



L'intervention du juge dans la procédure arbitrale

Mohamed El Mehdi Najib

► To cite this version:

Mohamed El Mehdi Najib. L'intervention du juge dans la procédure arbitrale. Droit. Université de Bordeaux, 2016. Français. NNT: 2016BORD0068 . tel-01372508

HAL Id: tel-01372508

<https://theses.hal.science/tel-01372508>

Submitted on 27 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THESE PRESENTEE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE BORDEAUX

ECOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPECIALITE DROIT PRIVE

Par **Mohamed El Mehdi NAJIB**

L'INTERVENTION DU JUGE DANS LA PROCEDURE ARBITRALE

Sous la direction de : **M. Bernard SAINTOURENS**, Professeur
Soutenue publiquement le 9 juin 2016

Jury :

M. Bernard SAINTOURENS,
Professeur à l'Université Bordeaux, directeur de thèse.

M. Jean-Philippe DOM,
Professeur à l'Université de Rouen, rapporteur.

M. Gael PIETTE,
Professeur à l'Université de Bordeaux, président du jury.

M. Najib MOUHTADI,
Professeur à l'Université Hassan 2 Casablanca Maroc, rapporteur.

Remerciements

*Mes sincères respects et remerciements à mon directeur de Thèse **Mr Bernard Saintourens** qui m'a soigneusement dirigé afin de compléter un travail d'analyse et de réflexion.*

*Je remercie également les **membres de jury** de leurs efforts et réflexions pertinentes.*

Un remerciement est dédié également à l'effectif de l'administration de l'école doctorale et de l'université de Bordeaux.

Mes grands respects et remerciements bien sur à mes parents et à ma petite famille.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS :

1 ^{re} Ch. Civ	Première Chambre civile
Al	Alinéa
Ar	Article
AFA	Association française d'arbitrage
AJ	Actualité juridique
APAA	Association pour la Promotion de 'Arbitrage en Afrique
Bull. civ	Bulletin civil
CA	Cour d'Appel
CA Paris	Cour d'Appel de Paris
CACI	Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire
CAREM	Centre d'arbitrage et de médiation
CCI	Chambre de Commerce International
CFJ	Centre de formation judiciaire
C. civ	Chambre civil
Cass	Cour de cassation
Cass. 1 ^{re} civ	Cour de cassation première chambre civile
Cass. lib. Civ	Cour de cassation libanaise, chambre civile
Cass. ass. Plén	Cour de cassation assemblée plénière

C. pr. Civ :	Code de procédure civile
Cass civ	Cour de cassation, chambre civile
Cass com	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Crim	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass lib civ	Cassation libanaise chambre civil
Cass lib Crim	Cassation libanaise chambre criminelle
CCI	Chambre de commerce internationale
CDR c/ Tapie	Le Consortium de réalisation contre Bernard tapie
CIRDI	Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUCDI	La Conférence des Nations unies sur le Commerce et le Développement
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Com	Commercial
CMA	Champs de Mars automobile
CMAP	Centre d'arbitrage et de médiation de Paris
CNUDCI	La Commission des Nations unies pour le droit commercial international
Cons const	Conseil constitutionnel
CPC	Code de Procédure Civile
CPCF	Code de Procédure civile Français

CPCM	Code de Procédure civile Marocain
CRDI	Centre de recherche de droit international privé et du commerce international
CREDIMI	Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux
Cubic	La société Cubic Defense Systems Inc
DC	Dalloz critique
DRIMAN	Droit et des relations internationales des marchés et des négociations
DPCI	Droit et pratique du commerce international
Edit	Edition
Gaz Pal	Gazette du Palais
IDREL	Institute for Documentation and Research on Lebanon
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JCP G	Jurisclasseur périodique General
JO	Journal officiel
l.g.d.j, LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LDIP	Loi fédérale sur le Droit International Privée
Litec	Librairie technique
LL.M	Legum Magister
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile
Nouv bibl	Nouvelle bibliographie

OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Ouv	Ouvrage
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Rev arb	Revue de l'arbitrage
R.D.M	Revue de droit marocain
Trib. com. Paris	Tribunal de commerce de Paris

SOMMAIRE

SOMMAIRE.....	1
INTRODUCTION.....	3
PARTIE 1 : L'IMPACT DE L'INTERVENTION DU JUGE SUR LA PROCEDURE ARBITRALE	30
Chapitre 1 : Le juge d'appui.....	34
A- L'intervention du juge comme assistant à la procédure arbitrale.....	38
B- L'intervention du juge comme contrôleur de la procédure arbitrale.....	72
Chapitre 2 : Le juge de sanction.....	98
A- L'intervention du juge touchant le fond de la sentence arbitrale	101
B- L'intervention du juge suspendant ou statuant définitivement sur le déroulement de la procédure arbitrale.....	113
PARTIE 2 : LES LIMITES DE L'INTERVENTION DU JUGE SUR LA PROCEDURE ARBITRALE.....	128
Chapitre 1 : Les limites provenant de la volonté des parties.....	132
A- Les limites tenant à la forme d'arbitrage.....	134

B- Les limites tenant aux stipulations expresses dans la convention d'arbitrage.....	145
Chapitre 2 : Les limites provenant de la loi	166
A- Les dispositions des Codes de Procédure Civile.....	166
B- Les positions de la jurisprudence.....	198
C- Suprématie légale de la procédure arbitrale.....	210

Introduction :

1. L'État détient le pouvoir de juger. Peut-être n'est-il pas le seul. Les jusnaturalistes objecteraient vraisemblablement que le droit de choisir son juge est un principe de droit naturel. En droit positif cependant, la justice est organisée, structurée, hiérarchisée, répartie en divers ordres qui tous procèdent de l'Etat. En d'autres termes l'Etat délègue à ses juridictions le pouvoir de juger¹.
2. La justice d'État-nation est en crise, en effet, le juge naturel, l'absolutisme de l'égalité devant la loi, la pluralité des instances, la gratuité de la fonction juridictionnelle de l'État, la publicité des jugements, tout ce qui enfin garantissait autrefois l'administration de la justice droite et expéditive, semble être aujourd'hui une charge insupportable qui rend impossible, précisément d'arriver à cette justice. Et l'arbitrage, c'est du moins ce que nous croyons, s'est justement défait de ces charges. C'est pour cela qu'il fonctionne bien.
3. Le Royaume du Maroc ainsi que la République Française, comprenant parfaitement l'importance de cette institution, ont consenti plusieurs efforts au niveau gouvernemental et privé en vue de la diffusion de la culture des solutions alternatives de conflits et de l'élaboration de mécanismes juridiques et institutionnels, et ce, pour drainer davantage d'investissements étrangers et stabiliser les investissements nationaux. et par

¹ Charles JARROSSON, ARBITRAGE ET JURIDICTION, l'arbitre n'est pas une juridiction étatique page 112 113 Revue française de théorie juridique n°9 1989.

conséquent créer un climat législatif, juridique et institutionnel propice².

4. L'intervention du juge dans la procédure arbitrale aujourd'hui est un sujet très important sur le plan juridique ainsi que dans le niveau économique. C'est un sujet de l'actualité surtout en France car le législateur français a adopté une nouvelle législation concernant l'arbitrage en janvier 2011. Cette dernière a modifié quelques dispositions du code de procédure civile en matière d'arbitrage, et qui a vraiment dépassé ou résolu beaucoup de problématiques juridiques non traitées ou mal traitées par le code de procédure civil dans ce domaine.
5. L'arbitrage a pour objet de résoudre des questions qui ne pourraient pas être soumises aux tribunaux, ou que les tribunaux ne pourraient pas résoudre de façon satisfaisante. Confidentiel, moins coûteux, moins procédurier, plus rapide et efficace que le recours à un système judiciaire national, l'arbitrage partage avec le pouvoir judiciaire la mission de trancher les différends entre justiciables.
6. Pour ce qui nous concerne, l'arbitrage, en tant que voie extrajudiciaire indépendante de règlement des litiges, permet la résolution de différends hors du cadre de la justice étatique. Il met ainsi en jeu des relations contractuelles qui fondent l'exclusion de la justice d'Etat.

² ABDATI Chemsseddine, Editorial, Revue marocaine de médiation et d'arbitrage n°4 2009 directeur du centre international de médiation et d'arbitrage p 121.

7. Historiquement, en Europe, au Moyen Age, l'arbitrage était également un concurrent de la justice publique, les conflits lors d'une procédure arbitrale se terminent beaucoup plus rapidement et en se détachant complètement de la justice, puisque les interminables voies de recours officielles de cette dernière sont généralement écartées. En effet, la justice étatique est paralysée par la multiplicité des justices, le nombre incalculable des tribunaux ecclésiastiques et seigneuriaux, et les conflits de compétence³.
8. D'une manière générale, un arbitrage autonome prospère d'une manière indépendante dans les époques où l'État est faible ; la juridiction des seigneurs féodaux et celle de l'Église reposent dans une large mesure sur la convention de parties qui ont préféré recourir à ces puissances. L'arbitrage a été utilisé aussi par les minorités, ethniques ou religieuses, qui ne voulaient pas voir régler les procès par les tribunaux établis et conformément à un droit dont elles ne reconnaissaient pas le bien-fondé et la justice.
9. Pourtant, cette qualité d'indépendance de la procédure arbitrale n'étaient pas toujours envisageables dans le passé, puisque notamment en droit romain classique, l'arbitre est dépendant du juge. Il procède du juge. Celui-ci, après avoir statuer sur le droit, désigne un arbitre, qui l'appliquera aux faits litigieux. L'arbitrage prolonge la justice étatique. Il est en effet l'auxiliaire du juge, le premier exerçant la mission noble de dire le droit, le second se trouve dans l'infériorité en jugeant que les faits.

³ERIC LOQUIN, LE JUGE ET L'ARBITRE, Ouvr Le juge et l'arbitrage Sous la dir. de S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux. éditions A.Pedone 2014.

10. De ce fait, les arbitrages qui se tenaient dans le temps contemporain l'arbitre différemment du juge n'était nullement investi de compétences juridictionnelles. L'arbitre ne bénéficiait pas d'une délégation de compétence de la part de l'autorité publique. Au contraire, sa mission est investie par la volonté des parties à une question précise. Tandis que la compétence des tribunaux de justice est une émanation du monopole exercé par l'Etat sur la fonction de juger et de faire exécuter ce qui a été jugé.
11. C'est pour cette raison que le pouvoir politique s'appuyait traditionnellement sur la justice de l'Etat pour assurer la paix et faire respecter l'ordre dans le pays.
12. Avec cet absence d'imperium, le pouvoir confiait parfois aux juges étatiques la fonction arbitrale, dans la mesure où les modes de résolution amiable furent connus dans l'ancien droit français et ont été repris sous la révolution française avec la création des juges de paix qui pratiquaient la conciliation, l'arbitrage et la transaction.
13. Ainsi, après la Révolution française, les parties se soumettaient également à un préliminaire de conciliation devant le juge de paix, avant d'aller, munies de leur extrait du procès-verbal de non-conciliation, devant le tribunal arbitral, comme elles le feraient avant de se présenter devant toute autre juridiction étatique. Il arrive également que les arbitres n'entendent plus les parties lors

de leurs sessions, et se contentent de l'examen des pièces qui leur ont été remises pour se déterminer⁴.

14. En revanche, du XVII^e au XIX^e siècle, l'arbitrage français apparaît comme un enjeu de pouvoir entre d'un côté l'organe de gouvernement et d'un autre côté les juges. En d'autres termes, plus le pouvoir se méfie de la justice d'Etat et plus il veut la soumettre, plus il tend en retour à favoriser l'arbitrage, comme c'est le cas aux deux derniers siècles de l'ancien régime ainsi que dans les premières années de la révolution. Et au contraire plus le pouvoir s'appuie sur sa justice et lui accorde toute sa confiance, plus il cherche à réduire l'arbitrage, comme le montrent au XIX^e siècle la codification napoléonienne et la condamnation par les juges de la clause compromissoire.

15. Alors, l'arbitrage se trouve, en raison de sa nature particulière, au cœur des relations de pouvoir entre l'organe de gouvernement et la justice étatique. Favorisé par le premier, il peut être perçu comme une insupportable concurrence pour la deuxième, alors que lorsqu'il est considéré avec la plus grande méfiance, il peut au contraire renforcer l'alliance du pouvoir et des juges. Une telle problématique n'est pas celle des compromettants, qui ont nécessairement une idée plus pragmatique de l'arbitrage, mais il importe d'en mesurer les enjeux car elle peut avoir une influence directe sur la pratique de l'arbitrage. En effet, Il appartient au pouvoir politique qui légifère en la matière de favoriser ou au

⁴Carine JALLAMION, Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier¹. "Arbitrage forcé" and State Justice during the French Revolution: the Example of Montpellier octobre-décembre 2007 rev les Annales historiques de la Révolution française.

contraire de limiter cette voie extrajudiciaire de règlement des litiges⁵.

16. En conséquence, les rapports entre le juge public et le juge privé ont été pendant longtemps des rapports conflictuels. Tantôt le juge a dominé l'arbitre, tantôt l'arbitre a eu la prépondérance sur le juge.

17. L'arbitrage et le juge ont l'aspect d'un vieux couple à la vie commune tumultueuse. Selon le balancier de l'histoire, l'un des membres du couple domina l'autre.

18. D'une part, l'arbitrage, parce qu'il soustrait un litige aux voies judiciaires, peut être vu a priori comme un moyen de faire échec à la compétence d'une justice étatique sur laquelle repose la sécurité juridique, ainsi que l'autorité et la légitimité du pouvoir qui met un tel moyen à la disposition des justiciables⁶.

19. D'autre part, un arbitrage exercé sous la souveraineté de la puissance publique est un mort-né, alors qu'un arbitrage trop libéré des contraintes du for étatique est une menace pour les intérêts des Etats⁷.

⁵ Carine JALLAMION, ARBITRAGE ET POUVOIR POLITIQUE EN France DU XVIIe au XIXe SIECLE, revue de l'arbitrage 2005 n°1 page5.

⁶ Carine JALLAMION, ARBITRAGE ET POUVOIR POLITIQUE EN France DU XVIIe au XIXe SIECLE, revue de l'arbitrage 2005 n°1 page4.

⁷ « Le juge du contrôle de l'arbitrage » Ahmed OUERFELLI Magistrat enseignant de Droit REVUE DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA LEGISLATION N°1 53eme ANNEE JANVIER 2011 page9

20. En effet, les rapports du juge et de l'arbitrage ont fait l'objet d'une remarquable étude lors d'un colloque en 1977⁸. L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage était au cœur du rapport introductif réalisé par Jean Robert. Ce dernier se demandait notamment si l'on se dirigeait vers une pratique de l'arbitrage s'établissant dans un complet détachement du judiciaire⁹, et c'est cette idée qui a été le point de départ de notre réflexion.
21. Ainsi, l'arbitre se substitua toujours au juge, et coexista avec lui dans une parfaite indifférence. Et puis vint le temps où l'arbitrage prit son autonomie, gagna son indépendance, s'émancipa du juge étatique.
22. A ce point qu'à l'heure actuelle et dans de nombreux pays, l'organe public confère à l'arbitre des pouvoirs illimités en matière de règlement des litiges, c'est-à-dire en l'autorisant à se prononcer sur tous les éléments qui concourent à la solution du litige et sur toutes les questions qui lui seraient soumises par les parties, ainsi la jurisprudence et la loi ont reconnu au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, assorties le cas échéant d'astreintes et d'injonctions, au motif que cette possibilité constituait le

⁸ Colloque des Instituts d'études judiciaires, Dijon, octobre 1977.

⁹ Magali BOUCARON-NARDETTO Gazette du Palais, 28 décembre 2013 n° 362, P. 18, L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage.

prolongement nécessaire à la fonction de juger des arbitres et ne s'analysait pas, de ce fait, en un dépassement de leur mission¹⁰.

23. Notamment, dans les pays arabes, plusieurs pays se sont dotés de textes de lois relatives à la médiation ou à l'arbitrage¹¹. En adoptant les principes de la CNUDCI (UNCITRAL), l'Egypte représente à l'heure actuelle l'un des meilleurs modèles des lois sur l'arbitrage¹². Le Code de procédure égyptien (décret législatif n° 84 du 28 septembre 1953) a inspiré d'autres pays arabes (Emirats, Irak, Jordanie, Libye, Yémen, Syrie etc...) ¹³. Malgré que les Pays arabes qui se sont inspirés de la loi-type de la CNUDCI ont principalement eu recours à sa version de 1985. Certains de ces pays ont adopté la loi-type sans y faire aucune modification alors que d'autres l'ont aménagée avant de l'incorporer dans leur ordre juridique. Ceci dit, les pays arabes inspirés par la loi-type de la CNUDCI ont plus ou moins adapté l'intervention du juge national aux besoins de l'arbitrage. Ainsi la question qui se pose est celle de savoir quelle est la place laissée

¹⁰ Emmanuel GAILLARD et pierre de LAPASSE, le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, ETUDES ET COMMENTAIRES chroniques. Recueil Dalloz - 20 janvier 2011 - n° 3.

¹¹ Pr. MOHAMED BENGELLOUN, les modes alternatifs de règlement des conflits : fonctionnement, mérites et limites, faculté de droit, Meknès, les travaux du séminaire scientifique 4 et 5 avril rabat association de publication de l'information juridique et judiciaire édition 2004.

¹² La loi égyptienne n° 27 du 18 avril 1994.

¹³ Samir SALEH, Commercial Arbitration in the Arab Middle East, Graham & Trotman, London, 1984, Abdul Hamid el-Ahdab, L'arbitrage dans les pays arabes, Economica, Paris, 1988 ; Yearbook of Commercial Arbitration, Kluwer, La Haye - 29 volumes parus jusqu'en 2004 ; Hamzé HADDAD, L'arbitrage dans les lois arabes, (en langue arabe), tome I Beyrouth 2007.

au juge national par les lois d'arbitrage des pays arabes inspirés par la loi-type de la CNUDCI¹⁴.

24. En France, également, et trente ans après la réforme précédente issue des décrets du 14 mai 1980 et 12 mai 1981, un décret en Conseil d'État procède à la modernisation du droit français de l'arbitrage interne et international tel que celui-ci est fixé par le Code de procédure civile (art. 1442 à 1527). Le texte renforce remarquablement l'autorité de la juridiction arbitrale.

25. En effet, le renforcement des pouvoirs de l'arbitre est incontestablement l'une des avancées les plus marquantes du nouveau décret du 13 janvier 2011 au point d'en avoir fait désormais l'égal du juge étatique, Parmi les dispositions visant à améliorer l'efficacité de l'arbitrage, on relèvera notamment, l'unification du régime de la clause compromissoire et du compromis d'arbitrage et l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat auquel elle se rapporte ; et l'application de la clause compromissoire dans le cadre de groupes de contrats ; ainsi que la confirmation de la spécificité de

¹⁴Samy MARKBAOUI La place laissée au juge national par les lois d'arbitrage des pays arabes inspirées par la loi-type de la CNUDCI, 23 avril 2011, articles sur l'arbitrage. Le blog du master arbitrage & commerce international.

l'arbitrage international, impliquant un allègement des conditions de forme et une plus grande souplesse procédurale¹⁵.

