

contrôle étrangère

Dominique Hascher*

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

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

Dans cet article l’auteur se penche sur le contrôle de la sentence « internationale », afin de souligner l’étendue souhaitable du contrôle ju

de la sentence. L’activisme judiciaire (limité aux situations où il est réellement nécessaire) serait alors le bienvenu. La révision de la sentence en cas de fraude et les règles matérielles sur l’extension de la convention d’arbitrage n’en seraient que quelques exemples. La retenue judiciaire serait également très importante, indication parfois oubliée, comme par exem

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

I. L

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

Je vous propose d'abord de voir comment la singularité du droit français de l'arbitrage

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

II. Ž

A. Le démarquage de la Convention de New York

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

Exclusive de l'article VII de la Convention de New York⁶, lequel nous ouvre le chemin du droit

1 Art 1504 CPC: Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.
2 Art 1525, al 4 CPC: La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article 1520; Art 1520 CPC: Le recours en annulation n'est ouvert que si :
1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou
2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou
3° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou
4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou
5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.
3 Art 1527, al 2 CPC.
4 *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 RTNU 3
5 *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I, (amendée en 2006), [Loi type].
6 *Convention de New York, ibid*, art 7(1): Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

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

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

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

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

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

N'aurait-on pas pu considérer que cela était également le cas dans l'affaire *Putrabali* où les parties s'étaient soumises à un règlement d'arbitrage qui admettait l'appel prévu par l'article 69 de l'*Arbitration Act* de 1996 pour les questions de droit anglais¹⁶ pour les questions de droit anglais.

Le basculement général de la Convention de New York pour toutes les actions entreprises par ce traité a été réalisé par la jurisprudence *American Bureau of Shipping* pour légitimer la priorité accordée à l'arbitre pour statuer sur sa compétence.

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

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

Ng"tgur gev"fg"hc" o kuukqp"fg"nøctdkvtg."swk"cwtkcv"rw"´vtg"ng" o qvkh"fg"eqpvt/2ng"ng"rnwu"gzvpgukdng." a donné lieu à une jurisprudence très stricte qui ne sanctionne que les dépassements de pouvoir sans jamais laisser place à des intrusions dans le raisonnement de l'arbitre pour le censurer. La motivation est l'une des (rares) exigences auxquelles notre droit soumet la sentence²⁴. Le contenu fg"hc" o qvxcvkqp"2ejcrrg"cw"eqpvt/2ng"fg"hc" o kuukqp."c"lwi 2"nc"Eqwt"fg"ecuucvkqp²⁵. La contradiction de motifs, qui est l'un des aspects de l'absence de motifs puisqu'ils s'annulent réciproquement, est un grief irrecevable. L'emploi de motifs inintelligibles, dubitatifs ou hypothétiques, qui est une cwvtg" o cpkhgucvkqp"fw" f2hcwv"fg" o qvkh."guy"cwuuk"gzew"fw"eqpvt/2ng."ect"kn"uøc ikv"gpqgtg" føwp"xkeg" swk"chhgev"ng"eqpvgpw"fg"hc" o qvxcvkqp0" NøkpwhLucpeg"fgu" o qvkh."ngwt"cdugpeg"fg"tcr rqtv"nq ikswg" sont, pour les mêmes raisons, des griefs irrecevables. Les motifs peuvent encore manquer parce qu'il n'a pas été répondu à des conclusions. Il peut s'agir par exemple d'un chef de demande,

Ng"eqpvt/2ng"fg"nc" o qvxcvkqp"guv"wp"eqpvt/2ng"fkuekrnkpcktg"swk"ug"eq o rtgpf"fcpu"wp"u{uv³ o g" hiérarchisé. Or, quand on passe du juge à l'arbitre, on change de système. La motivation des sentences répond à un besoin particulier d'explications de la part de l'arbitre pour convaincre les rctvkgu"fw"dkgp/hqpf²"fg"nc"uqnwvkqp"cr r rqt²g"«ngwt"nkvi g"clp"swøgnngu"ug"rnkgpv"xqnpvcktg o gpv"«"nc"ugpvpgpeg⁰"Ng"eqpvt/2ng"fgu" o qvkh"swk"hqpf"gpv"nc"eqpxkevqk"fg"nøctdkvtg"guv"wp"eqpvt/2ng"fw"hqpf⁰"Kn"pø{"c"føcknngwtu"rcu"fg"eqpvt/2ng"fg" o qvxcvkqp"swk"pg"hcuu"tguwtikt"ng"hqpf"fg"nøchhcktg⁰"Kn"guv"dkgp" fkhLekng"føgzrnkswt"swøwp" o qvkh"guv"kpwhLucpv"ucpu"tgeq o o gpeg⁰"«gzrqugt"nøchhcktg⁰"Ng"eqpvt/2ng" de la motivation affecte la position de la justice arbitrale en tant que système juridictionnel cwvppq o g⁰"Eøguv"fqpe"wp"pg" xkukqp"kpcejgx²g"fw"eqpvt/2ng"fgu"ugpvpgpegu"swg"fg"fkuewvgt"fgu"xkegu" de la motivation.

