proceedings.²

In 2015, the President of Ukraine has adopted the Strategy of the Gradual Growth “Ukraine – 2020”³ that foresaw, among others, the conduct of a reform of the Ukrainian judicial system. Through his subsequent executive order, the President has also implemented the Strategy on the Reform of the Judicial System and the Related Legal Institutes for 2015-2020.⁴ In its relevant part, the Strategy provided for the broadening of the list of arbitrable disputes and implementation of effective mechanisms of alternative dispute resolution.

Following the preparatory work of the specifically created Working Group on the reform and the efforts of the Ukrainian arbitration community, the Parliament of Ukraine approved the Law of Ukraine № 2147-VIII Amending the Code of Commercial Procedure, the Code of Civil Procedure, the Code for Administrative Court Proceedings of Ukraine and other Legislative Acts of Ukraine (the Amending Law)⁵ that entered into force on 15 December 2017.

The Amending Law has introduced the key changes to the core legal acts that form the arbitration regime in Ukraine dealing with the arbitrability of certain categories of disputes, court’s assistance with ongoing arbitral proceedings, the form of arbitration agreements, as well as more technical aspects, such as currency conversion and calculation of interest on awarded sums.

² Oleksandr Granovskiy, ‘A Cheap Way to Attract Additional Investments’, News Agency Glavkom.UA, available at: <https://glavcom.ua/columns/granovskiy/331764-deshevij-sposib-zaluchiti-dodatkovy-investitsiji.html>.

³ The President of Ukraine, the Order on the Strategy of the Gradual Growth “Ukraine – 2020, the Official Web-Portal of the Parliament of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5/2015#Text>.

⁴ The President of Ukraine, the Order on the Strategy on the Reform of the Judicial System and the Related Legal Institutes for 2015-2020, the Official Web-Portal of the Parliament of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015#Text>.

⁵ The Law of Ukraine № 2147-VIII Amending the Code of Commercial Procedure, the Code of Civil Procedure, the Code for Administrative Court Proceedings of Ukraine and other Legislative Acts of Ukraine, the Official Web-Portal of the Parliament of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147%D0%B0-19#n2>.

The positive effect of the above changes is clearly seen through the Ukraine's gradual rise in the international ranking "*Doing Business*" run by the World Bank that assesses the investor-friendliness of all major jurisdictions in the world. Before the introduction of the arbitration reform in 2017, Ukraine was ranked 80th out of 190 jurisdictions⁶ and progressed to the 64th place in 2020.⁷ It is noted that the above ranking includes a variety of factors across the economy, such as the ease of starting a new business or getting a credit and, thus, Ukraine's progress cannot be attributed to the arbitration reform alone. A more useful approach is therefore to see how Ukraine's rating changed based on the specific criterion titled "*Enforcing Contracts*" that directly correlates with the changes introduced by the Ukrainian judicial reform in general and arbitration reform in particular. The tendency is indeed very positive: Ukraine raised in the ranking based on this criterion from the 81st place in 2017 to the 63rd place in 2020. Thus, it is safe to conclude that the changes discussed in this article are not merely formal but have a direct real-life impact on the rule of law in Ukraine and its attractiveness for foreign investors.

Inclusion of express pro-arbitration provisions into procedural codes

Following the arbitration reform, both the Code of Commercial Procedure and the Code of Civil Procedure now contain provisions that direct state courts to interpret any inconsistencies in the text of the arbitration agreement and, remarkably, "*any doubts*" a court may have as to its validity and enforceability in favor of enforcement of such arbitration agreement. Therefore, the two main procedural codes of Ukraine now raise a very high bar for a party attempting to oppose to arbitration in favor of litigation before state courts.

While in the past Ukrainian courts have adopted a rather pro-arbitration approach, in several instances, some judges reached controversial decisions when they were required to interpret the validity of arbitration clauses. For example, in the case № 910/8259/13 the parties agreed to refer their disputes to "*arbitration under the Rules of the German Arbitration Institute, Berlin*". The Ukrainian courts considered such arbitration clause to be invalid because it did not contain a "*proper name*" of an

⁶ The World Bank, Open Knowledge Repository, 'Doing Business Economy Profile 2017: Ukraine', available at: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25642>.

⁷ The World Bank, Doing Business 2020: Ukraine, available at: <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/u/ukraine/UKR-LITE.pdf>

arbitral institution. It is noted, however, that the parties appeared to use as a basis the model arbitration clause of the German Arbitration Institute (DIS) and that an arbitral tribunal appointed under the DIS Arbitration Rules had considered a dispute arising from the same contracts. It seems that the courts relied on the Ukrainian translation of the arbitral institution described in the judgements as the “*German Institution of arbitration*” and concluded that the clause did not state the name of an arbitral institution to administer the dispute but instead just referred to some unspecified German institution.

Another similar example is the case № 5011-10/13371-2012 in which the Ukrainian courts invalidated an arbitration agreement referring any disputes to “*the International Trade Arbitration Court before the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry*”, while the regional arbitration court in Ukraine is named the *International Commercial Arbitration Court before the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry*.⁸ The courts concluded that the arbitration court to which the parties referred their disputes in the arbitration agreement did not exist and, therefore, the arbitration clause was invalid.

In both cases cited above, the parties undoubtedly referred their disputes to international arbitration and, it may be argued, concluded arbitration agreements that clearly enough identified arbitral institutions to administer any disputes arising from the contracts. It may be expected though that the new provision imposing on state courts a positive duty to interpret any inconsistencies in favour of arbitration will ensure that Ukrainian courts in post-reform judgements will look at the real intentions of the parties to either refer the matter to the arbitration or other dispute resolution forums.

Changes in arbitrability of certain disputes

The arbitration reform has introduced a long-awaited clarity as to the scope of arbitrability of corporate disputes with the Ukrainian law applicable. The new provisions of the Code of Commercial Procedure provide that corporate disputes

⁸ For the avoidance of any doubt, the International Commercial Arbitration Court before the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry has no affiliation with the International Court of Arbitration, International Chamber of Commerce (ICC).

arising out of a contract concluded between a legal person and all of its participants (founders, shareholders or members) can be referred to the arbitration on the basis of an arbitration agreement if such agreement is concluded between the legal person and all its participants. It is noted, however, that the above norm is an exception to the general rule of non-arbitrability of corporate disputes arising between the participants of a legal entity or participants and legal entity under the Ukrainian law. Moreover, the new provisions on arbitrability of certain disputes of the Code of Commercial Procedure provide for a possibility to refer to the international arbitration disputes arising from the civil law aspects of privatization of the state property and relations in the areas of competition and public procurement.⁹

The above changes contribute to the overall legal certainty for the parties to the dispute and significantly reduce the chances of setting aside of otherwise valid and enforceable arbitral awards on purely formalistic grounds. Moreover, it may be argued that such provisions may also provide more comfort to international investors who can now refer a broader array of disputes to international arbitration.

Modernization of rules on arbitration agreements

In order to reflect the changes in the way the business is conducted and contracts are signed worldwide, the Amending Law has broadened the notion of “*the written form*” of an arbitration agreement in the Arbitration Law as to also include a possibility to conclude arbitration agreements through the exchange of electronic messages by the parties. The law, however, stipulates a minimal requirement that the above information shall be “*available for subsequent use*”.¹⁰

The updated provision is indeed a necessary step towards bringing the Ukrainian legislation in line with the international standards and provides clear instructions to state court judges as to what legal standard should be applied when one of the parties attempts to set aside an arbitral award or to refer a dispute to a state court on grounds that an arbitration agreement was never concluded. As such, if a party can

⁹ See Articles 20-22 of the Code of Commercial Procedure available at the Official Web-Portal of the Parliament of Ukraine: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>.

¹⁰ See Article 7 of the The Law of Ukraine № 4002-XII On International Commercial Arbitration, the Official Web-Portal of the Parliament of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12#Text>.

show that there was an agreement to the arbitration through any form of electronic exchange that allows to establish the identities of the parties, such agreement should be valid under the Ukrainian law.

Harmonization of the rules on referral of parties to the arbitration by Ukrainian courts

Another important improvement of the Ukrainian legislation was the amendment of Article 8 of the Arbitration Law that initially provided for *termination* of the proceedings if a party submitted a claim to a state court when such a claim arose from a matter that was already referred by the parties to international arbitration. The new redaction of the Arbitration Law now provides that the courts shall leave the matter *without consideration* instead of terminating the proceedings. While at the first glance the end result for the parties is the same (they are referred by the court to resolve their dispute in the earlier agreed forum –arbitral proceedings), the key difference is that if the court terminates the proceeding, the parties are precluded from reintroducing the claim at a later date. At the same time, no such prohibition exists if the matter is left by the court without consideration. Thus, following the reform, if a party submits a claim arising from a contract containing an arbitration clause to a state court, and Ukrainian courts refer the matter to arbitration, such party will not be precluded from reintroducing the matter before Ukrainian courts if the arbitral tribunal finds that it has no jurisdiction to adjudicate the dispute between the parties.

New provision on adverse inferences

Article 25 of the Arbitration Law now contains a provision allowing arbitral tribunals to draw adverse inferences against a party if such party fails to submit evidence requested by the tribunal. Inclusion of the above provision is indeed a further step of the Ukrainian legislator to provide the arbitral tribunals constituted under the Ukrainian *lex arbitri* with the same set of instruments that is usually available in other arbitration-friendly jurisdictions.

Reduction of judicial instances involved in enforcement and setting aside proceedings

The arbitration reform significantly simplified the procedure for enforcement of arbitral awards with regard to the number of judicial instances and their specialization. Currently, all applications for enforcement of arbitral awards in Ukraine should be submitted to the Kyiv Court of Appeal, while the Supreme Court of Ukraine was designated as the appellate instance for the enforcement proceedings.

Moreover, the Code of Civil Procedure now also allows combining in one proceeding both applications for enforcement with any applications for denial of enforcement of the same arbitral award.

The above amendments are indeed a positive change because they allow parties to reduce legal costs and time needed for enforcement of arbitral awards. Only a review by two judicial instances is now required, and any potential risks of inconsistent decisions in parallel proceedings on enforcement and denial of enforcement can now be mitigated. Moreover, designating a specific court as the only gateway for enforcement of awards in Ukraine promotes predictability and uniformity of the court's decisions because all the decisions will be made by properly trained and qualified judges having good understanding of the international arbitration.

New provisions simplifying voluntary compliance and enforcement of arbitral awards

The arbitration reform has at last addressed the problem of voluntary compliance with arbitral awards when a currency ordered for payment in the award is not the Ukrainian Hryvnia (UAH). Due to the applicable currency control regime in Ukraine, a party willing to voluntarily pay the ordered amounts would still need an enforcement order that could only be obtained if the prevailing party filed an application for enforcement of the award. The amended provisions of the Code of the Civil Procedure now allow losing parties to directly apply to state courts to obtain an enforcement order through a simplified procedure within 10 days.

Another technical issue addressed by the reform is the possibility for the party enforcing the award to choose whether to convert into UAH the sum awarded by the

arbitral tribunal in a foreign currency. Before the reform, the conversion to UAH was mandatory, adding to additional procedural hurdles and financial risks for foreign parties. One more amendment welcomed by the Ukrainian arbitration community is a new norm allowing enforcement officers or other authorized persons to calculate any awarded interest based on the directions given by the Ukrainian state court in its decision allowing the enforcement of the arbitral award.¹¹

New provisions on granting interim measures in support of arbitral proceedings

Another major advancement introduced by the arbitration reform is that interim measures applied in the national court proceedings now can also be requested by parties to ongoing arbitrations as a form of the judicial support of Ukrainian courts. If a party can prove that the non-application of interim measures can render the enforcement of a future arbitral award significantly more difficult or impossible, the courts will grant appropriate interim measures from the open list available to parties in the standard court proceedings. The Code of the Civil Procedure provides for an *ex parte* review of a party's application within two days following the receipt of the application.

To balance out the right of a party subject to interim measures, the Code of the Civil Procedure likewise extends the list of grounds for amendment or termination of interim measures applied in national court proceedings to international arbitration. As such, interim measures can be terminated if, for instance, the arbitral proceedings are closed, or the arbitral tribunal rejected the claim based on which the measures were requested, or on other grounds listed in the Code. Moreover, like in state court litigation, Ukrainian courts may also impose on the requesting party a security for any costs incurred by the other party as a precondition for granting the interim measures. Furthermore, Article 17 of the Arbitration Law was likewise updated to provide powers to *arbitral tribunals* to request from a party seeking interim measures from state courts in support of arbitral proceedings a security for any costs another party may incur. The above provisions allow state courts and arbitral tribunals to mitigate the risks of any abuses by the parties requesting interim measures.

¹¹ See Article 479 of the Code of the Civil Procedure, the Official Web-Portal of the Parliament of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.

The parties have already started to actively rely on the above provisions to secure a possibility to enforce a future arbitral award after the arbitration is over or to guarantee the enforcement of an award already rendered by an arbitral tribunal. For example, in the case № 785/1018/18 a claimant in a GAFTA arbitration submitted a motion before Ukrainian courts to obtain interim measures for securing a claim through the attachment of wheat owned by the respondent and by prohibiting any transfer of the wheat to third parties. The courts granted the motion but imposed a security for costs to cover any damages respondent might suffer.

In another case № 796/41/2018, Ukrainian courts granted claimant's motion to secure the enforcement of already rendered award issued under the Arbitration Rules of the Arbitration and Dispute Resolution Institute of the Oslo Chamber of Commerce in light of the existing risks of impossibility for the claimant to receive any payments under the award from the non-cooperative respondent. The Ukrainian courts thus granted a motion to arrest the property and funds of the respondent up to the amount ordered in the arbitral award and prohibited alienation of the respondent's property.

Improved rules on judicial support for obtaining evidence in arbitration

The updated articles 116-118 of the Code of Civil Procedure allow arbitral tribunals and parties to seek judicial assistance with obtaining the relevant evidence from a party in the ongoing arbitral proceedings in Ukraine or abroad. Likewise, Article 27 of the Arbitration Law was amended and now states that both arbitral tribunals and parties may request a court having jurisdiction where the evidence is located or a witness is residing to assist with examination of a witness or collection of the evidence.

The above amendment significantly expands the range of available tools for parties to effectively collect evidence or question a witness even when a person in control of the evidence or a witness are not cooperating. Unlike arbitral tribunals, courts rely on the powers of the State, and non-compliance with court's orders is a crime under the Ukrainian law with sanctions ranging from a fine to imprisonment for up to 3 years.¹²

¹² Article 382 of the Penal Code of Ukraine, the Official Web-Portal of the Parliament of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

Review of post-reform court practice

Having examined the main changes introduced by the arbitration reform to the Ukrainian legislation, it is also interesting to look at some recent examples of how Ukrainian courts have embraced the general pro-arbitration trend envisaged by the legislator.

In the case № 796/95/2018, Ukrainian courts examined a claimant's plea that in the course of the arbitral proceedings, the tribunal violated the principles of due process and equal treatment of the parties when it allegedly prevented a party to duly consider an additional submission of the opposing party made in the course of the hearing and, instead, allocated to that party 30 minutes for it to get acquainted with the new submission. The Supreme Court of Ukraine found that the scope of the submission was limited, and the arguments made in it essentially repeated the content of earlier submissions. Based on the above finding, the court decided to dismiss the plea and refused to annul the award.

Neither the courts resorted so far to a broad interpretation of the public policy requirement. For instance, in the case № 796/116/2018, the applicant requested the courts to annul an arbitral award on the ground of violation of the Ukrainian public policy because the food processing equipment supplied by the counterparty did not meet the technical specifications and was defective. The courts found that the arbitral award dealing with the above matters did not contradict to the Ukrainian public policy and refused to annul the award.

Another telling example is the case № 761/5425/16-ц, where the losing party in the arbitration administered by the International Commercial Arbitration Court before the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry requested to annul the arbitral award on the grounds that the arbitral tribunal was improperly constituted. In their arbitration agreement, the parties agreed that any disputes arising out of the contract are to be resolved by two arbitrators. After the arbitral institution requested the parties to nominate their arbitrators from the recommended list, both parties nominated the same arbitrator. The International Commercial Arbitration Court therefore informed the parties that the dispute will be resolved by a sole arbitrator nominated by both parties. After the award was rendered, the losing party argued that the award cannot

be enforced because the number of arbitrators differed from the one stated in the arbitration clause. The lower courts agreed with this reasoning and annulled the award. The Supreme Court, however, referred to Article V of the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 providing that a party cannot object before a state court against the jurisdiction of the arbitral tribunal if that party failed to raise its objection in the course of the arbitration. The Supreme Court established that, while the losing party submitted defenses on merits of the case, it indeed failed to raise any defenses or objections with regard to the constitution of the arbitral tribunal. The court considered such actions to constitute the abuse of procedural rights by that party and therefore rejected the application to annul the award.

Having examined the amendments to the core legislation introduced by the Ukrainian arbitration reform and the subsequent jurisprudence of the Ukrainian courts, it is safe to conclude that Ukraine made a significant progress as an arbitration-friendly jurisdiction, which will undoubtedly increase its attractiveness for foreign investors.

DE L'ESSOR, ACTUEL ET À VENIR, DES RÈGLES MATÉRIELLES DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL



Hugo BARBIÈRE

Agrégé des facultés de droit,

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Secrétaire général de l'AFDD

Place disputée de la règle de conflit de lois dans l'arbitrage international. Les règles de conflit de lois dans l'arbitrage international voient toujours davantage leur place contestée par des mécanismes plus ou moins traditionnels du droit international. La loi de police en est sans doute l'échappatoire la plus connue. Or chacun sait son essor en droit de l'arbitrage international ⁽¹⁾. Plus spécifiquement à l'arbitrage, est désormais de plus en plus présente la méthode dite de la « voie directe », qui invite l'arbitre à choisir le droit applicable au litige en se concentrant sur les règles de droit qu'il estime appropriées, sans égard nécessaire pour les règles de conflit ⁽²⁾. Mais c'est sans doute le recours aux règles matérielles qui représente la plus emblématique menace pesant sur la règle de conflit en arbitrage.

Vertus des règles matérielles. Point n'est besoin ici de revenir en détail sur leur origine en droit de l'arbitrage, ainsi que leurs vertus, parfois contestées. On rappellera simplement que cette méthode s'oppose à la méthode conflictualiste en ce que, alors que cette dernière conduit le juge à désigner une loi applicable à une situation internationale au moyen de catégories et critères de rattachement divers, la méthode de la règle matérielle l'invite à directement appliquer une règle de droit forgée pour les besoins de ladite situation internationale et distincte de toute loi

¹ V. la thèse de référence de Christophe Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001.

² V. en droit français l'article 1511 du CPC et les nombreux règlements d'arbitrage optant pour cette méthode, dont le règlement CCI (art. 21).

étatique qui aurait pu avoir vocation à s'appliquer. Il s'agit donc de court-circuiter les prétentions des droits nationaux à régir le litige. Ce rôle joué par la règle matérielle n'est pas un but en soi dans le droit international privé classique (bien que celui-ci recèle bon nombre de règles matérielles ⁽³⁾) car la méthode conflictuelle fonctionne bien dans son ensemble. En revanche, dans l'arbitrage international, les bons offices de la règle matérielle sont particulièrement appréciés dans la mesure où les faiblesses inhérentes à la méthode conflictualiste, notamment l'incertitude de ses résultats quant à la loi finalement désignée, sont beaucoup plus saillantes au vu des difficultés en ce domaine à établir aussi bien des catégories que des critères de rattachement satisfaisants et partagés par les différents ordres juridiques.

Les règles matérielles, bien qu'elles ne soient pas à l'abri de toute critique, sont donc particulièrement prisées par les arbitres internationaux, ainsi que par le juge français. Le présent dossier est l'occasion de faire l'inventaire des domaines où elles se sont récemment épanouies et ceux qu'elles pourraient conquérir, dans la seule mesure de leur utilité et sans en faire l'instrument adapté à toute question de droit applicable en arbitrage international.

Force d'inspiration de la règle matérielle fondatrice. La plus emblématique d'entre elles est sans aucun doute celle en vertu de laquelle l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage s'apprécie au regard de la commune intention des parties, sans égard pour les lois nationales en lien avec le litige, et dans le simple respect de l'ordre public international. De nombreuses sentences arbitrales y ont recouru ⁽⁴⁾ s'inspirant souvent expressément de la solution innovante retenue par la Cour de cassation française dès les années 1970 et pleinement épanouie depuis l'arrêt *Dalico* ⁽⁵⁾.

Cette règle a été dégagée à l'origine afin d'épargner la convention d'arbitrage de tout formalisme national quant à sa rédaction ainsi que de toute exigence de

³ M.-L. Niboyet, G. Geouffre De La Pradelle, *Droit international privé*, 7e éd., Lextenso, n° 277.

⁴ V. G. Born, *International commercial arbitration*, 3^e éd., 2021, p. 575.

⁵ Civ. 1re, 20 déc. 1993, *Dalico*, JDI 1994, p. 432, note E. Gaillard, confirmant avec netteté la voie suggérée par les arrêts *Hecht* (CA Paris, 19 juin 1970, JCP 1971, II, 16927, note B. Goldman ; Rev. Arb. 1972, 67, note Ph. Fouchard) et *Menicucci* (Paris, 13 déc. 1975, Menicucci, JDI 1977, p. 107, note E. Loquin ; Rev. arb. 1977, p. 147, note Ph. Fouchard ; RCDIP 1976, p. 506, note B. Oppetit). On peut même remonter jusqu'au fameux arrêt *Galakis* de 1966 qui, en admettant l'arbitrabilité des litiges internationaux concernant une personne publique, avait déjà en réalité forgé une règle matérielle.

commercialité du litige pour qu'il soit arbitral. C'est donc principalement la validité de la convention d'arbitrage que protégeait à l'origine la règle matérielle dite d'autonomie de la convention d'arbitrage à l'égard des lois étatiques.

Mais cette méthode des règles matérielles a très tôt servi à protéger non plus l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage mais son applicabilité. C'est son application *ratione personae* qui a conduit à cette avancée. En particulier, la possibilité d'étendre une convention d'arbitrage à des parties non-signataires a fait difficulté quant au droit applicable pour en décider.

Une conquête déjà ancienne : la règle matérielle relative à l'extension de la convention d'arbitrage à des parties non-signataires. L'extension de la convention d'arbitrage à des parties non-signataires est une question récurrente de la pratique arbitrale. Lorsque l'arbitrage est international, se pose la question de savoir à partir de quel corps de règles de droit il convient d'apprécier une possible extension.

L'approche conflictualiste est aujourd'hui encore vivace. Adoptée par certaines juridictions étatiques, elle aboutit tantôt à appliquer la loi du fond gouvernant le contrat litigieux, comme ont pu le faire des juges anglais ⁽⁶⁾, tantôt à appliquer les règles de conflit du lieu du siège de l'arbitrage, comme le fait le droit suisse qui soumet la question de l'extension de l'arbitrage à la loi applicable à la validité de la convention d'arbitrage ⁽⁷⁾, tantôt encore, à appliquer la loi du lieu d'exécution de la sentence ⁽⁸⁾. Quant aux sentences arbitrales, outre les rattachements précités, elles appliquent parfois directement la loi du siège de l'arbitrage, soit parce qu'il est réputé être le choix implicite des parties ⁽⁹⁾ soit parce qu'il est le droit applicable à la procédure ⁽¹⁰⁾.

⁶ *High Court*, 4 févr. 2004, *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd*, 2004, EWHC 121, § 45 (Comm).

⁷ Trib. féd., 19 août 2008, n° 4A_128/2008, spéc. § 4.1.1 ; Comp. la sentence E v Z, ICA Z and Sté M, 15 sept. 1989, Bull. ASA 1990/3, p. 270, considérant la question de l'extension de la convention d'arbitrage comme distincte de celle de sa validité et recherchant la loi entretenant les liens les plus étroits, appliquant ainsi l'article 187 de la LDIP.

⁸ *Court of Appeals* (2e circuit), 14 avr. 2005, *Sarhank Group v. Oracle Corp.*, 404 F.3d 657.

⁹ Sent. CCI, n° 10758 (2000), JDI 2001, p. 1171.

¹⁰ Sent. CCI n° 5730 (1988), JDI 1990, p. 1029.

C'est dire combien la méthode conflictualiste est ici porteuse de solutions contradictoires. C'est la raison pour laquelle la voie de la règle matérielle lui est de plus en plus souvent préférée par les arbitres. La décision fondatrice en la matière est bien connue. Il s'agit de la sentence *Dow Chemical* ⁽¹¹⁾. Pour décider de l'extension ou non de la convention d'arbitrage à un tiers, le tribunal a affirmé, considérant la loi choisie par les parties dans le contrat de fond, que « si cette loi et ces règles de droit peuvent, dans certains cas concerner aussi bien le fond du litige que la clause compromissoire, il est parfaitement possible que dans d'autres cas, celle-ci soit régie, en raison de son autonomie – qui concerne non seulement sa validité, mais aussi sa portée et ses effets – par des sources de droit qui lui sont propres, distinctes de celles qui gouvernent le fond du litige ». La sentence inaugurerait une longue liste de décisions retenant la même approche ⁽¹²⁾. Encore tout récemment, un tribunal arbitral siégeant en Suisse a retenu que, « compte tenu du caractère international marqué du présent litige opposant une société française à une société luxembourgeoise et à une société de l'Île de Man, relativement à des opérations de gestion d'un réseau international d'intermédiaires, le Tribunal n'appréciera pas en premier lieu la portée de la clause arbitrale sur base des règles d'un droit national, mais en fonction de celles qui lui paraîtront les plus appropriées compte tenu des circonstances de l'espèce, ainsi que des usages conformes aux besoins du commerce international » ⁽¹³⁾.

Quant contenu même de cette règle matérielle, il varie en réalité d'un tribunal arbitral à l'autre. À une extrémité du spectre, certaines sentences ont pu fonder l'extension sur le seul critère de l'existence d'un groupe de sociétés ⁽¹⁴⁾, à l'opposé, d'autres décisions ont restreint l'extension au seul cas de la fraude ⁽¹⁵⁾. Souvent, c'est une approche médiane qui est privilégiée, en vertu de laquelle l'extension de la convention d'arbitrage au sein de sociétés du même groupe se justifie lorsque peut

¹¹ Sent. CCI n° 4131 (1982), Rev. arb. 1984, p. 137 ; JDI 1983, p. 899, obs. Y. Derains.

¹² V. not. Sent. CCI, n° 5103 (1988), JDI 1988, p. 1212, obs. Y. Derains ; Sent. CCI n° 5721 (1990), S. Jarvin, Y. Derains et J.-J. Arnaldez ; Rec. Sent. Arb. CCI 1986-1990, p. 400 ; Sent. CCI n° 8385 (1995), JDI 1997, p. 1068, obs. Y. Derain ; S. Jarvin, Y. Derains et J.-J. Arnaldez, préc., p. 474 ; Sent. CCI n° 6610, J.-J. Arnaldez, Y. Derains, D. Hascher, préc., 1991-1995, p. 277 (1997) ; Sent. CCI n° 7604 et 7610 (1995 et 1996), JDI 1998, p. 1027, obs. D. Hascher, et p. 1053, obs. J.-J. Arnaldez ; Sent. CCI n° 10758 (2000), JDI 2001, p. 1171, obs. J.-J. Arnaldez ; Sent. CCI 14753 (2008), JDI 2011, chron. 11, p. 1257.

¹³ Sentence CCI n° ICC-FA-2020-245.

¹⁴ Sent. CCI n° 2375 (1975), S. Jarvin, Y. Derains, préc., 1974-1985, p. 257.

¹⁵ Sent. CCI n° 5721, préc. ; Sent. CCI n° 6610, préc.

être caractérisée la volonté expresse ou implicite d'étendre la portée de la clause à d'autres membres du groupe que la société signataire ⁽¹⁶⁾. C'est d'ailleurs celle retenue par la sentence suisse précitée ⁽¹⁷⁾.

Outre les questions d'existence et d'efficacité initiale de la convention d'arbitrage, ce sont celles relatives à une éventuelle renonciation d'une des parties à s'en prévaloir qui posent les mêmes difficultés de détermination du droit applicable. Là encore, la règle matérielle gagne du terrain.

Une conquête plus nouvelle : la règle matérielle relative à la renonciation à une convention d'arbitrage. La principale question est celle du droit applicable à l'appréciation d'une renonciation implicite à l'arbitrage. Elle se pose principalement lorsque le demandeur à l'arbitrage a déjà conduit une ou plusieurs procédures parallèles devant des juridictions étatiques « étrangères », c'est-à-dire d'un État différent de celui du siège.

Une telle difficulté a été résolue par un certain nombre de décisions considérant le droit de l'État des procédures parallèles, non pas comme le droit gouvernant les critères de la renonciation, mais comme le droit devant être pris en considération pour déterminer la nature exacte des procédures conduites à l'étranger et en déduire, sous le jour du droit français, si les critères de la renonciation étaient remplis. Ainsi, la cour de d'appel de Paris dans l'important arrêt *Uzinexportimport* du 7 juillet 1994 a approuvé le tribunal arbitral qui, confronté à une question de renonciation implicite à l'arbitrage en raison de procédures conduites devant les tribunaux pakistanais, avait appliqué les critères français de la renonciation en prenant simplement en compte le droit procédural pakistanais afin de déterminer si les demandes formées impliquaient un examen au fond du litige ⁽¹⁸⁾. C'est un

¹⁶ V. Sent. CCI n° 1134 (1975), S. Jarvins et Y. Derains, préc., 1974-1985, p. 263 ; Sent. CCI n° 4131 (1982), préc. ; Sent. CCI n° 7155 (1993), J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, préc., 1996-2000, p. 451 ; Sent. CCI n° 8910 (1998), J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, préc., 1996-2000, p. 569-579 ; Sent. CCI n° 10982 (2001), J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, préc., 2001-2007, p. 677.

¹⁷ V. Sentence CCI n° ICC-FA-2020-245.

¹⁸ CA Paris, 7 juill. 1994, *Uzinexportimport*, Rev. arb. 1995, p. 107, note S. Jarvin : il ne pouvait être reproché au tribunal arbitral d'avoir exploité le droit pakistanais dans la sentence, puisqu'il n'avait fait que rechercher « les dispositions pakistanaises qui devaient être prises en considération pour l'appréciation de la nature et des effets des procédures judiciaires engagées » ; *adde*, N. Boucaron-Nardetto, Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, préf. J.-B. Racine, PUAM, 2012, n° 206 et s.

raisonnement identique qu'a tenu la Cour de cassation dans l'arrêt *Commisimpex* (19), lequel approuve les juges du fond d'avoir rejeté le recours en annulation d'une sentence ayant apprécié l'existence d'une renonciation à un arbitrage en raison d'une procédure conduite devant les juridictions congolaises, dans la mesure où « ce juge étatique, saisi par requête, ne pouvait ordonner selon la loi congolaise que des mesures conservatoires et d'instruction ».

C'est dans ce courant que s'inscrit une sentence CCI récente (20), qui concernait un arbitrage dont le siège était en France alors même que l'une des parties avait d'ores et déjà conduit plusieurs procédures aux États-Unis. Fallait-il alors appliquer les règles américaines relative au *waiver* pour décider de la renonciation à l'arbitrage français par la partie qui en avait pris l'initiative, ou bien devait-on s'en tenir au droit français ?

Le tribunal arbitral répond en affirmant que « les règles (du pays tiers) relatives au *waiver* sont pas pertinentes (notamment l'existence d'un préjudice pour la partie qui se voit opposer la clause compromissoire). Pas davantage, n'est-il nécessaire de rechercher la qualification étrangère de la demande ou de la défense. Qu'il s'agisse d'un *affirmative relief* ou non n'importe guère car, indépendamment de toute qualification (du pays tiers), il suffit de savoir il y a examen au fond du litige », puis en recherchant la nature des procédures du pays tiers engagées au regard des pouvoirs accordés au juge par le droit du pays tiers et des demandes qui y sont formulées par les parties.

De cette sentence conjuguée aux décisions précitées résulte une double instruction donnée aux arbitres confrontés à une telle question. D'une part, ils ne sauraient recourir aux critères de la renonciation à l'arbitrage posés par les droits des États où ont été conduites les procédures étatiques supposées manifester la renonciation de la demanderesse à l'arbitrage. D'autre part, et symétriquement, les arbitres ne sauraient non plus complètement ignorer ces droits étrangers – en appréciant notamment si une procédure étrangère suppose un examen au fond ou encore si elle est simplement conservatoire selon les conceptions françaises de ces notions –

¹⁹ Cass. 1re civ., 29 janv. 2014, n° 12-26.597, Rev. arb. 2014, p. 227.

²⁰ Sentence ICC-PA-2020-246, JDI 2020, chron. n°2, comm. H. Barbier et A. Fessas.

puisque c'est bien à leur lumière qu'il doit apprécier la nature des procédures qui y ont été conduites.

Quant, enfin, aux critères français de la renonciation tacite à l'arbitrage issue du comportement procédural d'une partie, ils sont identifiés de longue date. La demande au fond introduite devant le juge étatique caractérise la renonciation à l'arbitrage du demandeur ⁽²¹⁾, tout comme la défense au fond d'une partie sans contestation de la compétence du juge étatique établit une telle renonciation de la part du défendeur ⁽²²⁾. Par ailleurs, la nature simplement conservatoire de la mesure recherchée par le demandeur devant un tribunal étatique exclut toute renonciation de sa part à la convention d'arbitrage ⁽²³⁾.

Cette manière de résoudre le problème du droit applicable pourrait, à première vue, faire penser à la méthode conflictualiste. En effet, les différentes décisions citées sont relatives à un arbitrage trouvant son siège en France, si bien que la solution pourrait s'expliquer par l'emploi implicite de la règle de conflit désignant la loi du lieu de la procédure pour apprécier la renonciation ou non d'une partie à l'arbitrage. Mais n'est-ce pas plus radicalement une règle matérielle que pose la jurisprudence ? Pour le savoir, il suffit de se demander si la solution différerait lorsque l'arbitrage a lieu à l'étranger et que la décision d'*exequatur* en France est contestée sur le motif de la renonciation à l'arbitrage du demandeur. Le juge français ne serait-il pas porté à apprécier la renonciation à l'aune des critères que l'on vient d'évoquer, plutôt que d'appliquer le droit local du siège de la sentence ? En ce sens, l'on peut faire valoir qu'aucune des décisions citées n'insiste sur le siège français de l'arbitrage en cause. Il arrive même que ce point ne soit pas mentionné dans la décision, comme ce fut le cas dans l'affaire *Commisimpex* précitée, si bien qu'on peut être conduit à voir là le signe de la règle matérielle.

²¹ CA Paris, 7 juill. 1994, *Uzinexportimport*, préc.

²² Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1975, Rev. arb. 1976, p. 189, note É. Loquin ; CA Paris, 7 juin 1984 : Rev. arb. 1984, p. 504, note E. Mezger ; Cass. 1^{re} civ., 20 avr. 2017, Rev. arb. 2017, p. 763 ; D. 2017, p. 2562, obs. T. Clay ; RDC 2017, p. 441, obs. R. Libchaber ; Procédures 2017, comm. 163, note L. Weiller ; JCP G 2017, 694, note D. Mouralis ; *adde* Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage international, n° 736.

²³ CPC, art. 1449, al. 1.

Au demeurant, il nous semble, pour notre part, cohérent d'appliquer la méthode matérielle non seulement à l'existence et à l'applicabilité initiales de la sentence qu'à son éventuelle désactivation par la renonciation d'une partie à l'arbitrage.

« Plus largement, dès lors que l'on admet que l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage sont couvertes par la méthode matérielle, il n'y a pas de raison d'exclure de son champ les vicissitudes que rencontre la convention d'arbitrage : renonciation, résolution par accord des parties, éventuelle modification, circulation, etc ».

Reste maintenant à voir quel est le droit applicable aux effets de la convention d'arbitrage, une fois celle-ci considérée comme efficace et valablement mis en œuvre. Là encore, soit l'on recourt à la règle conflictualiste (en privilégiant par exemple la loi du siège de l'arbitrage ou bien en appliquant la loi du fond), soit l'on se tourne à nouveau vers une règle matérielle.

Une conquête à venir ? La règle matérielle relative au régime de l'*anti-suit injunction* prononcée par un arbitre. La question se pose avec une particulière acuité pour l'un des effets de la convention d'arbitrage qu'est l'effet négatif attaché au principe compétence-compétence ⁽²⁴⁾. C'est sur cette pierre fondatrice de l'arbitrage moderne qu'est fondé le pouvoir de l'arbitre de prononcer des *anti-suit injunctions* à la partie à l'arbitrage qui aurait engagé ou s'apprêterait à engager des procédures parallèles irrespectueuses de la compétence du tribunal arbitral conférée par la convention d'arbitrage.

Lorsqu'il s'agit d'établir les critères à partir desquels un arbitre doit décider d'accorder ou non la demande d'une telle injonction, se pose la question de savoir quel est le droit applicable au régime de l'*anti-suit injunction*.

Si l'on voit l'*anti-suit injunction* comme une forme de mesure provisoire, on recourt naturellement aux règles gouvernant le droit applicable en la matière. C'est

²⁴ Car c'est bien là l'un des effets de la convention d'arbitrage : V. E. Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators, in International Arbitration 2006 : Back to Basics : ICCA International Arbitration Congress, Kluwer Law International, 2006, p. 235, spéc. p. 238 ; Adde Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, préc., n° 668).*

notamment l'approche d'un auteur qui, pour déterminer le pouvoir de l'arbitre d'ordonner une *anti-suit injunction*, affirme que « *in our opinion, the question of whether or not an arbitral tribunal has the authority to grant interim relief must be determined under the lex arbitri. What types of interim measures may be ordered in a specific case is a different question, which is governed either by the relevant procedural rules or by the lex causae, depending on whether interim measures are considered to be a matter of procedural law or to be substantive in nature. In any event, arbitrators only have a limited number of options : they may give orders to the parties, but not to third parties, and they cannot order certain types of measures, such as those related to specific performance. Moreover, the measures ordered must remain within the framework of the applicable substantive law* » ⁽²⁵⁾.

En revanche, si l'on analyse l'*anti-suit injunction* comme une sanction de l'inexécution de la convention d'arbitrage consistant en son exécution forcée, les choses semblent bien différentes. Cette injonction, qu'elle soit prononcée à titre provisoire ou définitif, s'éloigne de la question du droit applicable à la procédure arbitrale, où la loi du siège prédomine souvent, pour se rapprocher de celle du droit applicable à la convention d'arbitrage. Chacun sait en effet qu'en droit international privé, le droit applicable aux sanctions de l'inexécution du contrat est le droit applicable au contrat lui-même, comme l'illustre notamment le règlement Rome I ⁽²⁶⁾. C'est donc le droit applicable à la convention d'arbitrage qui devrait gouverner non seulement l'existence du pouvoir de l'arbitre de prononcer une telle injonction mais encore les conditions requises pour son prononcé (nécessité ou non d'une fraude ou d'un comportement procédurale abusif, dommage imminent, etc.).

Le contenu de cette règle matérielle reste à dégager avec davantage de netteté mais ses contours peuvent déjà être, pour partie, discernés.

²⁵ L. Lévy, *Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*, in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, Juris Publishing, 2005, p. 121 ; plus généralement, sur la dissociation entre la loi applicable à l'existence même du pouvoir de l'arbitre de prononcer des mesures provisoires et la loi qui détermine les conditions d'obtention de ces mesures : V. Boog, *The Laws Governing Interim Measures in International Arbitration*, in F. Ferrari & S. Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration* 409, 424 (2010) ; G. Born, préc., p. 2463, et les sentences arbitrales citées.

²⁶ PE et Cons. UE, régl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 12, c : JOUE n° L 177, 4 juill. 2008, p. 6.

Premièrement, cette règle matérielle pose le principe selon lequel l'arbitre a le pouvoir de prononcer une *anti-suit injunction*, provisoire ou définitive, peu important les lois nationales gravitant autour du litige qui lui dénierait un tel pouvoir. L'existence même du pouvoir de l'arbitre est ainsi garantie par la règle matérielle.

Deuxièmement, quant aux modalités d'exercice de ce pouvoir, l'injonction peut être accordée au regard d'un certain nombre de critères, qui, eux, restent encore à définir. Sur ce point en tout cas, il ne nous semble pas qu'il faille forger des critères distincts pour l'injonction provisoire et pour l'injonction définitive. Comme on l'a vu, c'est surtout le stade d'avancement de la procédure arbitrale et les difficultés qu'elle laisse augurer qui orientent la demande vers une mesure provisoire ou définitive, sans que les conditions d'octroi doivent en être affectées. Ce sont donc les indices en général utilisés par les sentences et décisions prononçant ces injonctions qui doivent être réunis en faisceau. À cet égard, l'existence d'une procédure parallèle abusive, oppressive ou vexatoire, souvent exigée pour que l'injonction soit prononcée⁽²⁷⁾, ne nous semble pas nécessaire, dès lors que d'autres éléments sont réunis, comme le caractère adapté de la mesure, voire sa nécessité pour le demandeur, l'urgence ou encore le dommage irréparable qui se profile⁽²⁸⁾, et enfin l'absence de raison de ne pas l'accorder⁽²⁹⁾. En outre, lorsque, comme dans la plupart des cas, la procédure parallèle est déjà engagée, doivent être pris en compte le stade d'avancement de l'éventuelle procédure parallèle combiné au temps raisonnable ou non pris par le demandeur de l'injonction pour réagir à cette procédure parallèle⁽³⁰⁾.

En particulier, lorsque la procédure parallèle est simplement redoutée sans être encore introduite, il faut évaluer le caractère sérieux de cette menace, à l'aune principalement du comportement procédural d'ensemble du défendeur. Dans une

²⁷ F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2e éd. 2007, p. 919 ; L. Usunier, La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, préf. H. Muir-Watt, *Economica*, 2008, n° 524 et s. ; C. Debourg, Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international, préf. F.-X. Train, LGDJ, 2012, n° 611.

²⁸ V. en ce sens : E. Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, préc., p. 265.

²⁹ V. sur ce dernier critère : I. Golcuklu, *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*, JurisNet, 2020, p. 31 et s.

³⁰ V. sur l'importance de ce point pour des injonctions prononcées par le juge étatique pour protéger les arbitrages au siège londonien common law : K. Davies, V. Kirsey, *Anti-Suit Injunctions in Support of London Seated Arbitrations Post-Brexit : Are All Things New Just Well-Forgotten Past*, *Journ. Int. Arb.* 2016, p. 501, spéc. p. 513

sentence récemment rendue sous l'égide de la CCI, c'est ainsi l'absence d'une menace sérieuse de reprise des procédures parallèles d'ores et déjà closes, conjugué à un comportement procédural relativement coopératif du défendeur (qui avait accepté l'acte de mission puis participé à l'arbitrage) qui a conduit le tribunal arbitral à refuser de prononcer l'injonction demandée ⁽³¹⁾.

Pour terminer ce tour d'horizon du constant essor de la règle matérielle, on s'évadera des questions de droit applicable ayant trait à la convention d'arbitrage pour aller vers le fond du litige.

D'autres conquêtes à venir ? Les règles matérielles relatives à la charge et au standard de preuve. C'est en particulier le droit applicable à la preuve dans un arbitrage international qui ne cesse de faire difficulté ⁽³²⁾.

Quant à la charge de la preuve, la jurisprudence choisit en général de s'en remettre au droit gouvernant le fond du litige en raison du lien étroit que la question de la charge de la preuve entretient avec lui ⁽³³⁾.

La question se pose également de manière plus originale quant au standard de preuve. Celui-ci est en effet davantage lié au pouvoir du juge que ne l'est la charge de la preuve, dans la mesure où un tel standard s'adresse au juge ou à l'arbitre et non aux parties. L'enjeu pratique du choix de la loi applicable est par ailleurs plus grand, non seulement parce que le standard souvent retenu en *common law* qu'est le « *balance of probabilities* », n'existe pas en droit français ni en droit allemand par exemple ⁽³⁴⁾, mais encore parce que la plupart des législations nationales règlent

³¹ Sentence ICC-FA-2020-237, JDI 2020, chron. n°2, comm. H. Barbier et A. Fessas.

³² V. remarquant la rareté des travaux doctrinaux sur cette question : M. Carreteiro, *Burden and Standard of Proof in International Arbitration : Proposed Guidelines for Promoting Predictability*, Revista Brasileira de Arbitragem, 2016/1, p. 82 et s., spéc. p. 83 ; alors que des études empiriques ont pu révéler son caractère déterminant pour l'issue du litige : S.-D. Franck, et a., *Precision and legitimacy in international arbitration : empirical insights from ICCA*, Kluwer Arb. Blog, sept. 10, 2014 ; adde, estimant que deux tiers des affaires en arbitrage reposent sur un débat purement factuel : N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on international arbitration*, Oxford, 6e éd., 2015, p. 375.

³³ V. pour de nombreux exemples : A. Reiner, *Burden and General Standards of Proof*, in A. Redfern et a., *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration*, Arb. Int., Vol. 10, n° 3, 1994, p. 317 et s., spéc. p. 331.

³⁴ ce dernier requérant une quasi-certitude du juge : Fr. Ferrand, *Preuve*, Rép. civ. Dalloz, n° 483 ; M.-J. Bond, *The Standard of Proof in International Commercial Arbitration*, Arb. 77, n° 3 (2011) 304 ; S.

d'avance la question de la force probante de tel ou tel acte, ainsi que la loi française le fait pour l'acte authentique ⁽³⁵⁾ ou l'aveu ⁽³⁶⁾.

Le droit anglais rattache également la question à la loi de procédure ⁽³⁷⁾. Le droit américain retient, en revanche, la loi du fond ⁽³⁸⁾. Quant au droit international privé français, il privilégie la loi du for sur la loi du fond ⁽³⁹⁾, tout en ménageant le cas spécifique de la force probante légalement définie dont jouit un acte juridique, cas dans lequel prévaut la loi de la forme de l'acte ⁽⁴⁰⁾. Une telle approche a pu néanmoins être contestée par une partie de la doctrine militant en faveur de la loi du fond ⁽⁴¹⁾.

Cet élan de faveur pour la loi du fond trouve un écho dans l'arbitrage international où celle-ci est promue pour gouverner le standard de preuve ⁽⁴²⁾.

Plusieurs raisons ont pu être avancées pour justifier un tel choix. La première tient à la prévisibilité de la règle appliquée ⁽⁴³⁾. Dans la mesure où la loi du fond est plus souvent choisie que la loi de la procédure, le rattachement à cette loi de la charge et du standard de la preuve permet de donner effet à la prévision la plus fréquente des parties (A. Reiner, *ibid.*). On peut y ajouter une autre justification qui tient à la nature de la règle appliquée. La charge de la preuve, ainsi que le standard de preuve, n'ont

Greeberg, Le standard de preuve en arbitrage international : Rev. arb. 2020, p. 114 et s., spéc. p. 121 ; V. néanmoins les auteurs relativisant, voire, niant les effets pratiques de cette différence : G.-M. von Mehren & C.-T. Salomon, *Submitting Evidence in an International Arbitration : The Common Lawyer's Guide*, Journ. Int. Arb. 20, n° 3 (2003) : 291 ; Reiner, préc., p. 335 ; Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 766

³⁵ C. civ., art. 1371.