26. Malheureusement, malgré cette évolution législative concernant les pouvoirs de l'arbitre, la définition de l'institution arbitrale, et précisément celle de la mission de l'arbitre reste toutefois l'objet de controverses.

27. Il reste indéniable que le statut juridique de l'arbitre et de l'arbitrage a toujours été ambigu, dans la mesure où il est malaisé de situer cette technique contractuelle par rapport à l'autorité étatique.

28. On peut opposer en effet deux conceptions de l'arbitrage. La première conception, essentiellement défendue par plusieurs auteurs notamment René David, envisage l'arbitrage comme « une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes- l'arbitre ou les arbitres- lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission de l'Etat »¹⁶. Selon cette conception, L'arbitrage repose sur des bases presque exclusivement contractuelles, privées et volontaristes.

29. La seconde conception est illustrée en particulier par la définition que donne M. Jarrosson de l'arbitrage. Selon cet

¹⁵ L'arbitrage réformé par JBS-2011-0089, Bulletin Joly Sociétés, 01 février 2011 n° 2, P. 162.

¹⁶ René DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, p. 9.

auteur, « l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci »¹⁷, cette définition met en avant l'idée d'une « institution », la ou René David ne parlait que d'une technique¹⁸.

30. En effet, les deux conceptions démontrent que l'arbitre a une mission de juger et la sentence qu'il rend est une sentence qui se caractérise par un effet juridictionnel doté par le droit national. Cette sentence est assimilée à un jugement et peut en conséquence faire l'objet de recours devant la juridiction ordinaire¹⁹. Il est vrai qu'elle n'est pas immédiatement exécutoire, elle doit passer par une procédure de vérification de forme et d'ordre public pour l'être. Mais la sentence est presque un jugement c'est pour cela que l'on parle d'arbitrage juridictionnel. Et c'est cette dimension juridictionnelle de l'arbitrage qui permet de le distinguer en quelque sorte d'autres institutions voisines telles que le mandat, la médiation, l'expertise, ou la conciliation.

31. En outre, les parties peuvent même écarter cet arbitrage juridictionnel et par la suite les dispositions des codes de procédures civiles en procédant au recours à un tiers pour résoudre leurs litiges et donner ses conclusions. Dans ce cas les

¹⁷ La notion d'arbitrage, thèse d'Etat 1986, LGDJ.

¹⁸ Christophe SERAGLINI La source étatique de l'institution arbitrale LOIS DE POLICE ET JUSTICE ARBITRALE INTERNATIONALE, 2001 thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Paris 1 page19, nouvelle bibliothèque de thèses.

¹⁹ E. LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », Journ. dr. int, t. 110,1983, p. 294-295.

parties ne peuvent être amenées qu'à une exécution volontaire de ses conclusions sans l'obligation d'application des dispositions du code de procédure civile telles que l'exéquatur. Alors les mêmes litiges que les parties peuvent faire résoudre par voie de l'arbitrage juridictionnel peuvent être résolus par le recours à un tiers pour définir la solution. C'est ce qu'on appelle un arbitrage contractuel. La mission du tiers est circonscrite par la volonté des parties à une question précise, il est privé de l'imperium.

32. En conséquence, l'arbitrage évolue essentiellement dans un cadre purement conventionnel où existe une certaine liberté de disposition et se fonde essentiellement sur la liberté de conclure des pactes portant sur des droits appartenant aux parties. Il permet également d'éviter certaines limitations à l'autonomie de la volonté des parties imposées souvent par les tribunaux nationaux entre la transaction et la loi choisie par les parties. Il arrivait que les parties se livrent obligatoirement à l'arbitrage quand leur litige touche à tel domaine du droit déterminé par le législateur. C'était une époque de l'émergence d'un arbitrage forcé qui exprimait une force et une primauté manifeste de ce mode de procédure. C'est un instrument privilégié de la justice privée qui a toujours été fondé sur l'accord de volonté des Parties.
33. Le concept d'autonomie de l'arbitrage couvre deux réalités, d'une part, l'indépendance de l'institution arbitrale vis-à-vis des juges étatiques, mais aussi l'autonomie de l'arbitrage vis-à-vis des lois. Ainsi, les règles de droit applicables à l'arbitrage peuvent être détachées de celles du droit étatique. Alors la caractéristique fondamentale de ce mode alternatif réside dans la soustraction

aux tribunaux ordinaires de l'Etat des litiges dont ils devraient normalement connaître en vertu des règles de compétence de droit commun. Les législations ont posé le principe de l'incompétence des juridictions étatiques pour connaître des litiges que les parties ont entendu soumettre à l'arbitrage. L'arbitrage est un mode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige. On retrouve en force le critère matériel de la mission juridictionnelle de l'arbitre²⁰. Alors selon un point de vue juridictionnaliste, le compromis ou la clause compromissoire opère un transfert ou un déplacement du pouvoir juridictionnel et de la compétence du juge vers l'arbitre. Mais l'autonomie de la volonté, cause de cette soustraction, n'est pas une liberté illimitée conférée aux parties.

34. Normalement en suivant le principe de l'indépendance de la procédure arbitrale, il sera primordial d'éloigner définitivement l'impact du tribunal ordinaire du litige objet d'un arbitrage. Mais cet impact peut parfois être attendu comme une assistance au déroulement de la procédure arbitral. Le juge ne peut intervenir spontanément mais c'est le consentement des parties qui le met en mouvement. Même s'il est indéniable que l'immense majorité des arbitrages n'entrent jamais en contact avec la juridiction, parce qu'ils se déroulent normalement dans le cadre qui leur est imparti, pour pallier les insuffisances qui peuvent éventuellement surgir dans ce cadre d'intervention, la plupart des lois sur

²⁰Charles JARROSSON ARBITRAGE ET JURIDICTION, DROITS, Revue française de théorie juridique p107.

l'arbitrage mettent en place une complémentarité entre l'arbitre et le juge²¹.

35. D'un point de vue, l'arbitrage est un mode juridictionnel d'origine volontaire qui s'inscrit dans un environnement où prédomine une justice publique obligatoire. Il constitue une dérogation partielle au monopole de l'Etat. Cette dérogation est doublement partielle (arbitrage limité aux matières sur lesquelles il est permis de transiger - besoin d'exequatur par le pouvoir judiciaire). Mais cette dualité évoque davantage une coexistence qu'une concurrence entre deux institutions ayant vocation à régler les différends sur la base du droit. La justice étatique demeurera souvent un appoint indispensable à la mise en œuvre et à l'aboutissement de l'instance arbitrale, instance pleinement tolérée par les droits étatiques. L'activité judiciaire et l'activité arbitrale sont deux éléments d'un même édifice. Il n'est pas possible de détacher l'institution arbitrale de l'activité juridictionnelle de l'Etat et, en revanche, il convient d'exiger que les juges qui interviennent dans des procédures d'arbitrage veillent à une application précise des techniques et principes arbitrales et respectent scrupuleusement les règles étatiques de façon à ce que l'arbitrage se déroule normalement. La pratique arbitrale révèle toutefois, surtout dans certaines législations, un antagonisme marqué entre les juges et l'arbitrage²².

²¹ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international par page 22.

²² JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, page 24.

36. Notamment, certains auteurs également comme Philippe FOUCHARD approuvent ainsi que le caractère purement privé de l'arbitrage, implique un minimum d'esprit de coopération ; si celui-ci fait défaut, ni les parties, qui n'ont pas pu ou voulu s'accorder, ni les arbitres désignés, dépourvus d'impérium ne peuvent surmonter les incidents qui pourraient réduire la mise en œuvre de l'arbitrage souhaité²³.
37. Dans la même perspective, certaines législations confirment que l'activité judiciaire et l'activité arbitrale soient deux institutions d'un même édifice. Il n'est pas possible de les détacher, de ce fait, il convient d'exiger que les juges veillent à l'application précise des techniques arbitrales.
38. Ces interconnexions entre les activités judiciaires et arbitrales sont aujourd'hui une réalité et sont absolument indispensables au bon fonctionnement de l'arbitrage. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, à première vue, cette intervention étatique dans la procédure arbitrale bénéficie aussi bien à l'Etat qu'aux parties à l'arbitrage. Ainsi une telle intervention permet à l'Etat de vérifier, jusqu'à un certain degré, la bonne application de certaines règles de droit par le tribunal arbitral, et assure aux parties un mode efficace de résolution des litiges ; du moins lorsque l'intervention étatique est adaptée effectivement à l'efficacité de l'arbitrage, dans ce cas, le juge étatique appuie l'arbitrage. Ainsi, le juge national, dans les pays arabes dits de « droit traditionnel », a un rôle très interventionniste à tous les

²³ Amadou DIENG, L'ARBITRAGE EN AFRIQUE : QUESTIONS D'ACTUALITES »Yaoundé (Cameroun) 14 – 15 janvier 2008, LES DIFFICULTES DE CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL DANS LE CADRE DE L'ARBITRAGE AD HOC.

niveaux de la procédure arbitrale, il peut être amené à intervenir aux stades de la conclusion de la convention d'arbitrage, de l'instance arbitrale, de l'exécution et des recours contre la sentence.

39. En résumé, Il arrive que l'arbitrage ne puisse surmonter à lui seul des difficultés procédurales qui obèrent sa mise en place ou son déroulement.
40. Par ailleurs, le caractère purement contractuel de la procédure arbitrale et l'indépendance approuvée à celle-ci surmontent plusieurs obstacles qu'on va vouloir examiner à travers cette thèse. Tout d'abord, la compétence de l'arbitre est subordonnée au respect des règles d'ordre public. Même si l'arbitrage est autonome, il ne doit pas porter atteinte à l'ordre public étatique. La notion d'ordre public recouvre l'ensemble des valeurs fondamentales d'une société auxquelles les parties à un acte juridique ne peuvent déroger par des stipulations contraires, il est une manifestation de la suprématie de l'Etat et de sa justice étatique. Il vient contrecarrer l'indépendance de cette justice privée qu'est l'arbitrage afin d'en limiter les excès.
41. Outre la limite de l'ordre public à la contractualisation de l'arbitrage, le juge dispose également d'un pouvoir d'intervention et de contrôle sur la procédure à chaque fois sollicité par les parties ou les arbitres. Nos efforts porteront sur la détermination du champ d'intervention du juge et de son impact sur la procédure arbitrale. D'abord, la collaboration du juge étatique à la procédure arbitrale repose sur une volonté de rendre efficient

l'arbitrage et de vaincre éventuellement les manœuvres dilatoires des parties. Ensuite, et surtout, l'arbitre est dépourvu d'imperium. Il ne peut en aucun cas ordonner une mesure d'exécution forcée et sa sentence ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sans le concours du juge étatique. Enfin, la sentence dessaisit les arbitres de l'affaire tranchée, alors qu'en même temps, la loi offre aux parties la possibilité de contester cette sentence si elles s'estiment insatisfaites pour quelle que cause que ce soit. Elle prévoit aussi que la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'après avoir été exequaturée. Or, l'autorité compétente pour connaître des contestations éventuelles, ou pour accorder l'exequatur est le juge étatique, et rien que lui seul. D'où le caractère exclusif de ces compétences²⁴.

42. En d'autres termes, c'est auprès du juge étatique qu'il va trouver un soutien décisif. Et avec le décret du 13 janvier 2011, le droit français va encore plus loin et consacre définitivement le juge d'appui, d'abord en le baptisant ainsi, ce qui n'était qu'un nom d'usage jusqu'à présent, et en parachevant un régime juridique tout entier conçu pour conférer à sa mission le maximum d'efficacité. Mais le nouveau décret ne s'est pas contenté de renforcer le juge d'appui, il permet aussi de mobiliser une partie de l'institution judiciaire pour aider l'arbitrage à s'accomplir. Au-delà donc du seul juge d'appui, solennellement couronné, c'est

²⁴ Francis NGUEGUIM LEKEDJI, Les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA, université Catholique d'Afrique Centrale - Master en Contentieux et Arbitrage des Affaires 2007, mémoire online.

bien un appui systématique du juge étatique que le décret instaure et organise en faveur de l'arbitrage²⁵.

43. Par conséquent, la réforme vient préciser et clarifier ces problématiques, notamment en y incorporant nombre de solutions dégagées par la jurisprudence. Elle innove également, tout en cherchant à assurer un équilibre entre la place éminente laissée à la liberté des parties, à l'autorité du tribunal arbitral et l'indispensable appui du juge étatique²⁶. Un juge dénommé juge d'appui intervient à maintes reprises avant ou après la sentence arbitrale. Ces interventions s'effectuent durant la procédure arbitrale ou après le prononcé de la sentence arbitrale.

44. Le concept de juge d'appui est d'origine doctrinale. C'est précisément dans le traité de Lalive, Poudret et Raymond qu'il apparaît la première fois²⁷ avant que Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman ne lui rendent hommage dans leur propre traité puisque la quasi-totalité des auteurs le reprennent à leur compte, encouragés en cela par la lecture de décisions de justice. Cette ratification d'un concept de la doctrine suisse par la littérature juridique française n'est guère le signe d'une curiosité intellectuelle transfrontière. Mais elle est

²⁵Tomas Clay, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2011 n° 2, P. 331 -L'appui du juge à l'arbitrage.

²⁶Charles JARROSSON et Jacques PELLERIN, le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011, revue de l'arbitrage 2011 résumé p 5.

²⁷ Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse (Payot, 1989).p.327.

conçue comme la marque de l'importance de la littérature comparée autant que du droit comparé en matière d'arbitrage²⁸.

45. En conséquence, la loi française investie ce juge de pouvoirs importants qui n'ont eu de cesse de s'affermir à la jurisprudence systématiquement favorable à l'arbitrage développée depuis des décennies, au point de faire du juge d'appui un véritable auxiliaire de l'arbitrage.
46. Cette loi confère au juge d'appui une série de pouvoirs pour mettre en marche les procédures arbitrales dites irrégulières. Il a la possibilité d'intervenir à toutes les étapes de la constitution et du fonctionnement du tribunal arbitral.
47. Le renforcement des pouvoirs du juge étatique est dans le but d'apporter un soutien aux pouvoirs d'arbitres et au bon déroulement de procédure arbitrale tant en droit interne qu'en droit international, alors l'arbitrage suscite vraiment des débats quant à l'intervention du juge étatique sur la procédure d'arbitrage.
48. Il s'agit en effet d'un juge qui est appelé à intervenir par exemple, en cas d'incident dans la constitution du tribunal arbitral sachant que la réforme du droit français en la matière ne sanctionne pas de nullité le fait de ne pas prévoir dans la convention d'arbitrage la désignation des arbitres ou la modalité de leurs désignation, soit pour ordonner des mesures conservatoires. Dans le cadre de l'arbitrage ad hoc, en cas de

²⁸ L'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droits algérien et français, revue de droit des affaires internationales n°1-2012 .p.19.

difficultés de constitution du tribunal, l'intervention du juge d'appui est indispensable pour la mise en œuvre de l'arbitrage voulu par les parties.

49. Le juge d'appui, dans le cadre de l'exercice de sa mission, devra agir avec diligence, prudence et efficacité. Sa mission est délicate, puisqu'il s'agit de choisir des personnes, et de leur confier le rôle de juge. Elle suppose chez le magistrat saisi une connaissance précise de la nature du litige et de son contexte ainsi qu'une grande connaissance des spécialistes, juristes ou techniciens qu'il est appelé à désigner²⁹. Même une intervention sur le fond de la sentence est probable selon différentes législations sauf stipulation contraire des parties. Alors Toutes les fois où le juge dit d'appui intervient, c'est qu'il a été sollicité par l'une des parties ou par l'arbitre lui-même, et son intervention prend la forme d'un contrôle judiciaire favorisant l'efficacité de l'arbitrage. A partir du moment où des parties ont entendu régler leur différend par voie d'arbitrage, leur accord doit être respecté. Le cas échéant le juge d'appui doit être le garant du principe de la force obligatoire des conventions et de la bonne foi contractuelle.
50. Si le recours du juge d'appui se justifie par le souci de l'efficacité de l'arbitrage, C'est au seul motif qu'il se met au service des principes universels que sont la force obligatoire des contrats et la bonne foi³⁰. L'idée directrice est la défense des

²⁹Amadou DIENG, colloque de l'association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (APAA) sur « L'Arbitrage en Afrique : questions d'actualités » Yaoundé (Cameroun) 14 – 15 janvier 2008, les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage ad hoc.

³⁰ L'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droits algérien et français, revue de droit des affaires internationales n°1-2012 .p.19-33.

droits des parties et le respect fondamental de l'ordre public. Puisque le juge n'intervient que dans le cadre d'un contentieux arbitral, c'est l'intervention de contrôle. Mais il existe une autre intervention du juge et néanmoins importante, qui découle de l'absence d'*imperium* qui affecte l'arbitre, il s'agit d'une assistance judiciaire qui aboutit précisément au bon fonctionnement de cette forme spécifique de règlement des litiges.

51. On peut admettre que cette intervention d'assistance donne au juge une qualification de promoteur de la procédure d'arbitrage. En vérité, son intervention n'est souhaitable que pour apporter son appui à la procédure arbitrale, et on ne peut affirmer que l'intervention du juge étatique sur la procédure arbitrale est nécessairement positive.
52. Pourtant, de notre avis, cette intervention est tellement poussée qu'elle constitue, dans certains cas, une entrave au développement de l'arbitrage en tant que mode normal de règlement des différends du commerce nationale et international.
53. La justice étatique, initialement conçue comme une assistance à l'arbitrage, peut être détournée de son objectif, elle peut être utilisée par une partie de mauvaise foi et dont les chances de succès sont faibles dans l'unique but d'engourdir l'instance arbitrale. Ainsi, au tout début de l'instance arbitrale, une partie peut au choix contester la validité de la convention d'arbitrage et partant, la compétence du tribunal arbitral, refuser de nommer son arbitre, discuter l'indépendance d'un arbitre ou encore,

demander au juge d'enjoindre à une partie de ne pas soumettre le litige à l'arbitrage. Pendant l'instance arbitrale, une partie peut vouloir troubler la sérénité de son cours en tentant de la suspendre, ou en remettant en cause la régularité des sentences prononcées.