Kn"tguvg"ng"eqpvt/2ng"fg"nc" o qvxcvkqp"cw"tgi ctf"fg"nøqftfg"rwdnke"kpvtgpcvkqpcn"qw"fw"rtkpekr g" du contradictoire. C'est seulement en ce sens que, pour la Cour de cassation, la motivation est uqw o kug"«"wp"eqpvt/2ng³². La présence de motifs, qui est l'une des garanties d'un procès équitable, prévient le risque d'arbitraire. Il y a des motifs incompatibles avec l'exigence d'impartialité. Il y a encore des motifs qui révèlent une violation du contradictoire, quand l'arbitre a omis d'inviter les parties à s'expliquer sur un point³³, même si l'arbitre n'a certes pas l'obligation de soumettre aux parties son raisonnement lorsqu'il s'exerce sur des éléments de fait ou de droit qui ont été soumis à la discussion contradictoire³⁴.

Les vices de la motivation ne concernent jamais l'appréciation de la règle de droit, car une telle critique met en cause une mauvaise ou une fausse application de la règle de droit. Or, la pertinence du raisonnement juridique est exclue³⁵. Pour la Cour de cassation, il n'y pas de eqpvt/2ng"fg"nc" f²vgt o kpcvkqp."eq o o g"fg"nc" o kug"gp" òwxtg"fg"nc"t³ing"fg"ftqkv"rct"nøctdkvtg³⁶. Ce pqp/eqpvt/2ng"guv"ng"eqtqmcktg"fg"nc"nkdg²g"«"nøctdkvtg"fg"vtcpejgt"ng"nkvi g"eqphqt o² o gpv" aux règles de droit qu'il estime appropriées si les parties n'y ont pas pourvu³⁷. En libérant l'arbitre fg"nc"tgejgtejg"rt²cncdng"føwp"t³ing"fg"eqp¹kv."ng"ftqkv"htcp±cku."gp"eq o rctckuqp"fg"nc"Nqk/v{rg" de la CNUDCI³⁸, reconnaît une autonomie non seulement dans la désignation et l'application du droit applicable, mais aussi à l'égard des droits étatiques, puisque les règles de droit peuvent être de source non étatique³⁹. En ce sens aussi, l'arbitre n'est pas un organe de l'ordre juridique du siège, mais un organe de l'ordre juridique arbitral⁴⁰. La liberté ainsi reconnue à l'arbitre explique l'irrecevabilité de toute critique pour erreur de droit ou sa mauvaise application. S'interroger si

32 *Supra* note 25.

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

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

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

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

37 Art 1511 CPC.

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

39 Lgcp/Dc rkvug" Tcekpg."ë" T² gzkqpu"uwt"nøcwvppq o kg"fg"nøctdkvtc i g"eq o o gtekcn"kpvtgpcvkqpcn"i" *4227+"Tgx"ctd" 305.

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

LES PERSPECTIVES FRANÇAISES SUR LE CONTRÔLE DE LA SENTENCE INTERNATIONALE OU ÉTRANGÈRE
DOMINIQUE HASCHER

pøguv"rcu"tguv²"fcpu"ngu"nk o kvgu" fgu""cwtkdwwkqpu"Łz²gu"rct"ngu"rctvkgu⁴⁸. L'arbitre qui statue sur des choses non demandées méconnaît à la fois les termes du litige et l'étendue de son pouvoir de juger.

III. §

A. ° œ¥¥© j i ° ® ° i a ± i · i ± ¥¥¥®

L'originalité de nos conceptions sur l'arbitrage par rapport à celles qui sont généralement tenues en application de la Convention de New York ou de la Loi-type de la CNUDCI nous conduit à un relatif isolement⁴⁹. La jurisprudence française sur l'annulation des sentences peut notamment encourir le reproche de rompre l'harmonie internationale à laquelle la Convention de New York s'efforce de parvenir, notamment avec la possibilité de surseoir à statuer à l'exécution de l'article VI tant que le juge de l'annulation ne s'est pas prononcé⁵⁰. Cela a pour conséquence, selon moi, fg"pqwu" o gwtg"cw" f²Ł" fg" x²tkŁgt"ucpu" tgn-ejg"nc" eqj²tgpeg."ng"dkgp/hqpf²"gv"nøqr rqtvwpkv²" fgu" solutions que nous apportons. Il y a nécessité de rechercher des solutions innovantes qui sont cfcv²gu"cwz"rtqdn³ o gu"«"t²uqwf tgl"Cuuwgtg"ng" f²xgnqr rg o gpv" føwp" ftqkv" fg"nøctdkvtc i g"ghŁeceg" demande aussi de se pencher sur les expériences du droit comparé⁵¹.

pøkpvgtxgpkt" s wøcxge" fkuegtpg o gpy" gv" rctek o qpkg. " gv" fg" rtquetktg" vqww" eqpvt/2ng" vcvknnqp0" Kn" pg" hcwv" rcu" rgtftg" fg" xwg" swg" nc" uvtwevwtg" fgu" ctvkengu" uwt" nøctdkvtc i g" fw" Eqfg" fg" rtqe² fwtg" ekxkng" tg¹ 3vg" les solutions jurisprudentielles. Dans un domaine comme l'arbitrage, qui est le fruit de la pratique, de la négociation internationale et de démarches pragmatiques⁵³. "hg" lwi g" fqkv" «" uqp" vqwt" hcktg" ò wxtg" de pragmatisme.