³⁶ C. civ., art. 1383-2.

³⁷ V. cette position nettement affirmée dans l'affaire bien connue : *Fiona Trust v. Privalov*, [2010] EWHC 3199 (Comm), § 138), tout comme le droit suisse (V. J.-M. Smith and S. Nadeau-Séguin, *The Illusive Standard of Proof in International Commercial Arbitration*, in A. Jan Van den Berg (ed), *Legitimacy : Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Vol. 18, Kluwer Law International, 2015, p. 14 ; S. Greenberg, préc., p. 127.

³⁸ J. Bond, préc.

³⁹ P. Mayer, V. Heuzé, B. Rémy, *Droit international privé*, Lextenso, 2020, n° 527.

⁴⁰ Cass. civ., 10 janv. 1951 : Rev. crit. DIP 1952, p. 95, note H. Batiffol ; JDI 1951, p. 882, note Goldman ; Cass. 1re civ., 28 juin 2005, Gaz. Pal. 2005, 56, et chron. Th. Groud.

⁴¹ H. Groud, *La preuve en droit international privé français*, PUAM, 2000 ; E. Fongaro, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, préf. B. Beignier et J. Foyer, LGDJ, 2004.

⁴² A. Reiner, *Burden and General Standards of Proof*, préc., spéc. p. 331 et s. ; J. Bond, *The Standard of Proof in International Commercial Arbitration*, préc. V. récemment : Sentence ICC-FA-2020-239, JDI 2020, chron. n°2, comm. H. Barbier et A. Fessas.

⁴³ A. Reiner, préc., p. 332 ; J.-M. Smith and S. Nadeau-Séguin, préc., p. 149 ; S. Greenberg, préc., p. 127 et s.

pas de liens directs avec l'administration de la preuve (recevabilité des pièces, pouvoirs et devoirs respectifs des parties et de l'arbitre, etc.) et sont tous deux des éléments du risque de la preuve. Les deux règles déterminent sur quelle partie pèse ce risque en cas de preuve insuffisante. Ainsi, l'attribution de la charge de la preuve à une partie implique qu'en cas de preuve non rapportée, elle perde son procès, de même que la fixation du standard de preuve place le seuil de conviction minimum en dessous duquel la partie en charge de la preuve perd son procès. Le risque de la preuve, dans ses deux principales composantes, mériterait d'être traité de manière unitaire par une seule loi applicable (le recours à des règles de droit différentes pour les deux questions ferait perdre en simplicité et cohérence), celle la plus liée au résultat du litige, lequel est tout de même davantage lié au fond du litige qu'à sa procédure.

Cela étant, le rattachement du standard de preuve à la loi du fond produit des effets collatéraux que l'on peut regretter. En raison de la fréquence des clauses d'*electio juris* dans les contrats internationaux, il aboutit mécaniquement à raréfier l'application d'un standard de preuve transnational. Le choix bien plus répandu de la loi du fond que de la loi de la procédure fait perdre d'autant plus souvent à l'arbitre la liberté de déterminer le standard de preuve applicable au litige que lui reconnaissent des textes fondateurs tels notamment l'article 19, 2 de la loi-modèle de la CNUDCI ⁽⁴⁴⁾. Or, une telle liberté conduit en général l'arbitre à se tourner vers le standard du *balance of probabilities*, qui a tendance à devenir le standard de preuve dominant dans l'arbitrage international ⁽⁴⁵⁾ et à délaisser un droit national qui aurait pour spécificité de retenir un standard de preuve trop élevé au regard des difficultés d'établir certaines preuves dans le commerce international.

La remarque vaut également pour l'attribution de la charge de la preuve, pour laquelle l'arbitre a naturellement tendance à appliquer les règles transnationales évoquées, comme le principe *actor incumbit probatio*. Il est dommage que le choix

⁴⁴ reconnaissant à l'arbitre la liberté « de juger de [...] la pertinence et de l'importance de toute preuve produite »

⁴⁵ A. Redfern, *The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence – An English Perspective*, n A. Redfern et a., *he Standards and Burden of Proof in International Arbitration : Arb. Int.*, Vol. 10, n° 3, 1994, spéc. p. 321 et s. ; D. Caron, L. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules : A Commentary* 561 (2d ed. 2013) ; G. Born, *International commercial arbitration*, préc., p. 2314.

par les parties de la loi gouvernant le fond du litige contraigne l'arbitre à appliquer cette loi qui, sur le terrain probatoire, peut comporter des exceptions inattendues audit principe pour des raisons purement internes tenant au souci de protection de telle ou telle partie à un contrat ou à la spécificité de son système procédural (car l'attribution du fardeau de la preuve ne peut réellement être déconnectée de l'administration de la preuve retenue dans un ordre juridique national).

« Ces deux risques attachés aux singularités d'un droit local – un standard de preuve trop élevé pour le commerce international et une charge de la preuve également inadaptée pour la procédure arbitrale internationale car issue d'un droit local à l'équilibre procédural et substantiel propre – conduisent, selon nous, à militer en faveur de l'essor d'une règle matérielle en la matière ».

Celle-ci peut permettre à l'arbitre de ne pas se tourner vers la règle de conflit pour trancher ces questions mais de s'en remettre aux règles transnationales déjà assez largement identifiables, comme on vient de le constater, à la fois quant à la charge de la preuve et au standard de preuve. Cette règle matérielle est d'ailleurs déjà latente en pratique, comme le démontrent les nombreuses sentences qui font l'impasse sur la question de loi applicable à la preuve pour directement en venir à l'attribution de la charge de la preuve et à l'affirmation d'un standard de preuve. Au fond, le constat souvent dressé du relatif désintérêt des arbitres pour la question du droit applicable à la preuve n'est pas forcément un appel lancé à la doctrine pour insuffler des règles conflictualistes là où il en manquerait mais, au contraire, pour cristalliser la pratique décisionnelle sous forme de règle matérielle.

LES TRANSFORMATIONS DE L'ARBITRABILITÉ À L'AUNE DES ÉVOLUTIONS DE LA FONCTION DE L'ARBITRAGE

Héloïse MEUR

Docteur en droit

ATER Université Paris-Nanterre

1. Traiter la question de l'arbitrabilité c'est envisager la place que l'État entend laisser à l'arbitrage pour connaître de litiges pouvant intéresser sa sphère de compétence. En effet, s'interroger sur l'arbitrabilité c'est envisager les « *restrictions à l'utilisation de l'arbitrage* [que posent la plupart des droits étatiques], *soit à l'égard de certaines personnes, généralement pour les protéger, soit pour certains types de litiges, le plus souvent pour des considérations d'intérêt général commandant d'en réserver la connaissance au juge étatique* »¹. Ces deux aspects recouvrent les deux critères traditionnellement présentés comme permettant de cerner les contours de l'arbitrabilité à savoir celui de l'ordre public et celui de la libre disponibilité des droits. **La notion d'arbitrabilité pose donc plus largement la question de la validité de la convention d'arbitrage, soit que l'une des parties ne puisse avoir recours à l'arbitrage en raison de sa qualité ou de sa mission (arbitrabilité subjective) soit que les droits sur lesquels porte tout ou partie du litige ne puissent être soumis à des arbitres (arbitrabilité objective)**². Ces causes d'inarbitrabilité pourront ainsi varier d'un État à l'autre, justifiant que la présente étude se limite au droit français de l'arbitrage international et à sa conception de l'arbitrabilité pour évoquer ses transformations.

2. Les deux critères sus-évoqués sont repris par les articles 2060 et 2061 dans son ancienne version issue de la loi NRE³. Conformément au premier de ces textes, « *on*

¹ C. Seraglini, J.-Cl. Droit international, V° Synthèse - Arbitrage international : convention arbitrale, § 22. V. plus largement sur les problématiques soulevées par la question de ce que recouvre l'arbitrabilité, C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, §§ 636 et s.

² *Ibid.*

³ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001, texte n° 2.

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 ». Conformément au second, « [s]ous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Si ces dispositions apparaissent inapplicables à l'arbitrage international⁴, notamment depuis la jurisprudence *Dalico* selon laquelle il résulte d'une règle matérielle internationale que la validité de la clause compromissoire, indépendante juridiquement du contrat principal, doit s'apprécier, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique⁵, la philosophie de la fonction de l'arbitrabilité, consistant à protéger la sphère de compétence de l'État, d'une part, et certains justiciables, d'autre part, contre le recours à cette justice privée y est apparue maintenue. Ainsi envisagée, **l'arbitrabilité pose principalement la question du rapport entre justice étatique et justice arbitrale**, comme en atteste d'ailleurs le domaine dans lequel l'arbitrage s'est développé dans nos sociétés modernes.

3. Le commerce international a constitué la sphère privilégiée du développement de l'arbitrage moderne, tout particulièrement en France⁶. En effet, l'arbitrage est traditionnellement conçu comme une justice privée particulièrement adaptée à la résolution des conflits entre professionnels. Il est d'ailleurs présenté comme le mode habituel de résolution des litiges du commerce international⁷. Dans cette matière, le caractère volontaire de l'arbitrage et la place qu'y occupe le principe d'autonomie de la volonté heurte d'autant moins la souveraineté des États qu'il s'accompagne de la consécration de l'autonomie de la volonté en droit international privé contractuel qui

⁴ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, §§ 650 et s.

⁵ Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, 91-16.828. *JDI*, 1994, p. 432, note E. Gaillard, et p. 690, note É. Loquin ; *RCDIP*, 1994, p. 663, note P. Mayer ; *Rev. arb.*, 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon.

⁶ Pour un aperçu de cette évolution, v. par ex. C. Jallamion, « [La jurisprudence française et l'arbitrage de 1853 à 1958 : de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international](#) », *Rev. Arb.*, 2015, pp. 739-780 et 1037-1101.

⁷ V. par exemple, C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, § 44 et spéc. concernant la problématique des parties faibles, § 660.

permet aux contractants de choisir la loi applicable à leur contrat⁸ ainsi que le for qui sera compétent pour connaître des éventuels différends qui pourraient en découler⁹. Ainsi, « *en matière commerciale, l'arbitrage semble toujours avoir été favorisé par le pouvoir politique et utilisé par les marchands d'une manière remarquablement constante jusqu'à nos jours* » dès lors que, d'une part, il « *accélère le règlement des difficultés, favorisant ainsi la bonne marche du commerce et par-delà la richesse du pays* » et que, d'autre part, « *il ne heurte pas [...] la souveraineté de l'État* »¹⁰. Ce désintérêt de l'État a marqué le développement d'une jurisprudence particulièrement favorable au développement de l'arbitrage international en droit français, confortant par là-même l'idée selon laquelle ce mode de règlement des différends devait essentiellement être réservé au contentieux du commerce international auquel il était particulièrement adapté. **L'histoire conforte ainsi cette idée selon laquelle la question de l'arbitrabilité dépend essentiellement du rapport entre l'arbitrage, qui aurait peut-être même précédé la justice étatique¹¹, et la conception que le pouvoir central se fait de sa propre justice¹².** Il a donc pu avoir historiquement sa place en d'autres matières que commerciale, comme par exemple en matière familiale en France¹³. Ainsi que le synthétise Mme la Professeure Jallamion, « *chaque fois que le pouvoir favorise les modes alternatifs de règlement des différends, il est immédiatement suspecté de vouloir le faire aux dépens des intérêts de sa propre justice. A l'inverse, chaque fois que l'arbitrage et la médiation sont affaiblis par la loi, le pouvoir semble au contraire vouloir restaurer le monopole de la justice d'État* »¹⁴.

⁸ Article 3 du Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOCE, L. 177, 2008, pp. 6–16.

⁹ V. not. article 25 du Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I bis), JOUE, L. 351, 20 déc. 2012, pp. 1-32 ; article 48 du Code de procédure civile.

¹⁰ C. Jallamion, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gaz. Pal.*, 17 janvier 2009, p. 3.

¹¹ V. concernant les doutes sur cette préséance, C. Jallamion, « La jurisprudence française et l'arbitrage de 1853 à 1958 ... », *préc.* V. toutefois relativisant ces critiques essentiellement fondées sur l'absence de concours de la force publique à la mise en œuvre des sentences, conduisant à confondre l'existence de cette forme de justice et son caractère contraignant, Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2001, §§ 3 et s., pp. 3 et s.

¹² C. Jallamion, « Tradition et modernité... », *préc.* et Th. Clay., *ibid.*, § 3, p. 3.

¹³ C. Jallamion, *ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

4. Cette vision paraît aujourd'hui dépassée dès lors que les mouvements d'extension de l'arbitrabilité des litiges correspondent à un contrôle corrélatif accru des pouvoirs étatiques sur ce mode alternatif de règlement des différends et les garanties qu'il offre aux justiciables¹⁵. **À un rapport conçu en termes d'opposition se substitue un rapport de complémentarité.** Marquant un premier mouvement en faveur d'une plus grande arbitrabilité des litiges, le juge français avait ainsi rejoint la position, qui se développait en droit comparé, selon laquelle l'arbitre pouvait appliquer des législations d'ordre public international, sous réserve de son contrôle ultérieur¹⁶. Les nouveaux enjeux de la justice conduisent aujourd'hui à aller plus loin dans cette vision de l'arbitrage comme complément de la justice étatique. Qu'il s'agisse de l'internationalisation constante du contentieux ou encore du développement des litiges de masse, l'accès à la justice ne se conçoit plus de manière institutionnelle mais également de manière fonctionnelle¹⁷. Désormais, la justice hors le juge « *participe du système de justice* » et contribue à définir un nouveau modèle de « *justice plurielle* » répondant à la demande sociale de justice¹⁸ mais encore à la volonté des États d'assurer l'efficacité des législations qu'ils adoptent¹⁹. L'arbitrage, historiquement associé à l'équité²⁰, se renouvelle dans ce cadre conduisant à dépasser l'idée selon laquelle la justice hors le juge serait nécessairement une justice hors le droit²¹.

« Ainsi, l'arbitrabilité n'interroge plus seulement le rapport entre l'État et l'arbitrage, qui s'est finalement largement judiciaire, mais également celui entre le citoyen et son sentiment de justice²². »

¹⁵ Cet aspect pose sans doute la question de la dénaturation de l'arbitrage maintes fois dénoncée par la doctrine, v. pour un aperçu de ces interrogations, I. Beyneix et L.-C ; Lemmet, « L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ? », *RTD Com.*, 2012, p. 225

¹⁶ V. *infra*.

¹⁷ L. Cadiet, « L'accès à la justice (Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice) », *D.*, 2017, p. 522, spéc. § 17.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ C'est notamment le cas de l'Union européenne, qu'il s'agisse des litiges de concurrence ou de consommation, v. développements *infra*.

²⁰ C. Jallamion, « Une histoire des relations entre arbitrage et équité », in Sirks B., Mauts Y. (dir.), *Actes du colloque Aequitas, Equité, Aequity*, 2015, pp. 185-202. Parallèlement, le juge a été autorisé à statuer en amiable compositeur (art. 12 al 4 CPC).

²¹ V. M. Mekki qui évoque même une régression de l'Etat de droit, notamment à propos de la révision de l'article 2061 du code civil, in « Le citoyen au cœur du service public de la justice : info ou intox ? », *Gaz. Pal.*, 6 décembre 2016, p. 3.

²² L. Cadiet, « L'accès à la justice... », *préc.*

Cette évolution, rendue possible par l'amenuisement des différences entre justices institutionnelle et arbitrale et par des initiatives supra étatiques ou même privées, se traduit par un déplacement du débat de l'arbitrabilité, c'est-à-dire, de la validité de la convention d'arbitrage vers celui du consentement à l'arbitrage, marquant le début d'un nouveau mouvement d'extension du domaine de l'arbitrabilité.

5. C'est de ce double mouvement, ayant touché chacun des critères d'arbitrabilité, qu'entend rendre compte la présente étude en reprenant tout d'abord la première extension, marquée par la promesse du contrôle par le juge étatique du respect par l'arbitre de l'ordre public international et des règles internationalement impératives, permettant un premier élargissement de l'arbitrabilité **(I.)** avant d'envisager, ensuite, l'amorce d'un second mouvement de réduction du champ de l'inarbitrabilité en matière d'indisponibilité des droits, où le mécanisme paraît désormais remplacé par une appréciation du consentement à l'arbitrage depuis qu'il se conçoit comme une véritable offre de justice **(II.)** le rapprochant encore un peu plus de la justice institutionnelle²³.

I. Le contrôle du respect de l'ordre public international par l'arbitre source d'un premier élargissement de l'arbitrabilité

6. Ces deux critères traditionnels de l'arbitrabilité, ordre public et indisponibilité des droits, marquent la volonté d'un ordre juridique de protéger la sphère de compétence de l'État, qu'il s'agisse de matières touchant à sa souveraineté ou de matière pour lesquelles il considère la protection de certains individus comme étant nécessaire. Si la limite de l'ordre public a progressivement cédé au fur et à mesure du contrôle de son respect par les arbitres **(A.)**, celle de la libre disponibilité des droits a perduré, y compris en matière internationale, essentiellement en raison du caractère inadapté de l'arbitrage pour les parties faibles **(B.)**.

²³ I. Beyneix et L.-C ; Lemmet, « L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ? », RTD Com. 2012 p.225.

A. La limitation progressive du critère d'inarbitrabilité de l'ordre public

7. Progressivement, la jurisprudence a admis que l'applicabilité au fond du litige de dispositions impératives ou d'ordre public ne saurait rendre le litige inarbitrable²⁴. Dans cette hypothèse, l'arbitre a tout pouvoir pour mettre en œuvre les règles relevant de l'ordre public international éventuellement applicables au litige qui lui est soumis, sous réserve du contrôle du juge de l'annulation²⁵. Ainsi, « *hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière – en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage – l'arbitre international, dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international* »²⁶. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international constitue la voie privilégiée du contrôle du respect des lois de police²⁷. **C'est donc matière par matière que le juge de l'annulation mesurera si le litige en cause peut ou non être soustrait à la compétence des tribunaux de son ordre juridique au profit des arbitres.** Il s'agit d'interdire à l'arbitre de connaître des matières qui relèvent des pouvoirs de police de l'État, comme par exemple une demande de rectification d'un acte d'état civil ou encore d'une demande de divorce²⁸, correspondant en réalité à l'énumération de l'article 2059 du code civil, qui serait transposable dans l'ordre international en pratique²⁹.

8. L'arbitrage interne s'est finalement rapproché de cette manière de raisonner puisque, hors les hypothèses dans lesquelles les deux parties n'étaient pas

²⁴ CA Paris, 20 mars 1991, *Ganz* ; *Rev. arb.*, 1991, p. 478 note L. Idot ; CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal* ; *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson ; *JDI*, 1993, p. 957, note L. Idot ; *RTD com.*, 1993, p. 493, obs. E. Loquin.

²⁵ E. Loquin, « Rupture brutale de relations d'affaires établies, loi de police et validité de la clause d'arbitrage », *RTD com.*, 2015, p. 57.

²⁶ *Rev. arb.*, 1991, p. 478 note L. Idot *préc.*

²⁷ C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèse, 2001, pp. 156-157, §§ 322 et s. ; P. Mayer, « La sentence arbitrale contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.*, 1994, p. 615, §§ 30 à 35.

²⁸ Comme le rappelle le Pr Bellivier, « [l]e repérage des personnes par leur identification revêt [en effet] une fonction de police, au sens d'organisation de la vie dans la cité », in, *Droit des personnes*, LGDJ, 2015, § 47, p. 65.

²⁹ E. Gaillard, J.-Cl. Droit international, V° Fasc. 705 : ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL . – Convention d'arbitrage . – Arbitrabilité, § 39.

professionnelles, la jurisprudence a fini par admettre qu'ils appartenait « à l'arbitre, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation »³⁰, vidant ainsi de son intérêt une partie de l'article 2060 du code civil qui énonce que « l'on ne peut compromettre... plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public »³¹.

9. Ainsi, dès lors que le juge s'assure de l'application par l'arbitre des dispositions impératives applicables au fond ou des principes relevant de l'ordre public international, il est tout à fait possible d'admettre une extension du domaine de l'arbitrabilité des litiges³². À la différence de l'arbitrage interne toutefois, le contrôle du juge de l'annulation apparaît plus limité puisque le juge de l'annulation ne contrôlera que l'application des dispositions ou de principes internationalement impératifs, autrement dit, qui touchent à l'ordre public international ou à l'organisation politique, économique et sociale du pays, au sein desquels on hésite souvent à intégrer les dispositions relevant d'un ordre public de protection, ordre public touchant à la question de la libre disponibilité des droits³³.

B. Les obstacles à l'élargissement de l'arbitrabilité en matière de droits indisponibles

10. Le critère de la libre disponibilité des droits, auquel on recourt encore traditionnellement pour délimiter l'arbitrabilité d'un litige, apparaît lié à l'intervention de l'ordre public de protection et à la volonté de protéger un individu d'un recours insuffisamment réfléchi à l'arbitrage, expliquant que cette inarbitrabilité ne soit que temporaire et cesse à la naissance du différend³⁴.

³⁰ Com. 9 avril 2002, n° 98-16.829, *D.*, 2003, 1117, note L. Degos ; *D.*, 2470, obs. T. Clay ; *RTD com.*, 2003, 62, obs. E. Loquin.

³¹ E. Loquin, « De l'arbitrabilité de l'action en nullité d'une société », *RTD Com.*, 2003, p. 62.

³² *Ibid.*, § 31.

³³ Sur le débat récurrent concernant prise en compte des intérêts publics ou privés et de l'intérêt de le dépasser, v. notre proposition de synthèse in, *Les accords de distribution en droit international privé*, dir. S. Bollée, thèse Paris 1, §§ 330 et s.

³⁴ E. Loquin, J.-Cl. Procédure civile, V° Fasc. 1024 : ARBITRAGE. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fond. Litige arbitral, § 17.

11. On l'a vu, le report du contrôle de l'ordre public au stade du contrôle de la sentence a pu permettre de réduire considérablement le champ de l'inarbitrabilité des litiges. Toutefois, la teneur de ce contrôle peut paraître inadapté aux hypothèses dans lesquelles sont en jeu l'ordre public de protection, et ce pour plusieurs raisons.

12. Tout d'abord, le contrôle des sentences arbitrales est apparu longtemps largement illusoire en raison d'une conception faussée du principe de l'interdiction de la révision au fond des sentences arbitrales³⁵. En effet, le contrôle opéré par le juge français en matière d'arbitrage international s'est progressivement amenuisé, jusqu'à apparaître comme quasiment inexistant avec l'exigence d'une violation de l'ordre public international par la sentence flagrante, effective et concrète pour justifier un refus d'*exequatur*³⁶. De l'avis de nombreux auteurs, la recherche du caractère flagrant de cette violation a pour fâcheuse conséquence de désactiver purement et simplement le filtre de l'ordre public international, pourtant posé par l'article 1520 du Code de procédure civile³⁷, en le limitant « *aux seules apparences de conformité, ou aux seules évidences de contrariété, de la sentence à l'ordre public international* »³⁸. Ce contrôle amoindri paraît toutefois en passe d'être abandonné par la jurisprudence. La Cour d'appel de Paris a récemment rappelé que « *l'ordre public international au regard duquel s'effectue le contrôle du juge de l'annulation s'entend de la conception qu'en a l'ordre juridique français, c'est-à-dire des valeurs et des principes dont celui-ci ne saurait souffrir la méconnaissance même dans un contexte international* »³⁹. Ainsi, les lois de police, tant françaises qu'étrangères, peuvent trouver leur place au sein de cet ordre public dès lors qu'elles s'insèrent dans cette

³⁵ C. Seraglini, J. Ortscheidt, *op.cit.*, pp. 892-893, §892. Egal. S. Bollée, « Le principe de non révision au fond dans le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public », *Rev. arb.* 2007, p. 97.

³⁶ Civ. 1^{ère}, 4 juin 2008, n°06-15.320 ; *D.*, 2008, p. 1684, obs. X. Delpéch ; *D.*, 2008, p. 2560, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.*, 2008, p. 3111, obs. Th. Clay ; *RTD com.*, 2008, p. 518, obs. E. Loquin ; *RTD eur.*, 2009, p. 473, chron. L. Idot ; *JCP G.*, 2008, p. 164, obs. C. Seraglini. ; *LPA*, 2008, n° 199, note P. Duprey ; *Rev. arb.*, 2008, p. 473, note I. Fadlallah ; *Gaz. Pal.*, 20-21 févr. 2009, note F.-X. Train ; *RLC*, 2008. 16/1162, obs. C. Nourissat ; *JCP E.*, 2008, p. 1900 obs. J. Ortscheidt ; *JDI*, 2008, n° 4, comm. 16, note A. Mourre.

³⁷ L.-Ch. Delanoy, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. Arb.* 2007, p. 177 ; Ch. Seraglini, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Cah. Arb.* 2011, p. 198.

³⁸ C. Seraglini, J. Ortscheidt, *op.cit.*, p. 892, §982.

³⁹ CA Paris, 16 janvier 2018, RG n° 15/21703 ; *D.*, 2018, p. 1635, note M. Audit, *D.*, 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke, *D.*, 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.*, 2018, p. 2448, obs. Th. Clay ; *JDI*, 2018, n°3, comm. 12, note S. Bollée ; *JDI*, 2018, n°3, comm. 13, note E. Gaillard ; *Rev. arb.*, 2018, p. 389, note S. Lemaire ; *Gaz. Pal.*, 20 mars 2018, p. 25, obs. D. Bensaude.

définition⁴⁰. Dans l'arrêt *Belokon*⁴¹, c'est bien à une « *inflexion [...] dans l'intensité du contrôle de la violation de l'ordre public international par le juge de l'annulation* » que procède la Cour d'appel de Paris⁴², inflexion réitérée de manière claire à l'occasion d'un arrêt le 16 janvier 2018 rendu en matière de fraude à une législation étrangère relative à l'investissement⁴³. Pour les juges du fond, « *si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu de l'article 1520 du code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ce texte, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question* » (nous soulignons), quand bien même l'argument n'aurait pas été soulevé devant les arbitres⁴⁴. Le retour à un véritable contrôle de l'ordre public international⁴⁵ paraît bien participer de l'idée évoqué en introduction selon laquelle **le développement de l'arbitrage ne saurait marquer un désintéret de la part de l'État pour la mise en œuvre des réglementations qu'il édicte en matière commerciale**, notamment lorsqu'elles sont particulièrement importantes⁴⁶. Il convient toutefois de souligner que ce renforcement du contrôle de l'ordre public international procède chaque fois dans l'hypothèse particulière d'affaires de corruption, blanchiment ou plus récemment, de fraude à la loi dans l'affaire *MK Group*. En définitive, cette solution pourrait avoir « *naturellement vocation à*

⁴⁰ C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale, op.cit.*, pp. 156-157, §§ 322 et s.

⁴¹ CA Paris, 21 février 2017, RG n°15/01650, *Belokon* ; *D.* 2017. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2017. 2559, obs. T. Clay, *Rev. arb.* 2017. 915, note M. Audit et S. Bollée ; *JCP* 2017.1327 chron. J. Ortscheidt et Ch. Seraglini ; *RTD com.* 2019. 42 obs. E. Loquin ; *RDC* 2017.304, obs. X. Boucobza et Y.-M. Serinet ; *JDI* 2017, comm. 20, note E. Gaillard ; *Gaz. Pal.* 18 juill. 2017, p. 32, obs. D. Bensaude ; *Global Arbitration Review*, 23 févr. 2017, obs. L. Young ; amorçant déjà cette solution CA Paris, 4 mars 2014, RG n° 12/17681 ; *Rev. Arb.* 2014.502 ; *D.* 2014. 1967 obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2014.2541 obs. Th. Clay ; et l'arrêt de rejet Civ 1^{ère}, 24 juin 2015, n°14-18.706, *Rev. arb.* 2016. 219, note L-C. Delanoy ; égal. CA Paris, 27 sept. 2016, RG n° 15/12614 ; *DMF* 2017.442 note O. Cachard ; puis Civ 1^{ère}, 13 sept. 2017, n° 16-25667 ; *Rev. arb.* 2017.805 note E. Gaillard ; O. Cachard, « Arbitrage et soupçons de blanchiment de revenus issus d'activités illicites », in *Mélanges Jean-Michel Jacquet*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 53 s ; O. Cachard, *Droit du commerce international*, LGDJ, 2018, § 1293.

⁴² Th. Clay, note sous CA Paris, 21 février 2017, RG n°15/01650, in Pan. Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, *D.*, 2017, p. 2559.

⁴³ CA Paris, 16 janvier 2018, RG n° 15/21703, *préc.*

⁴⁴ CA Paris, 17 novembre 2020, RG n° 18/02568, *D.*, 2020. 2484, obs. T. Clay ; *Dalloz actualité*, 24 décembre 2020, J. Jourdan-Marques.

⁴⁵ V. pour une rétrospective récente, C. Seraglini, « Le contrôle par le juge de l'absence de contrariété de la sentence à l'ordre public international : le passé, le présent, le futur », *Rev. Arb.*, 2020, n° 2, p. 347.

⁴⁶ Or de plus en plus de législations mettent en place des sanctions particulièrement fortes, même en matière commerciale. V. par exemple le droit des pratiques restrictive de concurrence du Code de commerce.

s'appliquer à toutes les infractions pénales et notamment aux cas de corruption »⁴⁷ mais pourrait y être limitée selon une partie de la doctrine⁴⁸. Cela pourrait d'ailleurs avoir été confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 2017⁴⁹.

13. En outre et en tout état de cause, le contrôle opéré par le juge français se trouve limité à ce qui relève de l'ordre public international ou aux dispositions internationalement impératives. Or, sur ce second point, l'on sait à quel point la question de savoir si la méthode des lois de police, et donc la qualification de règle internationalement impérative doit être utilisée pour y faire entrer des dispositions relevant de l'ordre public de protection, est débattue. La doctrine s'accorde pour considérer qu'il est primordial de n'admettre cette qualification qu'avec une grande circonspection malgré la définition imprécise admise par Franceskakis et reprise par le droit international privé européen. Pour cette raison, « *la doctrine a considéré que le critère proposé par [ce dernier] devait être compris comme une « orientation générale », construite autour de l'idée de protection de l'intérêt collectif, par opposition à la simple satisfaction des intérêts individuels* »⁵⁰. Seule cette distinction serait à même d'établir une véritable limite au recours à la méthode des lois de police. En effet, la consécration de la protection d'intérêts catégoriels par les lois de police contiendrait en germe un risque d'extension démesurée de cette méthode dérogatoire⁵¹. Si la jurisprudence n'est pas en ce sens, il n'en demeure pas moins que la question fait, aujourd'hui encore, l'objet de nombreux débats⁵², tant et si bien que, s'agissant de protéger certaines catégories de contractants, domaine de prédilection de l'ordre public de protection, la méthode des lois de police n'a pas été celle retenue. Pour ces contractants dont il est acquis qu'ils ne négocient pas à armes égales avec leurs cocontractants, la limitation du principe d'autonomie, a été

⁴⁷ T. Clay, note sous CA Paris 21 février 2017 RG n°15/01650, *in* Pan. Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, *D.*, 2017, p. 2559.

⁴⁸ V. émettant des doutes sur l'extension de cette jurisprudence même après l'arrêt *MK Group*, E. Loquin, « Le contrôle renforcé de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge de l'exequatur en cas de corruption et de blanchiment d'argent », *RTD com.*, 2019, p. 42.

⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2017, n° 16-25.657, n° 16-26.445 ; *JCP G.*, 2017, p. 1327, chron. J. Ortscheidt et Ch. Seraglini ; *D.*, 2017, p. 2559, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.*, 2017, p. 900, obs. E. Gaillard ; *Procédures*, 2017, n° 11, comm. 268, note L. Weiller ; *JDI*, 2017, comm. 20, note E. Gaillard ; *JCPE E.*, 2018, p. 1023, note A. Constans et K. Rozycka-Dublanc. V. également, Th. Clay, note sous CA Paris 21 février 2017 RG n°15/01650, *in* Pan. Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, *D.*, 2017, p. 2559.

⁵⁰ E. Pataut, « Du salaire minimal garanti et de la libre prestation de services », *RCDIP*, 2001, p. 495, § 1.

⁵¹ *Ibid.*, p. 495, §2.

⁵² Pour une proposition de synthèse v. *Les accords de distribution ...*, *op. cit.*

jugée plus adéquate afin de leur assurer une protection minimale⁵³. En d'autres termes, s'agissant d'assurer le respect de l'ordre public de protection, il n'est pas certain que le juge de l'annulation dispose des outils adéquats lui permettant d'en contrôler une bonne application par l'arbitre. Ainsi, si la limitation du contrôle à l'ordre public international et aux dispositions internationalement impératives pouvait convenir en matière commerciale où on a longtemps présumé que le postulat d'égalité liberté du principe d'autonomie devait entraîner un contrôle plus réduit, il était plus douteux qu'elle puisse convenir hors de ce champ, notamment lorsque le principe d'autonomie pouvait paraître inadapté. Il en est d'ailleurs résulté **un certain nombre d'hésitations et d'incohérences concernant le recours à l'arbitrage international par les parties faibles qui pouvaient risquer de se voir priver de l'accès à la justice, au sens de réalisation de la protection qu'entendaient leur assurer certains ordres juridiques**. Par exemple, contrairement au travailleur⁵⁴, le consommateur était contraint d'aller à l'arbitrage conformément aux arrêts *Jaguar*⁵⁵ et *Rado*⁵⁶ sans considération de la législation applicable en matière de clauses abusives qui présume pourtant que ces clauses compromissaires créent un

⁵³ V. en général sur la protection des parties faibles contre le principe d'autonomie, F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois*, Bruylant, 1995 ; S. Mohamed Mahmoud, « Principe d'autonomie de la volonté et problématique de la protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, Vol. 315, Nijhoff, 2005 ; P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1998. Par ex. pour les consommateurs : art. 17 du règlement Bruxelles I *bis* permet au consommateur de saisir la juridiction de son domicile tout en limitant les possibilités de déroger à cette règle par une clause attributive de juridiction ; art. 6 du règlement Rome I assure au consommateur l'application des dispositions impératives de sa résidence habituelle, sous réserve que le professionnel exerce son activité dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité. En présence d'un choix de loi le juge saisi devra comparer la loi choisie et la loi normalement applicable et retenir celle étant la plus protectrice de la partie faible. Ces règles de conflit assurent aux parties faibles « *un plancher de protection* » (S. Mohamed Mahmoud, *op. cit.*, p. 179). La logique n'est pas différente en matière de contrat international de travail.

⁵⁴ En matière de contrat de travail international la clause compromissaire est inopposable au salarié, (Soc. 16 févr. 1999, n° 96-40.643 ; Soc. 4 mai 1999, n° 97-41.860, *RCDIP*, 1999, p. 745, 2e esp., note Jault-Seseke ; *Rev. arb.*, 1999, p. 290, note M.-A. Moreau ; Soc. 9 oct. 2001, n° 99-43.288, *Dr. soc.*, 2002, p. 122, note M.-A. Moreau ; *Rev. arb.*, 2002, p. 347, note T. Clay ; *LPA*, 2002, n° 242, p. 19 obs. Jault-Seseke ; Soc. 28 juin 2005, n° 03-45.042, *RCDIP*, 2006, p. 159, note Jault-Seseke ; *D.*, 2005, Pan. 3052, obs. T. Clay ; Soc. 12 avr. 2008, n° 01-44.654, *RDT*, 2008, p. 326, note E. Serverin) et le principe de compétence-compétence n'est pas applicable en matière prud'homale (Soc. 30 nov. 2011, n° 11-12.905).

⁵⁵ Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, n° 95-11.429, *Rev. arb.*, 1997, p. 537, note E. Gaillard ; v. égal. rendu le même jour, Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, n° 95-11.427 ; *RCDIP*, 1997, p.87, note V. Heuzé.

⁵⁶ Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 02-12.259 ; *D.* 2004. 2458, note I. Najjar ; *D.*, 2005, Pan. 3053, obs. T. Clay ; *Rev. arb.*, 2005, p. 115, note X. Boucobza.

déséquilibre dans les droits et obligations des parties⁵⁷. Le juge français raisonnait comme en matière d'ordre public en considérant qu'il revenait à l'arbitre de l'appliquer si nécessaire, sous l'éventuel contrôle du juge français⁵⁸ s'il était saisi de l'exequatur ou de l'annulation de la sentence⁵⁹. Ainsi que le soulignait la doctrine, cette solution apparaissait critiquable dès lors qu'il ne pouvait jamais être certain que la sentence ainsi rendue soit, au stade de l'*exequatur*, examinée par le juge français⁶⁰ et contraire à la réglementation européenne relative aux clauses abusives dès lors que le juge est tenu de la soulever d'office⁶¹.

14. Enfin, assurer à certaines catégories de personnes l'application de dispositions les protégeant ne leur assure pas de pouvoir saisir un juge pour l'appliquer. On considère traditionnellement que ces personnes vulnérables, méritant d'être protégées, doivent pouvoir bénéficier d'un accès facilité au juge⁶². Or, l'arbitrage, souvent conçu comme une justice onéreuse et peu accessible à ces catégories de personnes, paraît peu adapté⁶³.

⁵⁷ Art. R. 132-2 du Code de commerce, issu du décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation (JORF n°0067 du 20 mars 2009, p. 5030, texte n° 14).

⁵⁸ CA Paris, 2 avr. 2003 et 28 avr. 2004, *Rev. arb.*, 2005, p. 118, note X. Boucobza.

⁵⁹ Or, on le sait, il est possible que la sentence arbitrale ne soit pas soumise au juge français à ce stade. Cela sera le cas s'il n'est pas le juge du siège de l'arbitrage et si la sentence n'est appelée à produire aucun effet en France. H. Muir-Watt et D. Bureau l'affirmaient très clairement à propos des jugements étrangers rendus sur saisine d'un juge étranger sur le fondement d'une clause attributive de juridiction en présence d'une réglementation impérative applicable au fond du litige, « L'impérativité désactivée, à propos de Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008 », *RCDIP*, 2009, p.1 § 11.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Selon une formule constante depuis l'affaire Pannon GSM (CJCE 4 juin 2009, Pannon GSM, aff. C-243/08, *D.*, 2009, p. 1690, note G. Poissonnier ; *JCP G.*, 2009, n° 25, 27, obs. F. Picod ; *JCP G.*, 2009, n° 42, p. 336, note G. Paisant ; *JCP E.*, 2009, n° 1970, obs. L. Raschel ; *Procédures*, 2009, comm. 275, obs. C. Nourissat ; *Europe*, 2009, comm. 334, obs. V. Michel et M. Meister) § 46, « le juge national est tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle relevant du champ d'application de la directive et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ».

⁶² V. sur ce sujet de l'accès à la justice des personnes vulnérables, S. Amrani-Mekki, *Vulnérabilité et accès à la justice - Rapport général*, in *La vulnérabilité*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruylant, Tome LXVIII/2018, pp. 1013 et s.

⁶³ V. plus largement sur ce sujet M de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013. V. égal., C. Seraglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Cah. arb.*, vol. IV, Pedone 2008, p. 49 ; É. Loquin, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *TCFDIP*, 2004-2006, Pedone, 2008, p. 135 ; F. Valencia, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 2007, p. 45. V. encore, « Arbitrage et partie faible », actes du colloque du 9 mai 2016, *JDI*, 2017, doct. 1, p. 1.

15. En définitive, **le contrôle opéré par le juge de l'annulation s'agissant du respect par l'arbitre des règles particulièrement impératives était insuffisant pour permettre un rétrécissement de l'inarbitrabilité des litiges s'agissant des droits indisponibles.** Ce n'est que conçu comme une véritable offre de justice pour ces justiciables qui relèvent d'un ordre public de protection que la part d'inarbitrabilité des litiges pouvaient encore s'amenuiser. C'est précisément vers ces évolutions que paraît tendre l'arbitrage sous l'influence principale de l'Union européenne mais également d'initiatives privées, au prix sans doute d'un « *rétrécissement corrélatif du régime de droit commun de l'arbitrage* »⁶⁴.

II. L'arbitrage conçu comme une offre de justice : vers un nouvel élargissement de l'arbitrabilité

16. Concevoir l'arbitrage comme une offre de justice aux garanties équivalentes à celles offertes par la justice étatique (**A.**) permet d'envisager un nouvel élargissement de l'arbitrabilité. Cet élargissement du domaine de l'arbitrabilité semble pouvoir s'opérer par un déplacement du débat de la validité vers l'acceptation, autrement dit de l'arbitrabilité vers celui du consentement à l'arbitrage (**B.**).

A. L'arbitrage : des garanties fondamentales équivalentes à celles de la justice étatique

17. Progressivement, le juge français a fait bénéficier l'arbitrage commercial international des garanties du droit à un procès équitable pour les justiciables. Qu'il s'agisse de la constitution du tribunal arbitral et des exigences d'indépendance et d'impartialité des arbitres, du respect du principe du contradictoire au cours de l'instance, ou encore plus fondamentalement du droit d'accès à l'arbitre, la justice arbitrale « *doit se conformer à des principes universels qui ne peuvent être bafoués* »⁶⁵. Le respect de ces « *principes fondamentaux et universels qui gouvernent toute procédure [y compris en matière d'arbitrage]* *enracine l'idée que le*

⁶⁴ E. Gaillard, note sous Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2020 . – n° 18-19.241, *JDI*, n° 4, Octobre 2020, n° 22.

⁶⁵ X. Boucobza et Y-M Serinet, « Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international », *JDI*, n° 1, Janvier 2012, doct. 2, spéc. § 34.

choix de recourir à l'arbitrage constitue l'une des modalités du droit d'accès à un juge »⁶⁶.

18. Les règlements d'arbitrage eux-mêmes se sont, en matière commerciale d'abord, progressivement adaptés aux attentes des utilisateurs de ce mode alternatif des différends mais encore à celle de la société civile. Afin de préserver l'attractivité de l'arbitrage international tout en renforçant sa légitimité, de nouvelles exigences de transparence et d'efficacité sont progressivement apparues au sein du règlement CCI à partir de 2016⁶⁷ ou encore des règles de la CNUDCI⁶⁸. Il est encore possible d'évoquer les dernières modifications du règlement d'arbitrage CCI par lesquels l'arbitrage devrait encore gagner en transparence et en efficacité avec l'adoption de nouvelles obligations de révélations en présence d'un financement de l'arbitrage par un tiers ou par l'adoption de dispositions facilitant la participation des tiers à l'arbitrage une fois le tribunal arbitral constitué⁶⁹.

**« Des réflexions sont encore menées pour la création
de fonds de financement au sein des centres d'arbitrage
afin de faciliter l'accès à ce mode de justice⁷⁰ ».**

19. Plus récemment, plusieurs initiatives privées ont proposé d'adapter les règlements d'arbitrage à des contentieux qui ne seraient pas purement commerciaux et qui exigent des garanties particulières⁷¹. Ainsi en est-il des règles adoptées le 12 décembre 2019 par le groupe de travail sur l'arbitrage des affaires et des droits de

⁶⁶ *Ibid.*, § 1.

⁶⁷ R. Ziadé, « Deux innovations pour l'arbitrage CCI : un renforcement de la transparence et de l'efficacité », JCP G., n° 5, 1er Février 2016, p. 106.

⁶⁸ Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, 2014, disponible sur <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf> [consulté le 15 mars 2021].

⁶⁹ Pour un aperçu v. « Règlement d'arbitrage de la CCI 2021 : ce qu'il faut retenir », disponible sur <https://www.qivive.com/fr/reglement-arbitrage-de-la-cci-2021-ce-qu'il-faut-retenir> [consulté le 15 mars 2021].

⁷⁰ M. de Fontmichel, « L'accès à la justice arbitrale du liquidateur », *La lettre de l'AFA*, juill. 2018, n° 28.

⁷¹ V. notre analyse, « L'arbitrage comme outil de protection des droits de l'Homme dans l'ordre international Réflexions à partir des Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration », à paraître dans *l'Ouvrage des Docteurs en droit 2020*. Egal. C. Kessedjian, « The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises », *JDI*, 2021, var. n° 1 ; W. Brillat-Capello, « The Hague Rules on business and human rights arbitration : l'arbitrage comme outil de respect des droits humains », *Rev. Arb.*, 2020, n° 2, p. 377.

l'Homme adaptant des règles d'arbitrage CNUDCI de 2013⁷² au contentieux des violations des droits de l'Homme du fait de pratiques commerciales, notamment de multinationales⁷³. Ces règles ont ainsi consacré une exigence de transparence renforcée particulièrement adaptée à ce type de contentieux⁷⁴, en permettant par exemple un accès facilité aux audiences⁷⁵. **Cette transparence s'accompagne d'une facilitation de l'accès à la procédure arbitrale en cours par les tiers, traduisant définitivement une plus grande ouverture de ce mode de règlement des différends** à la société civile⁷⁶. De même, les règles de La Haye, en raison des risques de déséquilibre entre les parties à l'instance, ont adopté des dispositions particulières permettant de s'assurer du respect de l'égalité des armes⁷⁷. Cette initiative est loin d'être isolée et d'autres réflexions ont été récemment menées dans le sens d'une adaptation des règlements d'arbitrage aux contentieux spécifiques des droits de l'Homme et de l'environnement, sujets qui nécessitent également des adaptations du point de vue de la preuve et de l'expertise⁷⁸. Ces réflexions, menées afin de proposer un for adéquat à des contentieux, souvent internationaux, qui peinent à trouver leurs fors naturels, montrent que la justice arbitrale elle-même se conçoit comme une manière de faciliter pour les justiciables leur accès à la justice.

20. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que ces règlements n'envisagent pas la question de l'arbitrabilité de ces litiges. Pourtant, en cette matière, il est possible de distinguer trois catégories de différends qui pourraient être soumis aux arbitres : ceux qui portent sur les droits de l'Homme en raison de la nature du contrat lui-même contenant une clause compromissoire, ceux qui touchent à la marge les droits de l'Homme en ce sens que l'activité prévue par le contrat contenant la clause a eu un

⁷² Cdt 6 du Préambule des Règles de La Haye.

⁷³ Pour une étude détaillée de ces dispositions, W. Brillat-Capello, *préc.*

⁷⁴ V. art. 38 et s. qui, bien qu'inspirés des règles sur la transparence *préc.*, ont été adaptées aux contentieux des droits de l'Homme.

⁷⁵ Art. 41 des Règles de La Haye.