54. Alors même que l'intervention du juge d'appui est née de l'idée que la justice étatique devait assister et assurer le contrôle et l'efficacité de l'arbitrage, les plaideurs n'hésitent plus, par choix stratégique, à détourner les règles de procédure de leur finalité en instrumentalisant le recours à la justice étatique afin in fine, de paralyser l'arbitrage. Une partie dont les chances de succès au fond sont réduites, peut ainsi vouloir diluer l'instance arbitrale dans une multitude de procédures en caressant l'espoir que la sentence ne soit jamais rendue et/ou exécutée. En refusant de désigner son arbitre, en le récusant, en saisissant le juge étatique malgré l'existence de la convention d'arbitrage, en saisissant le juge de l'annulation pour réduire à néant une sentence partielle, cette partie récalcitrante à la procédure arbitrale puisera dans le concept de judiciarisation, ce qu'il y a de plus néfaste pour l'arbitrage, et ce, dans l'unique but de paralyser l'instance, voire de la faire disparaître. L'on assiste à une dégradation de l'esprit de l'arbitrage, à une modification de la perception que ce mode de règlement des litiges pouvait offrir, phénomènes très justement dénoncés par Bruno Oppetit dans sa « Théorie de l'arbitrage », lorsqu'il écrivait que « l'arbitrage, par les affrontements sans concessions auxquels il donne lieu à travers des procédures de plus en plus complexes (...) apparaît souvent aujourd'hui moins comme un facteur d'apaisement que comme la continuation de la

guerre par d'autres moyens, davantage comme un inévitable pis-aller que comme l'instrument de réalisation d'un idéal d'harmonie entre les hommes... »³¹.

55. C'est un panorama de ces tentatives de paralysie néfastes à la poursuite de l'instance arbitrale que cette modeste contribution tente de dresser. Chronologiquement et comme il a déjà été dit plus haut, ce contentieux périphérique peut être mis en œuvre par une partie récalcitrante à la naissance de la procédure arbitrale, ou encore au cours de son déroulement. Seront ainsi successivement examinées les tentatives de paralysie de la procédure arbitrale visant à empêcher l'autorité de la chose jugée de la sentence à travers son annulation ou à en contester la régularité puis, les tentatives de paralysie visant à statuer sur le fond de la sentence arbitrale.

56. En effet, l'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage revient à s'intéresser précisément à l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage. Pourtant l'utilisation du terme « immixtion » peut étonner. Définie comme « toute intervention sans titre dans les affaires d'autrui », l'immixtion suggère l'idée d'intervention illégitime. En effet une partie de notre intervention va traiter d'une manière relative que toute intervention du juge dans l'arbitrage serait illégitime ; la justice étatique intervient dans les affaires arbitrales, alors qu'elle n'a pas une certaine importance au point de vue des parties à l'arbitrage. En d'autres termes, c'est effectivement le cas puisque les parties ayant consenti à recourir

³¹ Bruno OPPETIT « Théorie de l'arbitrage », 1998 Paris, Puf 1998, p. 15.

à l'arbitrage ont entendu écarter les services de la justice étatique³².

57. Bien que, tous les incidents mènent à l'intervention du juge étatique ne compromettent pas pour autant l'arbitrage, car rien ne peut empêcher une partie de soulever des incidents, il s'agit de tentatives qui sont le plus souvent temporaires et infructueuses³³. Toutefois les nécessaires relations entre juges et arbitres conduisent parfois à la dénaturation de l'institution arbitrale en raison de la défiance que celle-ci inspire aux juridictions étatiques³⁴.

58. Alors aux termes de cette étude, il apparaît que les possibilités de nuire à l'instance arbitrale par l'instrumentalisation des voies de droit ouvertes par le Code de procédure civile et par la jurisprudence sont nombreuses. En d'autres termes, la tentation peut être grande pour les parties de détourner certaines règles de leur finalité ; règles d'assistance, elles peuvent en effet se transformer, en règles de blocages. Des remèdes existent pourtant.

59. C'est pour cette raison que cette intervention du juge d'appui dans la constitution du tribunal arbitral doit donc, tenir compte de la volonté des parties et de leur convention. Il est demandé au

³²Magali BOUCARON-NARDETTO, Gazette du Palais, 28 décembre 2013 n° 362, P. 18, L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage.,

³³«Alexandre DE FONTMICHEL ,Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique, Paris CAPJA2010-2-005 Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2010 n° 2, P. 407.

³⁴ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international par page 20.

juge d'appui de donner pleine efficacité à la convention d'arbitrage.

60. De ce fait, au sein de la procédure arbitrale, les principes comme celui de l'autonomie de l'arbitrage, ou encore celui de « compétence-compétence », permettent d'annihiler ou du moins, de réduire l'effet néfaste de ce contentieux périphérique sur la poursuite des opérations d'arbitrage. Ainsi que la souplesse des règles, et la faveur accordée à l'arbitrage sont autant d'éléments qui viennent à son secours.

61. Ainsi la jurisprudence semble faire de l'urgence, le fondement de la compétence exceptionnelle du juge étatique. Il a été ainsi admis que la convention d'arbitrage limite la compétence du juge des référés aux seules hypothèses où son intervention s'impose pour effacer les infirmités de l'arbitrage. Le juge étatique doit se déclarer incompétent dès lors que la procédure offre au plaideur la même mesure en s'adressant au juge³⁵.

62. Alors, l'objet de cette thèse sera paradoxalement de mettre en évidence les nombreux cas d'intervention du juge de l'ordre judiciaire, en aval ou en amont sur la sentence arbitrale qui est un acte juridictionnel à part entière, le choix a donc été fait de traiter la problématique de l'impact du juge sur la procédure en matière d'arbitrage. L'aspect pratique dans ce projet de thèse s'oriente vers la clarification et l'étude du droit en ce qui concerne l'intervention du juge étatique sur les procédures arbitrales, en

³⁵ M. AMADY, La Coopération du juge étatique dans le déroulement de la procédure arbitrale, Séminaire International Sur le nouveau droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA Abidjan du 10 au 12 Août 2000 Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI).

utilisant une distinction de la nature de ces interventions (juge d'appui ou juge de sanction) et en s'appuyant sur des lois, arrêts et jugements des tribunaux marocains, français et Étrangers, sans oublier quelques lectures des auteurs proposant des analyses critiques des interprétations jurisprudentielles et doctrinales dans le domaine.

63. En effet, La question majeure qui se pose alors consiste à savoir si le système juridique français ou marocain est arrivé à réaliser une conciliation entre ces impératifs d'efficacité de l'arbitrage, et de respect des compétences impératives des juridictions ou autorités étatiques en cas de questions préjudicielles ? Le problème qui se pose est de déterminer la qualification exacte de l'arbitrage, est-ce un arbitrage juridictionnel, quasi juridictionnel ou purement contractuel? L'intervention du juge est-elle d'ordre public ? Quelles sont les différentes formes et impacts de cette intervention? Et qu'elles sont les manœuvres qui peuvent limiter l'impact négatif du juge sur la procédure arbitrale ? Alors y a-t-il vraiment une crise de l'arbitrage ? La procédure d'arbitrage ne constitue en aucun cas une matière indépendante et efficace en tant que t'elle ? Et qu'elle est la réforme législative souhaitée en la matière afin de combler les lacunes? Le processus de travail prendra en considération le droit comparé et essentiellement le droit marocain et sans négliger d'autres législations arbitrales performantes.

64. Il est indispensable de rappeler que le droit français de l'arbitrage, contenu à la fois dans le code civil et le code de procédure civile, est un modèle du genre, copié dans bon nombre

de pays. Et Paris, avec notamment la chambre de commerce internationale, est la capitale mondiale de l'arbitrage international. Il ne faut pas non plus nier la forte inspiration de la législation marocaine du droit français. Ce rapprochement remarquable à travers l'histoire des deux législations justifie l'importance et la forte nécessité d'une étude comparative notamment à propos de quelques matières de droit l'arbitrage.

65. Alors, la doctrine et le travail judiciaire à la fois français et marocains ainsi que d'autres législations feront sans doute part de cette analyse et cela en raison de la complicité de ce point traité surtout que plusieurs justices hésitent et ne prennent guère une position ferme en la matière.
66. Sachant tout d'abord que des règles nombreuses prévues pour l'arbitrage interne sont aussi applicables à l'arbitrage international par renvoi fait par exemple par les articles 1506 et l'article 327-43 des CPC français et marocains. Il en résulte un spectaculaire rapprochement du droit interne de l'arbitrage et du droit de l'arbitrage international, mais, qui ne justifie jamais que, dans la présente thèse, nous allons ignorer complètement la division du droit de l'arbitrage international.
67. Et c'est la réponse à ces questions qui guidera notre réflexion à travers un plan de thèse qui démontre dans un premier lieu l'impact de l'intervention du juge sur la procédure arbitrale (**Partie 1**) et dans un second lieu les limites de l'intervention du juge sur la procédure arbitrale (**Partie 2**).

PARTIE 1 : L'IMPACT DE L'INTERVENTION DU JUGE SUR LA PROCEDURE ARBITRALE

68. Le droit d'accès à la justice implique qu'une personne ne puisse être privée de la faculté concrète de faire trancher ses prétentions par un juge et estime que si des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ce droit, elles doivent être proportionnées aux nécessités d'une bonne administration de la justice. C'est simplement à la fin de l'attendu que un arrêt énonce que « les juridictions arbitrales ne sont pas soustraites à l'application de ces principes »³⁶.

69. La question de la légitimité du recours à un juge privé s'articule elle-même sur un double plan notamment s'il existe au profit du justiciable un véritable droit au juge, ou bien au contraire la satisfaction de ce besoin demeure-t-elle exclusivement tributaire de l'appréciation discrétionnaire faite par le législateur du devoir de justice qu'il a envers les sujets ou les citoyens ?

³⁶ CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 17 novembre 2011, RG n° 09/24158, Société Licensing Projects SL et autre c/ Pirelli Spa et autre.

70. La réponse à cette interrogation ne souffre aujourd'hui aucune discussion notamment les juridictions les plus élevées de la hiérarchie ont consacré solennellement le droit au juge. C'est d'abord la cour européenne des droits de l'homme qui, à propos de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la convention, a énoncé que le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus³⁷. C'est encore le conseil constitutionnel qui, par deux décisions³⁸ a érigé le droit au juge en un droit fondamental constitutionnellement protégé.
71. En principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction³⁹.
72. Il est vrai que l'arbitrage émane essentiellement de la volonté des parties, il se caractérise par un aspect prive limité en la résolution d'un litige bien précis.
73. En conséquence, les décisions prises par l'arbitre ne soient pas susceptibles d'un recours qui s'accompagnerait de retards incompatibles avec l'esprit qui l'anime⁴⁰.

³⁷ ARRÊT STRASBOURG 21 février 1975, Cour européenne des droits de l'homme, Golder, n° 18, par 36.

³⁸ Statut de la polynésie française du 9 avril 1996 AJDA, 1996, p. 371, obs. O. Schrameck, W. Baranès / M.A. Frison-Roche, D. 1996, ch. P. 301 et sur la base de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution.

³⁹ BRUNO OPPETIT Théorie de l'arbitrage page 20, droit éthique société collection dirigée par FRONCOIS TERRE ET MARIE-ANNE FRISON-ROCHE ? Edition presses universitaires de France.

⁴⁰ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS LE RÔLE DES JURIDICTIONS ÉTATIQUES DEVANT L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL page 38.

74. Il n'y a rien ici de très innovant. L'arbitrage est incontestablement une forme de justice et connaît avec la justice étatique de nombreux points de convergence, ils s'inscrivent tous deux dans des perspectives communes notamment de finalité dans la recherche d'un même idéal de justice⁴¹.
75. Pourtant, cette procédure en conséquence se borne dans la plupart des cas au fond du sujet sans viser ce qui est antérieur ou postérieur au litige arbitral. Et cela laisse au pouvoir judiciaire une faille pour s'intégrer au sein de la procédure arbitrale.
76. C'est pour cette raison que, l'intervention du juge peut être parfois nécessaire au bon déroulement de la procédure arbitral.
77. En effet, l'arbitrage a besoin du juge public pour fonctionner convenablement. Dans un temps et un espace favorable à l'arbitrage, le juge étatique est un auxiliaire de la justice arbitrale. Plus philosophiquement, en particulier en France, le juge étatique a été le complice de l'arbitre, au meilleur sens du terme, celui d'ami fidèle. C'est la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et celle de la Cour de cassation, qui a d'abord, bien avant l'intervention du législateur, forgé le droit moderne de l'arbitrage, et a permis la promotion de l'arbitre.
78. De ce fait, le juge devient un véritable assistant à la procédure arbitrale dans laquelle s'absente plusieurs aspects juridiques nécessaire pour son indépendance.

⁴¹ Daniel COHEN Cahiers de l'arbitrage, 01 janvier 2012 n° 1, Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage ? P. 159.

79. En outre, le juge n'est appelé à intervenir également dans l'arbitrage que lorsque, au cours de la procédure d'arbitrage, se produit une situation pathologique ; en d'autres termes, le juge n'intervient que dans le cadre de ce que l'on nomme le « contentieux arbitral » ; c'est l'intervention de contrôle.
80. Nous pouvons conclure que le contrôle et l'assistance sont les deux fonctions essentielles, sinon exclusives, du juge étatique en matière d'arbitrage. En effet, il est vraiment difficile d'imaginer que le juge étatique puisse avoir une autre fonction.
81. Mais, le juge peut parfois dépasser cette fonction de contrôle et d'assistance vers une fonction de sanction dans certains cas, notamment le cas de pratiquer son privilège légal de statuer sur le fond du litige arbitral.
82. De ce fait, l'intervention du pouvoir judiciaire sur la procédure arbitrale peut dégager deux types d'impacts. Un impact d'assistance et de contrôle réalisé par un juge d'appui et un autre un peu contraignant qui peut être émaner d'un juge de sanction.

Chapitre 1 : Le juge d'appui

83. Même si le renforcement des pouvoirs de l'arbitre est incontestablement l'une des avancées les plus marquantes du nouveau décret du 13 janvier 2011 au point d'en avoir fait désormais l'égal du juge étatique. Il arrive que l'arbitrage ne puisse surmonter à lui seul des difficultés qui obèrent sa mise en place ou son déroulement. Paradoxalement c'est auprès du juge étatique qu'il va trouver un soutien décisif. Les décrets de 1980 et 1981 avaient déjà investi ce juge de pouvoirs importants qui n'ont eu de cesse de s'affermir à l'aune de la jurisprudence systématiquement favorable à l'arbitrage développée depuis lors, au point de faire du juge d'appui un véritable auxiliaire de l'arbitrage.

84. Rappelant que l'un des apports majeurs de l'ancienne réforme est qu'elle a donné au juge étatique des pouvoirs d'assistance et de coopération pour assurer l'efficacité de la procédure arbitrale, tant au moment de la constitution du tribunal arbitral (anciens art. 1444 et 1454), qu'au cours de l'instance arbitrale pour proroger le délai d'arbitrage (ancien art. 1456) ou statuer sur les demandes en récusation des arbitres (ancien art. 1463). Cette réforme a donné, en matière d'arbitrage interne, des pouvoirs concurrents entre, d'une part, le président du tribunal de grande instance, et, d'autre part, le président du tribunal de commerce, lequel n'était compétent qu'en matière de difficulté relative à la constitution du

tribunal arbitral ou de récusation et ceci, dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage l'aurait expressément prévu (anciens art. 1444 et 1456).

85. Avec le décret du 13 janvier 2011, le droit français va encore plus loin et consacre définitivement le juge d'appui, d'abord en le baptisant ainsi, ce qui n'était qu'un nom d'usage jusqu'à présent, et en parachevant un régime juridique tout entier conçu pour conférer à sa mission le maximum d'efficacité.
86. Ce décret consacre de manière éclatante la notion et l'existence du «juge d'appui» en matière de procédure arbitrale. Mais cette reconnaissance constituait une volonté forte de la part du Comité français de l'arbitrage qui a eu quelque réticence à accepter une telle proposition, dans la mesure où elle ne souhaitait pas laisser penser qu'une telle insertion revenait à créer un nouvel ordre de juridiction. Cette crainte toutefois a été dissipée par le fait que le «juge d'appui» est, comme par le passé, le président du tribunal de grande instance et ne constitue donc pas un nouvel ordre juridictionnel. La notion de juge d'appui étant en revanche de nature à affirmer l'originalité de la procédure arbitrale française, il a été fait choix de passer outre aux réticences initiales.
87. Les rédacteurs du décret ont par ailleurs souhaité confier la fonction de «juge d'appui» à un juge spécialisé. Ainsi est-ce le juge du tribunal de grande instance qui est choisi par le décret pour accéder au statut de juge d'appui de droit commun? (art. 1459, al. 1^{er}).

88. Mais le nouveau décret ne s'est pas contenté de renforcer le juge d'appui, il permet aussi de mobiliser une partie de l'institution judiciaire pour aider l'arbitrage à s'accomplir. Au-delà donc du seul juge d'appui, solennellement couronné, c'est bien un appui systématique du juge étatique que le décret instaure et organise en faveur de l'arbitrage⁴².
89. Ce rôle d'assistance du juge des référés n'était pas prévu par les anciens textes, mais il a été progressivement édifié par la jurisprudence. Cet édifice jurisprudentiel a été consacré au nouvel article 1449 du CPC, marquant ainsi le renforcement de l'immixtion du juge d'État au soutien de l'arbitrage, afin de pallier l'une de ses faiblesses congénitales, son caractère éphémère.
90. En résumé, ce juge d'État est l'assistant de l'arbitrage à tous les stades du processus arbitral. Tout d'abord, avant l'instance, deux juges étatiques distincts sont susceptibles de s'immiscer dans l'arbitrage. Le premier, le juge d'appui, assure le déroulement forcé de la convention d'arbitrage. Le décret est venu renforcer l'intervention du juge d'appui lorsqu'il agit au soutien de la constitution du tribunal arbitral. Par exemple, à la suite des dispositions énumérant les différentes difficultés de constitution du tribunal arbitral dont peut connaître le juge d'appui, l'article 1454 du Code de procédure civile (CPC) applicable à l'arbitrage international reconnaît au juge d'appui la possibilité de trancher « tout autre différend lié à la constitution du tribunal

⁴²Thomas CLAY, L'appui du juge à l'arbitrage, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2011 n° 2, P. 331.

arbitral ». Alors, comme par le passé, le juge d'appui intervient pour statuer sur les demandes relatives aux difficultés de constitution du tribunal arbitral (art. 1451 à 1454), de récusation, d'empêchement ou d'abstention de l'arbitre (art. 1456 et 1457) et de prorogation du délai de l'instance arbitrale⁴³.

91. Le second, le juge étatique des référés, peut prêter son concours afin de préserver les droits des parties à une convention d'arbitrage, en prononçant des mesures provisoires ou conservatoires, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué.
92. En effet, certains litiges supposent que des mesures urgentes soient prises, mais de façon non contradictoire. Ainsi, la requête tendant à l'obtention d'une saisie, d'une expulsion, etc. La procédure relative aux ordonnances sur requête n'est pas contradictoire, elle ne peut donc être soumise à l'arbitre et la compétence du président du tribunal est exclusive (art. 812 NCPC). La raison principale qui fait échapper ces mesures au pouvoir juridictionnel de l'arbitre tient au fait que le pouvoir de prendre des ordonnances sur requête ne relève pas de la *jurisdictio*, mais de l'*imperium* du juge. Or, et c'est une règle absolue, l'arbitre ne dispose pas de l'*imperium*.
93. Alors une intervention du juge comme assistant à la procédure arbitrale paraît essentiellement nécessaire.

⁴³Emmanuel GAILLARD et Pierre de LAPASSE, le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, études et commentaires chronique recueil Dalloz 20 janvier 2011 n°3. page182.