L'activisme judiciaire est le bienvenu⁵⁴. En voici trois illustrations. *Primo*, la révision de la sentence qui remet en cause son autorité de chose jugée en cas de fraude a été admise par la Cour de cassation devant l'arbitre, mais sans intervention des juridictions étatiques⁵⁵. Les textes sur l'arbitrage international n'avaient pas prévu à l'origine une telle voie de recours extraordinaire qui aurait donné aux juridictions publiques la possibilité de juger du fond de l'affaire, mais il n'était pas possible non plus de faire abstraction d'une telle voie de rétractation sans méconnaître gravement les exigences d'une justice effective⁵⁶. *Secundo*, le souci de conférer une meilleure ghŁeekv²" cwz" xqkgu" fg" tgeqwtu" guv." swcpv" «" nwk." «" nøqtkikpg" fg" nc" t³ ing" føestoppel que la Cour de cassation dégage dans sa jurisprudence *Golshani*⁵⁷, bien que son maniement ait été depuis compliqué par la théorie de la renonciation⁵⁸. *Tertio*, le pragmatisme de l'intervention judiciaire se tg¹ 3vg" fcpu" hø² ncdqtcvkqp" rct" nc" Eqwt" fg" ecuucvkqp" fgu" t³ ingu" o cv² tkgnggu." ckpuk" egnggu" uwt" høgzvpgukqp" fg" nc" eqpxgpvkqp" føctdkvtc i g" gp" rtgpcpv" rctvk" uwt" ng" hqp f" r qwt" lwuvkŁgt" nc" eq o r² vgpeg" ctdkvtcng⁵⁹, passant outre, dans la recherche de cet objectif, à la priorité en faveur de l'arbitre pour déterminer

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

54

sa compétence⁶⁰.

Ng"eqpvt/2ng"fgu"ugpvgegu"guv"vqww"ucwh"wp"rcuucig"fg"nc"fqwcpq0"Nc"ugpvgegu"p0guv"rcu"wpq" valise que l'on ouvre pour la fouiller avant de la laisser pénétrer dans son ordre juridique. Dans wp"ctt'v"t²egpv."nc"Eqwt"fg"ecuucvkqp"ctcr rgn²"swg"ng"lwi"fg"fw"eqpvt/2ng"fg"nc"ugpvgegu"guv"lwi"fg" la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu la clause d'arbitrage⁶¹. L'examen de la sentence n'est pas la poursuite de l'instruction de l'affaire. Sauf à reprendre le procès, la pertinence des éléments fg"rtgwxg"p0guv"rcu"eqpvt/2n²g0"Ngu"ctdkvtgu"cr rt²ekgpv"fqpe"uqwxgtckpg o gpv"ngu"²n² o gpvu"fg"rtgwxg" uqw o ku"«"ngwt"cr rt²ekcvkqp0"Kn"p0{"c"rcu"rnwu"fg"eqpvt/2ng"uwt"nc"swcnkŁecvkqp"fw"eqpvtcv."o'og"uk" n0cr rnkecvkqp" f0wpq"nqk"fg"rqnkeg" f²eqwng"fg"nc"swcnkŁecvkqp"swk"p0c"rcu"²v²"tgvgpwg"rct"n0ctdkvtg⁶².

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

B. *Le rôle de l'arbitrage dans le droit moderne*

Néanmoins, le droit moderne de l’arbitrage dans les années 1980 à l’initiative des juges les plus remarquables que comptaient le système judiciaire français de l’époque, a jeté les bases d’une politique de non-intervention dans les opérations du centre d’arbitrage. La jurisprudence de la République de Guinée reste emblématique de cette période⁷¹. L’existence et le contenu des liens contractuels de l’institution avec les parties sont dégagés à cette occasion. La jurisprudence distingue le tribunal arbitral. Pour cette raison, la jurisprudence déclare irrecevables les recours réservés aux sentences lorsqu’ils sont exercés contre les décisions des institutions d’arbitrage⁷²

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

Les juridictions sont activées par des parties, le plus souvent étrangères. Le rattachement

Intervenant dans un domaine, celui de l'arbitrage, où le législateur est absent, la situation du juge français est très différente de celle de toutes les autres affaires où la loi démocratiquement votée est en cause. Le droit français de l'arbitrage est un droit délibéré et non un droit légiféré, ce qui n'enlève rien à la nécessité de fonder la légitimité du pouvoir créateur de la jurisprudence par le dialogue avec les autres acteurs du monde de l'arbitrage. Les décisions sont soumises à la critique *amicus curiae*, exercé par exemple par une institution d'arbitrage qui présenterait des observations à l'occasion d'un pourvoi, représenterait une opportunité de légitimer la jurisprudence en mettant de l'arbitrage qui approuveront ou sanctionneront les politiques jurisprudentielles⁸² en choisissant

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