⁷⁶ V. art. 19.2 des Règles de La Haye.

⁷⁷ V. par ex. art. 5.2 des Règles de La Haye.

⁷⁸ D. Hammond, Y. Banifatemi, A. Marcopoulos, « L'arbitrage comme mécanisme permettant d'obtenir une réparation effective pour la violation des droits humains en mer », disponible à https://www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2020/05/20200430-HRAS_ShearmanLLP_Arbitrage_droits_humains_Document_de_reflexion_FR-SECURED.pdf [consulté le 15 mars 2021] ; ICC COMMISSION REPORT, Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR, disponible sur <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf> [consulté le 15 mars 2021]. V. enfin, considérant que l'arbitrage commercial constituerait un for adéquat en matière de protection de l'environnement, « L'arbitrage et le droit européen de l'environnement », *Rev. Arb.*, 2019, n° 4, p. 1069.

impact sur les droits de l'Homme, et ceux qui concernent des tiers à une relation contractuelle mais qui subissent les conséquences de l'activité économique d'une multinationale⁷⁹. Or, ce dernier point peut poser question si l'on considère que la question de l'arbitrabilité doit conduire à exclure de l'arbitrage les questions touchant au plus près à l'ordre public international ou mettant en cause des catégories d'individus, victimes de violations de leurs droits humains, particulièrement vulnérables. Toutefois, il est également possible d'en appeler à la logique sous-tendant cette question d'arbitrabilité qui réside dans l'idée que chaque État peut décider qu'il réserve à ses tribunaux le soin de trancher certains différends pour lesquels il ne souhaite pas que l'appréciation de la situation soit réglée de manière privée. Or, dans le cas qui nous intéresse, les États sont réticents à connaître de ces contentieux souvent particulièrement politisés. Ainsi, **l'arbitrage se présente, pour les victimes de violation des droits de l'Homme, comme un moyen d'accéder à la justice, justice qui leur est souvent refusée et qui justifierait de pouvoir recourir à l'arbitrage, dès lors que certaines garanties particulières leur sont assurées.**

21. Cette logique de pallier une carence de la justice institutionnelle est également celle qui sous-tend la volonté de développer les modes alternatifs de règlement des différends au niveau européen afin de permettre un meilleur respect des réglementations de droit de la concurrence et de la consommation⁸⁰. En matière de consommation, l'Union européenne propose désormais un modèle abouti du développement de ces modes alternatifs depuis l'adoption de la directive 2013/11/UE⁸¹ et le règlement n° 524/2013⁸². Le règlement met en place une plateforme, un guichet unique permettant la saisine en ligne d'entités de règlement extrajudiciaire des litiges (REL) par le consommateur pour les contrats de vente et de services conclus en ligne uniquement, sans pour autant que ces entités ne soient obligées de mener toute la procédure en ligne. La Directive vise quant à elle à mettre

⁷⁹ ICC COMMISSION REPORT, *ibid.*, pp. 8 et s., § 2.1 et s.

⁸⁰ V. sur ce sujet notre analyse, « L'arbitrage : une composante du droit d'accès à la justice pour les consommateurs en droit européen », à paraître à IRJS Editions.

⁸¹ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, (directive relative au RELC), JOUE, 18 juin 2013, L 165, p. 63.

⁸² Règlement (UE) No 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC), JOUE, 18 juin 2013, L 165, p. 1.

en place dans chaque État membre des entités de REL dont le mode de fonctionnement devra assurer la mise en œuvre des principes déjà posés par la Commission dans sa recommandation de 1998 pour les contrats de consommation de vente et de services, à savoir l'assurance pour le consommateur de ne jamais être privé de son droit de recourir à la justice étatique avant la naissance du litige⁸³, ni de la protection que lui offrent les dispositions impératives de la loi de l'État membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle⁸⁴. Les États membres sont garants de cette protection minimale⁸⁵ impliquant par voie de conséquence un contrôle de la mise en œuvre de ces dispositions, même simplement impératives, ainsi que du respect de garanties procédurales liés au coût ou à la durée de la procédure par le biais d'entités dont la liste est dressée par chaque État membre⁸⁶. Le but est, là encore, de permettre un accès facilité à la justice afin de lutter contre les hypothèses de non-recours qui nuisent à l'efficacité de la politique européenne en la matière. La Commission le constatait déjà en 1998, la « *disproportion entre l'enjeu économique de l'affaire et le coût de leur règlement judiciaire* » conduit, le plus souvent, les consommateurs à renoncer à obtenir réparation du préjudice qu'ils ont subi, la Commission affiche dès 1998⁸⁷. Ainsi, l'Union invite elle aussi les États membres à concevoir justice institutionnelle et arbitrage dans un rapport de complémentarité.

22. L'ensemble de ces évolutions et initiatives, qui font de la justice arbitrale **une véritable offre de justice capable de s'adapter aux exigences de différents types de contentieux et de protéger les catégories de contractants ou de personnes en ayant plus particulièrement besoin**, conduisent permettent d'envisager de restreindre encore davantage le domaine de l'inarbitrabilité dès lors que les pouvoirs étatiques sont chargés d'exercer un contrôle suffisant pour permettre aux justiciables de considérer que justice a bien été rendue. On interroge désormais le citoyen et son sentiment de justice⁸⁸. Sur ces questions touchant à des droits indisponibles, qui limitent traditionnellement l'arbitrabilité, de nouveaux

⁸³ Art. VI de la Recommandation n° 98/257/CE du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JOUE, n° L 115 du 17/04/1998 p. 31.

⁸⁴ Art. V de la Recommandation *préc.* Art. 11 de la Directive.

⁸⁵ Art. 10 de la Directive.

⁸⁶ Art. 2.3 de la Directive.

⁸⁷ Recommandation *préc.*

⁸⁸ *V. supra*

mécanismes touchant à l'examen du consentement apparaissent pour assurer cet accès à l'arbitre à des parties plus vulnérables. À la suite de la limitation des hypothèses touchant à l'ordre public, le champ de l'inarbitrabilité se restreint encore et cède sa place à un contrôle du consentement à l'arbitrage.

B. De l'arbitrabilité au consentement, de la validité à l'acceptation

23. L'inarbitrabilité a fait place à l'apparition de nouveaux mécanismes se situant davantage dans la question de l'appréciation du consentement à l'arbitrage. Il s'agit tout d'abord de celui de l'opposabilité. Déjà connu en matière de contrat de travail international⁸⁹, il s'applique désormais, en matière d'arbitrage interne, aux hypothèses dans lesquelles un professionnel a conclu un contrat avec un non professionnel. En effet, dans sa nouvelle rédaction l'article 2061 dispose désormais que « [l]a clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ». Cette disposition met notamment fin à l'interdiction de principe du recours à l'arbitrage pour les consommateurs dans l'ordre interne. Le raisonnement est donc désormais mené en termes d'acceptation plutôt que de validité⁹⁰.

24. Ce déplacement vers l'appréciation du consentement apparaît être également à l'œuvre au sein de la Directive européenne précitée qui, s'agissant plus particulièrement de l'arbitrage, dispose en son article 10.2 que « [l]es États membres veillent à ce que, dans les procédures de REL visant à régler les litiges en imposant une solution, la solution imposée (par l'entité de REL) ne peut être contraignante à l'égard des parties que si celles-ci ont été préalablement informées de sa nature contraignante et l'ont expressément acceptée. L'acceptation expresse du professionnel n'est pas requise si les règles nationales prévoient que les solutions

⁸⁹ Il a d'ailleurs pu à cette occasion être rapproché d'une question d'arbitrabilité. F. Jault-Seseke, « La clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié », *RCDIP*, 1999, p. 745.

⁹⁰ C. Seraglini, *V° Synthèse préc.*, § 25. Th. Clay, *Pan. Arbitrage et modes alternatifs de règlements des différends*, novembre 2015 – novembre 2016, *D.*, 2016, p. 2589. V. égal. Du même auteur, Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIe siècle » Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G.*, n° 48, 28 Novembre 2016, doct. 1295, § 24.

sont contraignantes pour les professionnels » (nous soulignons). L'article 7.1 littéra n) et o) de la directive ajoute encore que les entités de REL doivent mettre à disposition du public des informations claires et facilement compréhensibles sur « n) *les conséquences juridiques de la solution résultant de la procédure de REL, y compris les sanctions en cas de non-respect dans le cas où une décision a un effet contraignant sur les parties, le cas échéant ; o) le caractère exécutoire de la décision de REL, s'il y a lieu* ». Ainsi, la Directive met l'accent sur la parfaite information de la partie faible une fois le litige né, autrement dit sur son consentement éclairé.

25. Bien sûr, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si une telle évolution se distingue véritablement de la solution antérieure dès lors que l'inarbitrabilité en matière de droits indisponibles est simplement temporaire⁹¹. En effet, il est tout à fait loisible aux parties de convenir de soumettre leur litige à l'arbitrage une fois celui-ci né. Toutefois, on sait également qu'il est beaucoup plus délicat de s'entendre une fois le litige né qu'en amont de celui-ci⁹². En outre, le raisonnement en termes de confirmation par la partie faible d'une clause ou d'un acte nul apparaît sujet à discussion, notamment en matière de clauses abusives où il ne paraît pas transposable dès lors que le réputé non écrit, sanction plus énergique que la nullité, doit être soulevée d'office par le juge⁹³. Le mécanisme de l'inopposabilité paraît donc permettre d'aller plus loin dès lors qu'il assure à chaque non professionnel contractant avec un professionnel de disposer d'une clause, optionnelle à son seul profit, de règlement des litiges. Sa position de partie faible lui donne un avantage puisque seul le consentement du professionnel est figé, tout en permettant le développement effectif d'un arbitrage protecteur. Ainsi, le recours à l'inopposabilité accompagne bien l'idée selon laquelle

« l'arbitrage constitue désormais une véritable offre de justice, autrement dit qu'il pourrait devenir un mode de règlement des différends facilitant la mise en œuvre de législations que le juge étatique peine lui-même à mettre en œuvre ».

⁹¹ J. Hage Chahine et Ch. Abid, « Une redéfinition des contours de l'arbitrabilité du litige », : Bulletin Juridique des Assurances n° 61, Janvier 2019, 1, §§ 44 et s.

⁹² C. Jallamion, « [La jurisprudence française et l'arbitrage de 1853 à 1958 : de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international](#) (Partie I) », *préc.*, *spéc.* § 24.

⁹³ C. Brenner et S. Lequette, Répertoire de droit civil, V° Acte juridique Civ. – Théorie générale de l'acte juridique, § 138.

En définitive, admettre la validité de la clause compromissoire assortie de la limite de l'inopposabilité paraît bien assurer de manière plus efficace pour la partie faible un recours adapté à l'arbitrage.

26. La question désormais est celle de savoir si cette solution sera celle retenue en matière d'arbitrage international. Si la Cour de cassation s'y est refusée dans son arrêt *PWC*, il ne faudrait toutefois pas en tirer de conclusions trop hâtives⁹⁴. En effet, s'agissant de contrats conclus avant l'entrée en vigueur du nouvel article 2061 du code civil, le débat s'est tout entier cristallisé autour du caractère abusif de la clause compromissoire litigieuse, raisonnement encore mené en termes de validité⁹⁵. Ainsi, pour une partie de la doctrine, il serait possible d'y voir un premier pas franchi « *pour faire évoluer le droit positif. Guidé peut-être par l'art du compromis, le cap de poser une nouvelle règle matérielle protectrice du consommateur n'a pas encore été franchi* »⁹⁶. En alignant les régimes entre arbitrages interne et international qu'une partie de la doctrine appelle de ses vœux, la jurisprudence française viderait de sa substance la présomption d'invalidité des clauses compromissoires contenues dans les contrats de consommation qui ne concerne que les clauses obligeant le consommateur à aller exclusivement à l'arbitrage⁹⁷. Ainsi, en faisant de toute clause compromissoire une clause optionnelle, comme c'est désormais le cas en matière interne, la jurisprudence française entérinerait ce passage de la validité vers l'appréciation du consentement, réduisant ainsi le champ de l'inarbitrabilité aux seules matières touchant au plus près de l'ordre public et recentrant le débat autour de l'appréciation du consentement en matière de droits indisponibles.

27. Ce déplacement du débat n'est d'ailleurs déjà pas sans impact sur l'arbitrage commercial international. Si avant ce renouvellement de la question, arbitrabilité et

⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2020, n° 18-19.241, note J. Jourdan-Marques, *Dalloz actualité*, 19 octobre 2020 ; D. Mainguy, *AJ contrat*, 2020, p. 485 ; M. De Fontmichel, *JCP G.*, n° 48, 23 Novembre 2020, p. 1311 ; D. Vidal, *Lexbase Hebdo Edition Privée Générale*, 15 octobre 2020, n° 840 ; S. Bernheim-Desvaux, *CCC*, n° 12, Décembre 2020, comm. 178 ; E. Gaillard, *JDI*, n° 4, Octobre 2020, p. 22.

⁹⁵ E. Gaillard, note sous Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2020, *préc.*

⁹⁶ M. De Fontmichel, note sous Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2020, n° 18-19.241 *préc.*

⁹⁷ Cela mettrait d'ailleurs fin à la situation paradoxale selon laquelle l'accès à l'arbitrage interne deviendrait plus facile que l'accès à l'arbitrage international pour les parties faibles et alignerait le régime applicable avec celui de la clause attributive de juridiction. En effet, désormais dans l'ordre interne, la clause compromissoire devenue asymétrique au profit du consommateur par l'effet de la loi, ne devrait plus être considérée comme contraire à la législation relative aux clauses abusives alors qu'elle pourrait l'être dans l'ordre international en l'absence d'alignement des régimes.

consentement concordaient largement⁹⁸, la question du consentement à l'arbitrage réapparaît par les interstices de l'incrimination du droit des pratiques restrictives de concurrence interdisant les clauses créant un déséquilibre significatif. Quand bien même la jurisprudence a pu y paraître hostile, le débat refait régulièrement surface⁹⁹. Le Tribunal de commerce de Paris a ainsi pu récemment reconnaître que l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat conclu entre professionnels avait créé en l'espèce un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁰⁰.

28. Cette place primordiale accordée au consentement est également sujet à réflexion s'agissant de permettre à des victimes de droits humains d'accéder à l'arbitre. Là encore, en sus de l'aspect visant à protéger le consentement de la partie à protéger, il s'agit de se demander comment il serait possible de fixer le consentement des multinationales effectuant des activités commerciales ayant causé des atteintes aux Droits de l'Homme, afin de permettre l'accès à la justice pour ces victimes vulnérables, tout en protégeant leur consentement. Il a par exemple pu être considéré qu'une multinationale puisse insérer dans ses codes de conduite ou ses chartes éthiques une offre générale d'arbitrage qui la lierait¹⁰¹ ou encore que, au titre de leur responsabilité sociale, elle ait l'obligation de proposer un mode de règlement des différends effectif¹⁰². Là encore, le débat se déplace de l'arbitrabilité vers celui du consentement, accompagnant la modification de la fonction de l'arbitrage, devenu une véritable offre de justice, complémentaire de la justice institutionnelle.

⁹⁸ V. sur l'évolution jurisprudentielle revenue à plus d'orthodoxie après être allée jusqu'à invoquer un principe de validité de la convention d'arbitrage, C. Seraglini et J. Ortscheidt, *op.cit.*, §§ 594 et s.

⁹⁹ J. Jourdan-Marques, « Chronique d'arbitrage : l'arbitrage à l'épreuve du déséquilibre significatif », *Dalloz actualité*, 29 juillet 2020.

¹⁰⁰ TC Paris, 13 octobre 2020, n° 2017005123.

¹⁰¹ Un tel mécanisme ne serait pas sans faire penser aux offres permanentes d'arbitrage faites par les Etats et disponibles dans les TBI qu'ils ont conclus ou dans leur code ou loi nationale d'investissement. Le consentement à l'arbitrage est alors un consentement dissocié.

¹⁰² V. également l'intervention d'E. Gaillard évoquant, s'agissant du respect des droits de l'Homme en mer, les pressions pouvant être exercées sur les multinationales pour qu'elles mettent en place une offre permanente d'arbitrage. Cette intervention ayant eu lieu à l'occasion du webinaire, *Arbitration as a Means of Effective Remedy for Human Rights Abuses at Sea*, disponible sur <https://www.humanrightsatsea.org/> [consulté le 15 mars 2021].

L'ARBITRABILITÉ EN DROIT OHADA



André Kouamé Guillaume N'GUETTA

Docteur en Droit Privé

Premier ex-aequo du prix de thèse Mamoudou Barry Droit OHADA-AFDD

2021

Assistant à l'Université Félix Houphouët-Boigny de Cocody-Abidjan/

Côte d'Ivoire

1. De nos jours, l'arbitrage constitue le mode privilégié de règlement des litiges entre opérateurs économiques. On lui reconnaît des vertus de célérité et de confidentialité qui contribuent à son succès dans les milieux d'affaires. Certainement, ces atouts de l'arbitrage ont poussé l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) à accorder à ce mode extra-judiciaire de règlement des litiges « *une importance particulière* »¹ dans le cadre de son processus d'harmonisation de la législation des affaires de ses dix-sept États parties². Toutefois, pour qu'un litige puisse être résolu par voie d'arbitrage, il faut qu'il soit arbitral. Or l'arbitrabilité, point de départ de la procédure d'arbitrage, suscite quelques réflexions dubitatives³ qui méritent une attention particulière.

¹ PILKINGTON (N.) et THOUVENOT (S.), « Les innovations de l'Ohada en matière d'arbitrage », *semaine juridique entreprise et affaires* n°44 du 28 octobre 2004, supplément n°5, JCP-Cahiers de Droit de l'entreprise, p. 28

² Benin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo (Brazzaville), Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et le Togo

³ ISSA-SAYEGH (J.), « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, octobre 2001, Ohadata D-02-20, www.ohada.com, p. 1 et s.

2. L'arbitrabilité est perçue comme « l'aptitude d'un litige à être tranché par voie d'arbitrage »⁴. Ainsi, l'arbitrabilité s'affiche comme une conditionnalité de recours à la justice arbitrale, en constituant l'aune à laquelle se mesure l'envergure de la compétence d'attribution partagée entre la justice arbitrale et la justice étatique dans les matières contractuelles⁵. Elle obéit à plusieurs critères définis par le dispositif légal OHADA consacré à l'arbitrage. Ces critères peuvent être regroupés en deux catégories : les critères subjectifs et les critères objectifs. Si certains considèrent que ces critères d'arbitrabilité contribuent à rendre l'arbitrage OHADA attractif⁶, d'autres n'en sont pas si convaincus au regard des inquiétudes⁷ que soulèvent ces conditions de recours à l'arbitrage OHADA. Dès lors, **il convient de se demander si les critères établis par l'OHADA favorisent le recours à son système d'arbitrage pour la résolution des litiges.**

3. Il n'est pas superfétatoire de mener une réflexion à ce sujet. En effet, le système d'arbitrage de l'OHADA présente une certaine originalité qui tient à sa double dimension. Il existe d'une part, un Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA)⁸ et une procédure institutionnelle d'arbitrage se déroulant sous l'égide de la CCJA, prévu par le titre IV du Traité⁹ instituant l'OHADA. Ainsi, la volonté affichée par cette organisation, est de faire de l'arbitrage le mode privilégié de résolution des litiges survenant dans le cadre de l'application du droit des affaires. Dès lors, mener une étude relative aux critères d'arbitrabilité contribuerait à rendre ce système d'arbitrage plus attractif¹⁰. Par ailleurs, **l'analyse des conditions d'accès au droit de l'arbitrage de l'OHADA en vue de contribuer à leur amélioration, serait un moyen de faire de l'arbitrage un puissant levier d'investissement dans cet espace.** Toute chose qui favoriserait la réalisation de l'objectif crucial de l'OHADA,

⁴ En droit français : ANCEL (P.), « Arbitrage : convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrales », *Juris-CI.procedure civile*, fasc.1024, LEVEL (P.), « L'arbitrabilité », *Rev. Arb.*1992, spéc., p.213. En droit OHADA : TCHAKOUA (J.M.), « L'arbitrabilité des litiges dans l'espace OHADA », *Penant*, 2001, p.5., OUSMANOU (S.), « arbitrabilité », *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, paris, 2011 p.226

⁵ OPPETIT (B.), « Justice étatique et justice arbitrale », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p.415

⁶ PILKINGTON (N.) et THOUVENOT (S.), « Les innovations de l'ohada en matière d'arbitrage », *op.cit.*, p.28

⁷ ISSA-SAYEGH (J.), « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », *op.cit.*, p.4 et s.

⁸ L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage a été adopté le 11 mars 1999. Il a été révisé le 23 novembre 2017

⁹ Le Traité de l'OHADA a été adopté le 17 octobre 1993 et a été révisé le 17 octobre 2008.

¹⁰ ADAMA (K.D.), *L'attractivité du droit de l'arbitrage de l'OHADA*, thèse de droit privé, Université Alassane OUATTARA de Bouaké, 2019, p. 10 et s.

c'est-à-dire attirer les investisseurs en vue d'assurer la croissance économique des États parties.

4. *A priori*, les critères actuels de recours au système d'arbitrage de l'OHADA laissent apparaître une certaine exemplarité tant ceux-ci semblent avoir été bien définis dans les différents textes. Mais, à y voir de près, ces critères suscitent certaines réserves qui compromettent l'accès aux différentes procédures d'arbitrage mises en place par l'OHADA. Ainsi, les critères subjectifs d'arbitrabilité laissent perplexes quant à la possibilité offerte à certaines personnes de recourir à la procédure d'arbitrage, tant ils sont émaillés de plusieurs incertitudes. Quant aux critères objectifs d'arbitrabilité, ils n'ont pas été clairement définis si bien que des doutes subsistent quant à leur signification. Il convient donc de mener cette réflexion en mettant en perspective d'une part l'incertitude des critères subjectifs (I) et d'autre part, l'imprécision des critères objectifs (II) d'arbitrabilité.

I- L'INCERTITUDE DES CRITERES SUBJECTIFS D'ARBITRABILITÉ

5. Les critères subjectifs d'arbitrabilité indiquent les personnes qui peuvent être aptes à recourir à la procédure d'arbitrage. Selon l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage « *Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition* ». De cette disposition, il ressort que toute personne physique ou morale de droit privé ou de droit public peut valablement recourir à la procédure d'arbitrage pour le règlement de leur différend. Cette large possibilité de recours à la procédure d'arbitrage est également offerte par la procédure d'arbitrage institutionnel de la CCJA. En effet, l'article 21 du Traité dispose que « *En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, **toute partie**¹¹ à un contrat soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États-parties soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États-parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent article* ». L'expression « *toute partie* » traduit bien l'idée qu'une personne

¹¹ Nous soulignons.

physique ou morale partie à un contrat peut valablement recourir à la procédure d'arbitrage institutionnel de la CCJA.

6. Si cette grande ouverture de recours à l'arbitrage OHADA est à saluer, il n'en demeure pas moins que certaines incertitudes sont à observer au niveau de l'existence des personnes morales de droit privé (A). Il en est de même au niveau de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre (B).

A- L'incertitude relative à l'existence des personnes morales de droit privé

7. Selon un érudit du droit, si la détermination de la personnalité juridique d'une personne physique ne pose pas de problème particulier, il n'en est pas de même pour la personnalité juridique des groupements¹². En effet, quelle que soit la catégorie du groupement candidat à l'arbitrage, il faudra vérifier s'il a la personnalité juridique au regard de la loi nationale qui la régit. Certes, le droit uniforme OHADA tranche cette question pour les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique ; mais pour les autres groupements, c'est à la loi nationale compétente qu'il faudra se référer pour décider si tel groupement a ou n'a pas la personnalité juridique. À la limite, cette loi de droit interne peut être une loi étrangère à l'espace OHADA si bien que, si d'aventure la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) est saisie d'un recours en annulation de la sentence pour nullité de la convention d'arbitrage, elle sera appelée à interpréter une loi extérieure, ce qui n'est pas, à strictement parler, sa vocation naturelle.

8. De ce fait, l'exigence de la personnalité juridique fait alors douter de la possibilité de soumettre tout différend collectif du travail à un arbitrage. En effet, de tels litiges opposent souvent un ou des employeurs à des collectivités de travailleurs qui ne sont pas dotés de la personnalité juridique (comité de grève, travailleurs d'une entreprise, d'un établissement ou d'un groupe d'entreprises, délégués du personnel, etc.).

¹² ISSA-SAYEGH (J.), « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », *op. cit.*, p.5

Le doute est également nourri par certaines incertitudes relatives à l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre.

B- L'incertitude liée à l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre

9. L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre est l'une des originalités du système de l'arbitrage de l'OHADA. En effet, généralement confiné dans le cadre d'un arbitrage international, l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre, a été également admise dans l'arbitrage interne en droit OHADA. Toutefois, cette démarche quoi que salutaire, comporte des zones d'ombre. Celles-ci tiennent d'une part à la résistance de l'hostilité à l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre. D'autre part, les dispositions de l'OHADA relative à cette faculté semble être restreinte à certaines personnes morales de droit public.

10. L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre est mise en perspective par l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Cette disposition prévoit en effet que les « *États et autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit (national¹³) pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* ». Ainsi, par le truchement de cette disposition, il ressort clairement que l'OHADA a pour ambition de faire disparaître l'hostilité des droits nationaux à la participation des personnes morales de droit public à un arbitrage.

11. Même si le Traité et le règlement d'arbitrage de la CCJA ne font pas référence à l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public, la solution de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage s'applique également à l'arbitrage CCJA. En effet, cette procédure d'arbitrage institutionnel admet que toute partie à un contrat peut recourir à une procédure d'arbitrage. De ce fait, une personne morale de droit public peut valablement recourir à l'arbitrage CCJA pour le règlement de différends.

¹³ C'est nous qui ajoutons

12. Cependant, il n'est pas certain que cette hostilité des droits nationaux à l'arbitrabilité des litiges impliquant des personnes morales de droit public ait totalement disparu aussi bien dans l'espace OHADA qu'en dehors de lui.

13. Dans l'espace OHADA, il se pose la question de la compatibilité du statut des personnes morales de droit public avec le droit uniforme des affaires. C'est sous la plume savante du Professeur Joseph ISSA-SAYEGH que cette interrogation a surgi. Selon cet érudit du droit, il était impérieux que la CCJA se prononce soit par un avis consultatif soit par une décision juridictionnelle, sur la préoccupation suivante : « *le statut des personnes morales de droit public peut-il relever du droit uniforme des affaires ; s'il doit être considéré comme n'en relevant pas, comment mettre en mettre cette exception ?* »¹⁴.

14. L'orientation actuelle de la CCJA sur cette préoccupation laisse entrevoir que cette Haute juridiction communautaire admet l'existence de difficultés de compatibilité entre le statut des personnes morales de droit public et le droit uniforme des affaires. L'arrêt n°68/2020 de la troisième chambre de la CCJA en date 27 février 2020 en est une illustration topique¹⁵. Des faits de cette affaire opposant la République du Benin à Société Générale de Surveillance (SGS) SA, il ressort que les parties ont conclu en 2014 un contrat de services pour des prestations de services pour des prestations douanières, lequel faisait suite à un précédent contrat annulé dont l'objet était proche. Après quelques mois d'exécution des prestations acquittées par la SGS et réglées par l'État Béninois, celui-ci a saisi ses propres juridictions administratives afin de voir annuler le contrat, malgré l'existence d'une clause compromissoire CCI, tandis que la SGS a, de son côté, introduit une procédure d'arbitrage CCI.

15. Ces procédures parallèles ont donné lieu à deux décisions contradictoires : les juridictions béninoises ont annulé le contrat le 13 février 2017 tandis que le tribunal arbitral, siégeant à Ouagadougou, a retenu sa compétence dans une sentence partielle du 6 avril 2018, laquelle a été soumise à examen de la CCJA. Par un arrêt de cassation, la CCJA a annulé cette sentence aux motifs qu'elle violait l'ordre public

¹⁴ ISSA-SAYEGH (J.), « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », *op.cit.*, p.6

¹⁵ CCJA, arrêt n° 068/2020 du 27 février 2020, La République du BENIN c./ la Société Générale de Surveillance SA (SGS), www.ohada.org

international, particulièrement le principe de l'autorité de la chose jugée, en étant en contradiction avec le jugement administratif du tribunal de première instance béninois du 13 février 2017.

16. En réalité, cette décision de la CCJA s'inscrit dans le sillage d'une jurisprudence classique de cette juridiction. En effet, dans un arrêt de principe, cette Haute juridiction avait précisé que « *l'autorité définitive de la chose jugée s'oppose à ce qu'un tribunal arbitral se déclare compétent si le litige objet de l'arbitrage a été définitivement tranché par une juridiction étatique* »¹⁶.

17. En dehors des difficultés¹⁷ que soulève cette décision, elle traduit bien

« le malaise qui persiste quant à l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre même dans l'espace OHADA et en dépit de sa licéité affirmée par l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage ».

18. Ce malaise est encore plus profond au niveau de l'arbitrabilité près la CCJA du contentieux issu des contrats d'investissements conclus entre les États parties à l'OHADA et des investisseurs étrangers. En effet, selon un auteur, lorsqu'on analyse les instruments juridiques de ces États sur la base de laquelle il est fait référence à l'arbitrage comme mode de résolution des différends, ainsi que le manque de clarification de son système juridique interne, on se rend vite compte que d'autres pays membres de l'OHADA notamment la RDC¹⁸ privent les juges des centres d'arbitrages de la Cour commune de justice et d'arbitrage¹⁹. Pour cet auteur, un tel constat se justifie par le fait que les codes des investissements de ces États parties à l'OHADA ne mentionnent pas le recours à l'arbitrage de la CCJA²⁰.

¹⁶ CCJA, arrêt n°003/2011 du 31 Janvier 2011, société PLANOR AFRIQUE sa c./ société ATLANTIQUE TELECOM sa, www.ohada.org

¹⁷ ARNOULT (G.) et EL ADHAB (J.), « L'arrêt n°68/2020 du 27 février 2020 de la 3^{ème} chambre de la CCJA, République du Benin c/ SGS Société Générale de Surveillance SA : une pente glissante et dangereuse », Ohadata D-21-03, www.ohada.com, p. 2 et s.

¹⁸ République Démocratique du Congo (RDC)

¹⁹ NGANGA (D.I.), « La résolution des différends Etats-investisseurs dans le contexte des Etats membres de l'OHADA : entre recherche d'équilibre et appropriation du contentieux par le juge communautaire », Ohadata D-19-17, www.ohada.com, p. 3

²⁰ Ibidem.

19. De ce qui précède, il ressort que l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre fait face à des difficultés qui ralentissent à sa mise en œuvre dans l'espace OHADA. Pour y arriver, une des pistes de solutions qui pourrait faire prospérer le système d'arbitrage de la CCJA, serait de prévoir que ces personnes morales de droit public ayant recours à la procédure d'arbitrage soient dépourvues de leurs prérogatives de puissance publique. De la sorte, les contrats qu'ils passeraient seraient des contrats de droit commun insusceptibles de recours devant les juridictions étatiques à partir du moment où ces personnes morales de droit public auraient accepté le règlement de leur différend par le recours à l'arbitrage OHADA.

20. La situation est encore plus délicate en dehors de l'espace OHADA. En effet, plusieurs législations nationales restent attachées au principe de non arbitrabilité des litiges impliquant une personne morale de droit public, si bien que la question de la validité des conventions d'arbitrage souscrites par de tels sujets de droit ne manque pas de se poser au regard de leur droit interne. Pour ces États, les textes de l'OHADA (Acte uniforme relatif à l'arbitrage et le Traité de l'OHADA) n'ont pas un caractère supranational. De ce fait, le recours à ce système d'arbitrage ne peut l'être qu'à titre conventionnel. Or, ce choix peut se heurter à des dispositions d'ordre public de leur droit interne²¹.

21. Par ailleurs, l'énumération des personnes morales de droit public aptes à compromettre est assez restreinte. En effet, selon l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, les personnes morales de droit public aptes à compromettre renvoient aux États, aux collectivités publiques territoriales et aux établissements publics.

22. *A priori* cette énumération semble prendre en compte un large éventail des personnes morales de droit public aptes à compromettre. Mais à y voir de près, elle s'avère plus restreinte. En effet, les personnes morales de droit public ne s'épuisent pas dans cette énumération. Nous en voulons pour preuve le cas des groupements d'intérêt public qui ne sont pas pris en compte dans cette énumération alors qu'ils font partie des personnes morales de droit public.

²¹ ISSA-SAYEGH (J.), « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », *op.cit.*, p.6

23. Pour une partie de la doctrine, cette disposition de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage devrait s'interpréter de manière extensive et prendre en compte toutes les personnes morales de droit public nonobstant cette énumération légale²². En revanche, une autre frange de la doctrine estime que cette disposition devrait plutôt être interprétée de manière restrictive eu égard au caractère exceptionnel de cette faculté pour les personnes morales de recourir à l'arbitrage²³.

24. Au-delà de cette divergence d'opinion, une constante est à relever : **l'affirmation de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre est une innovation majeure du système d'arbitrage de l'OHADA.** Ainsi, il ne fait l'ombre d'aucun doute que la démarche du législateur de l'OHADA traduit une volonté de reconnaître cette faculté à l'ensemble des personnes morales de droit public. Cette volonté est davantage mise en perspective dans le cadre de l'arbitrage institutionnel de la CCJA qui reconnaît la capacité offerte à « toute partie » de recourir à l'arbitrage. Toutefois, il faut bien admettre que la formulation de l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte soulève des réserves en ce qu'elle incite à une interprétation restrictive. Dès lors, à la faveur d'une prochaine réforme de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage, il conviendrait d'opter pour une formulation à portée générale qui prendrait en compte l'ensemble des personnes morales de droit public.

Outre les critères subjectifs, les critères objectifs d'arbitrabilité présentent une certaine imprécision.

II- L'IMPRÉCISION DES CRITERES OBJECTIFS D'ARBITRABILITÉ

25. Les critères objectifs d'arbitrabilité renvoient généralement à la nature des litiges susceptibles d'être soumis à l'arbitrage²⁴. Toutefois, l'on peut raisonnablement y inclure la détermination du tribunal arbitral qui est un élément important dénué de toute subjectivité dans la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage. Ils sont décrits

²² FENEON (A.), « Historique de l'habilitation des personnes morales de droit public à compromettre dans l'espace OHADA », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, Février 2010, p.105 et s.

²³ ISSA-SAYEGH (J.), « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », *op.cit.*, p.6

²⁴ OUSMANOU (S.), « arbitrabilité », *op.cit.*, p.227

respectivement dans les deux premiers articles de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et au sein de l'article 21 du Traité de l'OHADA.

26. Les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage indiquent que ledit Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties²⁵ et que les parties ont la libre disposition des droits faisant l'objet de l'arbitrage²⁶. Quant à l'article 21 du Traité de l'OHADA, il dispose que « *En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat soit que **l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États-parties soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États-parties**²⁷, peut soumettre **un différend d'ordre contractuel**²⁸ à la procédure d'arbitrage prévue par le présent article ».*

27. Ainsi, ces critères objectifs ont un caractère spatial (siège du tribunal arbitral) et matériel (litige arbitral). Toutefois, au-delà de leur simple apparence, ces critères comportent certaines imprécisions qui méritent d'être relevées non seulement au niveau du critère spatial (A) que du critère matériel (B).

A- L'imprécision du critère spatial

28. Que ce soit au niveau de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage que du Traité de l'OHADA, le siège du tribunal arbitral est un critère important dans la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage.

Si l'on s'en tient à l'Acte uniforme, il doit être situé sur le territoire de l'un des États parties de l'OHADA. Mais que faut-il entendre par la notion de siège du tribunal arbitral ?

²⁵ Article 1^{er} de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage : « Le présent acte uniforme a vocation à s'appliquer lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties ».

²⁶ Article 2 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage : « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a libre disposition »

²⁷ Nous soulignons

²⁸ *idem*

29. Loin d'être simple, la réponse à cette interrogation laisse apparaître une certaine ambiguïté au niveau de la notion de siège du tribunal arbitral ; laquelle ambiguïté est encore plus profonde lorsqu'il s'agit de la détermination de la dimension internationale de l'arbitrage.

Le siège du tribunal arbitral apparaît comme l'élément exclusif de rattachement permettant l'application de l'Acte uniforme à la procédure d'arbitrage. Cependant, **la notion de siège du tribunal arbitral est marquée par une certaine ambiguïté.** Ainsi, deux conceptions s'opposent à ce sujet : la première est dite « *géographique* » ou « *territorialiste* », la seconde « *volontariste* » ou « *autonomiste* ».

Dans sa conception géographique, le siège du tribunal arbitral est perçu comme le lieu où se déroule l'arbitrage. Autrement dit, il s'agit du lieu où se tiennent les différentes audiences de la procédure d'arbitrage.

Quant à la conception volontariste, elle définit le siège du tribunal arbitral par rapport à l'environnement juridique ou encore par le droit choisi par les parties pour régir leur arbitrage. Ainsi, selon cette conception, le siège du tribunal arbitral n'est pas fonction du lieu où se déroule effectivement les audiences matérialisant le déroulement de la procédure d'arbitrage.

30. Malheureusement, l'Acte uniforme n'a apporté aucune précision quant au choix de l'une ou de l'autre de ces conceptions comme critère de définition la définition de siège du tribunal arbitral.

Il semble que les rédacteurs de l'Acte uniforme ont marqué leur préférence pour la conception territorialiste en usant d'un verbe de localisation (« se trouve ») et en visant le siège du tribunal arbitral plutôt que le siège de l'arbitrage²⁹. D'ailleurs, cette conception a été expressément retenue dans un arrêt de la Cour d'Appel d'Abidjan qui a écarté l'application de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage quant à la

²⁹ MEYER (P.), Commentaire sous l'article 1^{er} de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2018, p.147

reconnaissance de la sentence au motif que « *le siège du tribunal arbitral se trouvait³⁰ en Suisse* »³¹.

31. Toutefois, le droit arbitral contemporain ne fait pas obstacle à la mobilité du tribunal arbitral qui peut se réunir en tout lieu que les parties jugerait approprié selon les circonstances de l'espèce. Le droit OHADA, se voulant un droit moderne, ne peut occulter la conception volontariste du siège du tribunal arbitral. Ainsi, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage pourrait recevoir application en dehors de l'espace OHADA, si les parties le souhaitent ou si le tribunal arbitral juge opportun de tenir ses consultations et ses audiences dans un État qui ne serait pas partie à l'OHADA.

32. Dès lors, il se pose la délicate question de la détermination de l'arbitrage international par référence au droit de l'arbitrage de l'OHADA. Une telle interrogation se pose avec acuité d'autant plus qu'aucune disposition du Traité de l'OHADA ou de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne définit l'arbitrage international. Même si un tel mutisme du dispositif OHADA relatif à l'arbitrage est symptomatique d'une volonté de fait disparaître les frontières entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, il n'en demeure pas que l'appréhension de la notion d'arbitrage international est opportune puisque l'arbitrage OHADA peut trouver application au-delà de l'espace OHADA.

33. Cela dit, seule la fixation du siège de l'arbitrage à l'étranger peut permettre de déterminer le caractère international de l'arbitrage en droit OHADA. C'est également le point de vue du Professeur MEYER qui affirme que l'internationalité « *n'est pas inéluctable si l'on définit la nationalité de l'arbitrage au moyen d'un seul critère qui n'a trait ni à la convention d'arbitrage, ni aux litiges soumis aux arbitres mais en se référant exclusivement au siège de l'arbitrage* »³².

34. Nous en voulons pour preuve deux grandes hypothèses par rapport à l'internationalité de l'arbitrage.

³⁰ Nous soulignons

³¹ Abidjan, arrêt n°1157 du 19 novembre 2002, inédit

³² MEYER (P.), *OHADA Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Collection droit uniforme africain Bruylant, 2002, p.44

La première hypothèse renvoie à la localisation de tous les éléments constitutifs de l'arbitrage (convention d'arbitrage, litige et instance procédurale) dans un seul espace tiers à l'OHADA. Dans ce cas, il s'agit d'un arbitrage étranger non soumis au droit communautaire de l'OHADA.

La seconde hypothèse correspond à l'éparpillement des éléments constitutifs de l'arbitrage aussi bien dans l'espace OHADA que dans un État tiers. Ici, l'on pourra raisonnablement envisager une internationalité de l'arbitrage soumis aussi bien à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qu'à une loi étrangère.

Outre le critère spatial, le critère matériel de l'arbitrabilité en droit OHADA donne également du fil à retordre.

B- L'imprécision du critère matériel

35. Le critère matériel de l'arbitrabilité en droit OHADA renvoie à la détermination des litiges pouvant être résolus par le truchement de la procédure d'arbitrage. Selon l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, les litiges pouvant faire l'objet de la procédure d'arbitrage sont ceux qui portent sur les droits dont les parties ont la libre disposition³³. Quant à l'arbitrage institutionnel CCJA, il ne peut être déclenché que pour les différends d'ordre contractuel³⁴.

36. À l'analyse, ce critère matériel fixé par le système dualiste de l'OHADA fait de la matière contractuelle, le domaine de prédilection de l'arbitrage. Un tel choix se comprend aisément puisque selon une plume experte, « *la matière contractuelle reste au cœur des échanges économiques* »³⁵.

Cependant, la variabilité des droits disponibles et l'extensibilité de l'ordre contractuel, laissent apparaître des zones d'ombre sur la clarté de ce critère d'arbitrabilité.

³³ Cf. article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

³⁴ Cf. article 21 du Traité de l'OHADA

³⁵ MESTRE (J.), « Regards contractuels sur l'OHADA », in Actes du Colloque sur la sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : LE DROIT OHADA, *Revue Lamy*, Droit civil n°67, janvier 2010, Ohadata D-10-14, www.ohada.com, p. 8

37. Si la disponibilité des litiges est un critère constant de l'arbitrabilité, la notion même de droit disponible est encore en construction³⁶. En effet, le droit OHADA a opté pour une approche simplement évocatrice de la notion de droit disponible. Le Professeur MEYER a fustigé cette approche allusive en précisant « *qu'il eut été préférable de recourir à une notion moins fuyante qui ne souffrirait pas d'interprétations différenciées selon les droits qui pourraient être utilisés pour la concrétiser* »³⁷.

38. Dans le souci de pallier cette imprécision, un auteur estime qu'en restant dans la logique de l'article 2 alinéa 1 de l'Acte uniforme, **la notion de droits disponibles peut être affinée d'un double point de vue contractuel et processuel**³⁸.

Sur le plan du droit commun des contrats, cet auteur estime que les droits disponibles renvoient aux droits qui sont dans le commerce juridique et, donc, susceptibles de faire l'objet de convention. Cette règle est clairement posée par l'article 1128 de Code civil de 1804 tel qu'applicable en Côte d'Ivoire qui dispose qu'« *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puisse faire l'objet de convention* ». Ainsi, les droits disponibles sont des droits qui peuvent faire l'objet de convention.

Il nous semble que même si cette approche des droits disponibles mérite approbation de façon générale, elle laisse subsister encore des doutes à certains égards. Nous en voulons pour preuve la récente consécration des conventions matrimoniales ou encore contrats de mariage en droit ivoirien³⁹. En effet, les conventions matrimoniales peuvent être appréhendées comme des contrats passés par devant notaire avant la célébration du mariage et par lesquels les époux fixent le régime de leurs biens pendant le mariage⁴⁰. Ainsi, les contrats de mariage ayant pour objet la répartition des biens entre époux, peuvent-ils être considérés comme arbitrables ?

³⁶ OUSMANOU (S.), « arbitrabilité », *op.cit.*, p.237

³⁷ MEYER (P.), *OHADA Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, *op.cit.*, p.101 et s.

³⁸ OUSMANOU (S.), « arbitrabilité », *op.cit.*, p.234

³⁹ Cf. article 58 de la loi n°2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage, JORCI n°10 du 12 juillet 2019.

⁴⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, 8ème édition, puf, 2010, p. 231

Pour notre part, il conviendrait de tenir cette catégorie particulière de conventions éloignées du champ de l'arbitrage puisqu'elle touche au régime matrimonial. Or, comme le précise l'article 2060 du Code civil de 1804 « *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* ».

39. En outre, **sur le plan processuel**, les droits disponibles sont perçus, par l'auteur précité, comme des droits dont la consécration peut être soustraite de la compétence du juge étatique au profit de l'arbitrage, justice conventionnelle. Dès lors, ce droit doit être de nature patrimoniale et exempte de toute contrainte juridique limitant sa négociabilité. Un droit est donc disponible lorsque le litige qui naît ou est susceptible de naître au sujet de son existence ou à l'occasion de son existence peut être soumis à un juge étatique dont la compétence est conventionnellement attribuée-cas d'une clause attributive de compétence-ou, plus pertinemment à un ordre juridictionnel conventionnellement choisi par les parties contractantes-cas d'une convention d'arbitrage⁴¹.

Si la notion de droits disponibles est une notion variable qui rend difficile la perception des litiges pouvant faire l'objet d'une procédure d'arbitrage selon l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, l'extensibilité de l'ordre contractuel rend tout aussi compliqué le recours à l'arbitrage institutionnel CCJA.

40. Selon les dispositions de l'article 21 du Traité OHADA, l'existence d'un différend contractuel est un critère formel de l'arbitrabilité en droit OHADA. Ainsi, tout litige d'ordre contractuel est susceptible d'être tranché par voie d'arbitrage à condition que les parties aient convenu de recourir à cette forme de justice. Toutefois, s'il existe des différends d'ordre contractuel certainement arbitrables, il n'en existe pas moins des différends contractuels par définition, mais qui s'accommodent mal au règlement par voie d'arbitrage. Nous en voulons pour preuve les cas des différends de travail.

⁴¹ OUSMANOU (S.), *Les conventions relatives au procès*, Thèse Rennes I, 1996, n°544 et s. ; EUDIER (V.), *Ordre public substantiel et office du juge*, Thèse Rouen, 1994 ; extrait de OUSMANOU (S.), « arbitrabilité », *op.cit.*, p.234

41. Il existe une vive controverse doctrinale relativement à l'arbitrabilité des différends nés d'un contrat travail. En effet, certains auteurs estiment que le droit du travail repose sur une base protectionniste. Dès lors, les différends y afférents relèvent de ceux qui sont exclus du champ de la compétence de la justice arbitrale, au profit de celle du juge étatique. Par contre, pour d'autres auteurs, le caractère extrajudiciaire et amiable des techniques préalables de règlement des conflits individuels ou collectifs du travail que sont la conciliation devant l'inspecteur du Travail et le recours à la Commission concluent à l'arbitrabilité potentielle des différends de travail⁴². De plus, le recul de l'ordre public comme obstacle à l'arbitrabilité des litiges a achevé de conforter les tenants de la soumission possible des différends de travail à l'arbitrage⁴³.