A- L'intervention du juge comme assistant à la procédure arbitrale

94. Le juge d'appui, c'est à l'évidence un juge étatique et un juge qui apporte son concours à l'arbitrage. C'est un juge qui a une mission d'assistance, pour reprendre le langage de la CNUDCI, ou de coopération en vue du bon déroulement de l'arbitrage⁴⁴.

95. Alors en matière de procédure, l'intervention du juge est nécessaire en cas de défaillance touchant la composition du tribunal arbitral et en cas de besoin de mesures conservatoires et d'instruction ou de l'exécution des sentences. Par ailleurs un contrôle de compétence et de respects des droits de la défense ainsi que l'ordre public est également nécessaire au bon déroulement de la procédure.

96. Pendant l'instance arbitrale, le juge étatique peut également être sollicité afin d'assister les arbitres dans la bonne marche du procès arbitral. Le décret de 2011 vient également renforcer l'immixtion concernant les incidents relatifs à la preuve. La production forcée d'éléments détenus par un tiers ne peut être

⁴⁴ ALI BENCHENEB, L'ARBITRAGE ET LE ROLE DU JUGE D'APPUI EN DROITS ALGERIEN ET FRANÇAIS, *Revue de Droit des Affaires Internationales international business Law journal* n°1-2012 page20.

demandée par l'arbitre en raison de la nature contractuelle de l'arbitrage.

97. Notamment, l'article 1469 du CPC met en place une nouvelle procédure d'assistance du juge d'État. Une partie, sur invitation du tribunal arbitral, peut saisir le président du TGI pour demander la production forcée d'une pièce détenue par un tiers. Ainsi, le décret de 2011 permet aux parties de saisir « un juge étatique de la preuve », dans un esprit de collaboration entre juge étatique et juge arbitral..

98. Enfin, au stade de la sentence arbitrale, le rôle d'assistance du juge étatique est également crucial. En l'absence d'exécution spontanée de la sentence par l'une des parties, il reviendra au juge étatique d'assurer l'exécution forcée des sentences ; le juge étatique prêtera ainsi son bras armé à l'arbitrage. Le nouveau décret ne marque pas de renforcement particulier du rôle d'assistance du juge étatique. Mais il le confirme⁴⁵.

99. Le juge étatique est amené à intervenir en effet à tous les stades de la phase arbitrale et intervient après le prononcé de la sentence. D'habitude, l'intervention qui se produit en premier lieu, est celle de la composition du tribunal arbitral.

⁴⁵ Magali Boucaron-Nardetto, Gazette du Palais, 28 décembre 2013 n° 362, P. 18, L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage.

a) Nomination, récusation et révocation des arbitres

100. Lorsque les parties se sont contentées de prévoir le recours à l'arbitrage sans se référer à aucun organisme ou règlement d'arbitrage, elles peuvent s'exposer à certaines difficultés. Il en est ainsi lorsque la convention d'arbitrage ne désigne pas les arbitres ou ne prévoit pas les modalités de leur désignation. Il en va de même en cas de refus, d'abstention ou du défaut d'accord entre les parties sur cette désignation. Le nouveau texte apporte des réponses claires à ces difficultés.

101. En effet, lorsque la convention d'arbitrage prévoit que le tribunal arbitral est composé d'un arbitre unique, celui-ci doit être désigné par le président du tribunal compétent sur demande de l'une des parties (nouvel art. 327-5-1 du code de procédure civil marocain). Si le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, chacune des parties en désigne un. Quant au troisième, il sera désigné par les deux autres arbitres. En cas d'abstention ou de refus de l'une des parties de désigner son arbitre dans les quinze jours suivant la réception d'une demande à cet effet provenant de l'autre partie ou lorsque les deux arbitres désignés par les parties ne sont pas tombés d'accord sur la désignation du troisième arbitre dans les quinze jours qui suivent la désignation du dernier d'entre eux, le président du tribunal de commerce compétent

procède à cette désignation sur demande de l'une des parties. Qu'il soit désigné par les deux autres arbitres ou par le juge, c'est le troisième arbitre qui assurera la présidence du tribunal arbitral (nouvel art. 327-52 CPC marocain). L'ensemble de ces dispositions doit être suivi lorsque le tribunal arbitral est composé par plus de trois arbitres. En revanche, lorsque la convention d'arbitrage ne précise pas le nombre des arbitres, celui-ci est de trois (nouvel art. 327-2 CPC marocain).

102. L'arbitre désigné par le juge doit tout naturellement remplir aussi bien les conditions légales de capacité et d'impartialité que celles convenues par les parties. Cette décision est prise après la convocation des parties et n'est susceptible d'aucun recours (nouvel art. 327-5-4 CPC marocain).

103. D'autres solutions ont été mises en place en cas de non-respect de la règle de l'imparité. En vertu du nouvel article 327-4 CPC marocain, «lorsque les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal arbitral est complété par un arbitre choisi, soit conformément aux prévisions des parties, soit en l'absence de telles prévisions, par les arbitres désignés, soit à défaut d'accord entre ces derniers, par le président de la juridiction en vertu d'une ordonnance non susceptible de recours». Cette disposition renferme des mécanismes hiérarchisés permettant d'instaurer, en cas de défaillance des parties, la règle de l'imparité qui, elle, est d'ordre public. Le premier mécanisme puise directement sa source dans la volonté des parties lesquelles disposent du pouvoir de compléter la composition du tribunal arbitral. Le choix ainsi (opéré par les parties s'impose aux arbitres. Le deuxième

mécanisme ne peut être activé que si le déclenchement du premier n'a pas permis de compléter la constitution du tribunal arbitral. Autrement dit, en cas de désaccord des parties⁴⁶.

104. Depuis le Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, le Président du Tribunal de grande instance ou, si les parties ont désigné expressément à cette fin dans la convention d'arbitrage, le Président du Tribunal de commerce, l'un ou l'autre, statue en référé, et connaît des difficultés qui peuvent intervenir lors de mise en œuvre des modalités de désignation du ou des arbitres. C'est le cas, en particulier, lorsqu'une des parties se refuse à désigner un arbitre au motif que la clause compromissoire serait manifestement nulle ou qu'elle est insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral.

105. Ainsi, la procédure arbitrale dans laquelle plusieurs demandeurs s'opposent à un ou à plusieurs défendeurs. La Cour de Cassation a jugé que le fait que, en cas de désaccord sur le choix d'un arbitre commun, chacune des parties co-demanderesse ou que chacune des parties co-défenderesse ne puissent pas chacune d'elles, désigner "leur" arbitre constituait une violation du principe d'égalité de traitement⁴⁷. Depuis cet arrêt, les règlements d'arbitrage prévoient que les parties pourront solliciter l'organisation chargée de régler la procédure l'arbitrage ou le juge d'appui pour procéder à la désignation d'un, ou de tous

⁴⁶ Khalid ZAHER, LE NOUVEAU DROIT MAROCAIN DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL l'arbitrage ad hoc, revue de l'arbitrage 2009n°1 page92-93.

⁴⁷ Arrêt Dutco du 7 janvier 1992, pourvoi n°89-18708, Bull. civ. I n°2 et Legifrance.

les arbitres ou encore de décider que la cause sera jugée par un arbitre unique. Alors pour assister à ce blocage, la loi française a conféré par la suite au président du tribunal le pouvoir d'intervention afin de constituer le tribunal arbitrale⁴⁸. L'article 327-5 al.4 CPCM énonce que le président doit veiller à ce que l'arbitre qu'il désigne remplisse les conditions exigées.

106. Les difficultés de constitution du Tribunal arbitral relèvent, pour un arbitrage international se déroulant en France, du Président du tribunal de grande instance de Paris. Ce principe est consacré par le Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 déjà cité. Ce texte permet ainsi au juge d'appui qui, d'une manière générale, est chargé de régler tout différend lié à la constitution du tribunal arbitral, et de déclarer n'y avoir lieu à cette désignation, sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. Sauf lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455, le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours⁴⁹.

107. Dans la plupart des cas, les tribunaux arbitraux sont composés de trois arbitres, même si cela n'est pas obligatoire. Pourtant les tribunaux arbitraux peuvent être composés d'un arbitre unique ou de cinq, sept, neuf arbitres ou plus. La constitution du tribunal arbitral est une phase assez importante au sein de la procédure arbitrale, par conséquent de nombreuses législations ont posées le

⁴⁸ Ph. FAUCHARD, Nouvelles interventions du président du tribunal de grande instance en cas de difficultés de constitution du tribunal, note sous diverses décisions, *Rev-Arb*, 1987.

⁴⁹ SERGE BRAUDO, Dictionnaire de droit privé, Définition de Juge d'appui (arbitrage) « définition sur dictionnaire-juridique.com ».

principe que le tribunal arbitral est constitué soit par la volonté des parties soit par l'autorité judiciaire compétente.

108. Un consentement libre doit être à l'origine du choix de l'arbitre tout en protégeant l'équité et l'égalité entre les parties à l'arbitrage. Quand l'une des parties d'un litige arbitrale s'abstient ou refuse de se soumettre à la procédure arbitrale en refusant la nomination de son arbitre au sein du tribunal ou d'un arbitre unique, cela empiète toujours sur le déclenchement de la procédure.

109. Dans cette même perspective, la loi 05-08 marocaine a stipulé l'obligation de maintenir une liste d'arbitres maintenue auprès du procureur général de la cour d'appel afin de faciliter au juge un choix approprié. Pourtant, notamment les ordonnances émises au tribunal de Casablanca stipulent malheureusement à chaque fois les mêmes noms d'arbitres quel que soit le domaine traité.

110. En effet, les parties peuvent, le cas échéant, limiter le champ des arbitres non seulement de façon positive, en exigeant certaines conditions spécifiques de caractère personnel ou professionnel, mais aussi de façon négative, par l'exclusion de certaines catégories de personnes de l'exercice de cette activité⁵⁰. Mais cette suprématie du pouvoir de récusation accordée aux parties trouve des limites jurisprudentielles, notamment en cas de notoriété publique de l'arbitre objet de récusation. Dans l'ignorance de l'existence d'une cause de récusation au moment de la désignation du tribunal arbitral, une partie est fondée à

⁵⁰ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS page Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international p 140.

l'invoquer ensuite pour en demander l'annulation, sauf lorsque l'arbitre est de notoriété publique⁵¹.

111. Alors l'assistance du président du tribunal à la nomination des arbitres doit protéger en premier lieu l'accord initial des parties et doit être bien motivée⁵².

112. En deuxième lieu l'arbitre choisi doit accepter sa mission notamment d'une manière formelle même après sa nomination par le tribunal comme la signature à un acte de mission souvent trouvé dans la pratique arbitrale⁵³.

113. Sauf ces limitations imposées à son intervention pour la désignation des arbitres, le juge remplit une mission d'appui importante qui est reconnue par la grande majorité des lois d'arbitrage⁵⁴. Cette mission est malheureusement non susceptible de control. Ni la nouvelle loi marocaine qui date de l'année 2008

⁵¹ « Dans l'ignorance de l'existence d'une cause de récusation au moment de la désignation du tribunal arbitral, une partie est fondée à l'invoquer ensuite pour en demander l'annulation. Tel n'est pas le cas lorsqu'il est de notoriété publique que l'un des arbitres est le président d'une fédération professionnelle, et que la recourant, qui avait connaissance avant l'audience de la composition du tribunal arbitral, n'a pas entendu récuser cet arbitre. » [2011/04] Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1), 16 décembre 2010, SAS Nidera France c/ société Leplatre Revue de l'arbitrage 2011 - N° 1.

⁵² « L'appel des décisions par lesquelles le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce refuse de désigner un ou des arbitres pour une des causes prévues à l'article 1444, alinéa 3, du Code de procédure civile doit être formé, instruit et jugé comme en matière de contredit de compétence. Il en est de même lorsque la décision de désignation procède d'un excès de pouvoir. La cour d'appel a décidé à juste titre que le recours des demanderesse au pourvoi, qui n'avait pas été remis au greffe du Tribunal de commerce de Paris et n'était pas motivé, ne respectait pas les dispositions de l'article 82 du Code de procédure civile et était irrecevable. » [2011/14] Cour de cassation (1re Ch. civ.), 9 février 2011, Société ITM région parisienne F et autre c/ M. A. Revue de l'arbitrage 2011 - N° 1.

⁵³ « Par renvoi à l'article 327-6 de procédure civile la constitution du tribunal arbitral n'est complète qu'après l'acceptation de la mission par l'arbitre..... » Ordonnance n°57 émise à 2011/02/01 dossier n°2010/1/626 tribunal com Marrakech.

⁵⁴ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international* page 138.

et ni la nouvelle loi française n'ont imposé au juge un délai raisonnable pour trancher sur les litiges touchant la composition du tribunal arbitral. En effet, certaines doctrines interdisent l'imposition du délai afin de laisser au président du tribunal un temps suffisant pour choisir un arbitre approprié au sujet traité⁵⁵.

114. Par ailleurs, en cas de récusation de l'arbitre, la loi marocaine en la matière a prévu une énonciation d'une liste limitative des motifs de récusation de l'arbitre et d'un délai pour présenter la demande de récusation. Selon l'article 323 de la loi 08-05, la demande est présentée au président de la juridiction compétente en précisant les motifs de récusation, dans un délai de huit jours à compter de la date où le demandeur de la récusation a pris connaissance de la constitution du tribunal arbitral (article 323a2).

115. Enfin, l'abstention, la récusation, l'empêchement, la révocation ou la démission de l'arbitre ne constituent que des causes de suspension de l'instance⁵⁶.

⁵⁵ SOUISSI FATIMA DEHANI « Le rôle du président du tribunal dans l'arbitrage interne au Maroc » mémoire de diplôme des études sup approfondies université mohamed5.

⁵⁶ Emmanuel GAILLARD, Pierre de LAPASSE, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international - 20/01/2011 recueil Dalloz n°3.

b) La prorogation du délai, l'arrêt et la suspension de la procédure arbitrale

116. La durée de la mission arbitrale est en principe fixée d'un commun accord par les parties dans la convention d'arbitrage. Celles-ci peuvent soit prévoir expressément ce délai, soit se référer au règlement d'une institution permanente d'arbitrage contenant une telle indication. A défaut de détermination conventionnelle de cette durée, celle-ci est fixée par l'art. 1463 N.C.P.C. à six mois. Dans tous les cas, le délai court à compter de la date de l'acceptation de sa mission par le dernier des arbitres selon la loi marocaine ou à compter de sa saisine selon la loi française⁵⁷.

117. L'article 1463 alinéa 1 fait partir le délai d'arbitrage de la saisine des arbitres. Or, l'article 1456 nouveau reprend la règle selon laquelle le tribunal arbitral est constitué lorsque tous les arbitres ont accepté leur mission, mais ajoute que les arbitres sont saisis du litige à ce même moment. On a vu cependant qu'en vertu de l'article 1461 nouveau, l'article 1456 alinéa 1 est la seule disposition du chapitre relatif au tribunal arbitral à être supplétive.

118. Il résulte de la lecture combinée des articles 1456 et 1463 que le tribunal est saisi du litige à compter de sa constitution, c'est-à-

⁵⁷Art. 1463 N.C.P.C.

dire à la date à laquelle l'ensemble des arbitres composant le tribunal arbitral ont accepté leur mission, et à compter de cette date et à défaut d'autre précision dans la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral dispose d'un délai de six mois pour trancher le litige qui lui est soumis.

119. Sur l'article 1461, on relèvera, que la notion de « stipulation » se réfère non seulement aux stipulations de la convention d'arbitrage proprement dite, mais également aux dispositions du règlement d'arbitrage. En effet, l'acceptation par les parties de la convention d'arbitrage donne au règlement d'arbitrage un caractère contractuel, ce qui permet de qualifier ses dispositions de « stipulations ».

120. Cela signifierait donc que les parties pourraient stipuler que les arbitres seront saisis à un autre moment. En pratique, la saisine des arbitres, surtout en matière d'arbitrage institutionnel, est concomitante de la remise de dossier, elle-même suspendue à la consignation par les parties de tout ou partie de la provision destinée à couvrir l'arbitrage. Cette nouveauté est d'importance, car elle permettra de reculer le point de départ du délai et évitera en pratique de voir une grande partie dudit délai absorbée par des étapes antérieures à la saisine effective des arbitres. Cela devrait contribuer à diminuer les risques de dépassement du délai qui constituent l'une des craintes des arbitres⁵⁸.

⁵⁸charles JARROSSON et jacques PELLERIN LE DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE APRES LE DECRET DU 13 JANVIER 2011, revue de l'arbitrage 2011 p 29.

121. Les rédacteurs du projet ont été conscients qu'un délai de six mois peut, dans certains cas, s'avérer très court pour trancher un litige, ce d'autant plus que la saisine théorique du tribunal ne correspond pas nécessairement à sa saisine effective, c'est-à-dire au moment où le tribunal dispose de l'ensemble des dossiers des parties et se trouve en mesure de ce fait de connaître de l'affaire. Pour cette raison, l'article 1461 prévoit expressément que, sauf en matière de détermination de la date de la saisine du tribunal, les parties ne peuvent déroger aux règles régissant la constitution du tribunal arbitral et à celles relatives à la récusation, la révocation et l'abstention des arbitres. La réserve de la date de la saisine réalisée à l'article 1461 permettra aux parties (ou à un centre d'arbitrage, si le règlement d'arbitrage le prévoit) de retarder la saisine du tribunal, par exemple au moment où le tribunal arbitral aura reçu les dossiers des parties.
122. On outre, l'article 1463 du NCPCF dispose clairement que le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui.
123. Par ailleurs, en principe et afin de donner une véritable autonomie au droit de l'arbitrage, les articles 1471 à 1475 précisent le régime juridique de la suspension et de l'interruption de l'instance, ceci en s'inspirant des articles 369 et suivants du code de procédure civile relatifs à la suspension et à l'interruption d'instance en droit commun, et la procédure arbitrale est désormais suspendue et arrêtée en cas d'incidences traités par le juge.

124. Par la suite, l'article 1496 du NCPC énonce que le délai pour exercer l'appel (de même pour le recours en annulation) suspend l'exécution de la sentence arbitrale, sous condition qu'il soit exercé dans le délai imparti par l'article 1486 du NCPC. L'effet suspensif est dégagé si la sentence arbitrale a été assortie de l'exécution provisoire sur la base de l'article 1498 du même code. La sentence est en principe exécutoire à partir du moment où elle passe en force de chose jugée⁵⁹, c'est-à-dire une fois qu'elle n'est plus susceptible de recours suspensif d'exécution notamment l'appel ou le recours en annulation. En revanche, si la sentence est frappée d'appel ou de recours en annulation, son exécution forcée suppose qu'elle soit susceptible d'exécution provisoire. L'arbitre peut assortir sa sentence de l'exécution provisoire⁶⁰.

125. Le premier président de la cour d'appel ou le conseiller de la mise en état peut ordonner, arrêter ou aménager l'exécution provisoire⁶¹. L'exécution provisoire est cependant toujours faite aux risques et périls du gagnant, ce qui signifie qu'en cas d'infirmité ou d'annulation de la sentence, le gagnant en première instance devra non seulement restituer ce qu'il a reçu mais aussi indemniser les dommages causés à l'adversaire par l'exécution provisoire⁶².

⁵⁹CPC, art. 501.

⁶⁰CPC, art. 1484, ex-1479.

⁶¹CPC, art. 1497.

⁶²Cass. ass. plén., 24 févr. 2006, no 05-12.679, JCP 2006, IV, 1598.

126. Inversement, l'exécution forcée peut être différée par l'octroi d'un délai de grâce au profit du débiteur de l'obligation⁶³.

127. En effet, et malgré cette prérogative de l'exécution provisoire, la compétence exclusive du tribunal arbitral trouve ainsi ses limites lorsque le tribunal est objet de suspension et qu'il est de ce fait dans l'impossibilité de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires.

c) Mesures provisoires conservatoires et d'instruction, faciliter l'exécution des sentences et administration de preuve

1- Mesures provisoires conservatoires et d'instruction

128. D'abord, l'arbitrage présente certains défauts structurels, à cet effet, le doyen de Leval parle d'infirmités congénitales au regard de ce type de mesures. Le tribunal arbitral n'est pas une juridiction permanente. Il faut d'abord la constituer et par la suite la réunir chaque fois que c'est nécessaire, ce qui peut être complexe lorsque les arbitres sont originaires de pays éloignés, il ne peut imposer de mesures aux tiers, il ne peut statuer que sur base contradictoire ce qui exclut, suivant la majorité de la doctrine, le recours à la requête unilatérale qui peut être très

⁶³ CPC, art. 510 et s.

efficace en matière de mesures provisoires lorsqu'un effet de surprise est nécessaire⁶⁴.

129. De ce fait, la jurisprudence a reconnu au juge étatique le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction ou des mesures provisoires et conservatoires, ceci, tant que le tribunal n'est pas constitué et à condition que l'urgence soit démontré. La jurisprudence a considéré qu'une fois le tribunal arbitral constitué, l'intervention du juge étatique n'était plus justifiée⁶⁵.

130. Alors dans l'espace de temps préalable à la constitution du tribunal arbitral, la nouvelle loi et jurisprudence française confirme la possibilité de saisir « le président du tribunal de grande instance ou de commerce » pour obtenir des mesures d'urgence⁶⁶. Cette précision est essentielle, notamment pour la conservation des preuves nécessaires à la conduite de l'arbitrage ou pour éviter les évasions d'actifs à l'étranger et l'organisation d'insolvabilité⁶⁷. Il est indiqué dans l'alinéa 2 de l'article 1449, que le juge précité statue « en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage ». Le pluriel appliqué au mot « parties » doit être interprété comme visant l'une ou l'autre des parties à la

⁶⁴ olivier CAPRASSE, REFERE ET ARBITRAGE DAND LES LITIGES ISSUS DE LA VIE DES SOCIETES, THESE« LES SOCIETES ET L'ARBITRAGE » P 483, édit bruyant Bruxelles lgdj paris.

⁶⁵ Emmanuel GAILLARD et pierre de LAPASSE, le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, ETUDES ET COMMENTAIRES chroniques. Recueil Dalloz-20janvier2011-n°3.p179.

⁶⁶Arrêt de la cour d'appel de paris de 2007 /11/28 revu de l'arbitrage n°1 janvier 2009, p611.

⁶⁷ Benoît Le Bars La réforme du droit de l'arbitrage, un nouveau pas vers un pragmatisme en marche, la semaine du droit aperçu rapides, LA SEMAINE JURIDIQUE-EDITION GENERALE-n°4-24janvier2011 p143.

convention d'arbitrage et non comme nécessitant l'accord de toutes les parties pour recourir au juge, ce qui n'arrivera sans doute jamais et ne poserait en outre pas de difficulté⁶⁸.

131. Il faut souligner que c'est la jurisprudence, après une lente évolution, qu'avait admis qu'une demande de provision puisse être adressée au juge des référés, dès lors que le tribunal n'était pas encore constitué, mais elle avait ajouté au texte de l'article 809 alinéa 2 la condition de l'urgence qui ne s'y trouvait pas. Le texte intègre donc la solution jurisprudentielle sans la modifier⁶⁹.

132. En droit comparé, il est largement admis que ni la stipulation d'une clause compromissoire ni même la saisine du tribunal ne fait échec à la compétence du juge pour ordonner une mesure conservatoire. En demandant au juge une mesure conservatoire, les parties ne renoncent pas à la compétence exclusive de l'arbitre pour trancher le fond du litige. L'article 9 de la loi canadienne sur l'arbitrage dispose que « la demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage ». La loi type de la CNUDCI (art9, la convention de Genève du 21 avril 1961(art6/4) et l'art 8par5 du règlement d'arbitrage de la CCI disposent le même principe⁷⁰.

⁶⁸Charles JARROSSON et jacques PELLERIN LE DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE APRES LE DECRET DU 13 JANVIER 2011, revue de l'arbitrage 2011 résumé p 15.

⁶⁹Charles JARROSSON et jacques PELLERIN, LE DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE APRES LE DECRET DU 13 JANVIER 2011, revue de l'arbitrage 2011 résumé p 15.

⁷⁰ Abdelhak Janati-Idrissi, L'intervention du juge en amont et en aval de la sentence arbitrale, Revue Marocaine des Contentieux N°5-6/2007 page 35.

133. En résumé, on constate différentes demandes judiciaires en référé et en vue d'assister à procédure arbitrale, telles que, tout d'abord le référé constat, notamment si on souhaite que des faits soient constatés, on peut demander au juge de désigner un expert pour constater les faits susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction. Ensuite, le référé instruction, le juge des référés peut en effet prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction c'est à dire des enquêtes et des vérifications administratives. L'expert a une mission beaucoup plus large qu'en référé constat. Mais ses investigations se limitent toujours aux questions de faits. Et finalement, le référé provision, c'est la réplique du référé provision en matière judiciaire. Selon les termes de l'article 1449, il reste possible de saisir le juge des référés d'une demande de provision sous deux conditions cumulatives notamment en cas d'urgence et lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué.

2-Faciliter l'exécution des sentences

134. Il faut signaler en premier lieu que la convention d'arbitrage sans la conclusion d'un compromis, ne peut donner lieu à exécution forcée en nature. Heureusement, cette conception particulièrement défavorable à l'arbitrage demeure très isolée en droit comparé. Dans la majorité des Etats, il est acquis que la

stipulation d'une clause compromissoire se suffit à elle-même et dispense de la conclusion d'un compromis.

135. En ce qui concerne l'exécution spontanée et aux termes de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Transposée à la convention d'arbitrage, la régie impose aux parties de «tout mettre en œuvre pour que la procédure arbitrale puisse se nouer et se dérouler de manière à obtenir un résultat comparable en, qualité à celui d'une juridiction ordinaire»: par exemple, obligation de nommer un arbitre, l'obligation de se soustraire au processus arbitral et, surtout, l'obligation d'exécuter la sentence comme les parties l'auraient fait lors d'un jugement étatique⁷¹.

136. Mais en réalité, ce genre de sentences est non susceptible d'exécution forcée et exige, pour assurer cette exécution et sa mise en application, l'intervention de l'Etat (représenté par ses juridictions) qui donne de son autorité à la sentence arbitrale et lui accorde la force de l'exécution forcée. C'est cette vérité qui justifie clairement l'importance spéciale dont jouit l'étude des conditions de l'exécution des sentences arbitrales ainsi que ses procédures⁷².

137. Ainsi, le jugement quel que soit l'autorité qui l'a rendu-constitue le but final que cherchent à réaliser les parties du

⁷¹ Laure Bernheim- Van de CASTEELE, LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'ARBITRAGE, La nature des obligations incombant aux litigants résultant de la convention d'arbitrage page 304.

⁷² Dr. Borhan AMRALLAH, « Les tendances de la jurisprudence égyptienne concernant l'exécution des sentences arbitrales étrangères à la lumière de la Convention de New York » revue tunisienne de l'arbitrage de 2008 vol5.

différend, étant donné qu'il le règle définitivement et impérativement, et le fait d'être susceptible d'exécution forcée en dépit de l'opposition de la partie perdante lui donne sa valeur juridique, voire pratique. Alors, si ces jugements n'étaient pas susceptibles d'exécution forcée, ils n'auraient donc aucune valeur et ne pourraient ni réaliser leur but consistant à trancher le litige né entre les parties, ni mettre en œuvre les règles de la loi visant à réaliser la justice et à assurer l'ordre et la paix sociaux. Cependant, les décisions rendues par l'autorité judiciaire jouissent toujours de la force de l'exécution forcée, étant donné que la décision est rendue par une des autorités de l'Etat possédant les moyens de contrainte et de coercition qui assurent l'exécution de sa volonté et la réalisation de ses fonctions dans la société.

138. Il s'agit également d'une dimension qui découle de l'absence d'imperium qui affecte l'arbitre. En effet l'Etat investit le juge de deux types de pouvoirs, d'une part, la "juridictio" qui est le pouvoir de rendre des jugements pour résoudre des conflits, compétence qu'il partage avec l'arbitre, et, d'autre part, l'"imperium" qui est le pouvoir de donner des ordres de disposer de la force publique, d'ordonner des saisies et des astreintes. Parfois, l'Etat délègue cet imperium à d'autres agents comme les notaires ; ceux-ci peuvent, dans certains cas précis, apposer la formule exécutoire sur les actes, mais ils n'ont pas la jurisdictio⁷³.

⁷³ Charles JARROSSON Les limites du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, *ARBITRAGE ET JURIDICTION*, *DROITS REVUE FRANCAISE DE THEORIE JURIDIQUE* 9, page 110.

139. Alors, Avec cet imperium, le juge étatique peut par la formule exécutoire qu'il appose, donner force exécutoire à son jugement. De ce fait, l'imperium, c'est essentiellement cette possibilité de disposer de la force publique pour faire exécuter par la force un acte ou un jugement.

140. En vertu de l'article 327-31, al. 1, du CPC marocain, « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur du président de la juridiction dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. » N'étant pas des autorités publiques, les arbitres ne sauraient doter leurs sentences de la force exécutoire. Pour qu'il en soit ainsi, aussi bien les arbitres que la partie la plus diligente peuvent, dans les sept jours suivant la décision arbitrale, déposer au greffe du tribunal compétent⁷⁴ la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage avec, le cas échéant, une traduction en langue arabe. Le non-respect de ce délai a pour conséquence l'irrecevabilité de la demande d'exequatur⁷⁵.

141. Les sentences arbitrales sont reconnues en général et tout simplement si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public. Sous les mêmes conditions, les sentences étrangères et nationales sont déclarées exécutoires par le juge de l'exécution. Le juge doit donc se limiter à vérifier la validité de la convention d'arbitrage. Ainsi, une convention nulle ou

⁷⁴ Dans le ressort territorial dans laquelle la sentence arbitrale a été rendue conformément aux dispositions du nouvel article 327-31, alinéa 1, du CPC marocain.

⁷⁵ » khalid ZAHHER « Le contrôle étatique des sentences arbitrales en droit marocain R.D.M revue de droit marocain 4eme Edition, colloque de faculté de NADOR, mai 2012.

inexistante devra logiquement conduire les juges à refuser l'exequatur. Une sentence rendue sur le fondement d'une clause compromissoire à laquelle les parties ont dénié tout caractère obligatoire ne saurait recevoir exequatur⁷⁶.

142. Il en va de même des conventions se rapportant à des matières exclues du champ de l'arbitrage ou conclues en violation de l'ordre public marocain ou français. Etant donné que l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours, la nouvelle loi marocaine et française dispense le juge de motiver sa décision (art 327-32, alinéa 2, du CPCM /art 1488du CPCF) tandis que le nouveau droit des deux pays exige la motivation du juge lors de refus de l'exequatur (art327-33, al 1 du CPCM /art 1488 deux alinéa).

143. Les arbitres peuvent par ailleurs, ordonner l'exécution provisoire, soit d'office, soit à la demande des parties.

144. Outre l'exécution des sentences, on y ajoutera des normes légales sur l'appréciation anticipée des preuves, qui permettent théoriquement à l'arbitre ou au juge de refuser des preuves qu'il considère comme non pertinentes. La question a une importance pratique essentielle pour tous ceux qui ont été confrontés à des demandes procédurales conjointes des parties que le tribunal juge excessives ou inopportunes.

⁷⁶ C.A. commerce Casablanca, 20mars 2007, arrêt n° 1673 /4356. Il ressort de cette décision qu' »est inexistante la clause compromissoire qui ôtent aux arbitres le pouvoir de rendre une sentence définitive et obligatoire pour les parties en prévoyant la possibilité pour celles-ci de saisir les juridictions étatiques en dépit d'une sentence arbitrale qui ne saurait, dès lors, recevoir exequatur parce que inexistante ».

3-Administration de la preuve

145. Les législations d'arbitrage modernes imposent normalement aux juges l'obligation de prêter cette assistance pour obtenir les moyens de preuve en utilisant l'*imperium*, la force de l'Etat, qui manque aux arbitres. Le défaut de pouvoir coercitif des arbitres pourrait sinon entraîner l'inefficacité de leur intervention.
146. Les preuves visées sont, par exemple l'obtention d'un certificat délivré par l'administration publique (comme ceux que doivent délivrer les autorités fiscales), les données ou les informations que doit fournir un établissement bancaire ou une compagnie d'assurances, pour citer deux cas fréquents, toute hypothèse où la coopération de la force publique serait nécessaire pour la reconstitution des faits, au cours d'un transport sur les lieux, l'émission d'un rapport technique de la part d'un organisme ou ordre professionnel, la remise de copies certifiées conformes de la part d'une fédération quelconque, et même, sans aller plus loin, l'administration d'une preuve par témoins si les personnes appelées à déclarer ne défèrent pas à la convocation des arbitres.
147. Une question également intéressante se pose lorsqu'un juge refuse, par application des dispositions de la loi d'arbitrage pertinente, l'administration d'une preuve requise par les arbitres. A part, bien sûr, l'hypothèse où la non-administration s'explique par l'irrégularité de la demande, comme quand un des arbitres

composant le tribunal, passant par-dessus la tête du président, s'adresse directement au juge. Etant donné que les décisions judiciaires sur cette matière ne sont généralement pas susceptibles de recours, on peut s'interroger sur les situations dans lesquelles la partie qui a requis la preuve se trouve sans moyens de défense. Il s'agit d'un refus de production d'une preuve qui a été pourtant jugée pertinente et recevable, et donc agréée par l'arbitre, qui devient impossible parce que le juge à qui l'on a demandé assistance considère qu'elle est « contraire aux lois »⁷⁷.

148. De ce fait, l'arbitrage n'est pas toujours la voie idéale pour l'obtention d'une preuve lors d'un procès et dégage par ailleurs quelques difficultés afin d'appréhender la prise de certaines mesures conservatoires et provisoires notamment le cas des saisies conservatoires et suretés judiciaires.

d) Saisies conservatoires et suretés judiciaire

149. S'agissant de mesures conservatoires prévues par les articles 48 et 57 du code de procédure civile français (saisie-conservatoire, hypothèque provisoire ou nantissement sur fonds de commerce),

⁷⁷José Carlos Fernández ROZAS, *Le rôle des juridictions étatiques* » Administration de la preuve, page 156.

la caractéristique de celles-ci est qu'elles ne peuvent être pratiquées qu'avec la permission du juge.

150. Les trois conditions à réunir pour le permettre sont en effet l'urgence, le péril au recouvrement de la créance, et que le requérant justifie d'une créance « paraissant fondée en son principe »⁷⁸, et de plus elles se trouvent dans la compétence exclusive de la justice de l'Etat comme confirmé par l'article 1468 du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

151. En effet, une des plus importantes manifestations de la fonction auxiliaire du juge se rattache aux mesures provisoires ou conservatoires qui peuvent être nécessaires au cours de la procédure d'arbitrage. Nous sommes sans doute face à une compétence qui est reconnue au juge étatique dans le champ de sa fonction juridictionnelle, et face à l'absence d'imperium qui affecte l'arbitre. Le problème est de savoir si une telle faculté peut être attribuée de façon exclusive aux arbitres.

152. Par conséquent, l'inefficacité des mesures conservatoires et suretés réelles accordées par le tribunal arbitral en raison de sa particularité relève du déni de justice. La sanction du déni de justice arbitrale conduit à la consécration d'un droit universel.

⁷⁸Cour de Cassation Chambre civile 1 Audience publique du 6 décembre 2005 N° de pourvoi : 03-16572 Publié au bulletin Président : M. ANCEL

e) Le souci d'éviter un déni de justice

153. Systématiquement, nul ne saurait « subir une sanction ou supporter une atteinte à son patrimoine sans pouvoir utilement se défendre en soumettant le litige à un juge »⁷⁹. Aux termes de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention EDH, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal établi par la loi qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. De même, dans l'ordre juridique interne, l'accès à la justice fait l'objet d'un droit constitutionnellement garanti⁸⁰.

154. La notion de déni de justice. On entend traditionnellement la notion de déni de justice comme «le comportement délibéré d'un magistrat qui s'abstient de statuer alors qu'il le devait». Investi d'un pouvoir de jurisdictio, celui de dire le droit, «le juge a le devoir de se prononcer parce que les parties ont le droit d'obtenir un jugement, qu'il soit favorable ou défavorable». Sous l'influence de la doctrine, la jurisprudence a considérablement enrichi cette conception originelle. Aujourd'hui, le déni de justice vise non seulement le refus du juge de répondre aux requêtes ou le fait de négliger de juger les affaires en état de l'être, mais plus largement, tout manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu⁸¹.

⁷⁹ Renoux Th., Le droit au recours juridictionnel, JCP G 1993, I, n° 3675.

⁸⁰ Cons. const, 23 juill. 1996, no 96-378 DC, JO 27 juill. 1996, p. 11400 ; TERNEYRE Ph., Le droit constitutionnel au juge, LPA 4 déc. 1991, p. 4.

⁸¹ Laure Bernheim-Van de CASTEELE, LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'ARBITRAGE, Préface de Thomas Clay, les fondements du souci d'éviter le déni de justice. 1ere édit Bruylant page 369.

155. L'attitude du juge face au silence du droit est dominée par un principe fondamental qui s'impose à tout juge et qui est inscrit depuis 1804, dans les mêmes termes, à l'article 4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». En d'autres termes, le silence du droit ne dispense jamais le juge de l'obligation de juger⁸².

156. La Cour européenne de Strasbourg a démontré son attachement à l'effectivité des droits fondamentaux : l'effectivité du droit d'accès à la justice doit se mesurer à la possibilité réelle d'accéder à la justice. En l'occurrence, c'est le recours au juge d'appui qui permet d'assurer l'effectivité du droit à l'arbitre, et c'est pourquoi, on peut dès lors parler d'un véritable droit au juge d'appui. Le droit au juge d'appui est un moyen de rendre effectif le droit à l'arbitre tandis que le droit à l'arbitre rend effectif l'accès au droit⁸³.