42. Face au mutisme du projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail, qui jusque-là se fait attendre, le Professeur MEYER tire argument de la généralisation de la transaction comme modalité principale de rupture du contrat de travail pour affirmer la négociabilité des différends de travail⁴⁴, et donc leur arbitrabilité. Lui emboitant le pas, un autre auteur estime que là réside probablement l'un des fondements de la reconnaissance, par la jurisprudence, de la possibilité pour le salarié de convenir un compromis pour trancher les différends consécutifs à la résiliation d'un contrat de travail⁴⁵.

43. En dépit de cet enthousiasme, nous demeurons sceptiques quant à l'arbitrabilité des différends de travail. Ce scepticisme trouve ancrage dans le protectionnisme prononcé qui émaille tout le droit du travail. Il serait donc opportun que le futur Acte uniforme relatif au droit du travail puisse adopter une position assez claire sur la question.

⁴² TCHANTCHOU (H.), « L'arbitrage en droit africain du travail », Ohadata D-05-23, www.ohada.com

⁴³ BOULANGER (Ph.), « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. Arb.* 1999, spéc., p.555 ; POUGOUE (P.-G.), TCHAKOUA (J.M.) et FENEON (A.), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA, coll. Droit uniforme africain, 2000, n°71

⁴⁴ Abidjan, Ordonnance de référé n°1435 du 27 mars 2003, cité par MEYER (P.) sous l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, OHADA, *Traité et actes uniformes commentés*, Juriscope, 3^{ème} édition, 2008, 119, note sous l'art.2

⁴⁵ OUSMANOU (S.), « arbitrabilité », *op.cit.*, p.232

10TH ANNIVERSARY OF THE REFORM OF FRENCH ARBITRATION LAW



Jean-Pierre GRANDJEAN, Marguerite AYNES, Alexander SCHOLTEN

Grandjean Avocats (Paris)

After being shaped by case law, French arbitration law was codified ten years ago by the decree of 13 January 2011. This anniversary was celebrated in a webinar organized by the *Club des juristes* with **Jean-Pierre Grandjean** and **Marguerite Aynès**, Partners at [Grandjean Avocats](#). This conference offered different views on the evolution of French arbitration law in the past decade by bringing together professors, a judge of the *Cour de cassation*, arbitration practitioners and representatives of major companies using arbitration.

Three round tables moderated by Jean-Pierre Grandjean successively discussed (i) the contribution and place of legislation and case law since the decree of 13 January 2011, (ii) the conduct of arbitration proceedings and (iii) the control of arbitral awards by the French courts.

The video and report of the conference are available at the following [link](#).

We revisit here some important issues raised during the conference.

1. The improved attractiveness of French arbitration law

The speakers all agree that the decree of 13 January 2011 has improved the attractiveness of French arbitration law by increasing its clarity and predictability.

Lauréanne Delmas (General Counsel Dispute Resolution & Litigation of the Thales Group, member of the Board of Directors of *Association Française d'Arbitrage*, Vice-Chairman of the ADR and Arbitration Commission of ICC France) recalls that the International Chamber of Commerce has seen a steady increase in the number of

arbitrations over the last decade with 930 new cases in 2020, compared to 796 cases in 2010. Paris remains the preferred place in ICC arbitrations and French arbitrators are in the "top 3" of appointed arbitrators.

The 2011 reform codified in particular:

- The principles of *compétence-compétence*, according to which the arbitral tribunal decides on its jurisdiction under the subsequent control of the state courts;
- The principles of celerity and loyalty in arbitral proceedings;
- The principles of independence and impartiality, and the obligation of disclosure with respect to arbitrators;
- Efficient state court intervention which, as reminded by **Sylvain Bollée** (Professor at the Sorbonne Law School - University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Director of the Master 2 Arbitration and International Trade Law, co-author of *Droit du commerce international et des investissements étrangers* (LGDJ 2019)) and **Jacques Pellerin** (Attorney at Law at the Paris Bar, former President of the Chamber of Attorneys at the Paris Court of Appeal, Vice-President of *Comité Français de l'Arbitrage*), can occur either (i) before the constitution of the arbitral tribunal and in case of urgency to order interim measures, or (ii) once the tribunal has been constituted in a limited number of situations including challenges of arbitrators in *ad hoc* proceedings;
- The judicial review of awards at the stage of setting aside or enforcement in accordance with the requirements of the New York Convention.

In total, only 7 out of 84 articles of the 2011 reform have since been amended which is a testament to the quality of its drafting. French arbitration law has nevertheless continued to evolve, for instance:

- In domestic arbitration, arbitration agreements are now valid when entered into by consumers, even though their acceptance must be verified.

- An accelerated procedure has been created, whereby the judge may render an enforceable judgement - and no longer an order "*as in summary proceedings*" - in the course of the arbitration.

Further, case law has clarified certain concepts such as the notion of notoriety which, as explained by **Isabelle Michou** (Attorney at Law at the Paris Bar, Solicitor of England and Wales, Partner at Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan), allows arbitrators, before their appointment, not to disclose certain facts likely to affect their judgment if these are public information, easily accessible (i.e. not requiring "*several successive operations resembling investigative measures*"), and the parties could not fail to know them before the start of the arbitration.

With regard to future developments, **Thomas Clay** (University Professor, Dean of Faculty, Provisional Administrator of the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Attorney at Law at the Paris Bar, Founder of Clay Arbitration) considers that "*several reforms deserve to be considered in the years to come, such as the clarification of the confidentiality regime in international arbitration, the coordination of the unfair terms regime with the new article 2061 § 2 of the Civil Code, the endorsement of third-party opposition in international matters, the streamlining of the Labor Code (article L111-4), the removal of articles 2059 and 2060 of the Civil Code that have become unnecessary, and arbitration in public law which everyone can understand must be controlled by the judicial courts*".

2. The emergence of new subjects in French arbitration law

The extension of French arbitration law to certain matters has made its regime less clearly defined in these matters:

- In labor law, the *compétence-compétence* principle is set aside - which, according to **Caroline Duclercq** (Attorney at Law at the Paris Bar, Partner at Medici, member of the Board of Directors of *Association Française d'Arbitrage* (AFA) and *Paris Place d'Arbitrage*), is understandable since the "weak" party (i.e. the employee) must be protected. However, the basis for rejecting this principle is not the same in domestic arbitration, which excludes it on the grounds of inapplicability of the arbitration clause to the employee, and in international arbitration which does so on the grounds of its unenforceability.

- As regards consumer law, the rules should be the same since consumers are also considered as "weak" parties. But it was not until a decision of the *Cour de cassation* of 30 September 2020 that the principle of *compétence-compétence* was also set aside, although on the basis of European consumer protection law.
- On questions of public law, there is a split between the civil and administrative courts, which **Pierre Todorov** (General Secretary of the EDF Group, Member of the *Club des juristes*) sees as "*a form of resistance by the State to arbitration*". Regarding challenges of awards rendered in France, the civil judge has jurisdiction unless it is necessary to control the "*conformity of the award with the mandatory rules of French public law relating to the occupation of the public domain or those governing public procurement*" (*Inserm* decision of the *Tribunal des conflits* of 2011; *Fosmax* decision of the *Conseil d'Etat* of 2016). For awards rendered abroad, however, the civil judge has sole jurisdiction. As for *exequatur* proceedings, both civil and administrative courts continue to claim jurisdiction.

Elie Kleiman (Attorney at Law at the Paris Bar, Partner at Jones Day, President of *Paris Place d'Arbitrage*) brings up the issue of the nature and scope of the courts' review of the arbitral tribunals' jurisdiction, which normally extends to "*all legal or factual elements that make it possible to assess the scope of the arbitration agreement and the mission entrusted to the arbitrators*", although recent decisions have created uncertainty in this respect:

- The *Schooner* judgment of the *Cour de cassation* of 2020 has allowed parties to bring forward new grounds on which to challenge the jurisdiction of the arbitral tribunal, as long as they have already raised a jurisdictional challenge before the arbitrators: it remains indeed forbidden to raise jurisdictional objections for the first time before the courts. Will this solution also be applied to other grounds of annulment?
- In a case where the parties had delimited the matter in dispute by excluding facts prior to a certain date, the Paris Court of Appeal partially annulled the award on the grounds that compensation had been calculated by considering

facts before that date. This raises the question of "*how far can the control of the merits go in the framework of the control of jurisdiction?*"

As to the compliance of arbitral awards with public policy, the Paris Court of Appeal now performs an in-depth control by seeking and assessing, in law and in fact, all the elements concerning potential violations. Further, it allows the issue to be raised for the first time before the courts and does not consider itself bound by the arbitrators' findings. **Jérôme Ortscheidt** (Attorney at the *Conseil d'État* and the *Cour de Cassation*, co-author of *Droit de l'arbitrage interne et international* (LGDJ 2019)) discusses the position of the Court of Appeal in that it retries the case that was held before the arbitral tribunal, and points out that the *Cour de cassation* has not yet ruled on this approach which is for now limited to questions of corruption and money laundering.

Also, the Paris Court of Appeal has allowed the use of "red flags" which do not require proof of public policy violations. **Aurélien Hamelle** (General Counsel of the Total Group, Lecturer at the Institute of Political Studies of Paris, Member of the *Club des Juristes*) considers that this new approach is "*not entirely consistent with the group-of-indicia method (méthode du faisceau d'indices), which would suppose that the contract in dispute can only be explained by an act of corruption*". He adds that "*under the guise of international public policy, state control should not lead to compliance. Compliance has been widely developed in companies and the red flags method has its place. But as important as it is, it is only an instrument for preventing criminal risk. The risk elements should not be equated with the serious, precise and consistent evidence necessary to characterize corruption*".

Regarding enforcement proceedings, the 2016 Sapin 2 law has increased the immunity enjoyed by States which, according to Mr. Todorov, "*affects the res judicata effect of arbitral awards*".

At the European level, the CJEU ruled in its *Achmea* judgment of 2018 that arbitration clauses in intra-EU bilateral investment treaties are incompatible with European law. Mr. Todorov highlights the political impetus behind this far-reaching decision as, since then, "*EU member states have expressed their intention to dismantle the protections that companies benefit from arbitration clauses in their*

intra-community investments", including those contained in multilateral investment treaties.

Mr. Ortscheidt cautions that *"the French judge's vision of arbitration has evolved, with a new generation of judges not sharing the same vision as those who, for several decades, forged the French arbitration law consecrated by the decree"*.

Dominique Hascher (Judge of the *Cour de Cassation*, co-author of *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial* (Dalloz 2019)) emphasizes that *"the founding principles of arbitration, which form the basis of the 1980/1981 reform that established arbitration as an international justice system and not an annex of state justice, must continue to guide the interpretation of the reform of 13 January 2011"*.

In his closing remarks, **Jean-Pierre Grandjean**, the conference's moderator, points out that there are *"reasons for optimism for the future, one of them being the recent creation of the International Chamber of the Paris Court of Appeal, which reinforces France's attractiveness for the resolution of international commercial disputes"*. He welcomes *"the contribution of the decree of 13 January 2011 and expresses the wish that, both through legislation, case law and arbitration practice in France, Paris remains the place of choice for arbitration"*.

L'ARBITRAGE EN DROIT BULGARE



Ana-Maria ILCHEVA

Docteur en droit

1. Consécration de l'arbitrage en droit bulgare et premier tribunal arbitral. C'est une vieille loi du 8 février 1892, restée en vigueur jusqu'à l'adoption du Code de procédure civile en 1952, qui consacre, en droit bulgare, l'arbitrage en tant que mode alternatif de règlement des conflits. Le premier tribunal arbitral a été créé sur la base de cette loi. Il s'agit du Tribunal arbitral de la Chambre du commerce et de l'industrie, que l'on nommait, à cette époque, la *Commission d'arbitrage du commerce extérieur*. Comme son nom l'indique, cette commission était chargée du règlement des différends entre les organisations commerciales bulgares et les entités juridiques étrangères domiciliées dans les pays socialistes. À l'origine, ce tribunal arbitral était considéré comme un « organe de l'État », ses ressemblances avec les tribunaux étatiques étaient encore importantes, si bien qu'il ne s'agissait pas d'un véritable organe indépendant de règlement extrajudiciaire des litiges. Les arbitres de ce tribunal étaient d'éminents juristes, économistes et fonctionnaires spécialistes des questions commerciales. La loi du 31 mai 1950 sur l'arbitrage d'État et le Code de procédure civile de 1952 réforment considérablement cette institution. Elle porte désormais le nom de *Tribunal arbitral*.

2. Le « Tribunal arbitral » près la Chambre du commerce et de l'industrie. Avec une histoire de plus de 100 ans, cette institution arbitrale est aujourd'hui la plus importante de la Bulgarie. Elle jouit de la confiance des professionnels bulgares et sa légitimité est confirmée devant la communauté internationale. Le Tribunal arbitral participe activement aux divers projets de réforme sur l'arbitrage commercial, cherchant à promouvoir ce mode alternatif de règlement des conflits, y compris

auprès des particuliers. Son domaine d'intervention n'est plus circonscrit aux seuls litiges internationaux. Son activité a été modernisée à travers notamment la création d'un programme de traitement électronique des affaires (entre 80 et 90% des dossiers sont aujourd'hui traités par voie électronique). En janvier 2005 ont été adoptées des règles relatives aux procédures accélérées. Ces règles permettent un arbitrage plus rapide et moins coûteux et sont particulièrement adaptées à la résolution de litiges à faible coût. L'arbitrage a réellement pris de l'ampleur grâce à ces réformes. Au début des années 2000, on comptait environ 130 à 160 cas par an. Les cinq dernières années, le nombre de cas varie entre 700 et 800 cas par an. 82% des affaires nationales sont entendues dans les neuf mois et 66% des affaires internationales sont entendues dans les douze mois.

3. Développement et diversité des institutions arbitrales. Le Tribunal arbitral près la Chambre du commerce et de l'industrie est loin d'être la seule institution arbitrale. Dès 1989, suite à la chute des régimes communistes, de nombreuses institutions arbitrales ont vu le jour en Bulgarie. Classiquement, ces institutions arbitrales ont pour mission d'organiser des arbitrages en application d'un règlement qu'elles ont édicté et que les parties acceptent en convenant que leur litige sera réglé sous leurs auspices. Le secret constitue, aux yeux des utilisateurs de l'arbitrage, un de ses avantages les moins contestés. Aujourd'hui, on compte vingt-trois centres permanents d'arbitrage siégeant en Bulgarie, ce qui est un nombre non négligeable au regard de la taille du pays. Certaines institutions arbitrales sont spécialisées dans le traitement de litiges relevant d'une branche du droit en particulier (droit de la consommation, droit commercial, droit bancaire, droit maritime, droit du sport...). D'autres sont rattachées à des organisations non gouvernementales (par exemple, le *Tribunal arbitral de l'Association des microentreprises*, le *Tribunal arbitral de l'Association des bonnes pratiques juridiques*, le *Tribunal arbitral de l'Association des banques commerciales*, ou encore la *Cour des petits litiges civils de l'Association bulgare pour la société civile et les initiatives juridiques*) ou à des ministères (par exemple, l'*Institut national de conciliation et d'arbitrage sous la tutelle du ministre du Travail et de la Politique sociale* pour le règlement des conflits collectifs du travail), et règlent les différends relevant de leur compétence. Enfin, il existe des institutions arbitrales dont la compétence est déterminée par un critère géographique (par exemple, le *Tribunal arbitral de Sofia*, le *Tribunal arbitral de Varna*). Les domaines de

compétence pouvant se recouper, les parties doivent parfois faire un choix entre tel ou tel centre d'arbitrage.

4. L'arbitrage plus prometteur que la justice étatique. On constate globalement que l'arbitrage est préféré à la justice étatique, laquelle est critiquée en raison de ses lenteurs et salie par les accusations récurrentes de corruption et de dépendance du pouvoir politique. Ce mode alternatif de règlement des litiges est désormais utilisé dans pratiquement toutes les branches du droit privé où il est autorisé. En effet, en droit bulgare, peu d'affaires sont non arbitrables par nature. Il s'agit des affaires concernant les droits extrapatrimoniaux, les droits réels immobiliers, les relations individuelles du travail, les pensions alimentaires, le droit de la famille. Ces matières non arbitrables relèvent exclusivement du juge étatique. En revanche, l'arbitrage est largement développé en matière de droit des contrats (litiges relatifs à la non-exécution ou la mauvaise exécution d'un contrat), droit des sociétés, droit de la concurrence (concurrence déloyale et abus de position dominante) et droit de la consommation.

5. Arbitrage institutionnel et arbitrage *ad hoc*. En droit bulgare, comme ailleurs, il existe deux formes d'arbitrage : l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*. Dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, la procédure est prise en charge et administrée par une institution d'arbitrage, selon son règlement. Les arbitres, dont les noms sont inscrits sur une liste et publiés, sont nommés par les parties, ce qui est important dans un système où l'indépendance des juges est très régulièrement remise en question. À défaut d'accord entre les parties, les arbitres sont désignés par l'institution d'arbitrage. Celle-ci supervise la procédure et assiste les parties en cas de difficulté. Par opposition, l'arbitrage *ad hoc* est mené sans recours à une autorité administrative et, en principe, sans l'aide de règles de procédure institutionnelles. L'absence de cadre préétabli présente des avantages et des inconvénients. Certes, les parties disposent d'une grande souplesse dans la définition des règles de procédure, les coûts sont en théorie limités et la confidentialité est *a priori* renforcée. Néanmoins, il existe des risques de paralysie de la procédure lorsqu'elle est mal ou insuffisamment encadrée par les parties ou en cas de désaccord persistant entre elles. L'efficacité de cette forme d'arbitrage suppose donc un soin renforcé et une grande précision au stade de la rédaction de la clause compromissoire. Force est de

constater qu'en pratique, l'arbitrage *ad hoc* demeure une exception. Il est réservé à des situations de relative proximité et simplicité des relations entre les parties, notamment lorsqu'elles ont vocation à rester étroitement en affaire.

6. L'arbitrage remis en question. Tel qu'il a été présenté, l'arbitrage apparaît comme une alternative à la justice étatique, beaucoup plus prometteuse et efficace. Cependant est-ce une solution miracle et le vaccin contre un système judiciaire dénoncé pour son absence d'indépendance et d'impartialité, et pour sa lenteur ? Rien n'est moins sûr... En 2016, les médias bulgares ont rapporté les uns après les autres l'existence de plusieurs milliers d'affaires d'arbitrage « résolues » en moins d'une minute trente par dossier. Quelle rapidité, en effet ! Les droits de milliers de personnes ayant eu recours à l'arbitrage ont été violés, ce qui a provoqué une grande méfiance à l'égard de cette institution. Les tensions ont conduit à de nouvelles réformes législatives cherchant à rétablir la confiance dans la procédure d'arbitrage.

7. En définitive, l'arbitrage est une figure relativement ancienne du droit bulgare. Perfectible, il présente tout de même des avantages considérables par rapport à la justice étatique. Mais le développement de cette justice privée, volontaire et conventionnelle ne doit pas se faire au détriment de la justice étatique. La justice arbitrale doit rester une *alternative à la justice étatique*, et non *la seule forme de justice possible* dans un État où la dépendance des juges et la corruption rendent souvent inefficace la justice classique...

L'OBLIGATION DE CÉLÉRITÉ DANS L'ARBITRAGE OHADA : ANALYSE À PARTIR DE L'ACTE UNIFORME RELATIF À L'ARBITRAGE RÉVISÉ

Sonia Mireille FOTUÉ

Docteure/Ph.D en Droit privé et Sciences criminelles

Assistante à l'Université de Yaoundé 2 (Cameroun)

Membre de l'URDA (Unité de Recherches pour le Droit des Affaires)

Lauréate de l'AFDD-Palmarès du Prix MAMADOU BARRY 2021

1. Si la justice étatique semble autant boudée par les opérateurs économiques, c'est certainement parce qu'on lui reproche entre autres, ses lenteurs et lourdeurs procédurales et les difficultés à exécuter les décisions de justice rendues¹. En revanche en recourant à la justice privée et en particulier à l'arbitrage qui est un Mode alternatif de règlement de différend², certaines garanties sont offertes aux justiciables. Selon Jarrosson, l'arbitrage est une 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-ci³. Il est aussi défini comme le jugement d'une contestation par des particuliers, que l'on nomme arbitres, et qui sont désignés pas les litigants au moyen d'une convention⁴. Ceci étant, on observe que nombreux sont ces investisseurs qui préfèrent aller à arbitrage⁵ parce qu'il leur assure confidentialité, impartialité de l'arbitre et surtout célérité du procès. Pour ce qui est de la célérité, il faut dire qu'elle est importante en droit processuel et surtout

¹ MBAYE (N.M.), *L'arbitrage OHADA : réflexions critiques*, Mémoire de DEA, Université Paris X Nanterre, juin 2001, *BeDA*, <http://www.lexana.org>, p. 3 ; NGUEMGUIM L. (F.), *Les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, Mémoire de Master, UCAC, 2007-2008, *Ohadata D-08-44*, p. 2.

² MARC en abrégé.

³ JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, n° 785, cité par NGUEMGUIM L. (F.), *Les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, Mémoire de Master, UCAC, 2007-2008, préc., p. 7.

⁴ KENFACK D. (G.), « Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA », *RCA*, n° 12, Janv-fév-mars 2001, p. 3, *Ohadata D-08-91*.

⁵ PILKINGTON (N.) et THOUVENOT (S.), « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », *Pratiques et actualités du droit Ohada*, Journées d'études Juriscope, Poitiers, p. 128 et s. ; *Ohadata-D-12-60*.

dans ce monde des affaires en perpétuelle mouvance. Car comme l'affirme si bien ce célèbre dicton, « *en affaires, le temps c'est de l'argent !* ».

2. Partant, s'il est constant que le temps est une donnée précieuse pour ceux qui font les affaires, en particulier pour les investisseurs, alors il est assez certain que ces derniers hésiteront à s'engager si l'environnement juridique dans lequel ils voudraient faire affaire ne prend pas en compte une telle exigence. Il est important de rappeler au passage que quand le climat des affaires n'est pas suffisamment propice à assurer la sécurité juridique des justiciables, au lieu d'attirer les investisseurs, il risque plutôt de les repousser. C'est en considération de tout ce qui précède et surtout des nobles ambitions affichées par le Droit OHADA⁶, à savoir : relancer l'investissement à travers un Droit des affaires moderne et suffisamment attractif, que **le législateur uniforme promeut et encourage donc le recours à l'arbitrage pour le règlement des différends**⁷.

3. Cette détermination à en faire un facteur d'attractivité du droit OHADA⁸ s'est renforcée avec la réforme qu'a connue le droit de l'arbitrage à Conakry le 23 novembre 2017⁹. À cette occasion, des versions révisées de l'Acte uniforme relatif à l'Arbitrage (AUA)¹⁰ et du Règlement d'Arbitrage¹¹ de la CCJA¹² (RA-CCJA) ont été adoptées. Il convient par ailleurs de noter que les textes ci-avant cités régissent respectivement l'arbitrage ad-hoc ou de droit commun et l'arbitrage institutionnel organisé sous l'égide de la CCJA. Mais l'une des innovations principales qui découle de la réforme de 2017 et qui leur est commune c'est justement l'attention nouvelle et

⁶ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires dont le Traité a été signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis en Ile Maurice et révisé le 17 octobre 2008 à Québec au Canada. Elle compte actuellement dix-sept États Parties.

⁷ Cf. Préambule et art. 1^{er} du Traité de l'OHADA, in *OHADA et Actes uniformes annotés et commentés*, Juriscope 2002, 2^{ème} éd., p. 32.

⁸ ISSA-SAYEGH, « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », *RCA*, n° spécial, Octobre 2001, p. 22 et s., *Ohadata* D-02-20, p. 2.

⁹ À cette même occasion, un Acte uniforme relatif à la Médiation (AUM) a été adopté. Cf. (MBAYE M.N.) et DOGUE (K.O.C.), « Modes alternatifs de règlement des différends : l'OHADA renforce son arsenal législatif ! », *BEPP* n°3, novembre 2017, pp. 4-5.

¹⁰ Le tout premier Acte uniforme relatif à l'Arbitrage a été adopté le 11 mars 1999 au Burkina Faso.

¹¹ L'arbitrage conduit sous les auspices de cette Cour est aussi régi par le titre IV (art. 21-26) du Traité de l'OHADA.

¹² Entendu comme la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et le tout premier RA-CCJA a été adopté le 11 mars 1999.

toute particulière que le législateur uniforme prête désormais à la question de la célérité en arbitrage. C'est vrai, l'exigence de célérité ne date pas de la réforme. Mais il convient de relever que dans leurs nouvelles formules, et **dans l'AUA en particulier, le législateur OHADA fait de la célérité l'une de ses préoccupations majeures ; l'érigant pratiquement au rang d'obligation.**

4. Si l'obligation est une notion polysémique, dans le dictionnaire Larousse, elle est définie comme une contrainte, un devoir qu'impose la loi, la morale, les conventions sociales, les circonstances¹³. Selon Cornu, le mot obligation vient du verbe latin *obligare* qui signifie obliger, lier par une loi, un ordre¹⁴. La célérité quant à elle renvoie à la rapidité, à la diligence. Dès lors, lorsqu'on parle de l'obligation de célérité dans l'arbitrage tel que régit par l'AUA, il s'agit en d'autres termes du devoir de rapidité, de diligence dans l'arbitrage de droit commun. Mais comment est donc consacrée l'obligation de célérité dans l'AUA ? Comment se manifeste-t-elle ? Et surtout quelle en est la portée pour l'attractivité du droit OHADA ? L'intérêt d'un tel questionnement est suffisamment perceptible ; surtout lorsqu'on note qu'avec la réforme de 2017, les délais prescrits autant l'AUA que dans le RA-CCJA auquel on recourra très souvent à titre de comparaison, sont désormais rédigés d'une façon assez particulière. Particularité qui découle en fait de la forme que revêtent tous ces délais. En effet, ceux-ci sont désormais rédigés intégralement ; c'est-à-dire, d'abord en toutes lettres, puis en chiffres. Ce qui curieusement jadis, n'était pas toujours le cas¹⁵.

5. Au demeurant, ce qu'il faut comprendre c'est qu'en fait, l'obligation de célérité est une exigence qui a été affirmée non seulement à l'entame (I), mais aussi confirmée à la clôture du procès arbitral (II).

I) La célérité : une exigence affirmée à l'entame du procès arbitral

¹³ *Le Petit Larousse Illustré*, Paris, 2011, pp. 700-701.

¹⁴ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd., janvier 2014, p. 699.

¹⁵ On peut constater en effet que certains délais étaient rédigés uniquement en lettres. Cf. notamment, les articles 5 et 12 de l'AUA ; les articles 15, al. 1d ; 29, al. 3 et 30, al. 5 du RA-CCJA et d'autres seulement en chiffres. Cf. l'art. 22, al. 3 de l'AUA ; l'art. 26, al. 1-4 du RA-CCJA.

6. Dans le nouvel AUA révisé en 2017, le législateur OHADA a mis un certain point d'honneur à renouveler son attachement au respect d'une certaine diligence dans le procès arbitral. Partant, cet impératif de célérité se perçoit d'abord, dès la constitution du tribunal arbitral (A) et ensuite, pendant l'instance arbitrale où il pourra faire l'objet d'appréciation (B).

A- Un impératif perceptible pendant la constitution du tribunal arbitral

7. Pour la constitution du tribunal arbitral, des délais stricts sont désormais imposés au juge étatique lorsqu'il doit procéder à la nomination des arbitres en cas de défaillance des parties (1) ou lorsqu'il est saisi par une action en récusation d'un arbitre (2).

1- L'imposition d'un délai au juge étatique pour la nomination des arbitres

8. Le législateur OHADA prévoit que la nomination des arbitres est une charge qui incombe principalement aux parties. Ce qui s'explique puisqu'en arbitrage, les parties sont maîtresses du procès. Cela étant, et par voie de conséquence, l'article 6, al. 1^{er} de l'AUA prévoit clairement que « *les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties* ». Cependant, il faut mentionner que bien que les parties jouissent de ce pouvoir de nomination, elles ne peuvent en disposer comme elles veulent puisque des délais leur sont impartis. À ce propos, l'AUA prévoit, en paraphrasant, que lorsque les parties ne parviennent ou ne nomment pas les arbitres dans un délai de 30 jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou lorsque les deux arbitres nommés ne s'accordent pas pour choisir le troisième arbitre dans un délai de 30 jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée sur la demande d'une partie, par la juridiction compétente dans l'État Partie.

9. De même, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé sur la demande d'une partie par la juridiction compétente dans l'État Partie¹⁶. Mais **l'innovation ici c'est que lorsque le juge étatique a été saisi pour pallier ces différentes carences, il**

¹⁶ Art. 6, al. 4 de l'AUA.

doit rendre sa décision de nomination dans un délai de 15 jours à compter de sa saisine, à moins que la législation de l'État Partie ne prévoise un délai plus court. Et cette décision, il faut le préciser n'est désormais susceptible d'aucun recours¹⁷. Ce qui est une avancée louable parce que dans l'ancienne version de l'AUA, le législateur était resté silencieux sur la possibilité ou non d'exercer un recours contre cette décision de nomination. Un mutisme que la doctrine avait tôt fait de critiquer¹⁸ alors que dans le RA-CCJA, le législateur était suffisamment clair en disposant que cette décision n'est susceptible d'aucun recours¹⁹.

10. En tout état de cause, il reste que cette faculté de solliciter l'intervention du juge étatique, elle-même dorénavant limitée dans le temps est une disposition louable. En effet, elle permet de diligemment contrecarrer, toute action ou intention de blocage ou de paralysie du processus arbitral par les parties notamment et donc de poursuivre sereinement l'arbitrage. C'est vrai que les parties ont l'obligation d'agir avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure et doivent s'abstenir de toutes mesures dilatoires²⁰, mais il n'en est pas toujours ainsi. Cela étant, dès lors qu'il est saisi, le juge étatique doit statuer dans un délai de 15 jours, voire moins si le droit interne le prévoit. Il est indéniable que cette disposition pourrait contribuer à accélérer le déroulement de l'arbitrage, et pour cela, on pourrait féliciter l'œuvre du législateur OHADA. Mais cette œuvre paraît inachevée puisqu'aucune sanction n'a été prévue en cas de violation des délais fixés. Ce qui à terme risquerait d'égratigner l'effectivité de la célérité recherchée par le droit uniforme.

11. Dès lors, il faut simplement espérer que lorsqu'il sera saisi, le juge étatique sera suffisamment diligent. En attendant, il faudrait déjà identifier qui est ce juge étatique²¹ ; tant il est vrai que tous les États Parties ne l'ont pas encore désigné²².

¹⁷ Art. 6, al. 5 de l'AUA.

¹⁸ MBAYE (N.M.), *L'arbitrage OHADA : réflexions critiques*, Mémoire de DEA, Université Paris X Nanterre, *op cit.*, p. 18.

¹⁹ Art. 4, al. 6 dudit Règlement.

²⁰ Art. 14, al. 4 de l'AUA.

²¹ En fait, la détermination du juge étatique compétent a été renvoyée aux droits internes par l'AUA. V. à ce sujet, DIENG (A.), « Les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage ad hoc », *RCA*, n° spécial, février 2010, p. 91.

²² KENFACK D. (G.), « *L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA* », *RCA* n° spécial, février 2010, p. 101, *Ohadata D-11-38*.

En droit camerounais, une loi a été adoptée à cet effet. C'est la loi n° 2003/009 du 10 juillet 2003 portant désignation des juridictions compétentes visées à l'AUA et fixation de leur mode de saisine. L'article 2 de cette loi dispose que le juge compétent visé par l'article 5 devenu article 6 de l'AUA révisé est le Président du Tribunal de Première Instance (PTPI)²³ du lieu de l'arbitrage²⁴ ou le magistrat qu'il délègue à cet effet. C'est donc ce PTPI qui est compétent en matière de constitution du tribunal arbitre. Et tel que le précise l'article 3 de la loi sus-citée, il est saisi comme en matière de référé.

12. Par ailleurs, il convient de noter que la procédure de référé optée par le législateur camerounais a l'avantage de garantir non seulement le respect d'un débat contradictoire et des droits de la défense²⁵, mais surtout la célérité de la procédure puisque fondamentalement, elle se caractérise par l'urgence²⁶. Cette célérité se cristallise avec l'article 3 précité qui rajoute que la décision du PTPI tel que prévu par l'AUA ne peut effectivement faire l'objet d'aucun recours.

« À cet égard, il faut féliciter le droit camerounais qui à la suite du législateur OHADA révèle clairement ici son intention de barrer la voie à d'éventuels recours dilatoires pouvant inutilement faire durer le procès arbitral²⁷ ».

13. Toutefois, à cause du renvoi²⁸ opéré par le législateur OHADA, cette exigence de rapidité que l'on veut insuffler dans l'arbitrage sera diversement conçue selon la

²³ Même en Côte d'Ivoire et au Tchad c'est le PTPI du lieu d'exécution de la sentence arbitrale qui est compétent. Sur ce, v. la loi ivoirienne n° 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage et l'ordonnance tchadienne du 28 juillet 1997 portant promulgation partielle du CPC (art. 373, al 2). Mais au Sénégal, c'est le Président du Tribunal Régional du lieu de l'exécution de la sentence arbitrale. Pour toutes ces précisions, v. KENFACK D. (G.), « *L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA* », RCA n° spécial, préc.

²⁴ KENFACK D. (G.), « *L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA* », préc.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ KERE K. (G.), *Droit civil processuel*, Sopecam 2006, pp. 58-60. V. aussi la notion de référé dans CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, PUF, *op. cit.*, p. 872.

²⁷ BELIBI (J.), et KENFACK D. (G.), « Le juge d'appui dans l'arbitrage OHADA », *Rev. de l'ERSUMA*, préc., p. 56.

²⁸ Ce renvoi a été justifié par le fait que l'identification de ce juge est une question d'organisation judiciaire, matière n'entrant pas le domaine de compétence du Droit des affaires OHADA. Cf. KENFACK D. (G.), « Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA », RCA n° 12, Janv.-fév.-mars 2001, p. 9.

législation nationale en présence²⁹ ; instituant alors comme une sorte de célérité à géométrie variable. Pour preuve, lorsqu'on visite le droit sénégalais il paraît plus explicite et la procédure consacrée semble plus diligente encore au regard de la brièveté des délais impartis (moins de 15 jours) au Président du Tribunal Régional. En effet, saisi par voie de requête tel que le proposait jadis³⁰ une certaine doctrine³¹ et ce en dépit de toutes les contraintes liées à cette procédure³², le PTR jouit d'un délai de 48 heures pour rendre sa décision. Celle-ci peut faire l'objet d'appel dans un délai de 5 jours à compter de sa notification. Et en appel, la Cour dispose d'un délai de 48 heures pour se prononcer³³.

14. En tout état de cause, il semble que pour éviter toutes ces disparités législatives, sources d'insécurité juridique par ailleurs, le législateur uniforme aurait peut-être dû profiter de la réforme pour clarifier enfin cette notion suffisamment controversée de « *jurisdiction étatique compétente* ». En attendant, celle-ci reste compétente pour connaître des cas de récusation d'arbitre.

2- La fixation de délais pour la procédure de récusation d'un arbitre

15. Dans sa formule révisée, l'AUA confectionne une nouvelle parure à la procédure de récusation d'arbitres. D'abord, il lui fixe des délais, auxquels sont assujettis autant les parties que le juge étatique. Ensuite et enfin, il admet désormais la possibilité d'exercer un recours contre la décision rendue par ce dernier.

²⁹ Conséquemment, l'œuvre d'harmonisation mise en place par les pères fondateurs de l'OHADA risque elle-même d'en ressortir finalement diluée. En effet, selon les États parties, le juge d'appui sera différent tout comme la procédure relative à sa saisine. Sur ce, v. POUGOUE (P.-G.), TCHAKOUA (J.-M.) et FENEON (A.), *L'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA, pp.175-176 ; DIENG (A.), « Les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage ad hoc », *RCA*, n° spécial, préc., p. 91.

³⁰ Il faut souligner en effet que cette proposition doctrinale s'est faite avant l'adoption de la loi n° 2003/009 du 10 juillet 2003 portant désignation et mode de saisine du juge d'appui à l'arbitrage, préc.

³¹ Il s'agit ici de POUGOUE (P.-G.), TCHAKOUA (J.-M.) et FENEON (A.), *in L'arbitrage dans l'espace OHADA*, *op. cit.*, p. 176.

³² Telle la préparation de l'ordonnance au bas de la requête présentée. Cf. POUGOUE (P.-G.), TCHAKOUA (J.-M.) et FENEON (A.), *op. cit.*

³³ DIENG (A.), « Les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage ad hoc », *RCA*, n° spécial, préc.

16. Pour ce qui est des délais, il faut avant tout propos relever que dans l'ancienne version de l'AUA, il n'en existait quasiment pas. En effet, l'article 7 disposait que toute cause de récusation doit être soulevée sans délai par la partie qui entend s'en prévaloir (al. 4) et que le juge étatique compétent statue sur la récusation (al. 3). Devant l'ambiguïté et le caractère vague de l'expression « **sans délai** »³⁴, et surtout désireux surtout de conférer plus de célérité à la procédure arbitrale, le législateur OHADA décide de changer la donne.

En 2017, il prévoit d'abord que désormais, **toute cause de récusation doit être soulevée dans un délai n'excédant pas 30 jours à compter de la découverte du fait ayant motivé la récusation par la partie qui entend s'en prévaloir**³⁵.

Ensuite, que **la juridiction étatique compétente statue au plus tard dans un délai de 30 jours sur la récusation**, les parties et l'arbitre entendus ou dûment appelés.

Si le juge étatique qui est le PTPI du lieu de l'arbitrage³⁶ ne statue pas dans ce délai, il est dessaisi et la demande de récusation peut être portée devant la CCJA³⁷.

17. Une fois de plus, la limitation dans le temps de l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale justifie ici le désir ardent et légitime du législateur uniforme de garantir la diligence de l'arbitrage. Cependant, rien ne garantit que ce délai sera effectivement respecté, si d'aventure les parties et l'arbitre dûment appelés ne se présentaient pas à l'audience ; retardant ainsi le prononcé de la décision du juge. Quoi qu'il en soit, il est prévu que la violation du délai prescrit entraîne systématiquement le dessaisissement du juge et la demande de récusation « **peut être** »³⁸ portée devant la CCJA. Toutefois, on se serait logiquement attendu que la CCJA qui bénéficie du renvoi ainsi effectué lequel est probablement justifié par un impératif de célérité, soit elle aussi soumise à des délais : un délai pour l'exercice du

³⁴ C'est nous qui mettons les caractères gras et italique.

³⁵ Art. 8, al. 3 de l'AUA révisé.

³⁶ Conformément à l'art. 2 de la loi n° 2003 du 10 juillet 2003 préc.

³⁷ Art. 8, al. 1 de l'AUA révisé.

³⁸ C'est nous qui mettons les caractères gras et italique.

recours porté devant la CCJA³⁹ et un autre à elle imparti pour statuer. Mais il n'en est rien. Du coup, c'est la pertinence même de l'objectif de célérité visé au départ qui visiblement en ressort diluer.

18. Ceci dit, une autre préoccupation mérite aussi attention. En effet, pourquoi est-ce que le législateur dispose que « *la demande de récusation peut être portée devant la CCJA* » ? Qu'est-ce qui justifie ici l'emploi du verbe pouvoir ? Et comment en comprendre ici la signification ? Dans un premier sens, est-ce-dire que ce recours ne s'exerce pas systématiquement parce que ce n'est qu'une faculté laissée à la discrétion des parties ? Ou alors dans un deuxième, est-ce possible d'exercer ce recours devant une juridiction autre que la CCJA, à l'instar d'une Cour d'Appel ou d'une Cour Suprême ? Ou enfin, faut-il comprendre que le juge étatique étant dessaisi, on peut dès à présent soumettre la demande à la CCJA ?

19. En tout état de cause, il semblerait qu'en visant l'accélération de la procédure de récusation, l'AUA aurait apparemment consacré des dispositions intelligibles et empreintes d'une certaine équivocité. Pourtant, Meyer le rappelle à suffire : « *un ensemble normatif est susceptible de contribuer à la sécurité juridique s'il est à la fois complet, précis et cohérent* »⁴⁰. Pour enlever toute ambiguïté à ces propos, le législateur OHADA aurait pu faire plus simple en disposant que : « *faute pour la juridiction compétente d'avoir statué dans le délai ci-dessus indiqué, elle est dessaisie et la demande de récusation est portée devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage...* ».

20. S'agissant du sort réservé à la décision rendue par le juge étatique en matière de demande de récusation, l'article 8, al. 2 du nouvel AUA admet que désormais, lorsqu'il s'agit d'une décision de rejet, cette décision n'est susceptible que de pourvoi devant la CCJA. Ce qui n'était pas le cas avant, puisque la décision rendue par ce juge en matière de récusation n'était tout simplement pas susceptible de recours⁴¹.

³⁹ Dont l'éloignement géographique (située à Abidjan en Côte d'Ivoire) pourrait constituer un facteur dissuasif.

⁴⁰ MEYER (P.), « La sécurité juridique dans l'espace OHADA », *Rev. Penant*, n° 855, p. 152, *Ohadata D-06-50*. Sur la notion de sécurité juridique, consulter notre Thèse de Doctorat/Ph.D, *L'immunité d'exécution en droit OHADA*, Dschang, 25 janvier 2019, pp. 21-22.

⁴¹ Art. 7, al. 3 de l'ancien AUA.

Ce revirement législatif pourrait être assimilé à une reculade quand on aspire à une certaine célérité dans l'arbitrage. Mais il pourrait aussi se justifier par le souci d'accorder plus d'attention aux arguments soulevés par la partie demanderesse, en les soumettant alors à une nouvelle et en principe meilleure évaluation de la juridiction supranationale.

21. Par ailleurs, cette compétence exclusivement réservée à la CCJA traduit simplement l'idée qu'il n'existe plus aucun autre recours interne contre la décision de rejet rendue par le juge étatique si ce n'est le pourvoi en cassation à exercer devant la CCJA. Partant, si une Cour d'appel ou une Cour suprême était saisie pour connaître à nouveau de l'affaire, elle devra systématiquement se déclarer incompétente et renvoyer l'affaire devant la CCJA. Ceci dit, il convient dès à présent de noter que le juge étatique compétent en droit camerounais pour connaître des demandes de récusation, c'est toujours le PTPI du lieu de l'arbitrage conformément l'article 3, al. 1^{er} de la loi de 2003 précitée. L'alinéa 2 du même article précise encore que le PTPI est saisi par voie de référé, mais sa décision, contrairement à ce que prévoit l'AUA n'est susceptible d'aucun recours.

22. Heureusement qu'en vertu des principes de primauté et d'effet direct des Actes uniformes et notamment de l'AUA sur les droits internes, tels que gravés dans l'article 10 du Traité de l'OHADA, l'AUA abroge nécessairement toutes dispositions contraires de droit interne antérieures ou postérieures. C'est dire autrement, que si le PTPI rend une décision de rejet de la demande de récusation, cette décision fera bel et bien l'objet d'un recours ; mais uniquement d'un pourvoi en cassation devant la CCJA. Le délai d'exercice de ce recours n'ayant pas été précisé, l'ouverture de l'instance arbitrale pourrait alors en être retardée.

B- Une exigence appréciable pendant l'instance arbitrale

23. Le nouvel AUA a remodelé la phase de l'instance arbitrale en termes de célérité. Déjà, il procède à un accroissement, certes délicat des pouvoirs du tribunal arbitral (1) mais surtout, il encadre le principe de compétence du juge étatique (2)

1- L'accroissement délicat des pouvoirs du tribunal arbitral

24. Lorsqu'on analyse les dispositions de l'article 14, al. 5 de l'AUA révisé, l'on se rend compte que le législateur a nettement élargi les pouvoirs du tribunal arbitral au regard de l'obligation de célérité que l'on recherche dans l'arbitrage. L'importance de cet impératif est telle que le RA-CCJA l'a institué comme un devoir pour l'arbitre. En effet, à rebours de l'ancien texte qui disposait simplement que tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme, l'article 4, al. 1^{er} du nouveau Règlement dispose que l'arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme avec diligence et célérité.

25. Aussi, paraît-il que c'est en réponse à cette obligation que l'AUA confère un pouvoir considérable au tribunal arbitral dans le déroulement du procès. En effet, il est prévu que si sans invoquer de motif légitime : le demandeur ne présente pas sa demande, le tribunal met fin à la procédure arbitrale ; le défendeur ne présente pas sa défense, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans toutefois considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur ; et enfin, si l'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

26. De l'exégèse de ces dispositions, il semble que le tribunal arbitral peut unilatéralement décider du sort du procès arbitral. Il s'agit là d'une traduction suffisamment manifeste de l'impératif de célérité de l'arbitrage de droit commun, car il paraîtrait contradictoire de recourir à l'arbitrage et par la suite s'abstenir de participer au bon déroulement de l'arbitrage. Toutefois, il est important de noter que si la célérité de l'arbitrage est primordiale, il ne s'agit pas non plus d'ignorer ou de violer les règles fondamentales du droit processuel. Car, admettre que si l'une des parties ne comparaît pas, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base d'éléments de preuve dont il dispose pourrait porter atteinte au principe du contradictoire (cause d'annulation de la sentence arbitrale)⁴². Cela pourrait aussi remettre en question les droits de la défense et donc le droit à un procès équitable

⁴² Art. 26-d de l'AUA.

quasiment perçu aujourd'hui comme un droit fondamental⁴³. Nourrir de telles craintes serait justifié quand on sait en effet que le législateur OHADA a oublié de préciser ce à quoi renvoie la notion de « **motifs légitimes** »⁴⁴. Heureusement que par la suite, il a pris la peine de préciser que le tribunal arbitral ne peut retenir dans sa décision les moyens, explications ou documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement⁴⁵.

27. Par ailleurs, l'AUA révisé dispose que l'arbitre peut inviter les parties à lui présenter par tout moyen légalement admissible, les preuves qu'il estime nécessaires à la solution du litige⁴⁶. Cependant, lorsqu'on parle de « **tout moyen légalement admissible** »⁴⁷, est-ce qu'on peut aussi y inclure la preuve par voie électronique ? Sur ce point, il faut reconnaître que contrairement à l'AUA qui ne dit mot, le RA-CCJA a clairement innové puisqu'il consacre une dématérialisation des échanges⁴⁸. En effet, le Règlement prévoit qu'une copie électronique des mémoires et communications écrites présentées par toute partie est envoyée au Secrétariat Général⁴⁹. Ce mode de transmission (contrairement à une expédition par la poste par exemple) contribuera certainement à assurer l'envoi rapide des documents ; tout en réduisant les frais qu'aurait occasionnés un déplacement physique pour des parties ne résidant pas à Abidjan, siège de la CCJA.