157. Par ailleurs, la Cour de cassation détermine le régime de la responsabilité civile des arbitres à raison du mal jugé : le contenu de la sentence arbitrale, c'est-à-dire la décision, produit de la fonction juridictionnelle des arbitres, ne peut engager la responsabilité de ceux-ci qu'en présence d'une « *faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude*,

⁸² Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE Les juges face au silence du droit, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 01 juillet 2012 n° 4, P. 1055.

⁸³ Laure Bernheim-Van de CASTEELE, LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'ARBITRAGE, Préface de Thomas Clay, La pièce maîtresse de l'effectivité du droit à l'arbitre : le droit au juge d'appui. 1^{er} édit Bruylant page 373.

d'une faute lourde ou d'un déni de justice ». En d'autres termes, le mal-jugé n'est pas de nature à engager la responsabilité civile de l'arbitre.

158. En conséquence, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, l'arbitre bénéficie d'une immunité. L'arbitre rejoint le juge étatique dans la mesure où la responsabilité de l'État en raison du fonctionnement défectueux du service de la justice n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice.

159. Ainsi l'acte de juger, que le pouvoir du juge lui soit délégué par l'État ou lui soit confié par la convention conclue avec les colitigants, est soumis à un régime unique, qui le fait échapper aux règles qui gouvernent ordinairement l'accomplissement d'une prestation de service⁸⁴.

160. De ce fait, sauf le cas d'un déni de justice ou d'une faute lourde, la mission de l'arbitre ne permette en aucun cas un control de la justice étatique notamment le parquet ou le ministère public mais engendre par contre une collaboration et une assistance parfaite entre les deux organes.

⁸⁴ Cahiers de l'arbitrage, 01 juin 2014 n° 2, P. 299, Précisions sur la responsabilité de l'arbitre ? Laurent Aynès– Note sur l'arrêt Cass. 1^{re} civ, 15 janvier 2014, n° U 11-17.196.

f) L'assistance du ministère public et le devoir de dénonciation

161. La possibilité de communication des informations par le procureur du roi est une nouveauté pertinente de la loi marocaine qui stipule que préalablement à toute décision, le tribunal arbitral peut saisir le procureur général auprès de la cour d'appel territorialement compétente pour lui communiquer les informations qu'il juge nécessaire eu égard des dispositions de l'article 308 de la législation marocaine, le procureur est tenu de donner suite à la demande dans les 15 jours de sa saisine ; à défaut, le tribunal examine le dossier tel quel (article 327-9a12).

162. En outre, l'efficacité de la répression a toujours incliné les législateurs à concevoir des mécanismes de collaboration forcée avec les autorités étatiques, afin que ces dernières puissent détecter des pratiques délictueuses encore inconnues d'elles. Ont ainsi été créées diverses obligations de dénonciation à la charge de tiers et de professionnels en tous genres. La question se pose de savoir dans quelle mesure les arbitres sont concernés par ce type de mesures. Au-delà de cette question, il convient de façon plus générale de s'interroger sur l'attitude que doit adopter l'arbitre en cas de poursuites exercées contre l'une ou l'autre des parties au litige, lorsqu'il lui est expressément demandé, par les

autorités étatiques, de collaborer à la manifestation de la vérité judiciaire⁸⁵.

163. En droit français, il est possible d'affirmer qu'il n'existe aucune obligation générale de dénonciation incombant aux arbitres.

164. Il existe deux textes sur la base desquels il est concevable de fonder une obligation générale de dénonciation des pratiques délictueuses pesant sur les arbitres: l'article 40 C. proc. pén. d'une part, l'article 434-1 C. pén. qui incrimine le délit d'entrave à l'exercice de la justice d'autre part. Aucun d'eux n'est cependant applicable aux arbitres⁸⁶.

g) Commission rogatoire

165. La commission rogatoire est une procédure très importante au niveau des instructions des affaires judiciaires et surtout au niveau des exécutions des jugements en dehors du ressort local du tribunal compétent⁸⁷.

⁸⁵ Carine JALLAMION « Un devoir de collaboration avec les autorités étatiques » Revue de l'arbitrage 2005 N°1, ARBITRAGE ET POUVOIR POLITIQUE EN France DU XVIIe au XIXe SIECLE, page 28.

⁸⁶ Vincent HEUZÉ « L'absence d'obligation de dénonciation. Un devoir de collaboration avec les autorités étatiques » une variété de transactions : la convention d'arbitrage, Revue de l'arbitrage 2005 N°1. Page 29.

⁸⁷ Commission rogatoire pour témoignage cité à l'article 78 du code de procédure civil marocaine. Et pour exécution cité à l'article 429 du code de procédure civil marocaine.

166. A la suite de cette importance et utilité, cette procédure est de plus en plus sollicitée par le tribunal arbitral en appliquant les dispositions légales de la loi marocaine 08-05 ainsi que la procédure civile française et également le droit égyptien art 37 n° 27 de la loi de l'année 1994.
167. Par conséquent, le tribunal arbitral a le plein droit d'être assisté par la justice nationale en déposant une demande au président du tribunal compétent du ressort duquel se déroule la procédure arbitrale.
168. Une ordonnance judiciaire en référé doit désigner le tribunal compétent pour exécuter la demande et donner suite dans un délai généralement choisi par le tribunal arbitral⁸⁸.
169. De ce fait, une contrainte territoriale pèse sur le juge lorsque celui-ci, compétent pour connaître d'un litige, rend une décision qui devra produire des effets hors de son territoire. Nous pensons ici à toutes les mesures d'instruction qui doivent se dérouler hors du territoire du juge : témoins domiciliés à l'extérieur du lieu du jugement ; archives et registres déposés dans un autre site de conservation et dont le juge sollicite l'envoi de documents ; exhumations, etc. Le juge ne peut se rendre au domicile des témoins pour les entendre, ni ordonner à un responsable de registre de lui expédier un document. Dans tous ces cas, il devra envoyer une commission rogatoire au juge du lieu où les mesures d'instruction doivent être réalisées afin que ce dernier les effectue

⁸⁸ Merieme ABBASSi et Nasser BELAID et Karim BENMOUSSA, Le rôle de la justice dans la procédure arbitrale série de mémoires de fin de stage des juges par numéro 3 ministère de justice haute institut de justice page 47.

à sa demande, dans la mesure où il les jugera conformes à la loi de son territoire.

h) L'impartialité de l'arbitre

170. L'exigence d'impartialité de celui qui juge n'est pas nouvelle, «Vous n'aurez pas de partialité dans le jugement» est-il adressé aux juges dans le Deutéronome. Et plus loin, dans les Proverbes de la Bible: «Ce n'est pas bien d'être partial dans le jugement».
171. Plus juridiquement, le Code d'Hammourabi (vers 1790 av. J. C.) avait lui aussi envisagé l'impartialité de celui qui juge en énonçant que le juge qui rend une sentence partielle sera destitué et condamné à douze fois la valeur de l'amende qu'il avait prononcée.
172. L'exigence d'indépendance et d'impartialité repose tout entière dans la nature juridictionnelle de la mission du juge et de l'arbitre. C'est parce qu'ils sont investis du pouvoir de juger qu'ils doivent le faire en toute indépendance et en parfaite impartialité⁸⁹.
173. Cependant, on pourrait sans doute inverser la proposition, c'est parce qu'ils sont indépendants et impartiaux qu'ils peuvent être

⁸⁹ Thomas CLAY, L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable, l'impartialité du juge et de l'arbitre étude de droit comparé, édition Bruylant Bruxelles 2006.

juges. On rejoint alors des terrains connus déjà défrichés par des philosophes comme Alexandre Kojève et Hermann Kantorowicz lorsqu'ils énoncent que le juge n'est juge que s'il est impartial et désintéressé.

174. Cette assertion se vérifie même d'un point de vue sémantique puisque «partie» et «partial» ont la même racine et le même étymon latin «pars» dans la mesure où le tiers ne peut donc pas être partial puisqu'il n'est pas partie. Cela signifie a contrario, que, s'il n'est indépendant ou s'il est n'est partial, le juge, quel que soit son titre ou son rang, n'est plus juge⁹⁰.

175. En effet, la question d'impartialité de l'arbitre est débattue minutieusement par le juge d'appui dans le cadre de la jurisprudence. Notamment, le Bulletin d'information de la Cour de Cassation n° 649 du 1^{er} novembre 2006 fait état d'un célèbre arrêt du 20 juin 2006 (première chambre civile) sur les pouvoirs du juge d'appui, il peut ordonner en effet toute mesure préparatoire pour s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres. Les faits sont les suivants : un litige survient entre la société PRODIM, filiale du groupe Carrefour spécialisée dans la franchise alimentaire à travers les marques « SHOPI », « MARCHE PLUS » et « 8 à Huit », et l'un de ses franchisés. Leur contrat contient une clause compromissoire. La société PRODIM met alors en œuvre la procédure d'arbitrage et désigne donc un arbitre. Mais le franchisé, doutant de l'impartialité de ce dernier, refuse de désigner à son tour un arbitre, paralysant ainsi

⁹⁰ Thomas CLAY, L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable, source de l'exigence, l'impartialité du juge et de l'arbitre étude de droit comparé édition bruylant bruxelles 2006.

l'arbitrage. La société PRODIM a en effet saisi le juge d'appui par une demande en désignation d'arbitre afin de parfaire la constitution du tribunal arbitral. Le franchisé, maintenant ses doutes, demande alors au juge d'appui d'enjoindre à la société PRODIM de communiquer le nombre des arbitrages relatifs à des litiges nés de contrats de franchise ou d'approvisionnement dans lesquels elle avait déjà désigné par le passé l'arbitre qu'elle vient à nouveau de désigner dans leur présent litige. Le juge d'appui, confirmé en son ordonnance⁹¹ par la cour d'appel⁹², fait droit aux demandes, y compris celle de l'injonction. La société PRODIM se pourvoit alors en cassation sur le fondement des articles 1444 et 1463 de l'ancien code de procédure civile ; saisi d'une demande en désignation de l'arbitre d'une partie, le juge d'appui ne peut, selon elle, sans excéder ses pouvoirs tirés de ces deux articles, ni examiner l'indépendance de l'arbitre choisi par l'autre partie, ni ordonner une mesure préparatoire à une instance en récusation. En effet, la cour de cassation rejette le pourvoi face à des doutes sur l'indépendance de l'arbitre et face au refus de la société PRODIM de donner les informations sollicitées, renvoyant soit à une demande de récusation en début de procédure arbitrale, soit à un éventuel recours en annulation contre la sentence, et le juge d'appui peut ordonner ainsi une mesure préparatoire dans la mesure où il a précisément pour mission de résoudre les difficultés de constitution du tribunal

⁹¹ Trib. com. Paris, 26 juill. 2004.

⁹² CA Paris, 10 fév. 2005.

arbitral de manière à ce que cette juridiction soit investie de la confiance des parties⁹³.

176. Dans cette même perspective, on s'aperçoit que la loi ainsi que la jurisprudence favorise un contrôle étendu du juge sur la procédure arbitral et qui va être détaillé par la suite.

⁹³ Bertrand BAHEU-DERRAS, Les pouvoirs du juge d'appui sur l'impartialité des arbitres Publié le 13 novembre 2006, Le Bulletin d'information de la Cour de Cassation n° 649 du 1^{er} novembre 2006 arrêt du 20 juin 2006 de la Première Chambre Civile. Blog du centre Inter-universitaire d'arbitrage, de médiation et d'expertise CIAM.

B- Interventions du juge comme contrôleur de la procédure arbitrale

177. Synthétisant le lien entre l'arbitre et le juge, Philippe Fouchard affirmait, il y a presque 35 ans, qu' « entre le juge et l'arbitre, il semble manifestement que la méfiance ait disparu; à la place de la rivalité, s'est établie la coexistence, et cela sans que de la part du juge, il n'y ait de volonté de "récupération" ou dépit; le juge a laissé s'épanouir l'arbitrage, mais, il s'est réservé le pouvoir de le contrôler. »⁹⁴.

178. C'est un véritable partenariat entre justice publique et privée auquel on assiste depuis des décennies... On insiste en particulier sur l'encadrement de l'intervention des juridictions étatiques en cours de procédure arbitrale.

179. Le juge d'appui exerce, de façon incidente, un certain contrôle sur l'arbitrage, mais il s'agit en fait d'un contrôle sur la convention d'arbitrage qui ne peut lui servir de prétexte pour porter atteinte à l'autonomie de la procédure arbitrale⁹⁵.

⁹⁴ LOTFI CHEDL INCIDENCE DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES SUR L'INSTANCE ARBITRALE ouv Le juge et l'arbitrage Sous la dir. de S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux éditions A.Pedone 2014

⁹⁵ Ahmed OUERFELLI, Le juge du contrôle de l'arbitrage, revue de la jurisprudence et de la législation n°1 53eme année janvier 2011 page10.

180. Le contrôle qu'exerce le pouvoir judiciaire sur l'arbitrage vise essentiellement l'arbitrabilité du litige, le respect des droits de la défense et l'ordre public ainsi que la formalité de la sentence et sa rectification. C'est un contrôle aussi nécessaire pour le développement de l'arbitrage.

a) Le contrôle du respect de l'ordre public, l'arbitrabilité du litige, la formalité de la sentence et du respect des droits de la défense

1-L'ordre public

181. La jurisprudence clarifie le contrôle du respect de l'ordre public, en adoptant une conception très restrictive du contrôle des sentences arbitrales par le biais de l'exception d'ordre public (en exigeant que cette violation soit flagrante, effective et concrète), et réduit en effet le rôle du juge à un simple contrôle formel de la sentence.

182. Suivant la motivation donnée par la cour d'appel de Paris dans l'affaire Thalès, la Cour de cassation, depuis l'arrêt SNS c/ Cytec, restreint le contrôle « au caractère flagrant, effectif et concret de la violation de l'ordre public international » pour la reconnaissance ou l'exécution de la sentence. L'opportunité de cette solution est controversée. Le risque est tout de même que le

contrôle étatique des sentences ne se transforme en un très simple contrôle !⁹⁶

183. En effet, selon cette jurisprudence, la violation doit tout d'abord être effective. Ceci signifie que les violations purement formelles, sans réelles conséquences ne pourront donner lieu à l'annulation. Les tribunaux se refusent ainsi à sanctionner une erreur de droit sans réelles conséquences, ce qui paraît cohérent si l'on admet que le contrôle du juge ne porte pas sur le raisonnement suivi par l'arbitre, mais sur les conséquences de l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique du for.

184. La violation doit en second lieu être concrète. S'il peut être difficile pour le juge d'évaluer si l'impact de la violation dans l'ordre du for justifie ou non de sanctionner la sentence, son analyse devrait s'appuyer sur les objectifs poursuivis par la règle d'ordre public dont la violation est alléguée. Ainsi, si une partie est condamnée à payer des dommages intérêts pour rupture abusive d'un contrat contraire au droit de la concurrence, le résultat concret de la sentence n'aura pas d'effet hors de la sphère des parties, ce qui justifierait que la sentence ne soit pas annulée, l'objet de la règle étant d'éviter les distorsions de concurrence sur un marché identifié. Au contraire, si le Tribunal ordonne à une partie de poursuivre un contrat ayant des effets anticoncurrentiels, la sphère strictement contractuelle se trouve dépassée et l'atteinte à la concurrence possible, justifiant ainsi l'annulation de la sentence.

⁹⁶ Magali Boucaron-Nardetto Gazette du Palais, 28 décembre 2013 n° 362, L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage. P 18.

185. Le troisième adjectif retenu par jurisprudence nous semble en revanche beaucoup plus contestable. L'exigence que la violation soit flagrante pour justifier la censure implique que le contrôle soit nécessairement limité. L'affaiblissement de l'intensité du contrôle est net si l'on considère par cet adjectif qu'une violation n'apparaissant pas de façon manifeste dans le corps de la sentence, ne devrait pas être sanctionnée. Cette exigence d'un contrôle restreint de l'ordre public va de pair avec le refus formulé par la Cour suprême, d'étendre le contrôle au-delà d'une certaine limite. Dans l'affaire Cytec, elle se contente ainsi du constat que les arbitres ont fait application du droit communautaire⁹⁷.

186. Par ailleurs, on touche là à l'une des questions actuellement les plus débattues de la matière, opposant un courant dit « minimaliste » à un courant « maximaliste », ces deux courants s'opposant sur la question de l'étendue du contrôle.

187. Selon le premier courant, le principe de la prohibition de la révision au fond interdirait au juge de l'annulation ou de l'exequatur de réviser au fond le raisonnement suivi par les arbitres, même si l'objectif est de rechercher si l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique du for aboutit à un résultat contraire à l'ordre public. Le contrôle de l'ordre public se réduirait ainsi à un examen minimal visant à vérifier si l'arbitre a

⁹⁷ « L'arrêt retient qu'en annulant le contrat de fourniture de 1993, contraire à l'article 81 du Traité CE (...), le Tribunal arbitral a fait application du droit communautaire de la concurrence », « la Cour d'appel a procédé — dans les limites de ses pouvoirs, c'est-à-dire sans révision au fond de la sentence arbitrale — au contrôle des sentences au regard des règles communautaires de la concurrence ». 06-15.320 arrêt n°680 du 4 juin 2008 cour de cassation-première chambre civil.

mis en œuvre les règles d'ordre public, sans pour autant vérifier de quelle façon ces règles ont été mises en œuvre. Cette approche serait la seule cohérente si l'on considère les principes qui sont à la base de la reconnaissance de l'arbitrage par les États. Adoptée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt *Thalès* et admise par la Cour de cassation dans la présente affaire *Cytec*, c'est également celle adoptée dans un certain nombre de pays.

188. La seconde approche admet un contrôle beaucoup plus large de la sentence, en reprenant les moyens de fait et de droit du litige, afin d'opérer « une comparaison entre le résultat consacré par la sentence et celui auquel aurait abouti selon le juge, une application correcte » de la règle de droit. En effet l'impérativité de la règle d'ordre public, ou de la loi de police, autoriserait ainsi un contrôle éventuellement approfondi des éléments de droit et de fait du litige, cette démarche permettant seule de vérifier que le résultat concret découlant de la reconnaissance de la sentence n'est pas contraire à l'ordre public. C'est la position recommandée par l'Association de droit international dans sa résolution de 2002 (article 3.c).⁹⁸

189. Selon les tenants de cette approche, un examen seulement superficiel de la sentence aboutit à éradiquer tout contrôle de l'ordre public. Il est certain que, dans la plupart des cas, un seul examen superficiel de la sentence ne permettra pas de déceler une

⁹⁸ « Si la violation, alléguée par une partie, d'une loi de police du for ne peut être établie à la simple lecture de la sentence et ne deviendrait apparente que par un examen des faits du litige, la juridiction étatique devrait être autorisée à entreprendre ce nouvel examen des faits » résolution 2 /2002 3(c) arbitrage commercial international la 70ème conférence de l'Association du droit international tenue a new Delhi (inde) du 2au 6avril2002.

atteinte à l'ordre public. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'aucune des parties n'a soulevé, lors de la procédure arbitrale, la question de l'applicabilité d'une telle règle. La seule lecture de la sentence ne révélera rien si les parties n'ont pas attiré l'attention des arbitres sur l'existence de règles d'ordre public, ou si les arbitres ne les ont pas eux-mêmes relevées d'office. Il est vrai que le risque d'annulation ou de refus d'exequatur peut conduire l'arbitre à estimer nécessaire une telle application d'office.⁹⁹

190. D'ailleurs, la règle issue d'un ordre public réellement international n'est pas considérée par les arbitres et par les juges comme une règle de droit autosuffisante. S'il leur arrive de condamner une pratique ou un comportement au nom de cet ordre public, la sanction juridique est fondée sur une règle de droit d'origine étatique, cela se vérifie même lorsque l'arbitre et le juge se trouvent confrontés à des pratiques, telles la contrebande ou l'exportation fictive, la corruption transnationale et le trafic d'arme¹⁰⁰.