28. Quoi qu'il en soit, **il faut reconnaître que le nouvel AUA s'est résolument engagé à garantir une certaine célérité dans l'arbitrage puisque le tribunal arbitral peut désormais prononcer des mesures provisoires ou conservatoires**⁵⁰. Ce pouvoir ne relève donc plus de la compétence exclusive du juge étatique compétent ; ce qui est un gain en temps ; à moins que les parties sollicitent plutôt l'appui du juge étatique, en réalité seul détenteur du monopole de la contrainte publique.

⁴³ Art. 6 de la CEDH, in notre Thèse de Doctorat/Ph.D, *L'immunité d'exécution en droit OHADA*, Université de Dschang, 25 janvier 2019, *op. cit.*, p. 195, n° 372.

⁴⁴ C'est nous qui mettons les caractères gras et italique.

⁴⁵ Art. 14, al. 7 de l'AUA.

⁴⁶ Art. 14, al. 6 de l'AUA.

⁴⁷ C'est nous qui mettons les caractères gras et italique.

⁴⁸ ADAMA (K. D.), « Aperçu de la révision du droit l'arbitrage de l'OHADA », *Ohadata D-18-23*, p. 20.

⁴⁹ Cf. art. 12, al. 1 et 2 du RA-CCJA.

⁵⁰ Art. 14, al. 13 de l'AUA.

2- L'encadrement du principe de compétence du juge étatique

29. Contrairement à ce qui prévalait jusqu'en 1993, la réforme de 2017 a élargi mais en les encadrant cependant les compétences du juge étatique. Jadis en effet, il l'AUA prévoyait que si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle⁵¹. Aujourd'hui, le juge étatique ne peut se déclarer incompétent que si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou si, et c'est là l'innovation, la convention d'arbitrage est manifestement inapplicable à l'espèce. En sus de cela, le nouvel AUA prévoit, ce qui aussi n'existait pas avant que le juge étatique statue sur sa compétence en dernier ressort dans un délai de 15 jours ; sa décision n'étant susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la CCJA (art. 13, al. 2).

30. En permettant au juge étatique de reconnaître et dans un délai limité sa compétence lorsqu'il est en face de l'une des circonstances sus-citées, l'AUA permet de régler rapidement le sort d'un différend assujetti à une convention d'arbitrage visiblement inefficace. Mais l'effet qui est ici recherché ne pourra réellement être atteint que si le juge étatique ne se limite effectivement qu'à un examen apparent de la convention d'arbitrage et ce dans le respect strict du délai à lui imparti. Car le risque qu'il fasse preuve d'un excès de zèle ; compromettant par-là la volonté des parties n'est pas totalement à écarter.

31. Au demeurant, s'il est vrai que la célérité est une exigence qui a été affirmée à l'entame du procès arbitral, sa réaffirmation semble autant avérée pendant la clôture.

II) La célérité : une exigence réaffirmée à la clôture du procès arbitral

32. Parvenu même au stade du dénouement du procès arbitral, le législateur OHADA continu de mettre un point d'honneur à l'impératif de célérité. Ce qu'illustre clairement d'une part, cette relative diversification des causes de dénouement du procès arbitral **(A)** et d'autre part ce désir d'assurer l'exécution diligente de la sentence arbitrale **(B)**.

⁵¹ Art. 13, al. 1 et 2 anc.

A- La diversification relative des causes de dénouement du procès arbitral

33. Le nouvel AUA consacre le principe d'extinction du procès arbitral à travers la reddition d'une sentence arbitrale définitive (1) et une cause d'extinction exceptionnelle via le prononcé d'une ordonnance de clôture (2).

1- La reddition d'une sentence définitive : le principe

34. Sous l'égide de l'ancien AUA, le législateur disposait que l'instance arbitrale prend fin par l'expiration du délai d'arbitrage (6 mois)⁵², sauf prorogation convenue ou ordonnée⁵³. Là c'était le principe ; l'instance arbitrale pouvant tout aussi prendre fin par le prononcé d'une sentence définitive⁵⁴. À rebours, la formule révisée de l'AUA consacre un nouveau principe d'extinction du procès arbitral en son article 16. Ce dernier prévoit que la procédure arbitrale s'achève par le prononcé d'une sentence définitive. Mais après observations, il appert que cette dernière disposition peut faire l'objet d'une analyse duale ou hétérogène.

35. Dans un premier temps, elle laisse en effet dire que l'instance arbitrale prend fin et le litige s'éteint dès le prononcé d'une sentence définitive ; peu important que le délai fixé (légalement, conventionnellement ou par prorogation) pour le procès soit expiré ou non. Du moment où le tribunal a rendu sa sentence, le procès prend fin. Une telle disposition est louable en ce que le tribunal peut rendre sa sentence et donc clore le procès sans même attendre que le délai d'arbitrage arrive à son terme.

36. Dans un second temps, on pourrait aussi déduire de l'exégèse de cette disposition que tant qu'une sentence définitive n'a pas été rendue, le procès ne saurait en principe s'achever. Ici, on pourrait avancer qu'en fait, ce qui a motivé les rédacteurs du nouvel AUA c'était peut-être le souci de donner suffisamment de temps aux arbitres afin de leur permettre de trouver une solution au litige posé ; sans

⁵² Art. 12 ancien.

⁵³ Art. 16, al. 1^{er} ancien. Pour certains, ce délai de 6 mois est même un délai irréaliste ; l'éventualité d'une prorogation étant alors plus certaine. Sur ce v. PILKINGTON (N.) et THOUVENOT (S.), « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », préc. p. 136.

⁵⁴ Elle pouvait aussi s'achever en cas d'acquiescement à la demande, de désistement, ou de transaction. Cf. art. 16, al. 2 de l'AUA anc.

qu'ils ne soient alors limités par un délai à eux imparti. En réalité, il convient de rappeler qu'avant la réforme, l'instance arbitrale s'achevait d'office à l'échéance du délai d'arbitrage. Or, si les parties ont choisi de recourir à l'arbitrage au détriment de la justice étatique, il semble légitime voire impératif de mettre tous les moyens en jeu pour leur donner satisfaction. Car aujourd'hui, **il y va même de l'intérêt du droit OHADA qui se veut attractif, et dont l'ambition est de relancer l'investissement en promouvant l'arbitrage comme instrument de règlement des différends.**

37. Toutefois, cette disposition pourrait développer un effet peut-être pervers, mais certainement un effet différent de celui que viserait et qu'aurait motivée la réforme, à savoir : la célérité et l'efficacité du procès arbitral. Effectivement, en se conformant à la lettre de l'article 16, alinéa 1^{er}, le procès arbitral pourrait s'éterniser tant qu'aucune sentence définitive n'a pas été rendue. Théoriquement et c'est là le risque, il pourrait même ne jamais s'achever⁵⁵ si la durée du procès était prorogée à maintes reprises ; le législateur n'ayant pas expressément limité le nombre de prorogation⁵⁶. Un bémol qui à terme pourrait gravement préjudicier aux intérêts des parties et même à tout le système arbitral ; à moins qu'exceptionnellement, soit prononcée une ordonnance de clôture.

2- Le prononcé d'une ordonnance de clôture : l'exception

38. L'une des innovations de l'AUA de 2017, c'est que l'instance arbitrale peut aussi s'achever par le prononcé d'une ordonnance de clôture conformément aux dispositions de l'article 16, alinéas 2 et 3. Selon ce dernier, le tribunal arbitral prend une ordonnance de clôture lorsque notamment : le délai d'arbitrage initial ou prorogé a expiré ; les parties conviennent de clore la procédure ou lorsqu'il constate que la poursuite de la procédure est pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible. Cette dernière circonstance interpelle et peut susciter débat. Car, quels sont les arguments que le tribunal invoquera pour motiver son ordonnance et décider que la procédure est « *devenue superflue ou impossible* » ? Sur la question, le mutisme du législateur crée un sentiment d'inachevé !

⁵⁵ CHAZAI (A.) et MOOH EDINGUELE (F. L.), « Focus sur la réforme OHADA du droit de l'arbitrage » <https://editions-alexandrie.com/>

⁵⁶ Sur ce v. l'art. 12, al. 2 de l'AUA.

39. Néanmoins, on pourrait admettre que si plusieurs fois après avoir été dûment convoqué, le demandeur ne comparaît pas et ne présente pas sa demande⁵⁷, le tribunal pourrait prononcer une ordonnance de clôture ; laquelle devra alors être exécutée.

B- La recherche d'une exécution diligente de la sentence arbitrale

40. Pour conforter l'exigence de célérité qui anime le nouvel AUA, le législateur OHADA consacre d'abord la compétence du juge étatique pour examiner les recours en révision et en tierce opposition (1). Ensuite, il réaménage le recours en annulation de la sentence arbitrale (2). Et pour couronner le tout enfin, il impose un délai pour l'obtention de l'exequatur (3).

1- La nouvelle compétence du juge étatique en matière de recours en révision et en tierce opposition

41. Dès lors que la sentence arbitrale est prononcée, elle dessaisit en principe le tribunal arbitral du litige⁵⁸. Mais lorsque la sentence arbitrale fait l'objet d'un recours révision ou en tierce opposition, son réexamen peut désormais relever de la compétence du juge étatique. L'intervention de ce dernier est salutaire (a) en ce qu'elle vient ici pallier une des lacunes observées dans l'AUA de 1999. Néanmoins, elle reste à parfaire (b) au regard des zones d'ombre qu'elle pourrait créer.

a- Une compétence étatique salutaire

42. Pour mieux apprécier la nouvelle compétence du juge étatique à connaître des recours révision et en tierce opposition, il est important de se rappeler ce que prévoyait jadis l'Acte uniforme à ce sujet. Concernant la tierce opposition, l'article 25 de l'AUA de 1999 en son alinéa 4 disposait que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition devant le tribunal par toute personne physique ou morale qui n'a pas été appelée et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits. L'article

⁵⁷ Cf. art. 14, al. 5-a de l'AUA.

⁵⁸ Art. 22, al. 1^{er} de l'AUA.

poursuivait en prévoyant *in fine* que la sentence arbitrale peut également faire l'objet d'un recours en révision devant le tribunal en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui fait la demande de révision.

43. Mais qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces voies de recours, le demandeur courait le risque de tomber dans l'impasse, parce qu'il n'était pas toujours évident de réunir à nouveau le tribunal arbitral. De plus, cette difficulté à reconstituer le tribunal pouvait parallèlement engendrer des pertes de temps préjudiciables à l'exécution de la sentence arbitrale déjà rendue bien que contestée. Pour résoudre ces contraintes, l'AUA de 2017 renvoie donc désormais l'examen des recours précités à la compétence, soit exclusive, soit supplétive du juge étatique.

44. Aussi, selon le nouvel Acte uniforme, la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition devant la juridiction de l'État Partie qui eût été compétente à défaut d'arbitrage⁵⁹. C'est dire que seul le juge étatique est désormais compétent en la matière. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un recours en révision, le juge étatique qui eût été compétent à défaut d'arbitrage ne peut être saisi que si le tribunal arbitral ne peut plus être réuni⁶⁰. Ces innovations, il faut le reconnaître concourent aussi à assurer une certaine célérité dans le procès arbitral. Mais elles ne peuvent porter tout leur fruit que si certaines zones d'ombres sont éclaircies.

b- Une intervention étatique à parfaire

45. Après analyse, l'on constate que l'intervention du juge étatique compétent pour connaître des recours, que ce soit en révision ou en tierce opposition de la sentence arbitrale est susceptible de générer des difficultés qui visiblement auraient échappé à l'attention du législateur de 2017.

46. S'agissant en premier lieu de la tierce opposition, l'on remarque qu'en renvoyant son examen à la compétence exclusive du juge étatique, l'AUA a manqué d'apporter

⁵⁹ Art. 25, al. 5 de l'AUA.

⁶⁰ Art. 25, al. 6 de l'AUA.

certaines précisions telles : à quel moment exercer ce recours ? Quel est le juge étatique compétent pour en connaître et quel est le délai à lui imparti pour statuer ?

47. En se référant au Code de Procédure Civile (CPC) camerounais, l'on s'aperçoit qu'aucun délai n'est prévu pour former tierce opposition⁶¹. La doctrine évoque néanmoins le délai trentenaire de droit commun (30 ans) ; car n'ayant été ni partie, ni représenté au procès, le tiers ne peut avoir été notifié de la sentence. Cela étant, pour préserver ses intérêts, il ne pourra s'opposer à la sentence qu'après en avoir eu connaissance ; d'où la nécessité de disposer d'un délai suffisamment long. Pour ce qui est de la détermination du juge étatique compétent, l'Acte uniforme parle de la juridiction étatique qui aurait été compétente à défaut d'arbitrage. C'est dire que c'est en fonction de la nature du litige que l'on déterminera donc, conformément à l'organisation judiciaire interne⁶², la juridiction matériellement et territorialement compétente pour statuer sur la tierce opposition.

48. En tout état de cause, il faut dire que n'étant soumise à aucun délai, la tierce opposition risque de mettre la partie qui a gagné le procès dans une situation précaire et d'insécurité juridique. Car si les tiers-opposant « ont pratiquement toute la vie » pour exercer leur recours alors la tierce opposition serait semblable à une épée de Damoclès suspendue sur la tête des parties au procès arbitral. Ces derniers risqueraient en effet de voir à tout moment surgir une action en tierce opposition contre la SA qui en principe est censée mettre un terme au procès⁶³. Mais ce que l'on pourrait davantage craindre et déplorer ici, c'est la possibilité d'exercer ce recours après qu'une décision d'exequatur ordonnant l'exécution forcée de la sentence arbitrale ait été rendue. Autant de choses qui au demeurant pourraient bien consolider le climat d'insécurité juridique que les pères fondateurs de l'OHADA voulaient pourtant dissiper.

49. Pour ce qui est, en second lieu, du recours en révision, il convient de noter que si son examen peut être renvoyée à la compétence du juge étatique, la procédure y

⁶¹ KERE K. (E.), *Droit civil processuel*, Sopecam 2006, p. 141.

⁶² Au Cameroun, c'est la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 modifiée et complétée par la loi n° 2011/027 du 14 décembre 2011 portant organisation judiciaire.

⁶³ L'art. 16, al. 1^{er} de l'AUA dispose en effet que « la procédure arbitrale s'achève par le prononcé d'une sentence définitive ».

afférente n'a cependant pas été définie par le législateur OHADA. En réponse aux exigences de célérité qui soutiennent sa réforme, ce dernier aurait pu fixer des délais tant pour l'exercice de cette action que pour l'examen proprement dit de la demande par le juge.

50. En fait, le recours en révision à l'instar de la tierce opposition est une voie de recours extraordinaire. Mais contrairement à cette dernière, il n'est ouvert qu'aux parties au procès et non aux tiers. Autrefois connu sous l'appellation de requête civile, le recours en révision tend particulièrement à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour l'une des causes spécifiées par la loi, afin qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit⁶⁴. En droit interne camerounais, au lieu de parler de recours en révision, le CPC a opté pour le terme requête civile. Celle-ci est régie par les dispositions du Titre II du CPC en ses articles 223-245.

51. Cela dit, l'article 223 du CPC prévoit que la requête civile ne peut être exercée que si notamment, on a jugé sur pièces reconnues ou déclarées fausses depuis le jugement, si depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives et qui avaient été retenues par le fait de la partie. C'est dans cette dernière hypothèse que l'on pourrait ranger la demande de recours en révision prévue par l'AUA et donc l'examen peut être renvoyé à la compétence du juge étatique tel que précédemment relevé. Le juge étatique dont il est question ici sera, en considération de la loi de 2006 précitée portant organisation judiciaire le même⁶⁵ que celui qui matériellement et territorialement aurait été compétent pour connaître de l'affaire soumise à arbitrage. La requête civile lui sera adressée par assignation signifiée avec citation à comparaître dans un délai de deux (2) mois à l'égard des majeurs, à compter du jour de la découverte des faits nouveaux⁶⁶.

52. Le droit camerounais prévoit aussi que la requête civile n'empêche pas l'exécution du jugement⁶⁷. Cela étant, est-ce que la sentence arbitrale devra être exécutée malgré l'exercice du recours en révision ? Seule l'exécution volontaire et

⁶⁴ La notion est ainsi définie dans CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, *op. cit.*, p. 865.

⁶⁵ Art. 233 du CPC.

⁶⁶ *Ibid*, art. 231.

⁶⁷ *Ibid*, art. 238.

non forcée semble en fait envisageable ici. Car il faut le souligner, d'après l'article 242 du CPC, si la requête civile aboutit, le jugement en l'occurrence la sentence arbitrale sera rétractée et les parties remises en état où elles étaient avant cette dernière. Les sommes consignées seront rendues et les objets des condamnations qui auraient été perçus en vertu de la sentence arbitrale contestée restitués.

53. De plus, le CPC prévoit que le fond de la contestation sur laquelle le jugement en l'espèce la sentence arbitrale aura été rendu sera porté au même tribunal qui aura statué sur la requête civile. Est-ce donc dire par là que le juge étatique pourra connaître à nouveau du fond d'une affaire qui au départ relevait de la compétence seule d'un tribunal arbitral librement constitué par les parties ? Il est certain que les effets de cette disposition textuelle pourraient porter atteinte à la volonté contractuelle des parties qui au lieu de s'adresser au juge, ont volontairement choisi la voie arbitrale⁶⁸.

54. En tout état de cause, le renvoi du recours en révision à la compétence supplétive du juge étatique aura de nombreux effets. Et ceux-ci divergeront selon les États parties puisque l'encadrement juridique auquel le recours sera assujéti différera aussi en fonction du droit processuel interne à chacun. En s'appuyant sur le RA-CCJA, on aurait peut-être atténué cette insécurité juridique flagrante. Mais, depuis l'adoption du nouveau Règlement, le régime juridique procédural qui est désormais réservé au recours en révision est particulièrement interpellateur.

55. Pour mieux comprendre l'intérêt de la comparaison, il faut commencer par noter que dans l'article 32 de l'ancien RA-CCJA le recours en révision était régi par l'article 49 du Règlement de Procédure de la CCJA (RP-CCJA). Celui-ci disposait d'une part que la demande en révision doit être formée dans un délai de 3 mois à compter du jour où le demandeur a eu connaissance du fait sur lequel la demande en révision est basée et d'autre part qu'aucune demande ne peut être formée après l'expiration d'un délai de de 10 ans⁶⁹. Mais dans l'article 32 du nouveau RA-CCJA, le renvoi à l'article 49 précité a été supprimé. Est-ce une omission volontaire ou un simple oubli ?

⁶⁸ ADAMA (K. D.), « Aperçu de la révision du droit l'arbitrage de l'OHADA », *Ohadata D-18-23*, p. 16.

⁶⁹ Art. 49, al. 4-5 du RP-CCJA.

56. Toujours est-il que ne sachant plus quels sont désormais les délais fixés pour l'exercice de ce recours, on pourrait se perdre en supputations ; en se demandant en effet s'il faut continuer à se référer à l'article 49 sus-cité pour être fixé sur les délais du recours en révision, alors même que la version actualisée de l'article 32 ne le mentionne plus expressément. L'obligation de célérité qui s'impose aux différents acteurs de l'arbitrage pourrait finalement les inciter à y recourir faute de mieux ; surtout que le recours en annulation a lui aussi subi des modifications.

2- Un réaménagement du recours en annulation de la sentence arbitrale

57. L'AUA révisé prévoit que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en annulation. Mais les parties peuvent convenir d'y renoncer, à condition que cette renonciation ne soit pas contraire à l'ordre public international⁷⁰. Il s'agit là d'une véritable innovation du nouvel AUA. En effet, il faut savoir que le recours en annulation produit des effets graves. Non seulement, il vise principalement l'anéantissement rétroactif de la sentence arbitrale dont l'exécution est d'ailleurs suspendue⁷¹, mais aussi il remet en question la décision qui aurait accordé l'exequatur⁷². Dès lors, offrir la possibilité de renoncer à tel recours traduit la volonté manifeste du législateur de valoriser la sentence arbitrale elle-même et plus, d'encourager l'exécution rapide et volontaire.

58. Cette innovation de l'AUA vient par ailleurs rejoindre le RA-CCJA, qui depuis 1999 avait consacré une faculté de renoncer au recours en contestation de validité⁷³. Mais ce qu'il faut préciser aujourd'hui, c'est que dans la version révisée du RA-CCJA, cette renonciation n'est plus libre puisqu'elle est conditionnée par sa non contrariété à l'ordre public international⁷⁴. De plus, le Règlement révisé a remplacé la notion de recours en contestation de validité par celle de recours en annulation⁷⁵ tout simplement.

⁷⁰ Art. 25, al. 1-2 de l'AUA révisé.

⁷¹ Art. 28, al. 1^{er} de l'AUA révisé.

⁷² Art. 32, al. 3 de l'AUA révisé

⁷³ Art. 29, al. 2 de l'ancien Règlement.

⁷⁴ Art. 29, al. 2 du nouveau Règlement.

⁷⁵ Art. 29 du RA-CCJA de 2017.

59. Ceci dit, il faut reconnaître que la faculté de renoncer au recours en annulation dans l'AUA est une belle innovation ici, en ce qu'elle concourt à l'exécution rapide de la sentence arbitrale rendue. Cependant, cet objectif de célérité ne peut, semble-t-il être réellement atteint que si la notion d'« *ordre public international* » est d'ores et déjà définie, car jusqu' alors, elle demeure floue et imprécise. Or, **il est important que les parties, principales concernées ici sachent à quoi renvoie une telle notion, si elles devaient insérer une clause de renonciation dans leur convention d'arbitrage.** Sur ce, elles devront par exemple, avant d'inclure la clause, demander conseil auprès des autorités judiciaires nationales où l'exécution de la sentence arbitrale est projetée. En revanche, si elles s'engagent sans en avoir aucune idée, alors la clause de renonciation signée court le risque d'une annulation si par la suite, elle était jugée contraire à l'ordre public international.

60. En réalité, la notion d'ordre public a fait couler beaucoup d'encre et de salive au sein de l'opinion doctrinale, qu'il est à regretter aujourd'hui que le législateur n'ait pas profité de la réforme pour lui apporter des précisions. Précisions qui auraient d'autant plus été bien accueillies, qu'il est vrai que le contenu donné à la notion d'ordre public n'est pas nécessairement le même dans tous les pays de l'espace OHADA⁷⁶. En attendant alors que le législateur revienne sur sa copie, l'on espère que la CCJA dans sa mission d'application et d'interprétation uniformes du droit OHADA aura très bientôt l'occasion de donner son avis à ce sujet⁷⁷.

61. Quoi qu'il en soit, il faut garder à l'esprit que la renonciation au recours en annulation n'est qu'une faculté pour les parties. Partant, elles peuvent choisir de ne pas en jouir et d'exercer le recours. Dans ce cas, la partie demanderesse devra adresser son recours en annulation à la juridiction étatique compétente. Il s'agit en

⁷⁶ KENFACK D. (G.), « La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA », *RCA* n° 29, Avril –mai-juin 2005, p. 3 ; BEBOHI E. (S.Y.), « L'ordre public international des États parties à l'OHADA », *RCA*, n° 4, Juill.-août-sept. 2006, pp. 3 et s.; *Ohadata D-08-63* ; ASSI (E.A.), « L'ordre public international dans l'Acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage », *Ohadata D-09-02*.

⁷⁷ *Ibid*, p. 4, 10.

l'occurrence de la Cour d'Appel du ressort du lieu de l'arbitrage telle que désignée par la loi n° 2003/009 précitée⁷⁸.

62. Par ailleurs, si avant la réforme de 2017 l'examen du recours en annulation n'était soumis à aucun délai, aujourd'hui, le juge étatique dispose d'un délai de 3 mois pour statuer. Nul doute que cette prescription vise à garantir la célérité de l'arbitrage, ce d'autant plus que lorsque le juge n'a pas statué dans le délai imparti, il est dessaisi et le recours peut être porté devant la CCJA dans les 15 jours suivants. Celle-ci est tenue de se prononcer dans un délai maximum de 6 mois à compter de sa saisine ; les délais prévus par le RP-CCJA étant alors réduits de moitié⁷⁹.

63. La fixation d'aussi brefs délais (9 mois) est louable parce que l'examen rapide des recours en annulation limite les paralysies que pourrait connaître l'exécution forcée de la sentence arbitrale. Mais une telle appréciation reste relative, car aucune sanction n'a été prévue en cas de violation du délai imparti à la CCJA. En sus, de l'avis de certains, ces délais ne sont pas suffisamment réalistes au regard de la durée de traitement que prennent généralement les recours en annulation devant les tribunaux. Par exemple, la Cour d'Appel de Paris statue dans un délai moyen de 02 ans⁸⁰. Quant à la CCJA, elle rend très souvent ses arrêts dans le même délai⁸¹. Reste donc à espérer que la Cour Commune pourra s'en tenir aux délais désormais à elle prescrits en matière de recours en annulation.

64. Mais entretemps, ce qui paraît assez curieux, c'est le fait que l'AUA dise à nouveau que « ...le recours peut être portée devant la CCJA... ». L'emploi du verbe pouvoir s'explique à nouveau difficilement. Et inexorablement, il pourrait susciter les mêmes préoccupations que celles engendrées par la procédure de récusation précédemment analysée⁸².

⁷⁸ Art. 4, al. 1^{er} de cette loi. V. aussi, SOH FOGNO (D. R.), « le contentieux de l'annulation des sentences arbitrales issues de l'arbitrage traditionnel dans l'espace de OHADA », *RCA* n° 23, Oct-nov-déc. 2003, p. 9.

⁷⁹ Art. 27, al. 2 du même Acte.

⁸⁰ BOCCON-GIBOD (M.) et DESPLATS (M.), « Paris, ville éternelle de l'arbitrage ? » *Blog les Echos*, 31 mars 2017, cité in www.business.lesechos.fr.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² V. Art. 8, al. 1^{er} de l'AUA *et supra*, pp. 8-9.

65. En tout état de cause, les contours du recours en annulation ont été rénovés. Mais les zones d'ombre qu'il laisse encore planer viennent en diluer les effets. Pour compenser ces lacunes, un délai d'obtention de l'exequatur a donc été imposé.

3- L'imposition d'un délai d'obtention de la décision d'exequatur

66. Si en droit des obligations, il est un principe qui voudrait que le débiteur exécute volontairement son obligation, c'est certainement parce que l'exécution concourt à la sécurité juridique⁸³ ; et davantage à celles des conventions librement légales conclues. Partant, s'il est constant que l'arbitrage a une origine conventionnelle, indéniablement, il fait naître des obligations à l'égard des parties qu'elles doivent donc exécuter spontanément. En effet, en vertu du principe *pacta sunt servanda*, lorsque les parties décident de recourir à l'arbitrage, elles s'engagent ainsi à exécuter la sentence arbitrale qui sera rendue à l'issue du procès. En rapport à cela, il faut dire que c'est de la facilité et de la rapidité avec laquelle la sentence arbitrale est exécutée que l'efficacité même de l'arbitrage est assurée⁸⁴. Aussi, l'on comprend aisément la logique que soutiennent les dispositions de l'article 27, al. 1^{er} du RACCJA selon lesquelles : « *Toute sentence arbitrale rendue conformément au présent Règlement revêt un caractère obligatoire pour les parties...* ».

67. À l'épreuve des faits malheureusement, il est loisible de s'apercevoir que l'exécution volontaire n'est qu'un idéal conditionné par la bonne foi des parties ; la perdante s'opposant très souvent à toute exécution spontanée⁸⁵. Pour briser sa résistance, le créancier devra donc procéder à l'exécution forcée de la sentence arbitrale. Exécution qui ne peut être possible que si une décision d'exequatur a été rendue par le juge étatique compétent⁸⁶. Aussi, lorsque ce dernier est saisi d'une demande en exequatur, l'article 31, al. 5 de l'AUA prévoit qu'il statue dans un délai qui ne saurait excéder 15 jours à compter de sa saisine.

⁸³ POUGOUE (P.-G.) et TEPEPI K. (F.), *La saisie attribution des créances OHADA*, PUA, Coll. Vademecum, 2005, p. 7

⁸⁴ KENFACK D. (G.), « L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA », *RCA* n° spécial, février 2010, p. 100, *Ohadata D-11-38*.

⁸⁵ KENFACK D. (G.), « L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA », préc., p. 100.

⁸⁶ Art. 30 de l'AUVE.

68. Il est manifeste après analyses que le juge étatique est devenu la pierre angulaire de l'arbitrage au regard de ses interventions de plus en plus omniprésentes dans le processus arbitral. Cependant, il est aussi important de relever que ces interventions sont désormais encadrées dans le temps depuis la réforme de 2017. Cette obligation de célérité est d'autant plus confortée que les délais impartis au juge étatique pour statuer sur la requête en exequatur notamment, sont rédigés en toutes lettres et en chiffres. L'objectif visé ici, c'est probablement d'attirer l'attention et la vigilance des différents acteurs sur ces délais, mais surtout de

« mettre l'accent sur l'importance même que l'on accorde dorénavant au respect du temps impartit à l'arbitrage traditionnel dans l'espace OHADA. Toute chose qui concourra sans doute à renforcer l'efficacité de l'arbitrage, et l'attractivité du droit OHADA des affaires ».

69. Effectivement, l'on a pu constater qu'avant la réforme de 2017, le traitement des demandes d'exequatur pouvait longuement trainer devant le juge étatique et freiner l'exécution de la sentence arbitrale que l'on souhaite pourtant diligente. Ce ne sera dorénavant plus le cas. Car si le juge étatique, en l'espèce le PTPI du lieu où l'exécution de la sentence arbitrale est envisagée⁸⁷, n'a pas rendu son ordonnance dans le délai fixé, l'exequatur est réputé avoir été accordé. De plus, s'il choisit de rester silencieux au-delà des 15 jours prescrits, la partie la plus diligente a le droit de saisir le Greffier en chef pour apposition de la formule exécutoire. En obligeant quasiment le juge à se prononcer dans les délais, l'AUA entoure de garanties l'exécution même par la force de la sentence arbitrale. Aussi importe-t-il à cet égard de souligner que dans un de ses célèbres arrêts⁸⁸, le droit à l'exécution des décisions de justice a été consacré comme un droit fondamental par la CEDH. Mais en contournant le juge étatique par cette reddition tacite de l'ordonnance d'exequatur, qu'adviennent-ils de l'obligation de motivation de la sentence arbitrale et

⁸⁷ Conformément à l'article 4, al. 2 de la loi n°2003/009 préc.

⁸⁸ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*. Relativement au droit à l'exécution des décisions de justices et autres exécutoires, v. notre Thèse de Doctorat/Ph.D, « L'immunité d'exécution en droit OHADA », *op. cit.*, pp. 193-196, n° 367-375.

de contrôle de conformité à l'ordre public international que le juge étatique doit effectuer sur la sentence arbitrale ? La question paraît d'autant plus importante que la procédure de demande d'exequatur n'est pas contradictoire¹. Par ailleurs, n'est-il pas irréaliste de croire que le Greffier en chef qui est soumis à l'autorité hiérarchique du Président du Tribunal pourra seul s'engager à apposer la formule exécutoire sans avoir obtenu au préalable l'autorisation expresse de ce dernier ?

71. Quoi qu'il soit, et en dépit de ces réserves, il faut louer l'intention qui a animé le législateur de 2017 en ce qu'elle avait pour ambition majeure d'accélérer le processus d'arbitrage régi par l'AUA. Partant, il ne reste plus qu'à souhaiter et ce vivement, que le juge étatique sera à la hauteur de toutes les espérances placées en lui et qu'il pourra de manière efficace, relever les défis auxquels il est désormais confronté ; car en arbitrage, le rôle du juge étatique constitue le nerf de la réussite².

72. Pour ne pas conclure, l'on peut dire que la réforme de l'AUA qui s'est opérée le 23 novembre 2017 se justifiait par ce noble souci d'assurer l'efficacité de l'arbitrage OHADA et donc son attractivité. Toutefois, il s'avère que cette attractivité ne peut se concevoir que si la célérité du procès arbitral est aussi garantie. En effet, les avantages d'un arbitrage organisé dans des conditions rapides et suffisamment diligentes ne sont plus à démontrer pour le secteur des affaires aujourd'hui. En considération de ce qui précède, le législateur de l'espace OHADA s'est fortement attelé à renforcer la célérité tant souhaitée dans l'arbitrage, tel que l'analyse a tenté de le démontrer. En effet, dès l'entame du procès en passant par l'instance jusqu'à la clôture du procès arbitral, le nouvel AUA s'attèle à fixer et à imposer des délais pour que l'arbitrage se déroule dans des conditions suffisamment diligentes. Cependant, cette « course effrénée » vers la célérité ne va pas sans rencontrer d'obstacles dont l'ignorance pourrait à terme ébranler le système juridique même du droit uniforme des affaires. C'est donc dire au final que pour promouvoir l'arbitrage de l'espace, il faut certes mettre le pied sur l'accélérateur. Mais attention ! Si le législateur OHADA souhaite également parvenir à destination des nobles ambitions qu'il s'est fixées, il

¹ Art. 31, al. 6 de l'AUA.

² JARROSSON (Ch.), « L'arbitrage en Afrique : questions d'actualité », Rapport de synthèse, RCA, février 2010, *Ohadata D-11-50*, p. 207.

doit encore et surtout prendre toutes les mesures qui s'imposent pour éviter de se faire flasher par les radars de l'insécurité juridique.

PROCÉDURES COLLECTIVES ET ARBITRAGE : ÉLÉMENTS DE CLARIFICATION

Michel MENJUCQ

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne

1. L'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire¹ à l'égard d'un débiteur n'est pas sans conséquence sur la possibilité de soumettre à un arbitrage un litige antérieur ou postérieur à l'ouverture desdites procédures

2. En effet, ces procédures, dont la qualification d'ordre public ne paraît pas souffrir de contestation en raison de leur très strict encadrement par la loi, restreignent considérablement l'arbitrabilité en raison de leur caractère d'ordre public et ce afin d'atteindre les objectifs que poursuivent ces procédures collectives que sont le redressement de l'entreprise, la sauvegarde de l'emploi et l'apurement du passif.

3. En outre, dans ces trois procédures, le débiteur n'a pas libre disposition de ses droits même si, pour la sauvegarde, le débiteur est le seul à disposer du droit d'en solliciter l'ouverture. Effectivement, une fois la sauvegarde ouverte, il subit une restriction importante de ses droits par les dispositions d'ordre public applicables à ladite procédure. C'est évidemment encore plus vrai en redressement et en liquidation judiciaires, le débiteur, sous réserve qu'il ait sollicité la désignation d'un conciliateur, ayant l'obligation d'en demander l'ouverture dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements², à peine d'encourir une mesure d'interdiction de gérer³.

4. Ainsi, en cas de procédures collectives, se trouve restreint l'espace laissé à la résolution des litiges par recours à l'arbitrage, à savoir l'arbitrabilité des litige (1) tout comme sont limitées les pouvoirs du tribunal arbitral (2).

¹ Compte tenu du rôle très résiduel du rétablissement professionnel, il ne sera pas examiné dans la présente contribution.

² C. com. art. L. 631-4.

³ C. com. art. L. 653-8, al. 3.

1) La restriction de l'arbitrabilité des litiges en cas de procédures collectives

5. En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, ce n'est que dans les interstices laissées par la compétence du tribunal ayant ouvert la procédure collective que l'arbitrabilité peut se glisser.

6. Or, on sait que la compétence du tribunal de la procédure collective est étendue puisque, selon une formule jurisprudentielle bien connue, ce tribunal est compétent pour « *toutes les contestations nées de la procédure collective ou sur lesquelles la procédure exerce une influence juridique* ». Cette formule, volontairement très large, permet, certes, d'attribuer un champ d'application étendu à la compétence du tribunal de la procédure collective, mais, elle est imprécise.

7. Ainsi, ressort-il de la jurisprudence que relève de la compétence du tribunal ayant ouvert la procédure tous les litiges sur lesquels l'état de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires exerce une influence juridique et qui ne seraient pas « *présentés de la même manière si (le débiteur) n'avait pas été soumis à une procédure collective* »⁴.

8. En revanche, « *si la difficulté qu'il s'agit de trancher ne suppose pas d'appliquer une règle inhérente à la procédure collective* »⁵, le droit commun de la compétence et donc l'arbitrabilité retrouvent une vocation.

9. Cherchant à préciser la formule précitée, la Cour de cassation recourt à une distinction plus claire. En ce sens, dans un arrêt rendu le 1^{er} avril 2015, la première chambre civile⁶ de la Cour de cassation a considéré que lorsque le mandataire judiciaire « *use de la faculté de poursuivre l'exécution d'un contrat, celle-ci s'accompagne de tous les droits et obligations qui s'y rattachent, ce qui implique l'observation de la clause compromissoire qui y est stipulée* ».

⁴ F.-X. Lucas, Droit de la faillite, Thémis, 2^{ème} éd., 2017, n° 157.

⁵ F.-X. Lucas, *ibidem*.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 2015, n° 14-14.552 : JurisData n° 2015-007126 ; Procédures 2015, comm. 195, obs. L. Weiller ; JCP E 2015, 1273, note Ch. Lebel.

10. De manière parfaitement complémentaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 17 novembre 2015⁷ que le mandataire judiciaire « *qui demande, à titre principal, la nullité d'un acte sur le fondement des dispositions de l'article L. 632-1, I, 2° du Code de commerce (régime des nullités de la période suspecte) ne se substitue pas au débiteur dessaisi pour agir en son nom mais exerce une action au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers de sorte qu'une clause compromissoire stipulée à l'acte litigieux est manifestement inapplicable au litige* ».

11. En somme, lorsque le liquidateur agit au nom et dans l'intérêt particulier du débiteur dessaisi et se substitue à lui dans le cadre de la poursuite de contrats en cours, les engagements souscrits par le débiteur avant l'ouverture de la liquidation judiciaire, au rang desquels peut figurer une clause compromissoire, lui sont opposables.

12. Tel est le cas d'un litige né avant l'ouverture de la procédure collective tendant à la détermination du montant d'une créance contractuelle en présence d'une clause compromissoire. En ce cas, la Cour de cassation a considéré que le juge-commissaire était incompétent, le litige relevant de la compétence exclusive du tribunal arbitral⁸.

13. Dans cette mesure, la survenance d'une procédure collective, à l'égard d'une partie liée à une convention d'arbitrage, ne retire pas au litige son caractère arbitral. En revanche, lorsque le mandataire judiciaire agit sur le fondement de dispositions spécifiques aux procédures collectives et au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, comme il le fait dans le cadre d'une action en nullité de la période suspecte, il ne se substitue à aucun des parties contractantes et les clauses contractuelles, parmi lesquelles la clause compromissoire, ne lui sont donc pas opposables⁹.

⁷ Cass. com., 17 nov. 2015, n° 14-16.012 : JurisData n° 2015-025854 ; Act. proc. coll. 2015-20, alerte 319, obs. L. Fin-Langer

⁸ Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-18.700 : JurisData n° 2004-023924 ; D. 2004, p. 1732, obs. A. Lienhard ; JCP E 2004, 975, note N.S. ; JCP E 2004, 1292, n° 9, obs. P. Pétel.

⁹ Déjà dans ce sens, Cass. com., 14 janv. 2004, 02-15.541 : JurisData n° 2004-021794 ; Rev. arb. 2004, p. 592, note P. Ancel.

14. De la sorte, l'articulation des procédures collectives et de la clause compromissoire trouve une solution dans la distinction selon que le mandataire judiciaire agit dans l'intérêt particulier du débiteur ou dans l'intérêt collectif des créanciers et sur le fondement de règles du Livre VI du Code de commerce ¹⁰.

15. Pour les litiges nés après l'ouverture de la procédure collective, ils ne sont pas inarbitrables du seul fait de l'existence de la procédure collective mais leur arbitrabilité suppose que le juge-commissaire autorise, selon les cas, le débiteur ou le mandataire judiciaire à compromettre¹¹. Cette autorisation peut être accordée à tous les stades de la procédure collective, y compris après l'adoption d'un plan de cession dans le cadre d'un redressement judiciaire¹², l'autorisation étant alors accordée au commissaire à l'exécution du plan.

16. En toute hypothèse, dans l'espace réduit laissé à l'arbitrage, la Cour de cassation s'y montre favorable. Elle a ainsi, notamment, admis dans un arrêt du 13 juillet 2016¹³ que l'inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage ne peut être déduite de l'impossibilité alléguée par le liquidateur judiciaire de faire face au coût de la procédure d'arbitrage.

2. La limitation des pouvoirs du tribunal arbitral en cas de procédures collectives

17. Dans le cadre de sa compétence restreinte, le tribunal arbitral voit ses pouvoirs limités par l'obligation de respecter les règles d'ordre public gouvernant la procédure collective et ce, à peine d'annulation de sa sentence.

18. En conséquence, si le tribunal arbitral peut se prononcer sur l'existence et le montant d'une créance contractuelle, à la condition qu'elle ait été préalablement

¹⁰ En ce sens, CA Douai, 20 déc. 2018, n° 16/06618, RPC n° 6, Novembre 2019, chron. 1, obs. M. Eeckhoudt.

¹¹ Article L. 622-7, II, alinéa 1er C. Com.

¹² Cass. com., 5 juin 2007, n° 05-16.964, RPC n° 1/2008, comm. 8, obs. C. Lebel.

¹³ Cass. 1re civ., 13 juill. 2016, n° 15-19.389, P+B, Sté MJA c/ Sté Airbus helicopters : JurisData n° 2016-013774 ; JCP G 2016, 1002, note M. de Fontmichel ; Procédures 2016, comm. 289, obs. L. Weiller ; LEDEN 2016, n° 146, obs. O. Staes.

déclarée à la procédure collective par le créancier¹⁴, il ne peut, en revanche, condamner le débiteur au paiement de ces sommes, le principe de l'interdiction du paiement des créances antérieures ayant été déclaré par la Cour de cassation comme d'ordre public interne et international¹⁵. Il en est de même pour le principe de suspension des poursuites individuelles¹⁶ ou d'égalité des créanciers.

19. Dans un arbitrage se déroulant dans un tel contexte de **procédure collective**, on ne peut donc que **recommander à tout tribunal arbitral d'éviter d'utiliser, dans sa sentence, toute formule s'apparentant à une injonction au débiteur ou au mandataire de justice qui le représente de payer quelque somme que ce soit**. Le tribunal arbitral qui doit se contenter de fixer le montant de la créance devant exprimer le plus clairement possible dans le dispositif de sa sentence qu'il se limite sa mission à cette seule détermination.

20. En définitive, le droit des procédures collectives n'emporte pas éviction complète de l'arbitrage en général et de l'application des clauses compromissoires en particulier mais l'ouverture d'une procédure collective restreint fortement l'arbitrabilité des litiges et dans ce domaine réduit, le droit de l'arbitrage doit céder aux contraintes imposées par le droit des procédures collectives.

¹⁴ Cass. com., 2 juin 2004, Bull. civ. IV, n° 112.

¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, n° 08-10281.

¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2009, n° 08-10281, arrêt précité.

LITIGES DE CONSOMMATION :

L'ARTICLE 1448 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

FAIT DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE UNE RENONCIATION « *ABUSIVE* »

Gilbert PARLÉANI

Professeur émérite de l'École de Droit de la Sorbonne (Paris 1)

Avocat au Barreau de Paris

1. L'arrêt « *PWC* » prononcé par la Cour de cassation le 30 septembre 2020 (n°18-19241, Bull.) a donné lieu à des commentaires très opposés (v. les critiques de J. Jourdan-Marques, in Dalloz, Panorama de droit de l'arbitrage interne et international, en ligne, Dalloz 1 mars 2021 ; et, en faveur de la solution, Th. Clay, in Panorama Arbitrage et mode alternatifs de règlement des litiges, D. 2020, p. 2490 ; D. Mouralis, note in D. 2020, 2501 ; D. Mainguy, AJ Contrats, 2020, 485 ; E. Gaillard, JDI, 2020, 1317 ; M. de Fontmichel, JCP, ed. G, 2020, 1311). Une clause d'arbitrage contenue dans un contrat international impliquant un consommateur est « *abusive* », au motif que l'article 1448 du Code de Procédure Civile donne priorité aux arbitres pour apprécier ce caractère abusif et pour se reconnaître ou non compétents. C'est ce que l'on a coutume d'appeler le principe de « compétence-compétence ».

2. Les faits de l'arrêt « *PWC* » étaient très simples, et c'est ce qui lui confère toute sa portée. Une personne, décédée en Espagne, avait désigné comme héritiers ses enfants et ses petits-enfants. Le défunt avait confié à un notaire la qualité d'exécuteur testamentaire. La fille reprocha à son frère d'avoir dilapidé la fortune, avec la complicité du notaire. Elle saisit pour cela le tribunal de Nanterre. Parallèlement, cette héritière avait donné mandat à « *PWC* » Espagne pour la conseiller, puisque la succession avait été ouverte en Espagne. Insatisfaite des services de cette société d'avocats, elle saisit directement le juge français d'une

action en responsabilité. La société « *PWC* » s'y opposa car le contrat contenait une clause d'arbitrage.

3. La Cour de Versailles rejeta l'argumentation de la société « *PWC* », toute entière, centrée sur le principe « *compétence-compétence* ». Elle fit prévaloir le droit européen des clauses abusives. La solution serait allée de soi en arbitrage interne. La clause d'arbitrage n'avait pas été négociée, et était de surcroît rédigée en espagnol. Elle créait sans aucun doute un déséquilibre significatif au sens des articles L.212-1, R.212-1, et R.212-2 du Code de la consommation français, issus de la directive 93/13 du 5 avril 2012, telle qu'interprétée pour droit par la Cour de Justice de l'Union européenne. Mais le litige était international, et plus exactement intra-européen. Dès lors, l'article 1448 du Code de Procédure Civile retrouvait son empire, avec la priorité donnée au tribunal arbitral.