191. En particulier, et au début du XX^e siècle, certains tribunaux estimaient que les opérations de contrebande à l'étranger, si elle ne tombent pas sous l'application des lois répressives françaises, n'en sont pas moins réprouvées par la conscience publique. Une société n'ayant pour objet que des opérations de cette nature est

⁹⁹ MALAN Alexandre Petites affiches, 26 mars 2009 n° 61, P. 8, Droit de l'arbitrage L'introuvable critère du contrôle de l'ordre public par le juge de l'exequatur des sentences arbitrales (ou les suites de l'arrêt Thalès) (Cass. civ. 1re, 4 juin 2008).

¹⁰⁰ Alexandre court de FONTMICHEL, L'utilisation de la règle d'ordre public réellement international par l'arbitre et le juge, L'ARBITRE, LE JUGE ET LES PRATIQUES ILLICITES DU COMMERCE INTERNATIONAL université et éditions PANTHEON-ASSAS PARIS 2 2004, L.G.D.J page 102.

frappée d'une nullité radicale et absolue, aussi bien que les sociétés ayant pour objet la contrebande en France, les opérations de ce genre sont classées parmi celles ayant une cause illicite. D'autres décisions à l'inverse, considéraient notamment que l'exportation d'une marchandise en pays étranger où sa vente est prohibée ne constitue pas un acte de contrebande au regard de la loi française, si la circulation en est permise en France¹⁰¹.

192. En outre, les résolutions prises par le Conseil de sécurité des Nations Unies fondent un ordre public de droit international public, dont l'objectif est d'appréhender des relations privées fondées sur des contrats privés. Une problématique apparaît, s'agissant de l'arbitrabilité d'un litige affecté d'une sanction internationale. Deux difficultés surviennent alors, d'une part, au niveau de la constitution du tribunal arbitral, notamment lorsque les transferts de fonds sont restreints et d'autre part, avec la question de l'arbitrabilité même des litiges¹⁰².

¹⁰¹ La position du juge étatique directement saisi, L'ARBITRE, LE JUGE ET LES PRATIQUES ILLICITES DU COMMERCE INTERNATIONAL par Alexandre court de Fontmichel, université et éditions PANTHEON-ASSAS PARIS 2 2004, L.G.D.J page 110.

¹⁰² La confrontation entre l'arbitrage commercial et les résolutions prises par le Conseil de sécurité des Nations Unies, par le Professeur Mathias Audit, ,L'ordre public et l'arbitrage, colloque organisé par le CREDIMI, Dijon, 15 et 16 mars 2013, Cahiers de l'arbitrage, 01 juillet 2013 n° 3, P. 757.

2-L'arbitrabilité

193. La violation de la condition d'arbitrabilité entraîne évidemment la nullité de la convention d'arbitrage et des actes de la procédure indûment engagée. Tous les litiges ne seraient donc pas arbitrables dans un souci de préservation de l'ordre public. Les principaux arguments reposent sur la nécessité de protéger le plus faible (consommateurs ou salariés) mais aussi sur la prééminence de l'ordre juridictionnel étatique.

194. Concernant l'arbitrabilité du litige arbitral soumis au juge, la loi marocaine prévoit la non arbitrabilité des litiges relatifs aux droits personnels qui ne font pas l'objet de commerce à travers l'article 309 de la loi 08-05 et le code civil français (article 2060).

195. Ne sont pas arbitrables les litiges au profit desquels est organisée une attribution impérative de compétence juridictionnelle. Ainsi sont non arbitrables les litiges individuels du travail, ceux relatifs à l'application des règles du droit pénal, du droit des procédures collectives ou encore à la validité des brevets. Pour le contentieux des rapports individuels entre employeur et salarié, le droit français organise une compétence impérative au profit des juridictions prud'homales¹⁰³.

¹⁰³ Article L.1411-4 du Code du travail « Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite ».

196. Rappelons qu'en application des articles L 211-4 et R 221-4 du COJF, le Tribunal de grande instance est compétent pour connaître de manière exclusive des contestations relatives à certaines matières notamment celles relatives au, état des personnes, mariage, filiation, adoption, déclaration d'absence, rectification des actes d'état civil, successions, amendes civiles encourues par les officiers de l'état civil, actions immobilières pétitoires et possessoires, récompenses industrielles, dissolution des associations, sauvegarde, redressement judiciaire et liquidation judiciaire lorsque le débiteur n'est ni commerçant ni immatriculé au répertoire des métiers, assurance contre les accidents et les maladies professionnelles des personnes non salariées en agriculture, droits d'enregistrement, taxe de publicité foncière, droits de timbre et contributions indirectes et taxes assimilées à ces droits, taxes ou contributions, baux commerciaux à l'exception des contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, baux professionnels et conventions d'occupation précaire en matière commerciale, inscription de faux contre les actes authentiques¹⁰⁴.

197. Dans cette même perspective, le droit français interdit en principe aux personnes morales de droit public de compromettre. Cette interdiction a pour origine la combinaison de deux articles de l'ancien Code de procédure civile de 1806 (obligation de communication de telles contestations au procureur de la République). En outre, des catégories d'établissements publics à

¹⁰⁴Arbitrabilité des litiges et compétence exclusive du juge étatique publié en 03/03/2011 par contact arbitrage. Arbitrage Médiation Conciliation Infos, le blog du CIAMEX sur les modes alternatifs de règlement des litiges.

caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre. (Article 2060 code civil). Cette interdiction est toujours en vigueur en matière d'arbitrage interne¹⁰⁵. En revanche, il est admis depuis longtemps qu'elle ne s'applique pas en matière d'arbitrage international.

198. Alors, malgré cette législation relative à l'arbitrabilité des litiges, le domaine de l'arbitrabilité en droit français apparaît plutôt étroit si l'on s'en réfère au droit positif. Il est strictement défini et la jurisprudence œuvre timidement pour son extension. Pourtant, de nombreux rapports ou études constatent les avantages qu'il y aurait à ouvrir cette voie.

199. Pourtant, en ce qui concerne le droit marocain, l'art 310 la loi 08-05, relative au droit de l'arbitrage, énonce que les contestations pécuniaires qui résulte des litiges relatifs aux actes unilatéraux de l'Etat, des collectivités locales ou autre organisme doté de prérogatives de puissance publique peuvent faire l'objet d'un compromis d'arbitrage à l'exception de celles concernant l'application d'une loi fiscale. L'article 327-23 de la loi 08-05

¹⁰⁵ L'Etat qui a créé un trust ayant la personnalité morale pour s'occuper d'un projet et qui, parallèlement et après la disparition de ce trust, continue de s'impliquer dans l'exécution du contrat et se comporte comme si le contrat litigieux était le sien, sans qu'il soit fait état d'actes accomplis par le trust, partie signataire, et qui, lors des négociations précontractuelles s'était déjà comporté ainsi, confirme que la création du trust était purement formelle, et qu'il était la véritable partie à l'opération économique. En conséquence, est infondé le moyen pris de ce que le tribunal arbitral a étendu à tort la clause d'arbitrage à cet Etat et s'est déclaré compétent. [2011/15] Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1), 17 février 2011, Gouvernement du Pakistan – Ministère des affaires religieuses c/ société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company ARBITRAGE INTERNATIONAL. — CLAUSE COMPROMISSOIRE INSÉRÉE DANS UN CONTRAT CONCLU PAR UNE ENTITÉ ÉTATIQUE DISTINCTE DE L'ÉTAT. *Revue de l'arbitrage* 2011 - N° 1.

alinéa3 énonce que la sentence concernant un litige auquel est partie une personne de droit publique doit être motivée.

200. D'ailleurs, le juge peut être amené à contrôler la formalité de la sentence avant même d'arriver à contrôler l'objet du litige arbitral, en effet, ce contrôle du respect des formalités des sentences conféré au juge n'est guère moins important du contrôle de l'arbitrabilité.

3-Formalité de la sentence

201. Le juge étatique en général et le juge d'exécution en particulier exercent un contrôle très limité sur la sentence qui lui est soumise. Il se contente de vérifier, d'une part qu'il s'agit bien d'une sentence arbitrale, et d'autre part, qu'elle n'est pas manifestement contraire à l'ordre public en matière d'arbitrage interne et à l'ordre public international en matière d'arbitrage international. Il n'a pas le pouvoir d'exercer un contrôle approfondi, ni de réviser la sentence au fond.

202. Ce contrôle, simple en apparence, présente de sérieuses difficultés. Par exemple Il est parfois difficile de distinguer une sentence d'un rapport d'expertise ou encore d'un simple avis, et le juge de l'exécution ne peut exercer un contrôle approfondi. Ensuite la sentence doit être prise par des arbitres investis de la mission de trancher un litige.

203. Le juge vérifie tout d'abord que le document qui est soumis est bien une sentence arbitrale, c'est-à-dire une sentence arbitrale respectant les conditions de fond et de forme légales, Il doit alors vérifier que la sentence arbitrale contient l'indication du nom des arbitres qui l'ont rendu, de sa date, ainsi que la signature des arbitres. Ces dispositions sont prescrites à peine de nullité par l'article 327-24 loi marocaine 08-05 / 1488 CPCF.

204. Par ailleurs, le juge est amené parfois à vérifier la formalité même de la clause arbitrale ou du compromis notamment en cas de contestations particulières sur leurs validités.

205. En particulier, la jurisprudence tunisienne notamment la Cour de Cassation a bien distingué la clause compromissoire du compromis. Elle a rappelé en effet que le code n'imposait d'indiquer l'objet du litige que pour le compromis et que cette exigence ne s'appliquait pas à la clause compromissoire. Mais, malheureusement dans un arrêt société Tanit international c/ Soget, la Cour d'appel de Tunis a confondu les deux notions et déclaré une clause compromissoire nulle car celle-ci ne désignait pas le nom des arbitres. La Cour de Cassation a aussi commis la même erreur dans un arrêt rendu le 7 janvier 2008, en considérant nulle une clause compromissoire qui n'indiquait pas le nom des arbitres¹⁰⁶.

206. Une autre question qui nous paraît pertinente, celle de la validité des clauses compromissoires professionnelles, est remarquablement tranchée par la rédaction actuelle de

¹⁰⁶ Arrêt n°12925, Revue de l'arbitrage international (Liban, en arabe), 2011 n°9, p. 355.

l'article 2061 du Code civil, qui est issue de la réforme importante en droit de l'arbitrage interne par la loi n° 2001-420, du 15 mai 2001, sur les nouvelles régulations économiques (NRE). Le principe d'invalidité énoncé par l'article 2061 du Code civil dans la version en vigueur depuis la loi du 5 juillet 1972 s'est en effet trouvé inversé. Dans sa rédaction antérieure, l'article disposait que « la clause compromissoire est nulle sauf s'il en est autrement disposé par la loi ». Cette nouvelle rédaction permet ainsi de considérer que la clause d'arbitrage est valable par principe, sous certaines conditions et exceptions qui peuvent contribuer à en élargir son domaine de validité comme à le restreindre.

207. En conséquence, cet amendement législatif a permis de rétablir un certain équilibre en droit de l'arbitrage interne en validant des clauses compromissoires conclues à raison d'une « activité professionnelle » qui n'étaient pas comprises dans le champ des anciens articles 631 et 631-1 du Code de commerce. En d'autres termes, la réforme aboutit à valider en droit interne de l'arbitrage les clauses compromissoires contenues dans certains actes mixtes, actes purement civils, à condition que le contrat dans lequel la clause est insérée ait été conclu « à raison d'une activité professionnelle ». Depuis 2001, des personnes physiques ou morales non commerçantes mais exerçant néanmoins une activité professionnelle peuvent avoir recours à l'arbitrage¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cécile LEGROS, Gazette du Palais, 13 août 2015 n° 225, P. 17, Actualité de la jurisprudence arbitrale, Gazette – *Clause d'arbitrage – cession de parts sociales – indépendance de l'arbitre*.

208. D'ailleurs, et en s'inspirant des lois internes et des pactes internationaux (Déclaration universelle des droits de l'Homme par ex) le juge doit vérifier également le respect du droit de la défense au cours de la procédure arbitrale et qui se manifeste généralement par la présence effectifs au cours des audiences arbitraux ou tout simplement par les notifications justes.

209. En effet, le contrôle du respect d'un droit universel en vigueur tel que le droit de défense domine d'une manière remarquable le droit applicable au déroulement de la procédure arbitrale.

4-Les droits de la défense

210. Toute bonne administration de la justice est tributaire du respect de principes juridiques fondamentaux que le tribunal arbitral est par conséquent tenu d'observer, notamment la préservation des droits de la défense¹⁰⁸.

211. Considère comme une revendication essentielle dans le cadre de la procédure arbitrale. Ce droit est atteint toute les fois où il n'y a pas selon les conventions d'annonce légales concernant la

¹⁰⁸ Mohammed DIYAA TOUMLILT, le respect de règles juridiques incontournables, Les contours restrictifs du procès arbitral DROIT DE L'ARBITRAGE, revue marocaine d'administration locale et de développement n° 119 édition 2014 page 342 éditeur Les éditions maghrébine Casablanca.

désignation de l'arbitre ou la procédure arbitrale et aussi le cas où il était impossible pour l'une des parties de présenter défense.

212. En outre, l'importance du principe précité dans la préservation des droits fondamentaux des parties à l'arbitrage, le législateur marocain l'a explicitement consacré. L'article 327-14, alinéa 7 du Code de procédure civile dispose en effet que «les parties à l'arbitrage doivent être avisées des dates des séances et des réunions que le tribunal arbitral décide de tenir et ce, au moins cinq jours avant la date qu'il fixe à cet effet ».

213. Il convient de signaler à cet égard que le respect du principe de la contradiction suppose, outre la convocation des parties, de mettre celles-ci en mesure de faire valoir leurs prétentions de fait et de droit, de connaître celles de l'adversaire et d'être à même de les discuter. En d'autres termes, rien de ce qui sert à fonder le jugement des arbitres ne doit échapper au débat contradictoire des parties¹⁰⁹.

214. Cependant, l'article 327-10 CPC confère aux arbitres une immense latitude dans la détermination des règles définissant les modalités de la procédure arbitrale. A titre d'exemple, ils ne sont pas tenus d'appliquer les dispositions établies pour les juridictions étatiques, sauf lorsque les parties en ont décidé autrement dans la convention d'arbitrage.

215. Mais cette large liberté n'est toutefois pas destinée à être exercée sans limite : la jurisprudence marocaine estime ainsi que

¹⁰⁹ Mohammed DIYAA TOUMLILT, Le respect des droits de la défense, la teneur du principe, DROIT DE L'ARBITRAGE revue marocaine d'administration locale et de développement n° 119 édition 2014 page 345.

le pouvoir d'organiser l'instance ne saurait induire la possibilité de porter atteinte aux droits de la défense, lesquels relèvent de l'ordre public. Autrement dit, «l'arbitrage étant une forme d'administration de la justice, toutes les règles tutélaires de celle-ci y trouvent leur application, et au premier chef la protection des droits de la défense»¹¹⁰.

216. La Cour de cassation marocaine a ainsi estimé que «le défaut de communication, à la partie adverse, d'un mémoire en réponse accompagné de pièces déterminantes, constitue une atteinte aux droits de la défense justifiant la cassation de l'arrêt attaqué».

217. En effet, cette Cour a récemment rendu un arrêt qui s'inscrit dans le droit fil de cette décision, dans lequel elle a considéré qu'il y a atteinte aux droits de la défense en cas de défaut de communication de notes en délibéré accompagnées de divers documents, dès lors que la Cour d'appel de commerce (de Marrakech) s'est fondée sur les pièces précitées pour asseoir sa conviction¹¹¹.

218. Néanmoins, une décision française à perturber en quelque sorte la primauté du respect de droits de défense, La Cour de cassation a jugé, dans une affaire Yukos c/ Tomskneft¹¹² où le défendeur non comparant à l'arbitrage prétendait ne pas avoir

¹¹⁰ Mohammed DIYAA TOUMLILT, le respect des droits de la défense, la teneur du principe, DROIT DE L'ARBITRAGE, revue marocaine d'administration locale et de développement n° 119 édition 2014 page 343.

¹¹¹ Les applications jurisprudentielles, DROIT DE L'ARBITRAGE Mohammed DIYAA TOUMLILT revue marocaine d'administration locale et de développement n° 119 édition 2014 page 348.

¹¹² Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 2014, n° 13-11745.

reçu l'ensemble des actes de la procédure, que l'absence de production aux débats des bons de remise de l'opérateur postal ne pouvait suffire à démontrer la violation du principe de la contradiction par l'arbitre et qu'il appartenait à la partie qui contestait avoir reçu les actes de procédure litigieux, de démontrer qu'elle ne les avait effectivement pas reçus. C'est un contrôle restreint, par le juge étatique, du respect du principe de la contradiction par l'arbitre.¹¹³.

219. L'étendue positive de l'immunité de la défense est, en revanche, plus difficile à cerner. La question a été discutée à plusieurs reprises à propos des juridictions d'instructions, ce qui a donné à la Cour de cassation l'occasion de poser en principe que l'immunité s'applique devant toutes les juridictions devant lesquelles les droits de la défense peuvent s'exercer¹¹⁴. C'est l'un des mérites des deux décisions commentées que de l'avoir rappelé dans les motifs cités ci-dessus, en reprenant à leur compte, pour les appliquer aux juridictions arbitrales, les motifs utilisés par la Cour de cassation à propos des juridictions d'instruction. On pourrait encore saluer le raisonnement juridique exprimé dans le troisième motif consacré à l'application de l'article 41 de la loi sur la presse¹¹⁵ « L'avocat défenseur d'un client devant une juridiction arbitrale ne saurait être traité différemment de l'avocat défenseur d'un client devant une juridiction étatique » et « l'article

¹¹³ Jérôme BARBET, Cahiers de l'arbitrage, 01 janvier 2015 n° 1, P. 57, Arbitrage, Le respect du principe de la contradiction par l'arbitre doit-il faire l'objet d'un contrôle plein ou restreint par le juge ? Par, Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 2014, Sté Yukos Capital c/ Sté Oktrytoye Aktsionernoye Obshestvo Tomskneft Vostochnoi Neftyanoi Kompanii, pourvoi n° 13-11745.