4. La question de l'applicabilité de l'article 1448 du Code de Procédure Civile aux litiges de consommation était toutefois discutée en France depuis de longues années. Certes, des arrêts déjà anciens de la Cour de cassation avaient contraint les consommateurs à se soumettre aux arbitres pour leur demander de déclarer abusives les clauses d'arbitrage recueillies sans leur consentement, ou sans négociation (v. par ex. les arrêts Jaguar, Cass. civ. 1, 21 mai 1997, n°99-11429, Rev. arb., 1997.537, note E. Gaillard ; RCDIP, 1998.87, note V. Hervé ; RTDCom, 1998.330, obs. J.C. Dubarry et E. Locquin, et Rado, Cass. civ. 1, 30 mars 2004, n°02-12259, D. 2004.2458, note I. Naggar et p. 3050, obs. Th. Clay ; RTDCom., 2004.447, obs. E. Locquin, Rev. arb., 2005, 115, note Boucobza ; JCP, 2005.I.134, n°3, obs. C. Seraglini ; adde, Fouchard, Les clauses abusives en matière d'arbitrage, Rev. arb., 1995.145). Mais les nuages s'étaient amoncélés sur cette jurisprudence, notamment avec la loi française 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, du 18 novembre 2016. Cette loi avait modifié l'article 2061 du Code de Procédure Civile pour rendre inopposable au non professionnel une clause d'arbitrage même acceptée. Cette modification législative intervenue en 2016 ne concernait toutefois que l'ordre juridique interne. L'article 1448 du Code de Procédure Civile demeurait donc applicable en matière d'arbitrage international ou intra-européen. En droit européen, cet article se trouvait exposé de plein fouet à la directive 93/13 du 5 avril 1993 sur les clauses abusives. Ce fut le cas dans l'arrêt « *PWC* ».

5. L'arrêt « *PWC* » ne peut donc être compris en se référant aux seules dispositions (finalement techniques) que le droit français connaît en matière d'arbitrage. Il faut en effet élargir la perspective, et regarder ensemble le droit issu de la CESDH et celui issu de l'ordre juridique de l'Union européenne dès lors qu'il s'agit de clauses compromissaires insérées dans des relations inégalitaires (ou présumées telles, v. M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, *Economica*, 2013, spéc. n°238, et note précitée au JCP, G., n°1311 ; v. encore Seraglini et J. Orstscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, n°662).

6. En vérité, ces deux ordres juridiques articulés que sont celui résultant de la CESDH et celui résultant des traités européens donne un solide fondement économique et juridique à la solution retenue. La clause d'arbitrage est par essence une renonciation souvent désavantageuse pour une partie à son juge naturel (I). Pour cette raison, l'appréciation de la portée de cette renonciation ne peut toujours être par principe réservée à la juridiction arbitrale (II).

I. CESDH et droit de l'Union européenne : la clause d'arbitrage est par nature une renonciation souvent désavantageuse

7. Dans ces deux ordres juridiques parallèles, et que le droit français aurait souvent avantage à mieux considérer (de ce point de vue, l'arrêt « *PWC* » est très satisfaisant), **il n'existe certes pas de principe d'interdiction absolue des clauses d'arbitrage, notamment dans les relations de consommation, mais elles sont pour le moins considérées avec circonspection.**

8. Le droit de l'Union européenne est le plus clair. L'article 1 sous « *q* » de l'annexe à la directive 93/13 dispose que peut être déclarée abusive, s'il en résulte un déséquilibre significatif, la clause non négociée qui « *supprime ou entrave l'exercice d'actions en justice, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales* » (v. aussi l'article R.212-2-10° du Code de la consommation ; et, v. Ch. Seraglini et J. Orstscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*).

9. La Cour de Justice a ainsi eu l'occasion d'apprécier les clauses d'arbitrage dans les litiges de consommation. Elle a d'abord rappelé que le juge national (et non l'arbitre) est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause figurant dans un contrat soumis à son appréciation (v. par ex., CJUE, 30 avril 2014, Kasler, aff. C-26/13, et, CJUE, Ord., 17 juillet 2014, Sanchez Morillo, aff. C-169/14, point 24), et qu'une clause préédigée est toujours considérée comme n'ayant pas l'objet d'une négociation individuelle (ce qui était le cas en l'espèce ; v. CJUE, Ord., 24 octobre 2019, Topaz, aff. C-211/17, point 45 ; v. CJUE, 15 janvier 2015, aff. C-537/13, Biruté Siba, pour des services juridiques). Mais ensuite, elle a surtout précisé que, face à une clause d'arbitrage, le juge national saisi a l'obligation, 1) de vérifier si la clause a pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours pour le consommateur (ce qui équivaut à une renonciation ; or, c'est « *a priori* » le cas avec l'article 1448 du Code de Procédure Civile), 2) de rechercher si le consommateur a été préalablement informé sur les différences existantes entre la procédure arbitrale et la procédure juridictionnelle ordinaire, étant entendu que l'existence de cette information n'est qu'un simple indice, et qu'elle ne peut suffire à exclure le caractère abusif d'une clause (CJUE, Ord., 17 juillet 2014, Sebestyén, aff. C-342/13, point 36 et s.). À supposer même qu'elle ait été expliquée, une clause d'arbitrage international de consommation préédigée prive à l'évidence le consommateur du bénéfice de la mission du juge national d'apprécier d'office si une clause est abusive, outre le fait qu'elle expose « *a priori* » à des frais (même si les arbitres doivent « *a priori* » faire preuve de délicatesse ; v. CJUE, 21 avril 2016, Radinger, aff. C-377/14, point 16).

10. De son côté, le droit européen des droits de l'homme ne connaît pas non plus le principe de prohibition des clauses abusives. Mais il a été confronté à l'existence de clause d'arbitrage non négociées, forcées, ou déséquilibrées. Les principes dégagés par la CEDH sont donc plus généraux, mais éclairent le droit de l'Union européenne.

11. Une bonne illustration peut être trouvée en matière sportive, avec l'arrêt prononcé par la CEDH le 2 octobre 2018 (Mutu et Pechstein c. Suisse, n^{os} 405/75/10 et 67474/10, Dalloz actualités, 16 octobre 2018, obs. N. Nalepa ; C. Legendre, La soumission de la puissance sportive à la CEDH, réflexions à partir de l'arrêt Mutu et Pechstein, D. 2020, 618). **À sa lecture, trois situations de fait abstraites et éclairantes se dégagent.**

12. La première situation est banale dans la vie des affaires, et rare en droit de la consommation. En règle générale, celui qui accepte une clause d'arbitrage le fait au terme d'un choix ouvert, entre plusieurs partenaires commerciaux. La contrainte est de prime abord inexistante, le choix de l'arbitrage résulte en principe du choix libre d'une offre commerciale parmi toutes celles qu'offre le marché (v. par ex. CEDH, 15 septembre 2009, Eiffage, n°1742/05 ; CEDH, 1 mars 2016, Tabbane, n°41069/12 ; CEDH, 16 décembre 2003, Transportes Fluviaux do Sado, n°35943/02). Par exemple, le choix de la franchise est un choix libre de gestion. Dès lors, l'article 1448 doit « *a priori* » retrouver son empire, du moins au regard de la CESDH. (La situation peut cependant être différente dans les ordres juridiques internes. C'est le cas en France, avec la prohibition des déséquilibres significatifs dans les rapports d'affaires (article L.442-2-2 du Code de commerce, et jugement du Tribunal de commerce de Paris du 13 octobre 2020 dans l'affaire Subway, D.2020.2484, obs. J.C. Roda et F. Buy).

13. La deuxième situation de fait abstraite que l'on peut isoler à la lecture de l'arrêt Mutu et Pechstein se présente lorsqu'il n'a existé aucune possibilité économique de refuser la clause d'arbitrage. Ce fut le cas d'un sportif professionnel, sanctionné par sa fédération avec effet immédiat (par exemple pour dopage), qui ne pouvait que recourir devant le TAS (Tribunal Arbitral du Sport), sauf à renoncer à toute activité professionnelle. C'est là un choix impossible économiquement. La CEDH a dans ce cas considéré que l'arbitrage était forcé, et que la soumission au TAS avait été contrainte, d'autant plus que ce tribunal ne présente pas directement toutes les garanties offertes par l'article 6 §1 de la CESDH (indépendance des arbitres nommés, notamment). Ces garanties ne sont en effet être offertes qu'après coup, dans le cadre des recours portés devant le Tribunal Fédéral Suisse. Ce retard dans l'application de l'article 6§1 constitua une violation de ce texte. Une telle situation est évidemment difficile à caractériser en matière de droit de la consommation, car, en principe, le consommateur peut librement arbitrer parmi toutes les offres qui se présentent à lui. L'argument de la contrainte économique peut ainsi devenir très contingent.

14. C'est alors **la troisième situation** de fait abstraite qui est la plus pertinente dans le rapport de consommation. Elle concerne tous les litiges qui impliquent des parties faibles, professionnelles ou non. Toujours dans son arrêt Mutu et Pechstein (précité),

la CEDH s'est prononcée sur la situation d'un footballeur qui avait à l'évidence le choix entre plusieurs clubs, mais le choix du club allait toujours de pair avec celui du contrat. Or, les contrats du club retenu contenaient une clause d'arbitrage. La CEDH a considéré que l'acceptation de la clause d'arbitrage devait être qualifiée de « *renonciation à tout ou partie des garanties prévues par l'article 6 §1* », ce qui supposait de vérifier si cette acceptation « *relevait d'un choix libre, licite, et non équivoque* » (point 103). Cette renonciation n'a évidemment pas la même valeur ni la même justification si les rapports économiques sont ou non nettement déséquilibrés.

15. Cette jurisprudence de la CEDH s'articule sans difficulté avec celle de la CJUE en matière de clauses abusives dans les contrats de consommation. Sans être forcé (car le marché offre un choix aux consommateurs), l'arbitrage est rarement négocié. Les clauses sont toujours standard et prérédigées (v. CJUE, Ord., 24 octobre 2019, Topaz, précité). C'était le cas dans l'affaire « *PWC* ». La condition d'absence de négociation que l'on trouve à l'article 3 de la directive 93/13 comme à l'article L.212-1 du Code de la consommation était donc satisfaite. Mais « *quid* » du caractère abusif, ou du « *déséquilibre significatif* » ?

16. Accepter la clause d'arbitrage, c'est évidemment aussi accepter le droit de l'arbitrage, avec la priorité donnée à la juridiction arbitrale pour statuer sur sa propre compétence. C'est donc renoncer au juge étatique, alors que la mission européenne de ce dernier est de relever d'office les clauses déséquilibrées.

17. La question est alors de savoir qui doit apprécier les conséquences du choix de l'arbitrage : le juge étatique, juge naturel du consommateur, ou le tribunal arbitral ?

II. L'article 1448 définitivement hors-jeu ? L'objectif de sécurité sur le grand marché unique européen.

18. Si l'arrêt « *PWC* » a fait grand bruit, sa portée pratique ne doit pas être surestimée. D'abord, le principe « *compétence-compétence* » qu'il pose ne s'appliquait plus que dans les litiges de consommation internationaux (ce qui était le cas en l'espèce, puisque c'était un héritier français qui avait contracté avec la branche espagnole du cabinet PWC). Dans l'ordre européen (sous-ordre

international), la situation est désormais clarifiée avec l'arrêt « *PWC* » du 30 septembre 2020.

19. L'application mécanique de l'article 1448 du Code de Procédure Civile conduit à confier au tribunal arbitral la mission de rechercher si la clause d'arbitrage est abusive au sens de la directive 93/3 (v. en ce sens, à propos justement de cet arrêt, J. Jourdan-Marques, dossier Dalloz, Droit de l'arbitrage interne et international, Panorama 2020, en ligne, 15 janvier 2021, p. 69 et s., adde, Ph. Fouchard, E. Gaillard, et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, n°526). Le consommateur devrait ainsi soumettre aux arbitres sa contestation « *ab initio* » de l'arbitrage pour non-négociation et déséquilibre significatif. Cela fait à l'évidence problème, car même si l'on accorde sa confiance aux arbitres, il n'y a aura aucune prévisibilité. Surtout, la mission des arbitres n'est pas celle du juge national, sur lequel pèse l'obligation de relever d'office le caractère abusif d'une clause. C'est ainsi qu'on a pu écrire que « *la plus grande critique que l'on peut adresser à l'analyse au cas par cas de la validité de la clause compromissaire dans les contrats de consommation est qu'elle oblige la partie faible à recourir au préalable au tribunal arbitral pour que celui-ci se déclare éventuellement incompétent* » (M. de Fontmichel, op. et loc. cit.).

20. Sous l'angle de la renonciation, la jurisprudence européenne (elle-même proche de celle de la CEDH) explique la solution retenue par la Cour de cassation.

La Cour de cassation a en effet jugé que c'est en elle-même que la règle énoncée à l'article 1448 du Code de Procédure Civile peut rendre impossible ou aléatoire l'office du juge national, qui a l'impérative mission de relever d'office le caractère abusif d'une clause d'arbitrage. Il s'agit ici de l'ordre public européen. Dans le cadre de leur autonomie procédurale, des États membres doivent en premier lieu permettre aux consommateurs qui veulent se délier d'une clause qu'ils considèrent comme abusive, de bénéficier d'un droit au juge dans des conditions équivalentes à ce que permet le droit national dans des situations similaires. Mais le principe d'équivalence ne suffit pas pour exclure les juridictions arbitrales, car l'équivalence n'est pas l'identité de solutions ou l'identité de juridictions. Surtout, et en second lieu,

« le juge national doit vérifier si la clause ne rend pas impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union européenne ».

De nombreuses situations de fait peuvent correspondre à ce critère. Ainsi, la Cour de Justice a considéré comme des obstacles l'existence de délais, ou l'exigence de frais (v. pour un coût, v. CJUE, 21 avril 2016, Radinger et Radingerova, aff. C-377/14, point 46). Mais ce ne sont là que des illustrations d'un principe plus général. L'objectif est de ne pas rendre plus difficile le respect de l'ordre juridique européen. Or, l'exclusion du juge étatique par l'article 1448 du Code de Procédure Civile « entrave » au minimum l'exercice d'actions en justice, ce qui est précisément visé par l'article 1 sous « q » de l'annexe à la directive 93/13.

21. Finalement, après l'arrêt « *PWC* », la seule question sera de savoir si la clause a été ou non négociée. C'est à cela que s'est très pertinemment consacrée la Cour de Versailles. Elle avait pour elle l'appui de la jurisprudence européenne relative aux clauses standard et pré-rédigées (v. CJUE, Ord., 24 octobre 2019, Topaz, précitée). Une fois l'absence de négociation caractérisée, l'affaiblissement des droits des consommateurs par la seule existence du droit de priorité prévu à l'article 1448 du Code de Procédure Civile allait de soi.

22. La possibilité nouvelle pour les consommateurs de l'espace européen (de plus en plus nombreux avec les développements de l'e-commerce) d'inverser la priorité à l'arbitrage qui résulte de l'article 1448 du Code de Procédure Civile permet de rapprocher sensiblement la situation des consommateurs internes (protégés par l'article 2061 du Code civil) de ceux qui commencent à conquérir le grand marché européen. Faut-il rappeler que ce marché continental ne peut reposer que sur une sécurité juridique conçue à l'échelle du continent, qu'il s'agisse de droit matériel ou de droit processuel ?

**DE L'ABUS DE CLAUSE COMPROMISSOIRE
DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE CONSOMMATION
(À PROPOS D'UN RÉCENT ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION)**

Charlemagne DAGBEDJI

Enseignant-chercheur contractuel en droit privé (LRU)

Équipe méditerranéenne de recherche juridique (UR 7311)

Université de Corse Pasquale Paoli

1. L'appréciation judiciaire d'une clause compromissoire n'est pas une tâche aisée. Obligé, à la fois, par le principe de compétence-compétence et le devoir de veiller à la licéité des stipulations contractuelles, le juge se trouve tiraillé entre principes protecteurs de l'arbitrage et l'obligation de sanctionner la clause compromissoire abusive¹. Dans l'absolu, le principe de compétence-compétence, dans son assertion négative, devrait obliger le juge à décliner sa compétence au profit du tribunal arbitral². Tel n'est pourtant pas le cas : d'une part, parce que les règles du droit de la consommation sont d'ordre public³. D'autre part, parce qu'il est conséquemment du devoir du juge de veiller à la sanction des clauses abusives⁴. Au présent cas, c'est une imparfaite maîtrise des contours du principe de compétence-compétence qui a nourri l'illusion de l'incompétence du juge pour connaître de la question de la clause compromissoire abusive acceptée par un consommateur.

2. Les circonstances de l'espèce font directement écho à celles qui ont donné lieu à un arrêt de la CJCE le 26 octobre 2006⁵. Il s'agissait, dans cette précédente affaire, de la conclusion par Madame Mostaza d'un contrat d'abonnement à une ligne téléphonique avec une société espagnole. Ledit contrat prévoyait une clause

¹ Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2020, *Dalloz actualité*, 9 nov. 2020, chron. JOURDAN-MARQUES ; *LPA* 2020-391, p. 27, note S. BOLLE.

² *Ibid.*

³ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *RDC* 2004, n°3, p. 679, note D. FENOUILLET.

⁴ S. PIEDELIEVRE, « Clause abusive et appréciation du juge », *Gaz. pal.*, n°13, 2020, p. 44.

⁵ CJCE 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *M^{me} Mostaza Claro c/ Centro Movil Milenium SL*, *D.* 2006. 2910, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *ibid.* 3026, obs. T. CLAY ; *ibid.* 2562, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLÉE ; *RTD civ.* 2007. 113, obs. J. MESTRE ET B. FAGES ; *ibid.* 633, obs. P. THÉRY ; *JDI* 2007. 581, note A. MOURRE ; *Rev. arb.* 2007. 109, note L. IDOT ; *JCP* 2007. I. 168, § 1, obs. C. SERAGLINI ; *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2007, p. 17, obs. F.-X. TRAIN ; *LPA* 2007, n° 152, p. 9, obs. C. LEGROS ; *ibid.*, n° 189, p. 9, note G. POISSONIER et J.-P. TRICOIT ; *RDAI* 2007, n° 14, p. 55, obs. C. NOURISSAT ; *Europe* 2006, n° 378, p. 28, obs. L. IDOT

compromissoire réservant tous les différends contractuels relatifs à cet abonnement à l'arbitrage de l'Association européenne d'arbitrage et d'amiable composition.

3. Cette fois, c'est une héritière qui, à la suite du décès de son père en Espagne, poursuit ses cohéritiers pour distraction des biens de la succession de leur auteur. Dans ce cadre, elle conclut deux contrats de mission avec une société d'avocats de droit espagnol à qui elle donnait mandat de la conseiller au sujet de la succession de son père ouverte en Espagne. Il y était stipulé une clause compromissoire par laquelle les parties s'engageaient à soumettre leurs éventuels litiges à la juridiction d'un tribunal arbitral. C'est alors que, s'estimant lésée dans le partage successoral, l'héritière a simultanément assigné en responsabilité son frère, le notaire et la société d'avocats devant le Tribunal de grande instance de Nanterre.

4. Le premier juge saisi avait ordonné la jonction des deux procédures. Il a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par la société d'avocats. La clause compromissoire opposée par cette société est, selon lui, manifestement abusive. D'où les juridictions étatiques françaises sont compétentes pour connaître de tout litige afférent aux contrats de service conclus par les parties. La Cour d'appel de Versailles a, sur la base des mêmes fondements, confirmé cette ordonnance par un arrêt contre lequel la société d'avocats a formé un pourvoi en cassation.

5. Selon la demanderesse au pourvoi, en écartant la clause compromissoire qualifiée d'abusives et en reconnaissant la compétence des juridictions étatiques françaises, la Cour d'appel a méconnu le principe de compétence-compétence, ensemble avec les articles 1448 du code de procédure civile, 17 et 18 du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Les moyens développés convergent vers un but précis : démontrer que le principe de compétence-compétence exclut la compétence du juge étatique français même si la clause compromissoire est abusive.

6. Dès lors, il est possible de se demander si ce principe exclut vraiment la compétence du juge étatique lorsque la clause compromissoire stipulée dans un contrat de consommation est abusive.

La haute juridiction répond sans ambiguïté par la négative. Elle énonce que **la protection procédurale du consommateur exclut l'application d'une clause compromissoire abusive**. En cette occurrence, ni l'interprétation impropre du droit communautaire ni la critique du recours au droit international privé européen n'ont suffi à faire prospérer l'exception d'incompétence du juge étatique français soulevée par la demanderesse au pourvoi. L'intérêt public de la protection du consommateur proscrit, selon la Cour de cassation, l'application de règles internes de procédure qui rendrait illusoire l'exercice des droits reconnus au consommateur par le droit communautaire qui doivent être sauvegardés par les juridictions nationales.

7. De ce raisonnement, il se dégage l'abandon du principe de compétence-compétence (II) adossé à l'inapplicabilité de la clause compromissoire abusive (I).

I. L'inapplicabilité d'office des clauses compromissoires abusives

8. L'interprétation mesurée du principe de compétence-compétence assurée par la Cour de cassation a la vertu de la méthode. En effet, l'inapplication de la clause compromissoire abusive n'a pas été énoncée de façon péremptoire ou dogmatique. L'avoir fait laisserait subsister improprement l'idée selon laquelle toute clause compromissoire liant un professionnel à un consommateur serait abusive. Mais tel n'est pas le sens de la démarche de la juridiction de cassation qui ne prend partie pour le consommateur que si l'abus de la clause compromissoire est caractérisé. C'est pourquoi, avant de refuser l'application des clauses compromissoires abusives dans les contrats internationaux de consommation (B), elle s'est évertuée à qualifier d'abord l'abus desdites clauses, même si son approche est loin de faire l'unanimité (A).

A- La qualification discutable de la clause compromissoire abusive

9. La qualification préalable de la clause compromissoire abusive est une démarche technique logique. Elle consiste, selon le vocabulaire juridique, en une opération intellectuelle rattachant une situation de fait ou de droit à une catégorie juridique déjà existante pour déterminer le régime juridique applicable⁶. Elle est légale ou judiciaire. Elle est judiciaire lorsqu'elle permet au juge de rapprocher une situation particulière

⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, 2018, p. 837.

des critères de qualification légale⁷. C'est ce qui ressort de l'arrêt puisque les juges, en se fondant sur les critères légaux, qualifient d'abusives la clause compromissoire acceptée par le consommateur.

10. Cependant, la portée négative du principe de compétence-compétence ne tolère la compétence du juge étatique que si la clause compromissoire est manifestement nulle en vertu de l'article 1448 du code de procédure civile⁸. Dès lors, l'abus de la clause compromissoire, identifié par le juge, pourrait être assimilé à un nouveau cas de nullité manifeste à même de fonder la compétence du juge national⁹. D'où la qualification retenue (1) peut être éclipsée par l'hypothèse d'un nouveau cas de nullité manifeste de la clause compromissoire (2).

1. La qualification retenue : clause compromissoire abusive

11. Le principe de compétence-compétence constitue l'âme de l'efficacité de l'arbitrage international. Il ne peut être évincé que dans la limite de la nullité manifeste de la clause compromissoire. Dans l'arrêt sous étude, l'office du juge a plutôt conduit à une nouvelle cause de mise en échec du principe compétence-compétence. Il s'agit de l'abus de clause compromissoire.

12. L'abus de la clause compromissoire a été caractérisé par le juge à partir des critères qui ressortent du droit européen de la consommation. En effet, le droit français des clauses abusives résulte de la transposition en droit interne de la directive n° 93/13 CEE du 5 avril 1993¹⁰. Selon l'article 3.1 de cette directive transposée dans l'ordre interne, « *une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* ». Et ce même article précise en son point 2 qu'une « *clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée*

⁷ P. WACHSMAN, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, 2019, pp. 1277 et s.

⁸ E. Gaillard, *L'effet négatif de la compétence-compétence. Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 387 ; G. A. BERMANN, « Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale », in *L'arbitre*, 2009, Archives de Philosophie du droit, t. 52, Paris, Dalloz, p. 121.

⁹ Article 1448 du Code de procédure civile ; v. égal. Civ. 1^{re}, 28 juin 1989, *Rev. arb.* 1989. 653, note Ph. FOUCHARD.

¹⁰ G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.* 2004. 511.

préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion ». La condition légale de l'abus de clause applicable à la clause compromissoire peut alors s'énoncer en peu de mots : la clause standardisée non négociée est abusive¹¹.

13. Cette interprétation retenue par l'arrêt démontre que la clause compromissoire insérée dans le contrat est une clause standardisée non négociée : toute chose qui la rend abusive.

14. Cependant, l'abus de la clause compromissoire n'est pas présomptif. Il doit être démontré. C'est pourquoi le juge doit se livrer à une appréciation *in concreto* qui lui permet de rendre compte du déséquilibre significatif entre les droits et obligations du consommateur entraîné par le défaut de négociation individuelle de la clause. La Cour n'a pas dérobé à cette tâche. Elle a démontré que la clause compromissoire litigieuse est une clause standardisée non négociée rendant illusoire le droit au recours effectif du consommateur¹². Ainsi-t-elle a pu décider qu'en « *l'état de ces constatations (...), tenant compte de la nature des services prévus au contrat et de toutes les circonstances qui en ont entouré la conclusion, (...) la société PWC ne démontrait pas que la clause standardisée obligeant le client non-professionnel (...) avait fait l'objet d'une négociation individuelle* ». L'abus de clause compromissoire doit donc s'apprécier à partir des éléments concrets mis en jeu par les circonstances factuelles de la cause. Mais cette qualification est pourtant loin de faire l'unanimité. Elle peut plutôt constituer une nouvelle cause de nullité manifeste.

2. La qualification envisageable : nouveau cas de nullité manifeste

15. Assimiler une clause compromissoire standardisée non négociée à un nouveau cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage oblige à s'interroger au préalable sur la notion même de nullité manifeste. Celle-ci, à l'instar de certaines notions juridiques à géométrie variable telles que les bonnes mœurs¹³, la bonne foi¹⁴

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2020, préc.

¹² *Ibid.*

¹³ J. BONNECASE, « La notion juridique de bonnes mœurs, sa portée en droit civil français », in *Études de droit civil en l'honneur de H. CAPITANT*, Paris, 1930, p. 95 ; E. GÉRAUD-LLORCA, « L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil », in J. CHEVALLIER (dir.) *Les bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1993 (dir.), pp. 61 et s.

¹⁴ E. ZOLLER, « Bonne foi », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, 2019, p. 143.

ou le délai raisonnable¹⁵, ne fait l'objet d'aucune définition formelle. En effet, sans décliner son contenu, le législateur a fait de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage une exception à la règle de la compétence-compétence de l'arbitre¹⁶. Cette absence remarquée de définition ne manque pourtant pas de *ratio legis*. Elle procède d'une technique législative qui, bien approuvée par la légistique, confère au juge un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, non lié par une définition fixée dans le corpus juridique, le juge exerce la plénitude de son pouvoir d'appréciation en adaptant la notion à l'environnement des faits.

16. Mais le silence de la loi n'est pas synonyme d'une absence irréversible de définition de la notion de nullité manifeste. La nullité manifeste désigne une nullité évidente et irréfutable qu'aucune analyse intellectuelle sérieuse ne peut remettre en cause¹⁷. Ainsi, le caractère manifeste de cette nullité doit s'entendre de ce qui contrevient *prima facie* à une condition légale de validité de la clause compromissoire. Le cas échéant, son constat ne requiert aucune interprétation et la nullité apparaît être logiquement sa conséquence. Le juge détermine alors, non pas de façon exhaustive mais de manière adaptée, les cas de nullités évidentes de la convention d'arbitrage. La nullité manifeste exclut dare-dare son constat par déduction ou présomption. La tendance jurisprudentielle actuelle est d'ailleurs en ce sens. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 28 avril 2004, a jugé que « *le caractère évident et incontestable d'une telle nullité ne se déduit pas de la discussion sur l'appréciation de la nature éventuellement abusive de la clause compromissoire litigieuse au regard des règles gouvernant la protection des consommateurs* »¹⁸. La nullité manifeste, selon cette juridiction d'appel, ne saurait se déduire du seul caractère abusif de la clause compromissoire à l'aune des règles protectrices du consommateur. L'on est bien tenté de penser que c'est la règle qui est appliquée dans l'arrêt sous étude dans la mesure où la juridiction de cassation s'est limitée à la qualification abusive de la clause compromissoire. Rien n'est cependant si évident !

¹⁵ J.-F. KRIEGK, « Le délai raisonnable en droit positif européen ou français », *LPA* 2012-5, p. 16.

¹⁶ S. AKHOUAD-BARRIGA, « Consommateur, clause d'arbitrage intra-UE et mise en échec de l'article 1448 du Code de procédure civile : la Cour de cassation ouvre la brèche », *LPA* 2020-254, p. 7.

¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2020, préc.

¹⁸ Paris, 28 avril 2004, *Gaz. Pal.*, 28 avril 2005, p. 30, note A. MOURRE.

17. Loin des débats, aussi passionnant qu'intéressant, abondamment focalisés sur la qualification de clause abusive retenue par le juge pour évincer le principe de compétence-compétence, il est possible de flairer un cas de nullité manifeste. L'idée, quoique absente en doctrine, apparaît pourtant subrepticement dans un commentaire qui souligne l'hypothèse de la nullité manifeste de la clause compromissaire abusive. Ce commentateur s'est contenté de relever que certains pourraient soutenir la nullité manifeste de la clause compromissaire au détriment de la qualification de clause compromissaire abusive retenue par la Cour de cassation. Mais de quoi pourrait-il s'agir ?

18. La nullité manifeste est, convient-il de le rappeler à titre de postulat, une nullité de l'évidence. Elle n'est envisageable que si la cause de la nullité tombe sous le sens. Or la juridiction de cassation a relevé par simple constat, sans être d'ailleurs contestée, que la clause de règlement insérée dans le contrat international de consommation est une clause standardisée non négociée. Il s'agit d'une clause non consensuelle qui méconnaît les exigences protectrices du droit de la consommation. Le juge aurait pu retenir que l'évidence d'une clause compromissaire soustraite à la négociation et imposée par le professionnel constitue un cas de nullité manifeste au regard du droit de la consommation. Le cas échéant, l'éviction du principe de compétence-compétence du tribunal aurait pu être fondée sur une exception légale. Se serait alors à bon droit que le juge français reconnaît sa propre compétence pour statuer sur la contestation de la convention d'arbitrage. Ne l'avoir pas fait n'a pourtant pas empêché les critiques relatives à l'application refusée de la clause compromissaire stipulée par les parties.

B- L'application refusée de la clause compromissaire abusive

19. L'inapplication de la clause compromissaire décidée par la Cour n'est pas le fruit d'une décision rendue au pifomètre. Le passage en revue de son raisonnement l'atteste si bien de sorte que le refus d'appliquer la clause compromissaire apparaît motivé. Cependant, la démarche de la haute juridiction, véritable coup de canif pour sa propre jurisprudence antérieure, n'est pas exempte de critiques.

20. L'application de la clause compromissoire, lorsqu'elle est insérée au contrat international, est une règle d'or en droit international privé¹⁹. Elle oblige les parties à se soumettre à la juridiction du tribunal arbitral²⁰. Il n'en va pas autrement dans les contrats internationaux de consommation. Deux historiques arrêts, *Jaguar*²¹ et *Rado*²², exemplifient *prima facie* la volonté de la Haute juridiction de mettre en avant l'application de la clause compromissoire. En venir aujourd'hui à déconstruire ce discours juridique devenue la pierre d'angle de la théorie de l'efficacité de la convention d'arbitrage en droit international nécessite la mobilisation d'arguments persuasifs. Est-elle vraiment y arriver ? Le but visé à ce stade est d'exposer les motifs du refus avant d'en examiner la pertinence.

21. Pour décider de l'inapplication de la clause compromissoire, le raisonnement de la Cour de cassation est abondamment axé sur le droit européen. Elle invoque les dispositions de la directive européenne 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 transposée en droit interne pour définir le régime des clauses abusives. Aussi s'est-elle servie à volonté de la jurisprudence de la CJUE relative à l'application de la directive.

22. Pour justifier ce recours à la directive, elle reproduit un pan d'une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union selon lequel « *étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive 93/13 assurent aux consommateurs, l'article 6 de celle-ci doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public* ». La juridiction de cassation a fini par indiquer *expressis verbis* qu'il convient de « *prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats* ».

23. Et après avoir démontré l'abus sans pour autant vraiment qualifié le déséquilibre caractéristique des clauses abusives, elle conclut : « *la cour d'appel qui, après en avoir examiné l'applicabilité, en tenant compte de tous les éléments de droit et de fait*

¹⁹ Versailles, 15 févr. 2018, n° 17/03779, *LPA* 2018, n° 135, p. 13, obs. C. JALICOT

²⁰ C. JARROSSON et J.-B. RACINE, *Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, *Rev. arb.* 2016. 1007.

²¹ Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, n^{os} 95-11.429 et 95-11.427 ; *Rev. crit. DIP* 1998, 87, note V. HEUZÉ ; *RTD com.* 1998. 330, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN ; *NY. L. J.* 4 déc. 1997, obs. E. GAILLARD ; *RGDP* 1998. 156, obs. M.-C. RIVIER ; *Rev. arb.* 1997. 537, note E. GAILLARD.

²² Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, n° 02-12.259 ; *RTD com.* 2004. 447, obs. E. LOQUIN ; *JCP* 2005. I. 134, obs. C. SERAGLINI ; *Rev. arb.* 2005. 115, note X. BOUCOBZA.

nécessaires dont elle disposait, a écarté la clause compromissoire en raison de son caractère abusif, a, sans méconnaître les dispositions de l'article 1448 du code de procédure civile, accompli son office de juge étatique auquel il incombe d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire (...) ». En conséquence, la clause compromissoire abusive est inapplicable dans les contrats internationaux de consommation. Reste à savoir si les arguments avancés ont suffi à justifier l'abandon du principe de compétence-compétence qui a résulté de l'inapplication de la clause compromissoire.

II. L'abandon du principe de compétence-compétence

24. Le raisonnement de la Cour de cassation doit permettre de répondre, en aval, à une question essentielle : du tribunal arbitral et du juge français, qui a compétence pour trancher les contestations relatives à clause compromissoire ? En principe, le contentieux de la clause compromissoire est dévolu au tribunal arbitral à moins qu'elle soit manifestement nulle. Ici, la Cour de cassation n'a pas retenu cette exception de nullité. Tout semble alors indiquer qu'il revenait à la juridiction arbitrale de statuer sur sa propre compétence en vertu du principe compétence-compétence. Le juge français saisi, tenu par l'effet négatif de ce principe, avait à décliner sa compétence à la demande des parties²³. Mais la juridiction de cassation, se fondant sur l'abus de la clause compromissoire, entérine l'éviction du principe compétence-compétence (A) avant de reconnaître la compétence des juridictions françaises (B).

A- L'exclusion du principe de compétence-compétence

25. Le principe de compétence-compétence fait en principe de l'arbitre le juge exclusif de sa propre compétence²⁴. Au rebours des exigences de ce principe, la Cour de cassation a fait prévaloir des considérations d'ordre public pour exclure son application. De façon concrète, elle évoque la primauté de la protection processuelle

²³ E. GAILLARD, *L'effet négatif de la compétence-compétence. Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 387 ; v. également J. CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, thèse Paris II, n^{os} 331 s.

²⁴ E. GAILLARD, *L'effet négatif de la compétence-compétence. Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 387 ; v. également J. CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, thèse Paris II, n^{os} 331 s.

du consommateur pour justifier l'exception au principe de compétence-compétence logée au cœur de l'ordre public international français. C'est vrai que certains auteurs²⁵, sans ignorer une remarquable jurisprudence plutôt discrète sur la question²⁶, attendaient le fléchissement de ce principe dans les contrats internationaux de consommation. Mais son éviction fait légitimement craindre le risque de son extension qui remettrait en cause l'efficacité d'une règle si séculaire dans l'arbitrage international français. La solution ainsi retenue apparaît justifiée (1), certes, mais peut être discutée à raison (2).

1. Une exclusion justifiée

26. L'exclusion du principe de compétence-compétence n'est pas le fruit d'une intuition. Elle procède d'un raisonnement dans lequel se succèdent des arguments pour justifier la décision de la Cour. En effet, l'éviction du principe compétence-compétence, conséquence de l'inapplication de la clause compromissoire, est une nouvelle solution qui rompt avec une jurisprudence traditionnelle²⁷. Et pour cela, elle nécessite le déploiement d'arguments à la hauteur de l'autorité acquise par ce principe en raison de son ancienneté.

27. D'une part, la protection du consommateur dans les contrats internationaux de consommation est la principale raison de l'éviction du principe compétence-compétence de l'arbitre. En se basant sur le droit national des clauses abusives issues de la transposition de la directive européenne précitée, la Cour a souligné l'importance que revêt la protection du consommateur. Mais il n'échappe guère à l'analyse que l'intérêt visé par cette protection au sens de la directive transposée à un caractère public. La référence de la juridiction de cassation à l'arrêt de la CJUE insiste sur « *l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive 93/13 assure aux consommateurs l'article 6 de celle-ci doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public* »²⁸. Il apparaît que l'exigence de protection du consommateur relève d'un intérêt public logé désormais au cœur de

²⁵ C. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international, à la recherche d'un équilibre », *Gaz. Pal.* 2007, n° 349, p. 5, n° 26 ; C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat, Droit privé, LGDJ, 2019, n° 662.

²⁶ CJCE 26 oct. 2006, préc.

²⁷ Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, préc. et Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, préc.

²⁸ CJUE 20 sept. 2018, aff. C-51/17, § 89, D. 2018. 1861 ; *ibid.* 2019. 279, obs. M. MEKKI.

l'ordre public français. La Cour de cassation a adhéré, sans la moindre réserve, à cette interprétation²⁹.

28. D'autre part, la protection du consommateur n'est pas une simple exigence formelle élevée au rang d'une règle d'ordre public. Il s'agit, en effet, d'une garantie procédurale devant assurer aux consommateurs la réalité du droit à un recours effectif. La juridiction de cassation énonce : « *au nombre des moyens adéquats et efficaces devant garantir aux consommateurs un droit à un recours effectif doit figurer la possibilité d'introduire un recours ou de former opposition dans des conditions procédurales raisonnables, de sorte que l'exercice de leurs droits ne soit pas soumis à des conditions, notamment de délais ou de frais, qui amenuisent l'exercice des droits garantis par la directive 93/13/CEE* ». En application de cette règle, la Cour de cassation a jugé que c'est à bon droit que la Cour d'appel n'a pas fait droit à l'application de la clause compromissoire parce que « *la règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder* ». La règle procédurale de priorité dont il est question n'est autre que le principe compétence-compétence dont la violation est alléguée par la demanderesse au pourvoi. La Cour de cassation considère que l'application de cette règle en l'espèce ne garantit pas l'exercice des recours dans les conditions raisonnables de délai et de coûts.

29. L'éviction du principe compétence-compétence décidée par la Cour d'appel ne méconnaît donc pas les dispositions de l'article 1448 du code de procédure civile. Tel est le sens de la solution de l'arrêt qui a dû exclure l'effet négatif du principe compétence-compétence en raison de sa contrariété à la protection procédurale du consommateur. Elle n'est cependant pas exempte de critique.

2. Une exclusion discutable

30. L'exclusion du principe compétence-compétence peut être discutée à l'aune du raisonnement du juge. Certes, l'argument avancé par la Cour de cassation,

²⁹ J. JOURDAN-MARQUES, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, Paris, LGDJ, 2017, n° 160.

notamment les exigences spécifiques à la protection processuelle du consommateur, paraît persuasif. Mais sa démarche peut nourrir de légitimes doutes.

31. D'une part, la protection processuelle évoquée par la haute juridiction a un contenu bien précis. Elle indique que l'application d'un principe, fut-il classique, ne doit pas entraîner pour le consommateur voulant agir en règlement d'un litige des coûts supplémentaires ou des délais anormalement longs. La règle sous-jacente ainsi énoncée tient à l'exigence du caractère raisonnable des coûts et délais que généreraient l'application de la clause compromissoire stipulée par les parties au contrat international de consommation.

32. D'autre part, la vérification du respect de la protection processuelle du consommateur partie à un contrat international de consommation ne saurait se faire sans égards aux réalités factuelles. En effet, l'appréciation du caractère raisonnable de l'application de la clause compromissoire au nom de la protection processuelle du consommateur devrait consister en une appréciation *in concreto*. Ainsi, à partir des éléments du dossier, il reviendra à la Cour de constater que la saisine du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence avant la saisine des juridictions françaises peut dérégler les prévisions des parties quant au coût et au délai.

33. À cette aune, elle aurait pu démontrer, à partir des éléments concrets, comment le délai s'allongerait ou les frais s'augmenteraient déraisonnablement. Mais elle a préféré une réponse présomptive et totalement abstraite. Il est bien possible que la décision du tribunal arbitral espagnol sur sa propre compétence soit rendue dans un délai raisonnable à un coût tout aussi mesuré.

34. L'éviction du principe compétence-compétence décidée par la Cour présente alors un risque pour l'efficacité de la clause compromissoire. Elle peut être étendue à d'autre matière de sorte que l'attente légitime des parties incarnée par la clause compromissoire dans l'arbitrage international cèderait à l'insécurité judiciaire. Il est alors souhaitable que cette éviction reste une exception à l'application de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Elle n'aura à jouer que si son application a pour conséquence évidente d'allonger le délai ou d'augmenter déraisonnablement le coût du procès après une appréciation concrète de la

protection du consommateur. Est-ce qu'il n'y avait pas une préférence inavouée pour les juridictions françaises ?

B- La reconnaissance de la compétence du juge étatique français

35. L'éviction du principe de compétence-compétence prive l'investiture de l'arbitre de son efficacité. Il ne permet plus à l'arbitrer de statuer sur sa propre compétence lorsqu'elle est remise en cause par l'une des parties. Elle emporte, par conséquent, un risque de déni de justice si après l'avoir décidée aucune compétence n'est attribuée à une juridiction. Corrélativement, les exigences de la bonne justice dans les relations internationales de droit privé, notamment l'économie procédurale et l'efficacité de la justice, sont vouées à l'échec³⁰. La Cour de cassation, en décidant alors de reconnaître la compétence des juridictions françaises, n'a pas manqué à son devoir de contribuer à cette bonne administration de la justice. Il sied de relever, en attendant de revenir sur son raisonnement, que la règle d'ordre public de protection du consommateur qui a servi de fondement à l'éviction du principe de compétence-compétence traduit cette économie procédurale.

36. Le droit de l'Union européenne exclut l'arbitrage de son applicabilité matérielle³¹. La clause compromissoire n'est donc pas réglementée en droit européen. Les juridictions étatiques ne peuvent alors statuer sur la validité ou l'existence de la clause compromissoire qu'en vertu de leur propre droit national.

En cette occurrence, la reconnaissance de la compétence des juridictions françaises pour se prononcer sur la régularité de la clause compromissoire pourrait naturellement prêter à confusion. Mais le problème ne devrait pas se poser. La démarche de la Cour de cassation, à la suite de la Cour d'appel de Versailles³², n'est que la suite logique de l'éviction de la clause compromissoire. En fait, après avoir exclu le principe de compétence-compétence, elle a déroulé un raisonnement difficile à ne pas suivre ne serait-ce qu'au regard de la démarche conflictuelle.

³⁰ S. CLAVEL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 196 et 197.

³¹ Article 1.2 du règlement Bruxelles 1 Bis.

³² Versailles, 15 févr. 2018, préc.

37. Elle approuve la démarche des juges d'appel qui caractérisent l'internationalité du litige en faisant remarquer que la société PWC « *dirige ses activités vers plusieurs États dont la France et l'Espagne, États membres de l'Union européenne (...)* ». Le but est de démontrer l'absence de doute sur le caractère international du litige pour justifier l'applicabilité matérielle des règles de conflit de juridiction. C'est donc tout naturellement que, selon la Cour d'appel de Versailles, cette internationalité « *justifie l'application à l'espèce des dispositions combinées des articles 17 c et 18 du règlement Bruxelles I bis et permet de retenir la compétence d'une juridiction française* »³³. L'application des règles de conflit de juridiction définies par ces articles permet de donner compétence au juge de l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile. L'interprétation des juges de fond apparaît cohérente. La reconnaissance de la compétence des juridictions françaises par la juridiction de la cassation est donc logique.

38. En définitive, l'éviction de la clause compromissoire fait naître un embarras entre deux paradigmes : l'efficacité de la clause compromissoire et la protection procédurale du consommateur. La Cour se trouvait entre le marteau de l'efficacité de la clause compromissoire et l'enclume de la protection procédurale du consommateur. Elle a levé l'option en faveur de la logique consumériste en faisant de la protection procédurale du consommateur partie à un contrat international de consommation une règle d'ordre public. Mais l'éviction du principe de compétence-compétence doit rester une exception à l'efficacité de la clause compromissoire.

39. Aussi, la juridiction de cassation n'est parvenue à l'éviction du principe de compétence-compétence sans avoir exclu en amont l'application de la clause compromissoire en raison de son caractère abusif. Toutefois, les raisons avancées pour qualifier la clause d'abusives auraient pu servir à créer une nouvelle cause de nullité manifeste qui justifierait plus aisément la compétence du juge français.

³³ *Ibid.*

INSTITUTIONS D'ARBITRAGE – CLUBS DE RÉFLEXION

LA COUR D'ARBITRAGE DE LA PRINCIPAUTÉ D'ANDORRE

Yves PICOD

Doyen honoraire de la Faculté de droit de Perpignan

L'arbitrage a un véritable enracinement historique au sein de la Principauté d'Andorre en tant que mode alternatif de règlement des conflits. L'intérêt pour l'arbitrage est ancien, ainsi qu'en témoigne le Manuel Digest, écrit en 1748 par Antoni Fiter i Rossell et codifiant le droit coutumier fondé sur le droit romain et canonique ainsi que sur les usages de Barcelone. Historiquement, les contrats de mariage ou les testaments prévoyaient fréquemment des clauses s'en remettant à l'arbitrage d'un tiers pour résoudre les éventuels litiges pouvant survenir en la matière.

Aujourd'hui, l'expansion de l'entreprise et du commerce international de la Principauté d'Andorre exigent des procédés rapides et simples pour résoudre les litiges susceptibles de naître en matière commerciale.

Créée par une loi 13/2018 du 31 mai 2018, prise en application de la loi 47/2014 du 18 décembre 2014 sur l'arbitrage dans la Principauté d'Andorre, la Cour Arbitrale de la Principauté d'Andorre - « TAPA » - a été constituée en juillet 2020 afin d'offrir au milieu économique de la Principauté et du monde international, les services d'une institution consacrée à l'arbitrage. Ses membres fondateurs sont la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services d'Andorre et le Collège Officiel des Avocats d'Andorre.

Le TAPA a pour objectif la promotion de l'arbitrage interne et international et de faciliter, de manière rapide et efficace, la résolution des différends dans le monde des affaires.

L'arbitrage est régi par un Règlement conduisant au prononcé d'une sentence qui pourra être exécutée tant en vertu des lois nationales qu'en application de traités internationaux, parmi lesquels figure la Convention de New York de 1958.

« Il offre aux parties la garantie des valeurs traditionnelles de l'arbitrage que sont l'indépendance, la confidentialité et la loyauté ».

Les arbitres, librement choisis par les parties, sont nommés par le Conseil Arbitral, chargé de la bonne application du Règlement, qui s'assure de leur impartialité, compétence et disponibilité. Le litige est destiné à être réglé dans la discrétion et avec célérité.

Le TAPA a pour vocation d'administrer la résolution des différends portés devant lui en application du présent Règlement.

Les organes internes du TAPA sont le « Ple » (ce qui désigne l'Assemblée), représenté par son Président et le Secrétariat General dont la nomination et les pouvoirs sont fixés dans les Statuts du TAPA. Le TAPA comporte également un Conseil Arbitral comme prévu aux Statuts.

Le TAPA peut, après consultation des parties, tenir des audiences et réunions en tout autre endroit que le siège de l'arbitrage.

Sauf d'accord entre les parties, le TAPA fixe la ou les langues de la procédure en tenant compte de toutes circonstances pertinentes, propres au cas d'espèce. Les pièces ou documents rédigés en espagnol, français ou anglais pourront être produits sans traduction, sauf si le Tribunal arbitral ou les parties en décident autrement.

Les parties sont libres de choisir les règles de droit que la Cour d'arbitrage devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties du droit matériel, le TAPA appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées. En toute hypothèse, il prend en compte les stipulations du contrat et les usages du commerce. Bien

entendu, le TAPA statue en amiable compositeur si les parties lui ont conféré un tel pouvoir.

Il peut, dès réception du dossier et à la demande de l'une d'elles, ordonner toute mesure conservatoire qu'il considère appropriée et la subordonner à la constitution de garanties par le requérant.

***« Le TAPA et les parties peuvent enfin convenir
que les audiences seront conduites par voie de vidéoconférence,
ce qui est bien pratique en période de crise sanitaire... »***

Le président du TAPA, Pierre Raoul-Duval, est une autorité en matière de contentieux. Figure historique du prestigieux cabinet international Gide et du droit des affaires, il s'est illustré en matière d'arbitrage international, notamment en participant à Londres au "méga-arbitrage" d'Eurotunnel.

Son secrétaire général, Juan Pablo Correa, a obtenu son doctorat en droit de l'Université de Barcelone en 1977. Avocat à Barcelone, il est aussi un universitaire reconnu, à la fois en Espagne, mais également en France, en tant que Maître de Conférences Associé de la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse (UT1 Capitole) et Professeur Associé à l'Université de Barcelone.

LA COUR D'ARBITRAGE DU TOGO

Akuété SANTOS,

Professeur agrégé de droit privé et sciences criminelles, Arbitre, Doyen honoraire de la Faculté de droit, université de Lomé (Togo)

Koffi Mawunyo AGBENOTO

Professeur agrégé de droit privé et sciences criminelles, université de Lomé (Togo)

1. L'arbitrage, jusqu'à une époque récente, était quasi-inexistant ou mal connu au Togo. Pour autant, le législateur togolais n'est pas resté inactif sur le sujet. Le décret n° 82-50 du 15 mars 1982 portant Code de procédure civile avait consacré son Titre VI à l'arbitrage, précisément les articles 275 et suivants. Une institution spécialisée, chargée de l'arbitrage a été créée bien plus tard, par la loi n° 89-31 28 novembre 1989 et placée sous la coupole de la chambre de commerce et d'industrie du Togo (CCIT).
2. La cour d'arbitrage du Togo (CATO), ainsi créée, s'est vue assigner la mission d'offrir aux opérateurs économiques un cadre juridictionnel, non étatique, propice au règlement de leurs différends. Son effectivité a été lente à se dessiner véritablement. Les textes de fonctionnement n'ont été adoptés qu'en 2005 et la cour n'a démarré ses activités qu'en 2011. Elle s'est imposée sans doute avec l'avènement du droit uniforme de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, notamment le traité de l'OHADA.
3. Faut-il le rappeler, le traité constitutif du 17 octobre 1993 avait fait de l'arbitrage un instrument privilégié de règlement des contentieux d'affaires. Cette ambition a été confirmée par l'adoption d'un Acte uniforme relatif à l'arbitrage, quelques années après, soit le 11 mars 1999. Cet Acte uniforme envisage la mise en place de centres d'arbitrage dans les États parties (articles 10 et 14 de l'AUA).

« Par nature, la CATO est un centre administratif qui organise et supervise les arbitrages national et international, les conciliations et les médiations en matière civile, commerciale et sociale. Elle ne rend pas compte de toute l'activité arbitrale au Togo. Au contraire, elle rivalise avec des arbitrages ad hoc et des initiatives privées ».

Récemment, une association a créé en son sein un centre international d'arbitrage et de médiation (CIAM), précisément, en 2019. Il existe également, dans chaque État partie à l'OHADA, des centres d'arbitrage à vocation nationale et internationale. L'environnement interne et régional est donc concurrentiel. Néanmoins, la CATO affiche une vie active fiable et dessine progressivement un devenir radieux.

I- LA VIE DE LA CATO

4. La vie de la CATO peut être envisagée au stade de l'organisation et des activités.

Structurellement, le centre est composé **d'un conseil d'administration, d'un secrétariat général et d'un comité de médiation et d'arbitrage.**

Le conseil d'administration, organe de délibération et de gestion du centre, est composé d'acteurs diversifiés. L'article 7 de la loi prévoit une composition tripartite, à savoir, des acteurs du secteur privé (3 représentants de la chambre de commerce, témoignant l'empreinte de la CCIT), des acteurs de la justice (le procureur général près la cour d'appel ou son représentant et le bâtonnier de l'ordre des avocats ou son représentant) et des représentants des pouvoirs publics (ministère chargé de la justice et ministère chargé de l'administration territoriale et des collectivités publiques).

Cette composition, un peu spéciale, découle de l'idée de base qui consiste à conférer une certaine légitimité et crédibilité à la Cour et à assurer une sorte de gestion consensuelle par tous les acteurs intéressés ou impliqués.

Le conseil d'administration veille à la bonne administration du secrétariat général. Il statue sur les contestations relatives aux frais et honoraires d'arbitrage, de conciliation et d'expertise.

Le secrétaire général, organe exécutif, est chargé de l'animation de la vie du centre et du suivi des instances. Il est donc le chef de l'administration et peut également être assimilé à un chef de juridiction. A cet égard, il veille à la bonne administration de la justice arbitrale. Il aide, en pratique, les parties à choisir les arbitres, en cas de besoin, et encadre les jeunes arbitres pour le respect des procédures et délais.

Le comité de médiation et d'arbitrage, organe de contrôle, est créé par les statuts en lieu et place d'un troisième organe légal appelé « tribunal arbitral ». Il est essentiellement composé de juristes (praticiens de droit, enseignants et de deux professionnels). Le point d'orgue de la mission du comité porte sur le contrôle préalable de la sentence sur deux points. D'un côté, le comité prescrit des modifications de pure forme. De l'autre, il attire l'attention du tribunal arbitral sur les points intéressant le fond du litige. Il n'interfère pas dans la mission du tribunal qui est de trancher le litige. Le comité comprend deux formations : une formation restreinte et une formation plénière, suivant l'importance des questions à lui soumises.

5. Sur le plan fonctionnel, la CATO a deux types d'activités : le règlement des litiges, la formation et la sensibilisation.

S'agissant du règlement des litiges, la cour gère les procédures d'arbitrage, d'une part et les procédures de conciliation-médiation, d'autre part. Les procédures d'arbitrage comprennent la procédure ordinaire et les procédures particulières regroupant la procédure de recouvrement de créances et la procédure de référé arbitral. Ces dernières sont gérées par un tribunal arbitral composé d'un arbitre unique nommé d'un commun accord par les parties, ou à défaut, par le comité de médiation et d'arbitrage. Le centre établit chaque année la liste des arbitres. Dans la procédure de conciliation-médiation, la cour encadre les parties qui conviennent de régler leurs différends par cette voie. Concrètement, elle les accompagne dans la

désignation du médiateur, dans le déroulement du processus et la conclusion de l'accord.

Durant les dix (10) années d'exercice, la CATO a enregistré 79 affaires, dont 52 en arbitrage et 27 en médiation/conciliation. Sur les 52 affaires en arbitrage, 32 ont donné lieu à la reddition d'une sentence. Dix (10) affaires sont en cours et les autres n'ont pas abouti. Le volet médiation paraît plus timide avec vingt-sept (27 affaires), dont dix (10) ont connu un dénouement heureux par un accord et huit (8) se sont soldées par un échec. Dans l'absolu, ce bilan paraît modeste pour une période relativement longue. Mais confrontés à un contexte où ces modes de règlement des litiges ne sont pas ancrés dans les habitudes, ces résultats sont plutôt encourageants.

Ce bilan ne peut être amélioré que par **un travail de formation et de sensibilisation auquel s'attèle le secrétariat général depuis plusieurs années pour accroître la notoriété et l'audience de la CATO et provoquer un comportement favorable à la pratique de l'arbitrage et de la médiation.** Au cours de la période indiquée, plusieurs séminaires de formation en destination des arbitres, des arbitres potentiels et des personnes pressenties pour être arbitres ont eu lieu. A cela s'ajoutent des cercles de réflexion périodique réunissant des spécialistes togolais et étrangers sur des thématiques techniques et d'actualité comme, par exemple, l'arbitrage en matière maritime et des assurances en Afrique.

6. En définitive, la CATO n'ayant pas encore atteint sa vitesse de croisière, elle se doit de préparer son devenir pour rassurer les acteurs.

II- LE DEVENIR DE LA CATO

7. La situation actuelle de la Cour ne doit pas donner le sentiment qu'elle est condamnée à jouer un rôle d'appoint par rapport à la justice étatique. Elle semble plutôt être promise à un bel avenir et doit se donner les moyens juridiques et stratégiques pour y parvenir.

8. D'un point de vue juridique, la mise à jour des textes, la recherche d'une meilleure organisation administrative et le défi d'une plus grande proximité avec les acteurs, potentiels justiciables constituent les possibles orientations d'une justice arbitrale plus efficace.

D'abord, la révision de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage et l'adoption d'un Acte uniforme relatif à la médiation ont apporté des changements notables qui ne sont pas tous intégrés dans l'activité de la CATO. De plus, la loi nationale portant création de la CATO n'avait pas envisagé la médiation.

Ensuite la loi de 1989 doit donc être révisée pour doter la CATO des organes appropriés. Dans leur état actuel les textes d'application contiennent des dispositions totalement contraires à cette loi. Par exemple le comité de médiation et d'arbitrage a été créé par nécessité mais en complète violation de la loi. Au-delà, le secrétariat général, pour fonctionner efficacement, doit être doté de structures adéquates en mesure de soustraire le secrétaire général des nombreuses tâches administratives qui lui incombent et qui l'empêchent de travailler à asseoir la cour comme une institution incontournable règlement des différends.

Enfin, il reste que, comme pour la plupart des institutions nationales, la cour n'est présente qu'à la capitale ; ce qui l'éloigne des acteurs régionaux ou locaux, qui eux aussi ressentent le besoin de recourir à la médiation ou à l'arbitrage.

« Dans un pays où le mouvement de décentralisation est en marche, l'occasion est belle pour la CATO d'envisager une implantation auprès des chambres régionales du commerce et d'industrie, déjà mises en place ».

9. D'un point de stratégique, le positionnement actuel de la cour ne semble pas propice à l'accueil des affaires d'envergure, notamment celles dans lesquelles l'Etat togolais est partie ou celles dans lesquelles les protagonistes sont domiciliés au Togo. Généralement, ces affaires continuent d'être portées devant la Cour d'arbitrage de la chambre internationale de commerce de Paris ou devant la London court of arbitration ou encore devant la Cour commune de justice et d'arbitrage

(CCJA) de l'OHADA ou enfin devant les tribunaux *ad hoc*. C'est dire que la CATO doit entreprendre des efforts pour être plus compétitive et attractive.

10. L'ouverture de la cour aux arbitres étrangers, la spécialisation des arbitres par domaine (assurance, pétrole, mine, foncier, etc..) et la revue à la hausse de la rémunération des arbitres sont autant de pistes susceptibles d'être explorées pour un meilleur rayonnement de cette institution alternative à la justice étatique.

**LE CLUB DE L'ARBITRAGE,
LIEU DE RÉFLEXION ET DE PARTAGE DES COMPÉTENCES EN ARBITRAGE**

Natalia GAUCHER-MBODJI

Présidente du Club de l'Arbitrage

Ouverture, curiosité intellectuelle, recherche d'améliorations : voilà trois maîtres mots que partagent la nouvelle revue Signatures internationales et le Club de l'arbitrage. Ils partagent aussi la bienveillante dynamique du Professeur Jacques Mestre, instigateur de l'une et co-président d'honneur de l'autre. Les lecteurs découvrent déjà cette belle revue, aussi attachons-nous à leur présenter le Club de l'arbitrage selon ces trois maître-mots communs.

Ouverture, d'abord : créé par trois doctorants du Centre de droit économique de l'Université d'Aix-Marseille, le Club de l'arbitrage est ouvert sur le monde universitaire et professionnel. C'est cette ouverture qui lui permet à la fois de rassembler de jeunes juristes dynamiques et compétents, des enseignants-chercheurs reconnus, et de bénéficier des lumières de spécialistes expérimentés de l'arbitrage et des matières qui lui sont liées.

Ceci nous amène, ensuite, à **la curiosité intellectuelle** : depuis tout juste un an, le Club de l'arbitrage organise des conférences (devenues web-conférences par la force des choses) avec des spécialistes de toutes origines à l'expérience solide. Nous avons eu le plaisir de discuter avec eux, entre autres, de pratique de l'arbitrage, d'arbitrage maritime, d'arbitrage dans les contrats miniers, dans les contrats de construction, d'éthique de l'arbitre... la liste est encore longue et témoigne du crédit et de la bienveillance que nos intervenants accordent aux membres et amis du Club de l'arbitrage.

Recherche d'améliorations, enfin : en discutant de problèmes très actuels comme MARDS et numérique, ou des avantages réels et attendus de l'arbitrage, nous

interrogeons l'arbitrage d'aujourd'hui en vue de l'arbitrage de demain. Ce qui nous dirige nécessairement vers l'arbitrage d'hier, sur lequel nous avons écrit³⁴, et vers la théorie du droit et l'arbitrage, thème de notre webinaire de rentrée 2021-2022. Ce qui nous conduit aussi à développer des échanges passionnants avec d'autres associations : l'Association pour le développement de l'informatique juridique (ADIJ), le Club OHADA Provence, ou encore l'Association togolaise de droit maritime (ATDM).

Ce que le Club de l'arbitrage a réalisé en un an, il le doit à une solide et dynamique équipe : Adama Zoromé au secrétariat général, Laurent Kermet à la trésorerie, Clément Fontaine à la coordination numérique, à ses membres qui participent activement à l'organisation de webinaires, notamment Nadia Makroum et Yacouba-Sylla Koita. Il le doit aussi à un appui constant de la part de l'Université d'Aix-Marseille, à ses co-présidents d'honneur, les Professeurs Jacques Mestre et Denis Mouralis, et à tous les membres et amis du Club de l'arbitrage qui font de cette association, nous pouvons le dire, un lieu d'échanges passionnants et d'apprentissage constant.

Une solide et dynamique équipe, un lieu d'échanges et d'apprentissage, voici aussi des caractères de la Revue Signatures internationales à qui nous souhaitons un bel avenir, bel avenir semble-t-il déjà tout tracé.

Pour en savoir plus sur notre équipe, nos actions, nos publications, vous pouvez consulter notre site internet : www.clubdelarbitrage.com, où vous trouverez aussi les modalités d'adhésion si vous souhaitez vous impliquer aussi et nous soutenir.



³⁴ Pour accéder aux publications du Club de l'arbitrage, rendez-vous ici : <https://www.clubdelarbitrage.com/blog>.



Le Club de l'arbitrage lors de son premier séminaire sur la pratique de l'arbitrage, il y a un an, dispensé par le Professeur Jacques Mestre

LA CRÉATION D'UNE CHAMBRE D'ARBITRAGE À AIX-EN-PROVENCE

L'arbitrage constitue sans conteste aujourd'hui un mode privilégié de règlement des différends, tant au plan interne que dans l'ordre international. Par l'expertise des arbitres que les parties elles-mêmes choisissent librement, par la célérité et la confidentialité des procédures que ces arbitres conduisent, et par la qualité et l'efficacité des sentences qu'ils rendent, cette voie conventionnelle sait donner satisfaction aux acteurs économiques qui y recourent fréquemment : en particulier, entreprises commerciales, professionnels libéraux, coopératives, fondations, autorités publiques ou encore collectivités territoriales.

Les juristes aixois à l'origine du projet de création de cette chambre d'arbitrage ont ainsi entendu s'inscrire pleinement dans cette dynamique contemporaine de l'arbitrage, mais ils ne se sont pas contentés d'acter cette vogue. Conscients que toute institution, même la plus éprouvée, peut faire l'objet d'améliorations, ils se sont voulus à l'écoute des opérateurs économiques et ont donc tenté d'introduire quelques singularités dans leur démarche.

Les principales caractéristiques de cette chambre sont ainsi les suivantes.

En premier lieu, **cette chambre souhaite mettre l'arbitrage en perspective avec un objectif général d'apaisement des conflits**. Dans la période difficile que nous vivons, il est en effet essentiel de rappeler que la vocation du Droit reste, autant qu'il est possible, de promouvoir des solutions amiables ou, à tout le moins, comprises par les parties et même, dans certains cas, de transformer un conflit en une opportunité économique. D'où la place faite à la tentative de conciliation, conformément au principe directeur du Code de procédure civile, ainsi que la possibilité offerte aux parties, dans le cadre d'une fenêtre procédurale spécifique, de faire valoir la situation particulière de leur entreprise et d'attirer notamment l'attention des arbitres sur les enjeux sociaux et environnementaux de leur litige, conformément aux directives nouvelles que suggère, depuis la loi Pacte du 22 mai 2019, l'article 1835 du Code civil.

Le Règlement d'arbitrage de la chambre prévoit ainsi qu'il entre dans la mission du tribunal arbitral de concilier les parties et que celles-ci peuvent, à tout moment de l'instance, demander au tribunal de rendre une sentence constatant leur accord mettant fin, totalement ou partiellement, au litige.

En second lieu, **la chambre veut ouvrir l'arbitrage à de nouveaux arbitres** qui, jusqu'ici, n'avaient pas l'occasion de remplir cette mission. D'où la valorisation de clauses compromissaires ou de compromis qu'on qualifiera de « transgénérationnel(le)s », à travers leur souci d'associer des arbitres de générations différentes, et, si possible également, d'horizons différents.

Le Règlement d'arbitrage prévoit par exemple que, dans le cadre d'un arbitrage collégial, les parties assurent autant que possible la présence d'arbitres de générations différentes et aussi celle, au moins, d'un arbitre de sexe féminin.

Par ailleurs, la chambre d'arbitrage entend s'appuyer sur **des atouts technologiques**. En liaison avec la célérité que requiert le plus souvent l'objectif d'apaisement et avec la réactivité qu'implique elle-même la fréquente internationalité des différends, la chambre entend pleinement utiliser les moyens de communication, de consultation et de délibération qu'offrent les technologies contemporaines, tout en veillant à ce que la précipitation ne devienne pas la règle ! D'où la proposition faite aux parties d'utiliser d'un commun accord les procédures d'urgence ou accélérées, faisant si nécessaire de la voie arbitrale un mode de résolution en temps quasiment-réel des difficultés qui surgissent entre les parties.

L'attractivité de la chambre devrait pouvoir également résulter de son **domaine de compétence**, le panel très divers des experts qui ont décidé de la créer lui permettant aujourd'hui d'afficher, à côté d'une compétence de principe en droit civil et des affaires, des compétences particulières dans des domaines tels que l'environnement et la RSE, la blockchain, les start-up, les risques scientifiques et technologiques, les projets industriels, le sport, l'événementiel ou encore les pactes d'actionnaires.

Enfin, conscients que la force d'une chambre d'arbitrage repose de plus en plus aujourd'hui sur **sa projection internationale, les promoteurs de cette chambre ont été particulièrement attentifs à son rayonnement par-delà les frontières.** Certes, celle-ci sera basée à Aix mais, pour bien signifier que l'arbitrage est un mode de justice universel et que de nombreux différends revêtent aujourd'hui une dimension nécessairement internationale, la chambre s'appuiera immédiatement sur des partenariats étrangers qui l'inscriront au cœur du Monde et donneront aux acteurs économiques qui la saisiront des ouvertures privilégiées. Ainsi, la chambre sera d'ores et déjà présente, à travers ces partenariats, à Berlin, Dakar, Ho-Chi-Minh, Dubaï, Singapour et Tunis, avec des partenaires qui ont accepté de la faire connaître, de la soutenir et de participer activement à son fonctionnement.

Contacts : tgg@bruzzodubucq.com ; cd@bruzzodubucq.com



OUALID GADHOUM

Maître de conférences agrégé à la Faculté de Droit de Sfax (Tunisie).
Expert de haut niveau au programme des Nations-Unies pour le développement (PNUD).
Spécialité : Droit des affaires



NDIAW DIOUF

Professeur agrégé à l'UCAD (Dakar)
Vice-Président du Conseil constitutionnel du Sénégal
Spécialité : Droit des affaires



DANIEL SMYREK

Docteur en droit
Avocat aux barreaux de Berlin et d'Aix-en-Provence
Arbitre agréé par le CMAP de Paris
Spécialité : Droit international des affaires



VAN DAI DO

Doyen de la Faculté de droit civil à l'Université de droit de Ho Chi Minh-Ville
Vice-président du Conseil scientifique du Centre d'arbitrage international du Vietnam (VIAC)



LAMIA KHEIR BEIK

Docteur en droit
Avocat au Barreau de Dubaï
Spécialité : propriété intellectuelle



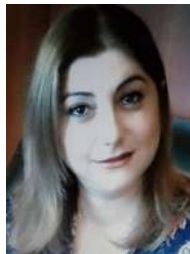
RENEE KADDOUCH

Docteur en droit
Avocat au Barreau de Paris et de Singapour
Spécialités : investissement étranger, fusions-acquisitions, capital investissement

Actualité de l'étranger

Cette rubrique s'efforce, dans chaque numéro, de mettre en valeur une réforme, un projet de loi ou encore une décision de justice qui fait l'actualité d'un pays étranger. Ce mois-ci, l'actualité nous conduit au Liban.

CRISE ACTUELLE DU LIBAN : INSUFFISANCE JURIDIQUE DU DROIT DE LA FAILLITE



Cybèle JALLOUL

Professeur de Droit privé

Université Libanaise

Filière Francophone de Droit

1. Le Liban traverse aujourd'hui une période critique. Partout, on entend parler de faillites indirectes et latentes qui aboutissent à la fermeture de magasins, à la cessation d'activités de commerçants, au licenciement ou à la réduction du nombre de personnel. Tout cela fait présumer une faillite générale au Liban. Et le terme « **faillite** » est ici utilisé dans son acception large, avec un sens éclectique, ouvert à plusieurs tendances. En langue arabe, le mot « faillite » est issu de « *Foulouss* » qui signifie monnaie ou argent, ce qui rattache le régime du droit de la faillite libanais à la notion de biens.

2. Ainsi la réalité actuelle est cruelle et la situation économique très préoccupante. Les répercussions sur la situation sociale des Libanais sont désastreuses et impliquent de revoir urgemment les textes juridiques, surtout le droit de la faillite et le

droit du travail libanais. Dans leur état actuel, les lois existantes suffisent-elles à affronter les crises monétaires et économiques ?

3. À l'évidence, on ne peut aujourd'hui évoquer les textes juridiques relatifs aux affaires monétaires sans envisager **le rôle primordial joué par la BDL ou banque centrale du Liban** en matière de crises économiques, que ce soit de manière négative ou positive. À court terme, les circulaires émises par la BDL ont réussi à assurer la stabilité monétaire et financière en dépit de la réalité fragile du pouvoir d'achat local et international. Une grande diversité de circulaires a ainsi été adoptée. Par exemple, la circulaire numéro 135 en date du 26 octobre 2015 dans laquelle la BDL a adopté le système de la « *restructuration et planification de la dette* » au profit des grands commerçants à l'image des modifications apportées ailleurs dans le monde comme dans les systèmes américains et européens.

4. Historiquement, l'économie libanaise a vécu une époque très préoccupante avec une série de faillites de grandes banques comme INTRA, MEBCO, ORIENT. Cette situation a poussé le législateur à promulgué plusieurs lois dans ce domaine. On peut citer, la loi relative aux banques en cessation des paiements de 1967 ou encore la loi sur la fusion bancaire numéro 192 du 04 janvier 1993, adoptées pour éviter les crises économiques au niveau de l'État et pour protéger les petits déposants et les investisseurs dans les banques locales. **Des textes existent donc mais la problématique se répète et l'on peut se demander si ces lois sont à la hauteur des défis d'aujourd'hui et si elles peuvent valablement permettre d'affronter la crise économique féroce qui s'abat sur le Liban ?**

5. Dès avril 2019, le législateur libanais a adopté une réforme du code de commerce ; réforme que l'on peut qualifier de modeste et qui n'a pas bouleversé les grands principes du droit de la faillite. On peut tout de même relever des avancées s'agissant de la discrimination touchant la femme mariée avec **la suppression de la présomption mucienne**. Cette présomption rendait la femme mariée garante des dettes de son conjoint et réputait communs tous les biens acquis par l'épouse au cours du mariage.

6. Cette évolution demeure mineure et parfaitement inapte à apporter des solutions satisfaisantes pour vaincre la crise monétaire. **Le traitement réservé aux concordats (conciliations) paraît déjà plus approprié** ; les dispositifs sont diversifiés et s'appliquent à la conciliation préventive comme après la déclaration en faillite. Les questions qu'ils soulèvent restent nombreuses et la doctrine a mis en lumière plusieurs lacunes dans les textes législatifs qui l'encadrent. Ils demeurent cependant une mesure d'avenir et pourraient jouer un rôle imminent et efficace dans la résolution des problèmes financiers et économiques des commerçants de toutes tailles.

7. La plupart des solutions développées par la BDL visent à assurer la protection de grands commerçants afin de leur assurer une certaine sécurité économique mais elles négligent les petits commerçants qui, pourtant, méritent autant voire plus d'attention.

8. Par ailleurs, l'étude de la loi libanaise sur la faillite permet de comprendre que les textes actuels visent surtout à assurer la protection du patrimoine du débiteur pour rassurer les investisseurs. Ils sanctionnent les commerçants défaillants par la déclaration de faillite, leur imposent de nombreuses contraintes et les textes manquent clairement de souplesse. **C'est pourquoi les concordats et les procédures de conciliation qui favorisent la flexibilité et le dialogue entre débiteurs et créanciers paraissent devoir être privilégiés.** Malheureusement, en l'état, ils restent trop souvent inapplicables devant les tribunaux et les juges libanais ont du mal à imposer les concordats de quelle que sorte qu'ils soient : préventif, à l'amiable, simple. C'est pourtant à ce prix que l'on pourrait restaurer l'équilibre des transactions commerciales au Liban.

9. En conclusion, une réforme législative d'envergure plaçant au centre du débat les procédures amiables s'impose aujourd'hui dans notre pays. Qui dit faillite, dit procédure judiciaire longue, pénible, coûteuse.

« C'est cette tendance à la judiciarisation des procédures qu'il faut faire évoluer : revenir à l'échange, favoriser les solutions amiables, renouer le dialogue entre les parties intéressées ».

Malheureusement le droit libanais de la faillite est soumis à l'autorité judiciaire depuis la première procédure jusqu'à la liquidation définitive des biens du failli : pourquoi ne pas soumettre les conciliations à une institution non judiciaire, une autorité neutre, moins impressionnante pour les parties et chargée d'assurer l'équilibre des concordats pour que les accords négociés donnent satisfaction à la fois aux créanciers et aux débiteurs ? Souhaitons que le législateur libanais se dirige dans cette voie pour mettre en place une réforme plus audacieuse et plus ajustée aux difficultés actuelles et à la fragilité économique du pays.

Sociétés d'ailleurs

Pour mieux appréhender les systèmes juridiques étrangers et favoriser le dialogue entre les cultures, *Signatures internationales* donne la parole aux chercheurs afin qu'ils éclairent des notions complexes, transdisciplinaires et actuelles. Ce mois-ci, le Professeur Norbert Rouland propose une analyse des Société Matriarcales.

SOCIÉTÉS MATRIARCALES : AFRIQUE ET ORIENT



Norbert ROULAND

*Pr. Émérite Faculté Droit Aix en Provence,
Ancien Membre Institut Universitaire de France (Chaire d'Anthropologie Juridique)*

Plan

Partie I : Le référent oriental : Minorités nationales de la Chine du Sud

- A) Les *Moso* et les visites furtives
- B) Les *Naxi* et le suicide d'amour

Partie II : Diversité des matriarcats africains

- A) Les *Bembas*, horticulteurs
- B) Les *Mukhawas*, agriculteurs
- C) Les *Touaregs*, éleveurs nomades

Conclusion : La norme patriarcale en question

Il est relativement facile de dessiner le squelette de ce que l'on appelle les sociétés matriarcales, encore que le terme de matriarcat prête à discussion : filiation matrilineaire, résidence matri locale, importance de l'oncle maternel, indépendance

économique des femmes. Cependant, au-delà de cet idéal -type, ce sont les variations de ses incarnations qui doivent retenir notre attention. Aujourd'hui, certaines sociétés du sud de la Chine sont devenues des sortes de standards. Cependant, il m'a paru intéressant de les comparer dans les lignes qui suivent avec des sociétés africaines. Cet article s'appuie largement sur **le récent ouvrage de Heide Goettner-Abendroth sur les sociétés matriarcales dans le monde actuel**¹, qui non seulement remontent à notre plus lointain passé, mais pourraient peut-être inspirer le devenir de nos sociétés.

Introduction : Que nomme t- on sociétés matriarcales ?

Certaines confusions sont fréquentes. Si l'on entend par là l'inverse des sociétés patriarcales, les sociétés matriarcales n'ont jamais existé. Heide Goettner-Abendroth les définit ainsi :

« Les conditions nécessaires concernant la définition du matriarcat sont les suivantes : les mères sont au centre de la société, comme en atteste la matri- linéarité et, en économie, le pouvoir de distribution des biens détenus par les mères (ou les femmes), qui se situent l'une et l'autre dans un contexte d'égalité de genre. (...) La matrilinearité est un élément essentiel, non seulement parce qu'elle structure les relations sociales de la société tout entière, mais aussi parce qu'elle garantit ces relations via le droit d'héritage en ligne féminine et les processus de décision politique qui en découlent (...) L'égalité de genre est également un élément essentiel, car elle garantit que, nonobstant la position centrale des femmes, les sociétés matriarcales n'adoptent pas une hiérarchie de genre : elles accordent une égale valeur à l'un et l'autre sexe. Les sociétés matriarcales ne sont donc pas une image inversée du patriarcat.

Cependant matrilinearité et égalité entre les sexes ne sont pas encore suffisantes pour caractériser le matriarcat : il faut en outre que le pouvoir de distribution économique soit détenu par les femmes. Cet élément est essentiel, parce qu'il est au

¹ Cf. Heide GOETTNER- ABENDROTH, *Les sociétés matriarcales-Recherches sur les cultures autochtones à travers le monde*, Paris, Editions des Femmes, 2019.

fondement de l'économie matriarcale de partage. Ce type d'économie ne pourrait survenir si l'économie reposait entre les mains d'hommes et de chefs qui accumulent les biens, même si la société était matrilineaire par ailleurs. De telles sociétés existent bien, mais elles sont seulement matrilineaires, pas matriarcales »².

Les recherches sur les sociétés matriarcales ont été longtemps occultées³, puisque le patriarcat était la norme et que les anthropologues femmes étaient très rares. Heide Goettner-Abendroth, née en Allemagne en 1941, y a fondé en 1986 *l'Académie internationale pour les Recherches matriarcales modernes* et a été à l'initiative de plusieurs colloques internationaux à ce sujet. L'archéologue lituanienne Marija Gimbutas(1921-1994) préférait employer le terme de **sociétés matristiques**.

Partie I :Le référent oriental :minorités nationales de la Chine du Sud

Je dirai quelques mots des *Moso*, puis des *Naxi*. Ces sociétés ont fait l'objet d'études récentes.

A) Les Moso et les visites furtives

La chaîne *Arte* a diffusé le 2 février 2021 un reportage sur les *Moso*, devenus un standard des sociétés dites matriarcales. Ils servent d'illustration à la couverture de l'ouvrage de Heide Goettner-Abendroth. Dans ce reportage, une jeune fille souhaite quitter son matri-lignage pour s'engager dans une troupe de danse qui ira faire des représentations pour les touristes chinois en visite au Sichuan. Mais ses parents s'inquiètent. Qui pourra diriger la famille quand ils seront vieux ? Le lecteur pourra regarder à leur sujet sur *YouTube* deux documentaires: *Mosuo, le pays où les femmes sont reines* ; *En Chine , les Moso, dernier peuple matriarcal intact*. Ils ont été étudiés à la fin du siècle précédent par le Pr Cai Hua⁴ qui a fait ses études à Paris et enseigne à Beijing. 30 000 individus habitent dans les contreforts de l'Himalaya. Ils ne vivent pas en couple. Les femmes s'occupent de l'agriculture, les hommes des

² Heide GOETTNER- ABENDROTH, *ibid.*, 21.

³ Pour plus d'explications, cf. Norbert ROULAND, Les sociétés matristiques :un cas de pluralisme juridique, à paraître dans : *Revista da Faculdade de direito de Minas Gerais, Artigo de autor estrangeiro*, grâce à l'obligeance de notre collègue brésilienne la Pr. Camilla NICACIO.

⁴ Cf. CAI HUA, *Une société sans père ni mari-Les Na de Chine*, Paris, Puf, 2014.

constructions. Le mode de relation le plus répandu est le mariage ambulant. Les partenaires à cette relation doivent être très discrets. **L'avantage du mariage ambulant, ou visites furtives⁵, réside dans l'indépendance des partenaires.** Quand ils se voient, ils seraient toujours contents d'être ensemble. Si une séparation intervient, elle ne serait pas douloureuse pour les enfants : il y aura toujours toute la famille pour s'occuper d'eux. Pas de jalousie entre partenaires multiples : exiger le monopole sexuel ou un engagement à vie serait considéré comme honteux. Seuls comptent les sentiments et l'attraction sexuelle.

B) Les Naxi et le suicide d'amour

Chez les *Naxi*, une population d'environ 300 000 personnes qui vit dans le Yunnan, près de *Lijiang*⁶, où la monogamie est aujourd'hui de rigueur, existait même le suicide d'amour, forme extrême du consensualisme. **Les amoureux qui étaient dans l'impossibilité de se marier librement se rendaient alors au pied du mont *Yulong*, sur une prairie d'altitude où ils se suicidaient.** Ce type de suicide est un aspect important des coutumes matrimoniales traditionnelles de *Lijiang*. Soit ils se pendaient à un arbre, soit ils s'attachaient ensemble avec une corde et se jetaient à l'eau, soit ils avalaient une boulette d'opium ou bien une sorte d'herbe empoisonnée. Lorsque cette herbe agissait, elle gonflait leur gorge en les étouffant peu à peu. Ils accédaient ainsi au *Troisième royaume*, peuplé de tigres doux comme des chats, où ils vivraient éternellement heureux⁷. Les *Han* sont au contraire patriarcaux⁸. Le gouvernement chinois a plusieurs fois tenté d'abolir les coutumes de ces minorités nationales. Sans succès, comme le démontre le Pr Cai Hua.

⁵ Cf. Pascale-Marie MILAN, *Tourisme et changement social chez les Na de Chine-Etude comparée d'une coutume sexuelle :le séssé*, Thèse Anthropologie,2019, Université Lumière Lyon 2,Université Laval, Québec.

⁶ Cf. Charles F. Mc KHANN, *Tourisme de masse et identité sur les marches sino-tibétaines : réflexions d'un observateur*, *Anthropologie et Sociétés*,25(2),35-54.<https://doi.org/10.702/000232> ar

⁷ Cf. Françoise GRENOT-WRANG, *Chine du Sud-La mosaïque des minorités*, Paris, Les Indes Savantes, 2013, 136. Les *Naxi* ont été étudiés par le Pr. Yang Fuquan, Vice Président de l'Académie des Sciences Sociales du Yunnan, qui a prononcé en 2014 une conférence à l'Inalco sur le suicide d'amour sur l'invitation de la Pr Catherine Capdeville. Cf. également Emmanuelle LAURENT. *Le rite de passage des 36 et 49 ans des hommes Naxi - relations de parenté et origines plurielles impliquées* (Yunnan, Chine), 2019, Hal-02157667v2. Sur les *Moso*, cf Norbert ROULAND Les *Moso*, cette minorité chinoise qui fait la part belle aux femmes , *The Conversation*, 2 février 2021 .

⁸ Cf.Catherine CAPDEVILLE, *Matriarcat et patriarcat en Chine :Han et Na*,Inalco,2018,Les femmes à travers le monde, 2018, HAL-02397136.

Partie II : La diversité des matriarcats africains

Cheikh Anta Diop⁹ affirme que les cultures de l'Afrique, sur l'ensemble du continent, ont des origines matriarcales qui remontent aux tous premiers temps, et ont donc influencé les autres continents. Ces origines seraient la source de l'unité des cultures africaines. La colonisation, d'abord par les Arabes puis par les Européens, a masqué cette unité et engendré une hétérogénéité culturelle.

En Afrique plusieurs régions sont encore peuplées par des sociétés matriarcales. L'Afrique du Nord, l'Afrique de l'Ouest et l'Afrique centrale. En Afrique centrale ce sont les Bantous, des cultivateurs ; en Afrique de l'Ouest, les Akan qui connaissent une économie urbaine de marché ; en Afrique du Nord les Touaregs, nomades. Les structures matriarcales des Bantous remontent au néolithique : vers 2000 av. J.-C. dans cette région d'Afrique. Ces structures se sont surtout maintenues chez les Bantous du centre est : une vaste région qui va du delta du Congo à l'ouest jusqu'au lac Nyassa à l'est. Elle s'étend sur la République démocratique du Congo, l'Angola, la Zambie, le Malawi. Ailleurs, les sociétés bantoues sont devenues patriarcales.

Tous ces peuples sont matrilineaires. La plupart n'a pas encore fait l'objet d'études approfondies, victimes du préjugé qui ne voit en les sociétés matriarcales que des résidus. On remarquera que **les structures matriarcales sont présentes dans des types d'économie divers**. Beaucoup de traits sont communs aux matriarcats africains et chinois. Mais il ne semble pas qu' existe en Afrique l'équivalent des visites furtives des *Moso*.

A) Les Bembas, horticulteurs

Les plus étudiés sont les *Bemba* (150 000 en Zambie, près du lac Tanganyika) et leurs voisins, les *Luapula*. Les femmes *Bemba* pratiquent l'horticulture et la culture sur brûlis, tandis que les hommes défrichent. Ce sont elles qui gèrent les affaires de la famille. Les deux liens principaux sont le lien entre les mères et filles, et le lien

⁹ Cf. CHEIKH ANTA DIOP, *L'Unité culturelle de l'Afrique noire-Domains du matriarcat et du patriarcat dans l'Antiquité classique*, Paris, Présence africaine, 1959 ; *Civilisation ou Barbarie*, Présence Africaine, 1981 ; Lucia CHIAVIOLA-BIRNBAUM, *La Mère noire. Origines africaines et mémoires à travers les âges*, Paris, Menaibuc, 2007.

entre une femme et son frère. Le couple est matri-local. Le garçon va travailler chez sa future épouse. Le mariage a lieu entre cousins croisés ¹⁰: 50 % des *Bemba* s'y conforment encore. Par exemple, les filles d'un village clanique A épousent dans un village clanique B les fils des frères de leur mère, originaires du village clanique A. De même, les filles d'un village clanique B épousent dans un village clanique A les fils des frères de leur mère, originaires du village clanique B. Dans tous les cas, le beau-père-pour qui le jeune époux travaille afin d'accomplir son devoir envers la famille de sa femme- n'est en réalité nul autre que son plus proche parent masculin et son protecteur : le frère de sa propre mère, son oncle du côté maternel. L'oncle a de toute façon droit au service de son neveu depuis que celui-ci a sept ans. Ce qui exclut l'éventualité que le jeune époux soit un complet étranger. Cela rend le mariage de cousins croisés généralement plus stable que les autres mariages, ce qui est particulièrement avéré lorsque les deux clans ne vivent pas dans le même village. Les peuples patriarcaux voisins s'exclament : « *Ces femmes Bemba, quelle calamité ! Elles sont l'incarnation de la sauvagerie !* ». Mais en se retirant dans la forêt humide d'Afrique centrale, les Bantous ont conservé leurs structures matriarcales

B) Les Mukhawa, agriculteurs

C'est une population du Mozambique. Dans la série *Terre des femmes*, la chaîne *Arte* a diffusé le 4 février 2021 un reportage sur cette population. Les terres appartiennent aux femmes, qui les cultivent. Pour parler de famille, on dit qu'on est du même ventre. L'homme est un invité : il ne vient là que pour élargir la famille. C'est la femme qui décide des dépenses. C'est l'homme qui bâtit la maison. Si par malheur un couple n'a pas d'enfant, c'est toujours *a priori* l'homme qui est responsable. Si un homme n'obéit pas à sa femme, il sera soumis à la pression sociale des voisins.

Le documentaire met en scène Lionel, qui doit aller vivre et travailler dans le village de sa future épouse. C'est son oncle maternel qui l'accompagnera dans le village de sa fiancée et qui le conseillera. Lionel va dans ce village pour travailler et prouver qu'il sera un bon mari. De son côté, Eva ne veut pas avoir d'autres amants. Mais elle

¹⁰ Sur les mariages entre cousins croisés et les principaux types d'alliance, cf. Norbert ROULAND, *Anthropologie Juridique*, Paris, PUF, 1998, 217sq.

doit attendre l'initiation avant de se marier. Les aînées président à la cérémonie d'initiation, qui a une forte connotation sexuelle. **C'est l'apprentissage de la sexualité qui permettra aux femmes de retenir leurs maris et de les rendre dociles.** Dans le village, une femme et un homme du même lignage dirigent le Conseil des Anciens. C'est la femme qui a le dernier mot. Dans le documentaire, on voit comment est résolu un litige. Une femme a eu un bébé il y a déjà un certain temps, mais refuse les rapports sexuels, parce qu'elle trouve que son mari est avare. Elle veut divorcer. Dans ce cas, les enfants resteront toujours avec la mère, qui conserve les champs ; le père repartira vivre dans sa famille. Mais Eva voudrait aller vivre à la ville, loin des familles. Elle aspire à une vie plus individualiste. La tradition ne subsiste que dans les zones rurales du nord du pays. En ville, les hommes échappent au contrôle de leur belle-famille plus éduquée que les femmes, ils occupent la plupart du temps les emplois énumérés et revendiquer l'égalité. De cheffes du foyer, les femmes deviennent mères au foyer.

C) Les Touaregs, éleveurs nomades

Les Berbères, au nombre d'environ 10 millions, sont la plupart du temps des agriculteurs sédentaires. En font partie les *Touaregs*, environ 300 000 individus, éleveurs nomades. Le nom de *Touaregs* leur a été donné par les Arabes et signifie « *Oubliés de Dieu* », car ils ont longtemps résisté à l'islamisation. Les *Touaregs* du Hoggar sont les meilleurs représentants de la culture traditionnelle. Les femmes sont nommées : « *pilier central de la tente* ». Dans la langue poétique, la femme est « *poteau pour l'animal* ». Elle tient attaché l'homme comme un animal à son poteau pour qu'il ne s'égaré pas. Le mot *tente* fait allusion au lien de parenté matrilineaire qui soutient et protège chaque membre du clan. La virginité n'a pas de valeur particulière. Une femme est très respectée si elle a beaucoup de soupirants et accorde ses faveurs à un grand nombre. Les *Touaregs* sont monogames, mais la femme peut rompre le mariage à tout moment, en présentant une autre femme à son époux. Commettant un contre sens culturel, les observateurs extérieurs en ont déduit la permissivité des Touaregs. Ils sont en général matri locaux. Le meilleur mariage n'est pas le mariage entre cousins croisés, mais entre cousins parallèles, une exception anthropologique. L'homme se marie avec la fille de la sœur de la mère.

Filles et fils ne quittent pas le campement de tentes de leur mère. Biens et titres politiques demeurent dans le même clan.

La femme *Touareg* ne porte pas le voile, à la différence de l'homme. Hommes et femmes vivent dans des univers séparés : les femmes vivent dans les tentes, les hommes sont au loin dans les pâturages ou en expéditions guerrières. **Les femmes dirigent les activités des hommes dans le domaine extérieur.** Quand ils revenaient d'expéditions lointaines, les hommes remettaient tous les biens aux femmes. Une nécessité concrète s'est transformée en un code d'honneur.

Femmes et hommes se rencontrent dans des cours d'amour, séances de chants poétiques. Les femmes accordent librement leur amour. Les qualités requises pour un homme sont les manières chevaleresques, la beauté, l'audace, la bravoure. La femme idéale n'est pas la mère ou la femme qui travaille, mais la séductrice et la magicienne. On apprécie chez elle la beauté, la capacité à prendre des décisions. Ces idéaux sont toujours vivants aujourd'hui, en dépit de l'acculturation. Musique, poésie, langue, écriture relèvent des femmes qui transmettent la culture à leurs enfants. Les femmes sont aussi en position de force pour des raisons économiques. La jeune mariée reçoit un cadeau de mariage dont elle a seule le contrôle. Ce cadeau n'est jamais rendu, même en cas de divorce. La totalité du campement et le bétail appartiennent aux femmes.

Hérodote, Strabon et Pline parlaient déjà des *Touaregs*, qu'ils appelaient *Libyens*. Ils étaient frappés par l'importance des femmes. On le comprend de la part d'observateurs appartenant à la société grecque (les femmes étaient enfermées dans les gynécées) ou à la société romaine, plus libérale que la grecque, mais néanmoins très machiste. Cet étonnement tournait facilement à l'hostilité. Hostilité des sociétés patriarcales majoritaires plusieurs fois constatable dans l'histoire des sociétés matriarcales. Elle explique la minoration dont elles ont été victimes dans l'histoire de l'anthropologie. Les Arabes musulmans sont arrivés au cours du VII^{ème} siècle et ont entrepris des expéditions meurtrières contre les Berbères, dont une partie a fui dans le désert. Ceux qui sont restés ont dû se convertir à la culture islamique. Le même processus s'est produit au XII^{ème} siècle, les Arabes ayant envahi l'Algérie et le Maroc. Petit à petit, les *Touaregs* ont commencé à être influencés par

l'islam. Le patrilineage s'est développé, notamment à partir des règles successorales du Coran qui avantagent les hommes. Au début du XXème siècle, le Sahara est conquis par des soldats arabes sous commandement français. Ils s'installent dans les oasis.

Au milieu du XXème siècle, la société traditionnelle a complètement changé. Les routes nomades ont été coupées par les frontières, ce qui a rendu très difficile l'élevage des animaux. À partir de 1939, beaucoup de Touaregs ont émigré vers les villes. Les plus aisés sont allés dans des écoles coraniques ou des écoles françaises. Leur culture traditionnelle a disparu, et avec elle la puissance des femmes. On retrouve là un trait qui affecte un certain nombre de sociétés matriarcales de nos jours, en Chine comme en Afrique. Existe la tentation de migrer vers les villes où l'on sera moins gêné par la pression sociale. On pourra aussi y gagner de l'argent. La contrepartie de l'individualisme n'apparaîtra que plus tard : la solitude, fléau des sociétés modernes.

La situation des femmes dans les cultures africaines patriarcales est très différente. **Chez les peuples éleveurs nomades il est fréquent que les femmes ne possèdent aucun droit de propriété.** Elles ne sont là que pour traire les bêtes et engendrer les enfants. Le mariage est patri-local : les femmes sont des étrangères chez les parents de leur mari. Le futur époux n'obtient pas sa femme en effectuant un service chez ses futurs beaux-parents, mais en payant le « prix de la mariée » avec du bétail, ce qui l'autorise emmener la jeune femme loin de ses parents. Ce prix de la mariée compense financièrement l'inscription des enfants de la femme dans la lignée paternelle. Une femme peut rompre le mariage et retourner chez ses parents, mais elle doit laisser ses enfants à son mari. Comme la famille de la femme doit rembourser le prix de la mariée, il lui est extrêmement difficile de se libérer de son mariage.

Le culte de la virginité est très répandu dans les cultures patriarcales. La garantie de cette virginité peut être assurée par l'excision : on supprime le clitoris et les lèvres vaginales internes, les organes mutilés étant en général cousus les uns aux autres. Cette dangereuse opération est pratiquée sur des fillettes âgées de quatre à huit ans. Aujourd'hui cette pratique n'a toujours pas été éradiquée. Elle n'a pas été

introduite par l'islam, mais elle est particulièrement répandue dans les zones musulmanes en Afrique ainsi que dans tous les pays musulmans de l'Afrique à l'Inde.

Conclusion : la norme patriarcale en question

La plupart du temps, le patriarcat a été considéré comme la norme universelle. Ce que l'on nomme les cultures de haut niveau sont en général les États ou les Empires patriarcaux. Pourtant,

« les périodes les plus longues de l'histoire ont vu naître des sociétés matriarcales, avant les 5 ou 6000 ans du patriarcat. Les femmes étaient au centre des pratiques sociales et culturelles ».

Dans ce contexte, comment le patriarcat s'est-il développé ? On ne le sait toujours pas vraiment à l'heure actuelle. C'est d'autant plus mystérieux que les femmes possèdent ce privilège exorbitant de pouvoir mettre des enfants au monde, non seulement des filles, mais aussi des garçons. Peut-être est-ce justement la raison pour laquelle les hommes ont pris le pouvoir. En tout cas, contrairement au stéréotype, ce n'est pas en raison d'une supposée moindre force physique ni évidemment parce qu'elles auraient été constamment enceintes : il faut lire sur ces sujets le lumineux ouvrage d'Alain Testart¹¹.

Les cultures berbères et Touaregs nous font remonter vers de lointains passés. Celui des sociétés méditerranéennes prè indo-européennes : Crète, Grèce pré-hellénique. Mais aussi vers les cultures de l'Europe du Paléolithique et du Néolithique.

Comme l'écrit H. Goettner-Abendroth :

« Les peuples matriarcaux fondent leurs formes les plus étendues sur l'égale valeur de chacun des membres. En cela, et de par leur politique axée fondamentalement sur la paix, les sociétés matriarcales sont des modèles importants pour les sociétés futures, justes et pacifiques, au-delà du patriarcat (...) [Ce livre] peut être un soutien pour les hommes dans leur mouvement alternatif : il leur offre une autre façon de

¹¹ Cf. Alain TESTART, *L'amazone et la cuisinière-Anthropologie de la division sexuelle du travail*, Paris, Gallimard, 2014.

s'identifier en tant qu'hommes en démontrant que la guerre et la violence ne sont pas l'héritage naturel de l'homme »¹².

Loin de n'être que notre lointain passé, les sociétés dites matriarcales seraient-elles en certains aspects notre avenir, tel qu'on peut le lire dans l'évolution des sociétés occidentales modernes ? Les réformes du droit de la famille ont introduit l'égalité entre les époux. À la suite des divorces, les familles matri centrées deviennent numériquement importantes. On doute de plus en plus que la virilité soit synonyme d'agressivité : les valeurs guerrières ne sont plus vraiment à la mode chez les jeunes générations. De plus, l'individualisme est devenu une caractéristique de nos sociétés. Ce que l'attirance affective et sexuelle a permis d'unir le fracture quand cette attirance n'est plus au rendez-vous. Des formes nouvelles de conjugalité apparaissent, dans lesquelles le monopole sexuel n'est plus forcément la norme. Ceci peut nous rappeler les coutumes des minorités nationales du sud de la Chine. L'Histoire globale nous apprend la concordance des temps.

¹² Heide GOETTNER- ABENDROTH, *op.cit.*, 31.

Lumière sur une thèse

L'Association Française des Docteurs en Droit, attentive à la recherche doctorale et soucieuse de donner au doctorat en droit toute la reconnaissance qu'il mérite, ne peut qu'être très vivement intéressée par les thèses conduites et soutenues par de jeunes talents étrangers.

Ce mois-ci, elle invite donc une jeune juriste, Yagmur HORTOGLU, à nous présenter la thèse qu'elle a récemment soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne sur « La fraude et l'arbitrage ».

De nationalités française et turque, Yagmur HORTOGLU est actuellement *Post-Doctoral Global Fellow*, à l'Université de New York et *International editor* à *Cambridge Law Review*.



***La fraude et l'arbitrage*, th. Paris I, 2020, codir. M. Audit (Paris I) et F. Ferrari (Université de New York - NYU), le 10 septembre 2020.**

1. J'ai soutenu ma thèse de doctorat, intitulée « La fraude et l'arbitrage » le 10 septembre dernier avec mention très honorable et félicitations du jury. Ce travail, **codirigé par les professeurs Mathias Audit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et Franco Ferrari de l'Université de New York**, a été l'aboutissement d'un parcours universitaire mené en France.

2. Le choix de mon sujet de thèse et le raisonnement que j'ai adopté dans cette étude se sont articulés autour de la tension qui existe entre la liberté des usagers de l'arbitrage, et la nécessité de lutter contre d'éventuelles fraudes. Le thème de la fraude et l'arbitrage soulève des questions fondamentales dans plusieurs matières : le droit de l'arbitrage et le droit international privé, mais également le droit pénal.

« Il s'agit alors d'un sujet à la charnière des matières imprégnées d'un côté par l'autonomie de la volonté et de l'autre, par le monopole étatique ».

Par ailleurs, la grande actualité de ce thème, à la lumière notamment de l'affaire Tapie, ne fait certainement pas de doute. Ce point constitue une autre raison de mon choix de thème. La fraude et l'arbitrage sont également en lien étroit avec le dossier thématique proposé par le présent numéro de *Signatures internationales* et consacré aux bonnes pratiques de l'arbitrage : le développement et l'usage étendu de « bonnes pratiques » en droit de l'arbitrage assurent un climat défavorable à de possibles tentatives de fraude dans cette matière et accélèrent par-là l'émergence d'une lutte adéquate contre ces irrégularités.

3. Le fil conducteur de la présente recherche est l'idée selon laquelle **la prohibition de la fraude ne devrait pas connaître d'exceptions en matière de droit de l'arbitrage**. Dans cette perspective, les acteurs principaux de l'arbitrage ainsi que les juridictions étatiques doivent s'efforcer de distinguer deux catégories de justiciables. D'un côté, ceux qui recourent à l'arbitrage pour la résolution régulière de leur litige et contribuent, sans doute, à l'avancement de ce mode de justice. De l'autre, ceux, moins nombreux, qui tentent de détourner l'arbitrage de son but légitime et de l'instrumentaliser de manière frauduleuse pour la satisfaction de leurs intérêts licites ou illicites. Assurer un traitement égalitaire à ces deux catégories de justiciables reviendrait à remettre en cause le principe de *favor arbitrandum* qui garantit la faveur à la seule institution de l'arbitrage et non à ses simulacres.

4. Une notion de fraude propre à la matière de l'arbitrage, que j'ai qualifiée dans mon travail de *fraude arbitrale*, n'a toutefois pas encore été envisagée dans la doctrine. L'encadrement de cette notion s'avère toutefois déterminant dans la recherche des moyens adéquats pour engager un combat à l'encontre des irrégularités frauduleuses en matière d'arbitrage. Ma thèse entend contribuer à combler cette apparente lacune doctrinale en droit de l'arbitrage.

5. Dans un premier temps, l'étude entreprend, à partir d'exemples d'affaires symptomatiques, **d'établir et d'étudier les différentes catégories de fraude propres à la matière d'arbitrage**. Les développements visant à préciser les contours du problème de la fraude arbitrale permet de dégager, dans un second

temps, **une stratégie de lutte contre celle-ci, notamment par les acteurs de l'arbitrage**. Une notion de fraude arbitrale identique à toutes les législations nationales d'arbitrage interne et international constituerait, à cet égard, une arme redoutable contre cette irrégularité. Toutefois, les règles de conflit de lois issues des différents droits ne prennent pas en considération les spécificités propres à l'arbitrage, telles que notamment l'imprégnation de l'autonomie de la volonté. Dès lors, une définition unitaire de la fraude arbitrale n'est pas adaptée à de tels systèmes juridiques à l'heure actuelle et ne peut donc constituer une solution au problème de fraude arbitrale. Il convient ainsi de reprendre la distinction opérée entre la fraude par l'arbitrage et la fraude procédurale, en particulier pour montrer la manière dont celles-ci peuvent être ou non sanctionnées en droit positif contemporain, tout en soulignant les points qui doivent être rectifiés.

6. En raison de leur obligation de rendre une sentence susceptible d'exécution et par souci de protection de leur propre image, les arbitres sont susceptibles de se sentir obligés d'empêcher que l'arbitrage devienne un instrument de fraude. En effet, les arbitres s'attribuent, en général, un devoir de lutter contre les irrégularités telles que la fraude. La recherche de la fraude arbitrale par les arbitres devrait devenir systématique à chaque fois que des doutes sérieux s'expriment en ce sens. À cet égard, sur la base de l'examen de plusieurs décisions,

« la présente étude propose humblement un faisceau d'indices susceptibles de constituer l'élément matériel de la fraude arbitrale ».

Une fois qu'il a décidé de traiter de la question de fraude arbitrale, le tribunal arbitral a la liberté d'adopter une position active ou passive lorsque la fraude est effectivement détectée. Cette réponse du tribunal arbitral doit être idéalement indépendante des limites de la mission des arbitres et plutôt liée aux instruments qu'ils détiennent. En revanche, l'état du droit positif ne permet pas toujours aux arbitres de faire échec aux fraudes arbitrales. Il faut toutefois indiquer que la reddition d'une sentence entachée d'une fraude peut être prévenue par le tribunal arbitral sur le fondement du principe de compétence-compétence avant que l'affaire soit soumise aux juridictions étatiques et remette ainsi en cause la réputation de l'arbitrage. L'importance d'une unanimité s'agissant de l'interprétation du principe de compétence- compétence est alors indéniable en droit comparé. En revanche, en

raison du caractère intrinsèquement dissimulé de la fraude arbitrale, les arbitres sont susceptibles de rencontrer des difficultés pour repérer cette irrégularité au cours du seul contrôle de la convention d'arbitrage. Cette thèse soutient alors que si l'on veut accroître l'efficacité de la réponse à la fraude arbitrale, et plus précisément, prévenir cette irrégularité, il est strictement nécessaire de renforcer les pouvoirs des arbitres et leur permettre de détenir des moyens redoutables d'investigation. À cet égard, la présente recherche soutient que

« sanctionner, ou du moins contribuer à la sanction des fraudes arbitrales, doit être considéré comme un pouvoir inhérent à la mission des arbitres ».

7. En raison des motifs ci-dessus décrits, la fraude arbitrale ne s'avère, en général, identifiée qu'à la suite de la reddition de la sentence, à savoir devant les juridictions étatiques. Cette étude propose, à cet égard, **d'unifier un contrôle approfondi pour toutes les catégories de fraudes arbitrales**. Cette proposition est conforme à la tendance actuelle de la jurisprudence française en faveur d'un contrôle relativement approfondi de l'ordre public international en matière d'arbitrage, fondé sur une interprétation réaliste du principe de non-révision. Dès lors que les arbitres ne bénéficient pas d'instruments adéquats pour lutter contre les fraudes arbitrales, l'intervention des juridictions étatiques demeurera privilégiée dans la lutte contre les fraudes arbitrales. Les importantes décisions rendues en la matière, notamment celles portant sur le contrôle des sentences arbitrales, vont sans doute avoir un impact sur une future élaboration des travaux législatifs dans la matière. En toute hypothèse, cette évolution jurisprudentielle crée un contexte peu propice aux dérives arbitrales.

8. Le rôle que peut jouer la coopération entre les arbitres et les juges étatiques est d'autant plus décisif s'agissant de la responsabilité des auteurs de fraude et, plus précisément, pour la phase de la preuve susceptible de fonder l'engagement d'une telle responsabilité. Dans l'hypothèse fréquente de l'implication d'une ou de plusieurs infractions pénales dans la constitution d'une fraude arbitrale, le tribunal arbitral doit s'appuyer sur un soupçon légitime pour investiguer *ex officio* sur une éventuelle fraude arbitrale, même en l'absence de toute allégation de la part des parties. À cet égard, la démission des arbitres ne saurait constituer une option viable. Dans ces circonstances, le tribunal arbitral devrait solliciter les autorités étatiques compétentes

pour dénoncer auprès d'elles les comportements irréguliers des parties et ainsi contribuer, dans une certaine mesure, à leur sanction. La présente thèse soutient que,

« même si la loi applicable n'impose pas une telle obligation sur l'arbitre, le non-respect de la confiance mutuelle par l'une ou les deux parties devrait pouvoir justifier que le tribunal arbitral dénonce les faits concernés en cas de soupçon légitime ».

9. Les questions ci-dessus évoquées ne pouvant être traitées uniquement sur le fondement des principes du droit de l'arbitrage, la présente thèse ne pouvait rester dans les seules limites du droit de l'arbitrage. À cet égard, d'abord en droit international privé, les conflits de lois constituent la partie essentielle de mes développements, notamment concernant la notion de fraude et la lutte contre celle-ci en matière d'arbitrage international. J'ai également mené un examen en droit pénal des affaires, en particulier, pour étudier les infractions éventuellement impliquées dans une fraude arbitrale. Bien que ma thèse ne constitue pas un travail comparatif à proprement parler, le droit comparé a aussi joué un rôle déterminant dans la genèse de certains de mes développements, notamment lorsque le droit français comportait des lacunes doctrinales ou jurisprudentielles, dans le but de mettre en relief le sérieux de certains aspects du problème de fraude. En effet, en tant que thèse en droit de l'arbitrage, mon travail ne pouvait pas omettre d'intégrer des analyses issues des différents systèmes juridiques. La dimension comparative de mon travail apparaît dans la bibliographie de cette recherche qui contient un nombre important de références doctrinales ainsi que jurisprudentielles issues de diverses législations.

« Grâce aux séjours de recherche conduits aux Instituts Max Planck à Luxembourg puis à Hambourg, cette étude a pu se construire à la lumière de plus d'une quinzaine de législations ».

10. Dans cette thèse, c'est principalement une perspective française qui est adoptée dans la mesure où ma perception de la matière a été affectée par ma formation universitaire. Étant donné la fertilité de l'arbitrage interne et international des États-Unis au sujet de la fraude, mon point de vue a également été influencé par le droit

américain. La codirection de ma thèse avec Franco Ferrari, professeur à l'Université de New York, a certainement contribué à l'élaboration de ce travail.

11. Portant à l'intersection d'enjeux à la fois théoriques et pratiques, j'ai l'espoir que ma thèse pourra attirer l'attention du lectorat académique, mais également des praticiens du droit issus de différents systèmes juridiques.

Chaire de l'étranger

Présentation de la CHAIRE-MIROIR OTTAWA-LYON
« Les avatars de la personne et les enjeux contemporains
du droit privé de la responsabilité »



Mariève Lacroix

Avocate et professeure agrégée

Section de droit civil, Faculté de droit

Université d'Ottawa

La « Chaire-miroir Ottawa-Lyon – *Les avatars de la personne et les enjeux contemporains du droit privé de la responsabilité* » promeut une collaboration organique de recherche, en fédérant deux experts en matière de droit privé et comparé, **les professeurs Mariève Lacroix (Université d'Ottawa) et Olivier Gout (Université Jean Moulin – Lyon 3)**.

Cette recherche collaborative et transnationale sur **les nouveaux enjeux et défis auquel est confronté le droit privé face à la discipline de l'intelligence artificielle** constitue un premier pôle exclusif et novateur de recherche, lequel marquera le dynamisme, la richesse et le rayonnement exceptionnel du droit privé à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa et à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, dans une visée comparatiste.

Environnement privilégié de réflexions irriguées par les convergences et les divergences entre les droits québécois et français, il permettra d'organiser des événements scientifiques de part et d'autre de l'Atlantique, d'assurer la diffusion, en sols canadien et français, des recherches entreprises par le biais de publications évaluées par les pairs, ainsi que de développer à moyen terme des demandes de

subventions partenariales d'envergure au Canada et en Europe. Il visera au surplus à enrichir la formation de pointe en recherche des étudiants.es aux cycles supérieurs.

OBJECTIFS

La Chaire-miroir consiste en un carrefour des connaissances autour du droit privé et de l'intelligence artificielle qui stimule la recherche et favorise une collaboration organique et transnationale par une mobilisation étendue des connaissances. Les échanges, recherches et travaux issus de cette Chaire-miroir s'avèreront utiles pour les différents acteurs juridiques, mais également pour l'ensemble des acteurs sociaux concernés par les défis que représente l'intelligence artificielle en droit privé.

De nature scientifique, la Chaire-miroir vise un double objectif. **D'une part, elle tend à assurer une formation en recherche de haut niveau aux étudiant.e.s et chercheur.e.s émergent.e.s à Ottawa et à Lyon. D'autre part, elle permet aux titulaires oeuvrant au sein de la Chaire-miroir de poser un regard éclairé et comparé sur les questions et les défis que pose, en droit privé des personnes et de la responsabilité, l'intelligence artificielle.** Ils mobiliseront ainsi leurs connaissances à travers leurs enseignements et leurs projets de recherche.

ACTIVITES DE RECHERCHE

La Chaire-miroir cible *Les avatars de la personne et les enjeux contemporains du droit privé de la responsabilité* en matière d'intelligence artificielle plus particulièrement.

Si toutes les disciplines (que l'on pense à l'art, l'éducation, les communications, notamment) se repensent et se repositionnent à la lumière de cet enjeu névralgique, le droit privé fait nécessairement partie de ce mouvement. Les règles actuellement en vigueur peuvent en effet se révéler inadaptées ou insuffisantes pour encadrer les progrès induits par l'intelligence artificielle qui paraissent sans limites. L'essentiel des règles ont été pensées en considération des personnes humaines et il n'est pas

certain qu'elles soient appropriées pour encadrer l'activité d'agents artificiels. Dès lors, **l'un des enjeux majeurs des années et décennies à venir sera de permettre au droit d'encadrer de manière adéquate l'intégration de l'intelligence artificielle dans les activités humaines.** On mesure ainsi l'intérêt du projet ici présenté. Et cette intégration ne peut pas être réfléchie à l'échelle d'un pays exclusivement, mais à une échelle internationale.

Que ce soit par un traitement transversal en droit privé et suivant une perspective interdisciplinaire, les activités de recherche de la Chaire-miroir s'articulent autour de deux axes de recherche qui valorisent tant la recherche fondamentale que la recherche appliquée et partenariale. Ces axes se juxtaposent aux défis technologiques et normatifs du présent et du futur :

***Axe premier – Recherche fondamentale :
qualification juridique d'une entité non humaine***

***Axe second – Recherche appliquée et partenariale :
responsabilité civile d'une entité non humaine***

MOBILISATION ET DIFFUSION DES RESULTATS DE RECHERCHE

La Chaire-miroir provoquera une mobilisation exceptionnelle de connaissances, d'expériences et d'idées sur les avatars de la personne et le droit privé de la responsabilité en lien avec la discipline de l'intelligence artificielle. Les connaissances produites seront diffusées dans la sphère universitaire, mais également professionnelle, contribuant ainsi à mieux faire comprendre les enjeux juridiques à l'ensemble de la communauté d'experts du domaine.

Les résultats de recherche se manifesteront sous des formes variées. Les présentations, ateliers, conférences et colloques seront captés par vidéos, ballado-diffusions et l'utilisation de réseaux sociaux en direct contribueront à la diffusion des savoirs auprès d'un large public. Au surplus, de nombreux articles de périodiques matérialiseront les résultats obtenus.

CONTACTS

OLIVIER GOUT

*Professeur des universités à l'Université
Jean Moulin – Lyon 3
Vice-doyen de la Faculté de droit
Directeur du Centre de droit de la
responsabilité et des assurances*

1C avenue des frères Lumière
CS 78242
69372 LYON CEDEX 08

Tél. : 04 26 31 87 76

olivier.gout@univ-lyon3.fr

ME MARIÈVE LACROIX

*Avocate et professeure agrégée à la
Section de droit civil, Faculté de droit de
l'Université d'Ottawa*

Université d'Ottawa
550, rue Cumberland, Ottawa (Ontario)
K1N 6N5 Canada

Tél. : 613 562-5800, ext. 3036

marieve.lacroix@uottawa.ca

Appels à communication

Vous retrouvez enfin dans *Signatures Internationales* des appels à contribution, des annonces de colloques, de journées d'études, de cycle de conférences, de projets de recherches collectifs se tenant en France et à l'étranger.

Les rubriques thématiques de la revue relatives aux droits fondamentaux, à l'éthique, à la Responsabilité Sociétale des Entreprises (RSE), à l'arbitrage, au numérique, à l'environnement, à l'énergie... y sont largement représentées.

N'hésitez pas à candidater, à diffuser largement ces appels à communication dans votre pays et à nous faire parvenir des informations que vous souhaiteriez relayer à l'ensemble des correspondants !

Inscription à la demande de bourse d'étude canadienne 2020 - 2021

La direction régionale des bourses étrangères canadienne et le secrétariat d'état à l'étude et à la recherche **de l'Université Laval** lancent un appel à candidatures pour 700 bourses d'études canadiennes, au titre de l'année académique 2020 - 2021. Ces bourses, créées afin de faciliter l'immigration d'étudiants venant des pays européens, extra-européens, en développement ou du tiers-monde, ont pour but de former des jeunes diplômés qui pourront ensuite, s'ils le désirent, intégrer le milieu professionnel canadien.

Ces bourses couvrent la période **d'un cycle de formation ou au maximum 6 semestres voir plus** et les billets d'avion aller-retour (Provenance – Canada / Québec), sont pris en charge. Le programme est valable pour tous les cycles d'études allant de la licence au post-doctorat.

Pour Candidater, il faut :

- Avoir au maximum 18 ans à 56 ans ;
- Comprendre et parler correctement l'une des langues d'enseignement au Canada (Français, Anglais) ;
- Avoir un diplôme équivalent au baccalauréat ou au brevet d'aptitude professionnelle.

Pour soumettre vos demandes, rédigez une lettre de motivation et y joindre deux (02) photos d'identité en réclamant le formulaire d'inscription à l'adresse mail du registraire Ulaval : reg.ulaval@execs.com

Pays émergents au cœur des grands équilibres mondiaux

COLLOQUE 26/11/2021

DATE LIMITE 19/4/21

organisé par l'**Association Internationale de Droit Économique (A.I.D.E.)**, le **Centre de recherche Droit Entreprise et Société de l'UCLouvain (CRIDES)**, le **Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI)** de l'**Université de Bourgogne Franche-Comté** et l'**Université de Liège**.

L'Association Internationale de Droit Économique (AIDE), l'Université de Bourgogne Franche-Comté, l'Université de Liège et l'UCLouvain vous invitent à participer à un colloque qui se tiendra à Bruxelles (ou en ligne) le **26 novembre 2021**, afin de discuter de la place des pays émergents dans les grands équilibres mondiaux.

Le colloque du 24 octobre 2019 nous a permis de trouver des éléments d'identification de la notion de pays émergents et de constater que ceux-ci sont à la recherche d'actions pour rééquilibrer le pouvoir sur la scène internationale. La réflexion doit se poursuivre afin de déterminer si leur influence dans de nombreux domaines peut aboutir à une restructuration des relations internationales. Après avoir exploré le droit international économique dans une vision d'ensemble, il s'agit d'examiner en détails les positions des pays émergents sur des questions économiques, politiques et juridiques : commerce, flux de capitaux, concurrence, autonomie en matière de défense, leadership régional ou mondial, innovation et propriété intellectuelle, énergie et climat, fonctionnement des organisations internationales. Le colloque se veut donc pluridisciplinaire.

Ce deuxième colloque est organisé par Leïla Choukroune, Henri Culot, Hocine Sadok, Hélène Tourard et Philippe Vincent. Il donnera lieu à une publication. Il est attendu des participants que le texte de leur manuscrit soit disponible une semaine avant le colloque.

Avec le soutien de



THÉMATIQUES

Les quelques éléments de réflexion proposés ci-dessous pourraient donner un aperçu de la structure envisagée pour le colloque. Les participants qui souhaitent proposer une intervention orale sont priés de prendre ces réflexions comme point de départ ou de source d'inspiration pour leurs thèmes, mais ils peuvent également proposer tout autre thème susceptible d'enrichir les débats.

Pays émergents et dynamisme de l'économie mondialisée **Les performances des entreprises dans les pays émergents : combiner efficacité et innovation**

Le développement des pays émergents passe-t-il par l'apparition d'entreprises en position de leaders mondiaux ? Le succès de ces entreprises performantes repose-t-il sur l'innovation ou sur l'imitation ? Ces entreprises bénéficient-elles d'un soutien de leur pays d'origine ?

La menace d'une crise de la dette dans les pays émergents et sa gestion par les instances internationales (FMI, club de Paris, G20, CNUCED)

L'émergence des pays en voie de développement a-t-elle créé une nouvelle crise de l'endettement ? Notamment, le coût des infrastructures financées dans le cadre des Nouvelles Routes de la Soie au moyen de financements chinois est-il soutenable pour les pays bénéficiaires ? Quelles sont les solutions envisagées ou mises en œuvre pour soulager les pays surendettés ? Les institutions financières internationales (FMI, BM) ont-elles une approche particulière pour les pays émergents

Investissements directs étrangers

L'émergence provoque-t-elle une inversion des flux d'investissement, qui viendraient désormais des pays émergents vers les pays développés ? Ceci modifie-t-il les positions respectives de pays concernés en ce qui concerne la protection des investissements ? Quelles sont les causes et les effets du refus de certains pays de maintenir une protection juridique des investissements directs étrangers par le biais des conventions bilatérales d'investissement et des mécanismes d'arbitrage développés au cours du XXe siècle ? Quel est le rôle des fonds souverains et faut-il les réguler ?

Droit de la concurrence

L'émergence est-elle favorisée par le développement de monopoles, la tolérance à l'égard des ententes ou par des aides d'État et des subventions ? Faut-il développer ou renforcer

des règles mondiales de protection de la concurrence ? Les règles de concurrence sont-elles utilisées à des fins protectionnistes ?

Pays émergents et grands (dés)équilibres mondiaux

Aspects institutionnels ; participation dans les organisations internationales

L'émergence modifie-t-elle la position ou l'activité des États dans les organisations internationales multilatérales ? Assiste-t-on à un regroupement des États en pôles régionaux autour des grands pays émergents ? Les pays émergents collaborent-ils entre eux au sein de certaines organisations pour défendre des intérêts communs ?

Enjeux de puissance ; puissances régionales et puissances mondiales ; développements militaires et géostratégiques

L'émergence se traduit-elle par des ambitions territoriales ? Le développement d'une industrie spatiale est-elle un signe ou un facteur de l'émergence ? Les sanctions internationales (politiques, économiques) et les embargos sont-ils (partiellement) des réactions à l'émergence des pays visés ?

Approches climat et développement durable

Comment appliquer le principe des responsabilités communes mais différenciées ? Faut-il revoir les notions de développement, de pays en voie de développement et de pays émergent au regard du développement durable ? Comment les pays émergents coopèrent-ils entre eux ou viennent-ils en aide à des pays moins avancés ? La politique européenne d'utilisation de sa puissance commerciale pour favoriser le développement durable est-elle efficace ?

Accès aux médicaments et aux vaccins pour les pays émergents ; « diplomatie des vaccins »

La pandémie du covid 19 modifie-t-elle certains équilibres ? Les règles du commerce international favorisent-elles ou freinent-elles la lutte contre la pandémie et, plus généralement, contre les grandes maladies ? L'élaboration et la distribution des vaccins a-t-elle fait l'objet d'une utilisation stratégique ou diplomatique ? Quel bilan peut-on tirer de l'application de l'ADPIC et de son amendement depuis le début des années 2000 ?

Coopération sud-sud

L'émergence se manifeste-t-elle par un surcroît de coopération entre les pays dits « du sud » ? Le développement de cette coopération permet-elle une émergence des pays les plus pauvres ? Les pays récemment sortis d'une situation de grande pauvreté ont-ils le souci d'aider ceux qui figurent encore parmi les moins avancés ?

Refus de l'« occidentalisation » Valeurs, identités nationales, souveraineté

Une identité nationale forte est-elle un facteur d'émergence ? Existe-t-il des tensions, au sein des pays émergents, entre les valeurs traditionnelles et le développement économique ?

Rejet de l'État de droit et de la démocratie à l'occidentale

Un régime politique autoritaire est-il un facteur favorable à l'émergence ? L'émergence renforce-t-elle ou affaiblit-elle le régime politique ? L'émergence favorise-t-elle une meilleure protection des droits humains ?

Position par rapport aux systèmes normatifs occidentaux

Les concepts juridiques de propriété, de protection de l'investissement, de propriété intellectuelle sont-ils propres à la culture occidentale ? Les pays émergents adhèrent-ils ou refusent-ils les grands principes juridiques et économiques des systèmes libéraux/capitalistes ? Ces principes sont-ils propres à la culture « occidentale » ou sont-ils la marque d'un certain développement économique ?

ORGANISATION

Les contributions et les participations à cette journée sont organisées autour des principes suivants :

(1) Cet appel s'adresse non seulement aux chercheurs en sciences juridiques, mais aussi aux autres disciplines comme les sciences politiques et économiques, les relations internationales, ou la philosophie.

(2) Le colloque vise des chercheurs universitaires de tous les niveaux à partir de celui de doctorant.

Les organisateurs encouragent tout particulièrement les jeunes chercheurs à y participer.

(3) La participation est ouverte à tous, sur inscription préalable, et ne dépend pas d'une intervention orale.

(4) Ceux qui souhaitent contribuer de manière plus active au colloque sont priés de proposer une intervention orale sur un thème de leur choix d'une durée maximale de 15 minutes. La participation implique l'obligation de communiquer une contribution écrite une semaine avant le colloque au plus tard.

(5) Le colloque se déroulera en deux langues ; les participants peuvent choisir entre le français et l'anglais, à leur gré. Il n'y aura pas de traduction. Par conséquent, nous partons du principe que tous les participants comprennent les deux langues.

MODALITÉS D'INSCRIPTION

Les personnes qui proposent telle intervention sont invitées à proposer leur thème au choix en envoyant un résumé de deux pages maximum à Madame Ariane Robyn (ariane.robyn@uclouvain.be) **avant le 19 avril 2021**. Les résultats de la sélection seront ensuite communiqués à la fin du mois d'avril. Le nombre des interventions sera limité. Elles auront pour seul but de stimuler le débat parmi les participants

Une participation au remboursement des éventuels frais de déplacement peut être demandée et sera accordée dans la limite des fonds disponibles.

L'enseignement supérieur du XIXe siècle à nos jours (France et international)

RÉSUMÉ

Avec le processus de Bologne mis en œuvre en 1999 dans 29 pays, visant à la convergence des systèmes d'enseignement supérieur des pays européens, ont été instaurées de nouvelles pratiques qui ont profondément bouleversé le paysage de l'enseignement supérieur en France et en Europe. Les évolutions législatives et réglementaires révèlent une accélération de ce processus de transformation, quoique déjà amorcée depuis le début des années 1960. La situation actuelle qui confronte brutalement un système bicentenaire à un projet de transformation de grande ampleur constitue de ce point de vue un objet particulièrement fécond pour comprendre l'évolution des structures éducatives. Elle conduit à s'interroger sur les logiques de transformation sur le long terme et sur l'histoire du développement et de la diversification de l'enseignement supérieur depuis le début du XIX^e siècle, ainsi que sur les résistances que ces transformations ont rencontrées et les controverses qu'elles ont suscitées.

ANNONCE

Lyon, 27-28 juin 2022

ARGUMENTAIRE

À l'initiative de l'ATHRE et des laboratoires ECP, LARHRA et Triangle, ce colloque a pour projet d'étudier la manière dont l'enseignement supérieur a évolué depuis le début du XIX^e siècle, à différents niveaux, dans différents espaces et à différentes échelles.

Avec le processus de Bologne mis en œuvre en 1999 dans 29 pays, visant à la convergence des systèmes d'enseignement supérieur des pays européens, ont été instaurées de nouvelles pratiques qui ont profondément bouleversé le paysage de l'enseignement supérieur en France et en Europe. Les évolutions législatives et réglementaires révèlent une accélération de ce processus de transformation, quoique déjà amorcée depuis le début des années 1960. La situation actuelle qui confronte brutalement un système bicentenaire à un projet de transformation de grande ampleur constitue de ce point de vue un objet particulièrement fécond pour comprendre l'évolution des structures éducatives. Elle conduit à s'interroger sur les logiques de transformation sur le long terme et sur l'histoire du

développement et de la diversification de l'enseignement supérieur depuis le début du XIX^e siècle, ainsi que sur les résistances que ces transformations ont rencontrées et les controverses qu'elles ont suscitées.

Plusieurs angles d'attaque peuvent être envisagés pour appréhender ces évolutions. On peut ainsi, tout en conservant un point de vue résolument historique, croiser des approches politiques (questions nationales, internationales ou locales traitant en particulier de la gouvernance et de l'organisation des établissements d'enseignement supérieur), des approches socio-économiques (acteurs que sont les étudiant·es, les enseignant·es ou le personnel administratif, institutions elles-mêmes insérées dans un tissu local économique particulier), des approches pédagogiques interrogeant en particulier ce qu'on pourrait appeler « forme universitaire » : place des cours magistraux, des stages... Il est également possible de s'interroger sur le sens et la portée de l'adjectif « supérieur » dans le syntagme « enseignement supérieur ».

Plus généralement, l'accent pourra être mis sur les processus d'internationalisation de l'enseignement supérieur, y compris dans les espaces coloniaux et post-coloniaux. Ces approches internationales permettront en outre de considérer la manière dont les modèles (d'organisation, intellectuels, disciplinaires, pédagogiques) peuvent circuler et éventuellement se transférer d'un univers à l'autre.

Sur la base de ces questionnements généraux, quatre axes de travail sont proposés :

Axe 1. La diversité des établissements et leur insertion dans l'environnement local, national et international

Cet axe de travail concerne l'histoire des établissements, qu'ils relèvent de l'université ou d'autres structures de l'enseignement supérieur (sections post-baccalauréat des lycées, écoles d'ingénieurs ou de commerce, écoles du secteur social ou de la santé, écoles d'art et/ou d'architecture, conservatoires, écoles normales supérieures...). Les recherches présentées pourront s'intéresser aux processus d'universitarisation de formations jusqu'alors situées hors champ de l'enseignement supérieur (la formation des enseignants en est un exemple topique) ; elles pourront également s'intéresser aux liens entretenus avec l'environnement local (liens avec les municipalités ou les régions, avec le tissu économique...), l'environnement national ou international (mise en œuvre et résistances aux politiques nationales et internationales de l'enseignement supérieur, mouvements sociaux construits face à ces politiques...). Du fait de cette triple approche, locale, nationale et internationale, il sera possible d'envisager l'histoire des établissements d'enseignement supérieur à travers la mise en œuvre des politiques ministérielles, ce qui inclut l'examen des

accommodements et agencements locaux. A cet égard, les études monographiques d'établissements relèvent pleinement des interrogations portées dans cet axe.

Ce thème pourra être complété par la présentation de recherches portant sur ce que l'implantation de structures universitaires apporte à un territoire donné, et le jeu de concurrences entre territoires qui peut en découler donnant ainsi l'occasion d'exposer des travaux d'une géographie de l'enseignement supérieur.

Il sera également possible de porter attention aux initiatives locales visant à pallier l'absence de structure universitaire (cours municipaux, etc.) comme aux expériences de formation d'adultes développées dans le cadre de l'université, par exemple au XIX^e siècle. L'attention pourra également être portée sur la place des établissements d'enseignement supérieur dans l'offre locale (municipale, régionale...) d'enseignement et sur les jeux de concurrence et de complémentarité entre les différentes structures (public/privé, université/écoles, municipal/national, etc.).

La période considérée (du début du XIX^e siècle à nos jours) permettra en outre de s'intéresser au dualisme français universités/grandes écoles dont certains aspects ne peuvent s'expliquer qu'en menant quelques incursions dans l'histoire de l'Ancien Régime. Des propositions envisageant des monographies d'établissements sur une longue durée pourront donc être accueillies.

Axe 2. Disciplines et pédagogies

L'enseignement supérieur est aussi le lieu où les sciences deviennent des disciplines transmissibles selon des modalités codifiées (programmes explicites et implicites, connaissances certifiées). Cette institutionnalisation universitaire a été un enjeu tout au long du XIX^e et du XX^e siècle, aussi bien pour des sciences émergentes (par exemple, la psychologie, la sociologie, la science de l'éducation...) que pour des sciences déjà enseignées mais en cours de transformation (par exemple, le droit avec l'économie politique, la géographie physique avec la géographie humaine...). Des communications sont attendues sur ce phénomène d'institutionnalisation des sciences dans le cadre de l'enseignement supérieur et ce qu'il implique (demande de savoirs nouveaux, compétences enseignantes, transmissibilité des connaissances).

Par ailleurs, à la différence du primaire et du secondaire, l'enseignement supérieur, en France, a été longtemps réfractaire à la réflexion et à l'expérimentation pédagogiques. Cependant, à partir du tournant des XIX^e et XX^e siècles, celles-ci se sont imposées comme une nécessité dans le contexte de refondation des universités (1896) et d'augmentation des effectifs étudiants. La *Revue internationale de l'enseignement* (1881-1940) témoigne de

cette préoccupation. Notamment du fait de la massification de l'enseignement supérieur, celle-ci s'est encore accrue dans la période récente, au point qu'on parle aujourd'hui de « pédagogie universitaire ».

On pourra donc aussi s'intéresser à cette prise en compte des questions de pédagogie dans l'enseignement supérieur, aussi bien par les universités que par les grandes écoles (Mines, Ponts, Sciences politiques) qui ont souvent été à l'avant-garde de ce mouvement. Qu'il s'agisse des disciplines ou des pédagogies, on pourra explorer les phénomènes aussi bien locaux que plus globaux.

Axe 3. Les transitions : modalités et dispositifs

La question de la transition entre d'une part les enseignements secondaire et technique/professionnel et d'autre part l'enseignement supérieur se pose depuis le XIX^e siècle, soit pour déplorer le niveau insuffisant des étudiant·es face aux objectifs académiques fixés par l'institution, soit pour proposer des dispositifs susceptibles de favoriser cette transition en imaginant des formes de sas (classes de propédeutique par exemple), ou en tentant de transformer les pratiques pédagogiques (recours à des formes d'enseignement se dégageant du cours magistral, mise en place de stages par exemple).

Une attention particulière pourra porter sur l'histoire de cette particularité française que sont les classes préparatoires aux grandes écoles, mais aussi sur les formes parallèles d'accès à ces grandes écoles (certaines formations de l'enseignement primaire ou technique permettant par exemple d'accéder à des écoles d'ingénieurs). Les questions récentes d'admission des bacheliers professionnels dans l'enseignement supérieur pourront également donner lieu à des présentations. Les communications relevant de cet axe s'intéresseront ainsi à l'histoire de ces dispositifs et surtout à l'évolution de la manière dont a été pensée la transition entre enseignement secondaire et enseignement supérieur.

Cet axe conduira à aborder d'autres formes de transition, par exemple la transition du supérieur vers l'emploi, ou les transitions entre universités et écoles professionnelles, ou encore les retours en études des salariés de la formation continue.

Axe 4. Sociologie historique des enseignant·es et des étudiant·es

Assurément, les étudiants recrutés parmi l'élite sociale du XIX^e siècle n'ont rien à voir avec celles et ceux du XXI^e siècle, issu·es d'une population beaucoup plus large parvenant aux portes de l'enseignement supérieur au terme de parcours diversifiés. Le fait que des métiers que l'on pouvait exercer sans posséder le baccalauréat aient élevé leur niveau d'exigence académique (métiers d'infirmier·e, d'éducateur·trice, voire d'enseignant·e du primaire par exemple), a également conduit à transformer l'offre de formation et partant, les

caractéristiques sociales de la population étudiante. De telles préoccupations peuvent également conduire à s'intéresser à l'histoire des diplômés de l'enseignement supérieur.

Les communications pourront ainsi porter sur l'évolution des populations étudiantes sur le temps long, mais aussi sur des périodes plus brèves, mobilisant ainsi les recherches relevant de la sociologie, de l'économie ou des sciences politiques (analyse par exemple des flux d'étudiant·es). Au-delà des pionnières bien identifiées, la conquête de l'enseignement supérieur par les filles au XX^e siècle, accélérée à partir des années 1960, reste un phénomène peu analysé dans le détail. La fabrique du genre que constitue l'université devrait alors faire l'objet d'analyses s'appuyant sur les expériences et les trajectoires étudiantes.

Le monde enseignant a connu également des évolutions notables, en particulier du fait de la diversification des formations évoquées plus haut et des disciplines enseignées. A ce titre, les recherches relevant de cet axe s'intéresseront aussi bien aux enseignant·es et personnels des universités, qu'à celles et ceux des autres structures de l'enseignement supérieur (sections post-baccalauréat, écoles spécialisées...).

Des recherches portant sur la comparaison de trajectoires d'enseignantes et d'enseignants au sein de l'enseignement supérieur permettront d'aborder la manière dont la différenciation sexuée se caractérise dans ce milieu. D'une manière générale, on pourra s'intéresser au processus de féminisation à l'œuvre dans l'enseignement supérieur. Les personnels non enseignants, dont l'importance numérique croît tout au long de la période de référence (XIX^e-XX^e siècle), pourront également être objet d'étude.

CONSIGNES AUX AUTEUR·ES DE PROPOSITIONS

Toute personne intéressée à présenter une communication est invitée à nous adresser un titre et un bref résumé de sa contribution (**300 mots / 2000 signes maximum**) en français ou en anglais. Ce résumé présente l'enjeu historiographique et la problématique de la communication, indique la périodisation et comporte une description du corpus traité. Il inclut une bibliographie de 5 titres et propose 4-5 mots-clés.

Les auteur·es précisent leur fonction ainsi que leur affiliation institutionnelle.

Les propositions de communication seront soumises à expertise.

Les propositions seront rédigées sous forme d'un document Word au format .docx dont le nom sera celui de l'auteur, noté en majuscules.

Elles seront déposées sur le site : <https://enseignemt-sup.sciencesconf.org>

Date limite pour l'envoi des propositions : 15 mai 2021 au plus tard

Notification d'acceptation aux auteur.es : 1er juillet 2021

Thème du prochain numéro

Après la signature et l'arbitrage, Signatures Internationales se tournera dans son numéro 3 vers le Droit et les Métamorphoses du Cerveau.

En l'espace de quelques années, notre conception du cerveau a profondément changé. Longtemps conçu comme un domaine « sacré », aussi intangible qu'inaccessible, le cerveau aujourd'hui devenu visible, disponible, plastique et pluriel.

Les sciences et technologies du cerveau permettent désormais d'explorer et de visualiser la boîte noire, d'améliorer les performances cognitives et de suppléer, via des implants, prothèses ou autres interfaces cérébrales... aux déficits humains. De sorte que le cerveau humain cohabite, voire commence à fusionner avec des intelligences qui ne le sont pas. Or pluralisme et symbiose homme/machine doivent nous interpeller. *L'homme symbiotique* est d'ailleurs ainsi le titre d'un ouvrage de Joël de Rosnay, auteur également du *Microscope* dans les années 1970, qui a fait référence dans le domaine de la systémie.

L'objectif de ce numéro spécial de la revue Signatures Internationales sera donc de mettre en évidence ces métamorphoses du cerveau et leurs traductions juridiques dans une perspective résolument pluridisciplinaire.

Plus que jamais, le moment est en effet venu pour les Juristes, et aussi pour toutes celles et ceux qui les éclairent dans leur réflexion (Économistes, Sociologues, Philosophes, Médecins et Scientifiques...), de faire avec sérénité un point sur le rôle qui est encore aujourd'hui dévolu au cerveau humain et sur les ouvertures que suggère, notamment dans le fonctionnement de la Justice, le développement des neurosciences, mais aussi sur la place qu'occupent désormais l'intelligence artificielle et les robots qu'elle fait vivre et, pourquoi pas aussi, sur ce qu'on pourrait appeler le cerveau des... personnes morales. Autrement dit, sur les centres de décision ou encore, par exemple, les holdings animatrices de groupes de sociétés car le droit des personnes morales, traditionnellement perçu de manière technique,

gagnerait peut-être lui-même à être quelque peu « repensé » à l'aune des nouvelles techniques cérébrales et des modes opératoires de décision !

Bref, le dossier que nous vous proposons de construire, de façon très réactive et libre, avec vos éventuelles contributions, se développera dans une triple direction :

- Le neurodroit ;
- L'intelligence artificielle ;
- Et le cerveau des personnes morales.

Avec une approche résolument comparative et internationale et, au final, sans doute des points de contact inattendus et, en tout cas, la mise en perspective de problématiques essentielles à notre avenir commun !

Les contributions, rédigées en français ou en anglais, seront reçues, d'ici le 30 juillet 2021, par Peggy Larrieu (peggy.larrieu@univ-amu.fr), Sandie Lacroix-de Sousa (sandie.lacroix@univ-orleans.fr) et Jacques Mestre (jacquesmestre81@gmail.com)