¹¹⁴ Cass. crim., 13 mai 1933, Bull. n° 111 ; Cass. crim., 23 décembre 1986, Bull. n° 391.

¹¹⁵ L'article 41 de la loi du 29 juillet 1881.

41 susvisé ne fait pas de distinction fondée sur la nature de la juridiction devant laquelle l'avocat s'exprime» dispose le jugement du 15 janvier 2001¹¹⁶.

220. Dans le même sens, le Tribunal de grande instance de Paris considère que la règle de l'immunité de la défense «peut être invoquée devant toute instance autre qu'étatique». Pour appliquer l'article 41 de la loi sur la presse à l'avocat plaidant devant une juridiction arbitrale, au même titre qu'à celui qui s'exprime devant une juridiction étatique, le jugement utilise la règle selon laquelle il est interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas¹¹⁷.

221. Par ailleurs, une fois les moyens de défenses sont consacrés, cela dégage une sentence arbitrale bien motivée. La sentence arbitrale marque en principe le terme de l'instance arbitrale parce qu'elle dessaisit l'arbitre. Cependant, il peut arriver que bien que la sentence soit rendue, qu'elle soit sujette à interprétation, ou qu'elle soit affectée d'erreurs ou d'omissions matérielles.

b) L'interprétation et la rectification des sentences :

222. En principe, la compétence pour statuer appartient d'abord aux arbitres. Cela peut aussi faire l'objet d'une intervention éventuelle

¹¹⁶Trib. inst. Paris (VIII^e arr.), 15 janvier 2001, Rev. arb. 2001.183.

¹¹⁷ Pierre PIC, La liberté de parole de l'avocat dans la procédure arbitrale, Gazette du Palais, 06 juin 2002 n° 157, P. 42.

du juge étatique. Il ne peut néanmoins intervenir que si certaines conditions sont réunies.

223. En effet, les tribunaux français ont la possibilité de rectifier une erreur à l'occasion d'une instance en annulation, le juge restituant alors à la sentence son sens réel.

224. Toutefois, le tribunal arbitral, ou le juge compétent dans l'Etat-partie ne doit, sous couvert de rectification ou d'interprétation, procéder à une modification de la sentence. Le problème est majeur quand il s'agit d'une omission. Il peut s'agir d'une omission mineure, c'est-à-dire notamment celle où le tribunal a calculé le montant des dommages et intérêts sans le porter sur le dispositif de la sentence, dans cette hypothèse, le juge étatique est naturellement compétent pour statuer. Mais lorsqu'il s'agit d'une omission portant sur un chef de demande que le tribunal n'a pas considéré dans la sentence, nous pensons que le juge étatique doit surseoir à statuer¹¹⁸.

225. L'interprétation d'une norme permet de dégager son sens exact lorsqu'il est peu clair ou que sa portée est imprécise notamment dans son champ d'application. L'interprétation de la sentence ne sera nécessaire que si elle est sous forme de dispositif et souffre d'une ambiguïté telle que les parties peuvent légitimement diverger sur sa signification. Certains pensent que l'obscurité éventuelle des motifs n'appelle pas une action en interprétation.

¹¹⁸NGUEGUIM LEKEDJI Francis, LES COMPETENCES DU JUGE ETATIQUE DANS L'ARBITRAGE OHADA Mémoire en vue de l'obtention du Master Contentieux et Arbitrage des affaires, Maîtrise en Droit des Affaires et de l'Entreprise Sous la direction de : Dr AtangchoNji AKONUMBO.

226. En cas d'interprétation effective de la sentence, celle-ci fait désormais partie intégrante de la sentence initiale. Il existe plusieurs types d'erreurs pouvant affecter une sentence arbitrale notamment une erreur de calcul dans le total général des dommages-intérêts. Cette erreur peut soulever de sérieux problèmes dans la mesure où une partie se trouve condamnée à payer une somme supérieure à celle qui correspond à la volonté du tribunal arbitral.
227. Selon l'article 327-30 (loi marocaine numéro 08-05), la demande en vue de rectifier ou d'interpréter la sentence suspend l'exécution et les délais de recours jusqu'à la notification de la sentence rectificative ou interprétative.
228. La sentence ainsi rendue est considérée comme partie intégrante de la sentence initiale. Conformément aux articles 327-34 du CPC marocain et 1502 NCPC français, le recours en révision est ouvert dans les mêmes cas et les mêmes conditions que pour un jugement.
229. D'ailleurs, plusieurs législations ont tendu à harmoniser, dans toute la mesure du possible le recours en matière internationale avec celui en matière interne. L'innovation française importante, en matière de rectification d'erreur matérielle ou de requête en omission de statuer (art. 1485), les rédacteurs ont opté pour une limitation du temps donné aux parties pour formuler ces demandes (trois mois à compter de la notification de la sentence) et de celui imparti au tribunal pour rendre sa décision (trois mois à compter de sa saisine) (art. 1486). Cette exigence a le mérite

d'offrir une certaine sécurité juridique à la procédure et de raccourcir le délai au terme duquel la sentence sera définitive¹¹⁹.

c) La renonciation à l'arbitrage

230. Les parties peuvent valablement renoncer à l'exécution d'une convention d'arbitrage¹²⁰ et décider de recourir au tribunal étatique normalement compétent¹²¹. La renonciation à la compétence arbitrale est parfaitement valable d'autant plus que la clause compromissoire n'est pas d'ordre public¹²². La renonciation vaut pour tous les effets de la clause compromissoire¹²³. En principe, la renonciation émane de la partie à l'arbitrage. Elle peut également venir de son représentant. Mais, dans ce dernier cas une autorisation spéciale est nécessaire. En effet, le droit de renoncer à l'arbitrage ne peut résulter du droit de l'accepter¹²⁴.

231. La renonciation peut être expresse mais aussi résulter de manière tacite de la volonté ou de l'attitude des parties. Par exemple, une partie ayant refusé de participer à l'arbitrage initié par l'autre, celle-ci prenant acte de ce refus et renonçant à

¹¹⁹ Pierre DUPREY, présentation du nouveau décret sur l'arbitrage, *L'arbitrage : Principes et pratiques*, Les cahiers du conseil national des barreaux année 2011.

¹²⁰ Chr. J.-Y. GARAUD et C.H. de TAFFIN, *Cass. civ. 1e*, 7 juin 2006 *Rev. arb.* 2006 p 983.

¹²¹ *Cass. lib. civ. 1e*, 4 juillet 1968, *IDREL*, p 174.

¹²² *Beyrouth* 26 décembre 1967, *IDREL*, p 4.

¹²³ *Cass. civ. 1e*, 23 janvier 2007, *Rev. arb.* 2007, p 290.

¹²⁴ *Beyrouth* 3e ch., arrêt n°1628, 24 octobre 2000, *Rev. lib. arb.* 2002 n°24 p30.

l'arbitrage, peut choisir de saisir la juridiction étatique¹²⁵. Ainsi, en est-il encore, lorsque l'une des parties saisit le tribunal judiciaire d'une action en annulation de la clause et l'autre partie acquiesce. Il en est de même, lorsque le défendeur ne soulève pas devant le tribunal judiciaire l'exception d'incompétence et présente ses conclusions au fond¹²⁶. Cependant, cette renonciation doit résulter de la volonté commune et bilatérale des deux parties en cause¹²⁷.

232. Ainsi, si l'une seule des parties renonce à l'arbitrage en saisissant le tribunal judiciaire, ce dernier doit se déclarer incompétent lorsque la partie adverse exprime régulièrement son attachement à la clause compromissoire (Cass. lib. civ., 1e, 8 avril 1964, IDREL, p 92).

233. La question majeure est de savoir si le juge judiciaire peut constater la renonciation à peine de commettre un excès de pouvoir ? La jurisprudence reconnaît expressément un tel pouvoir au juge qu'il s'agisse d'une renonciation expresse ou tacite¹²⁸. En outre, le juge judiciaire peut se saisir de l'affaire si la convention

¹²⁵ Cass. civ. 1re, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. Sté American bureau of shipping et autres*, Bull. civ., I, n° 287.

¹²⁶ C. CHAMPAUD et D. DANET. Paris 25e ch., A, 10 janvier 2003, RTD com 2003, p. 314.

¹²⁷ J. ROBERT Paris 15 décembre 1954, D. 1955, 2, 208, note; JCP G 1965, 2, 8675 obs. P. HEBRAUD; Lyon 24 avril 1969, DS 1970, somm. com. 9.

¹²⁸ M. – L. NIBOYETHOEGY. Cass. civ. 1e, 9 octobre 1990, Bull., I, n°205, p. 147 ; Rev. arb., 1991, p 305, note.

est entachée d'une nullité manifeste (Art. 1458 CPC fr), ou d'inapplicabilité manifeste¹²⁹.

234. Cependant, la renonciation peut être parfois de stricte interprétation. Ainsi, le refus de compromettre ne signifie pas nécessairement refus de l'arbitrage et renonciation à la clause. Il peut tout simplement être motivé par un désaccord entre les parties sur les conditions du compromis. De même, la comparution des parties à l'instance arbitrale exclut toute renonciation ou toute résiliation de la clause compromissoire¹³⁰. Par ailleurs, si le litige concerne en partie une tierce personne à l'arbitrage, les litigants peuvent transiger avec le tiers sur cette partie du litige ; une telle transaction n'emporte pas extinction de l'obligation de compromettre engageant les parties au conflit principal¹³¹. La divisibilité du litige justifie une telle solution.

¹²⁹- FADY NAMMOUR DROIT ET PRATIQUE DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL, « renonciation à l'arbitrage » page 89-90 Troisième édition juillet 2009, Bruylant delta l.g.d.j

¹³⁰Beyrouth 3e ch., 17 avril 2003, Rev. lib. arb. 2003 n°26 p61.

¹³¹Cass. lib. civ. 5e, arrêt 143, 20 novembre 2004, Rev. lib. arb. 2003 n°26 p 41.

d) La déclaration obligatoire auprès du ministère public marocain

235. L'article 321 de la loi 05-08 a énoncé une tutelle préalable du ministère public auprès des cours d'appel sur le tribunal arbitrale, et cette article dispose ce qui suit « les personnes physiques qui, habituellement ou par profession, exercent des missions d'arbitre, soit de manière individuelle, soit au sein d'une personne morale dont l'arbitrage est l'un de ses objets sociaux doivent en faire la déclaration auprès du procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle elles résident ou dans le ressort de laquelle se trouve le siège social de la personne morale. Après examen de leur situation, le procureur général délivre un récépissé de la déclaration et inscrit les intéressés sur une liste des arbitres près la cour d'appel concernée ».

236. D'après cette formule d'obligation ; le législateur a obligé les arbitres qui exercent leurs fonctions habituellement de se déclarer auprès du procureur général de roi. Et selon des spécialiste en la matière ; cette déclaration a pose un ensemble de problématiques et entraves au principe de l'indépendance de la procédure arbitrale.

237. Premièrement la condition de « habituellement » comme fondement de la déclaration est un peu ambiguë, et le nombre de fois d'exercice pour devoir déposer la déclaration pose une problématique ; est ce deux ou trois fois malgré que quelques cour d'appels exigent un minimum de deux sentences élaborées

par un arbitre pour devoir ou plutôt pouvoir être déclaré et notamment la cour d'appel de Casablanca¹³².

238. Et deuxièmement une étape d'inscription succède l'étape de déclaration en passant obligatoirement par une procédure d'étude de la situation de l'arbitre sans préciser quelle est la nature de situation à étudier ;est ce la situation juridique de l'arbitre notamment la capacité civile ou sa situation professionnelle que doit être examinée.

239. Et troisièmement le législateur marocain n'a guerre précisé la nature juridique de cette décision prise par le procureur général et les voix de recours applicables.

240. Cette décision peut être vue comme une décision administrative passible de recours devant le tribunal administratif comme elle peut être considérée comme décision judiciaire.

241. En outre le législateur a utilisé le mot « doivent » sans préciser les peines encourues en cas de cas d'omission, et cela entraine une ambiguïté certaine que le législateur peut corriger par la suite.

242. Et il faut rappeler que dans le cadre d'application des dispositions de l'article 321 une directive du ministre de la justice à été adressée aux différents présidents des cours d'appels et les procureurs généraux de roi afin d'unifier les modalités

¹³² Meriem ABBASSI et Nasser BELAID et Karim BENMOUSSA, le rôle de la justice dans la procédure arbitrale série de mémoires de fin se stage des juges par numéro 3 ministère de justice haute institut de justice page 35

d'applications et l'obligation de les associer aux différents débats en la matière au niveau des chambres parlementaires¹³³.

243. Deux orientations ont été soulignée à travers cette directive ; la première et de créer une liste d'arbitres avec leurs noms et adresse et professions pour faciliter aux présidents des tribunaux les modalités de désignations selon les articles 327-4 et 327-5 en tant que juges d'appui.

244. Cette obligation de déclaration qui incombe à l'arbitre se dirige infiniment vers le renforcement du statut du juge comme juge de sanction à l'encontre de la procédure arbitrale.

¹³³ Directive numéro 12-2 datée de 11-02-2009 « www.justice.gov.com ».

Chapitre 2 : Le juge de sanction

245. Il est clair qu'en matière d'arbitrage, que ce soit interne ou international, le recours aux questions préjudicielles est à la fois une nécessité, puisque l'arbitre n'a pas d'imperium, mais aussi, un danger pour la survie de cette justice ou du moins pour son efficacité du fait que ces questions risquent de greffer sur le procès arbitral un autre procès devant les juges étatiques et risquent d'aboutir du fait des suspensions à des pertes de temps considérables¹³⁴.

246. Si la convention arbitrale confère à l'arbitre la possibilité d'adopter toutes sortes de mesures en vue de garantir les droits et les obligations des parties au cours de la procédure d'arbitrage, c'est parce que les parties, en application de l'autonomie de la volonté, en ont décidé ainsi. Et cette situation se trouve renforcée dans le cas de l'arbitrage administré puisqu'il en est ainsi établi dans la plupart des règlements. Le problème est que l'arbitre, face au refus d'une des parties d'exécuter la mesure qu'il a prescrite, n'a pas de pouvoir de sanction. C'est un lieu commun assez fréquent de dire que l'arbitre est titulaire d'un « pouvoir théorique » pour décider la mesure, mais qu'il est incapable de la

¹³⁴ LOTFI CHEDLY, incidence des questions préjudicielles sur l'instance arbitrale, le juge et l'arbitrage Sous la dir. de S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux éditions A.Pedone 2014.

prendre de façon efficace à cause des particularités qui caractérisent la procédure d'arbitrage¹³⁵.

247. L'arbitrage se trouve ainsi placé en position d'infériorité chaque fois que le code impose le recours au juge et il n'est parfait que par le recours à la justice étatique, seule dotée d'un pouvoir de contrainte qui manque aux arbitres. L'arbitrage est aussi placé en position d'infériorité parce que certaines matières procédurales sont jugées trop importantes pour relever de la compétence des arbitres¹³⁶, notamment le statut ils sont exclus de statuer sur le fond en cas de recours en annulation de la sentence, suspendus en cas de poursuites pénales corolaires et dans plusieurs cas détaillés ci-après où l'arbitre est totalement dépassé.

248. D'ailleurs, les juges étatiques peuvent et même doivent veiller à examiner scrupuleusement le bien-fondé des demandes par-devant eux introduites, et ne pas hésiter à sanctionner avec vigueur les manœuvres dilatoires quitte à condamner la partie agissant de mauvaise foi à des dommages-intérêts conséquents au titre de l'abus de procédure. On peut toutefois légitimement s'interroger sur la cause plus profonde de cette surenchère contentieuse. Un début d'explication se trouve sans doute dans le fait que, au fil du temps, les arbitres ne sont plus uniquement saisis de litiges strictement contractuels et opposant des parties en leurs seules qualités de créancier et de débiteur d'une obligation,

¹³⁵JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, « Efficacité processuelle de la convention à l'égard de l'activité judiciaire » page 161.

¹³⁶ Revue de l'arbitrage 2009 n°1

mais se retrouvent également saisis de l'impact social du contrat, voir même d'un délit.¹³⁷

249. D'ailleurs et dans l'absolu, le juge étatique pourrait aussi réviser la décision de l'arbitre sur le fond du litige.

¹³⁷Alexandre DE FONTMICHEL, Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2010 n° 2, P. 407.

A- L'intervention du juge touchant le fond de la sentence arbitrale

250. Les conditions procédurales qui gouvernaient l'intervention et la décision de ce juge, désigné par la doctrine, puis par la jurisprudence, comme «juge d'appui», étaient de nature à garantir aux parties l'obtention rapide d'une décision ayant force de chose jugée au fond.

251. Certes lui accorder une telle prérogative équivaut simplement à une négation pure et simple de l'arbitrage lui même, car celui ci n'a pu se développer que depuis la consécration du principe de l'autonomie de l'arbitrage, qui signifie que le juge ne peut pas rejuger le litige et doit se limiter aux deux fonctions basiques ci-dessus citées. Par ailleurs, la révision au fond de la sentence arbitrale est considérée comme une voie de sanction¹³⁸.

252. D'ailleurs, en principe, les mesures conservatoires n'empiètent en rien sur le fond de la sentence rendue par les arbitres. Mais certaines mesures notamment le dépôt d'une provision intervient en quelque sorte sur l'appréciation du fond de la sentence¹³⁹. C'est pour cela que la jurisprudence exige souvent les conditions

¹³⁸ Ahmed OURFELLI, Les perspectives d'évolution du droit de l'investissement et de l'arbitrage, laboratoire de Droit et des relations internationales des marchés et des négociations (DRIMAN) actes de colloques du 18 et 19 octobre 2012, page129.

¹³⁹ L'art.7 De la loi 53-95 marocaine instituant les tribunaux de commerce prévoit que le tribunal de commerce peut allouer une provision lorsque la créance est établie et qu'elle ne fait pas l'objet d'une contestation sérieuse.

d'urgence et de la non constitution du tribunal arbitral. Puisque les mesures conservatoires ordonnées par le juge ont des effets considérables sur les procédures arbitrales et le tribunal arbitral ne peut ni annuler, ni suspendre, ni confirmer une telle mesure qu'il n'a pas prononcée.

253. Le juge des référés peut même en l'absence d'une demande au fond accorder une provision au créancier qui l'a saisi quand l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable et il peut aussi d'office subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie.

254. De plus, de notre part, on peut cerner l'ampleur de l'intervention du juge touchant le fond de la sentence outre, les cas de certaines mesures conservatoires, en deux axes notamment le fait que l'arbitre est exclu du recours en annulation de la sentence et ensuite la règle juridique qui stipule que l'incompétence du juge ne peut être soulevée d'office (l'effet négatif du principe compétence-compétence) tout en développant bien sûre cette intervention du juge étatique.

a) L'arbitre exclu du recours en annulation

255. En principe, les voies de recours contre les sentences arbitrales ne constituent pas l'un des principes-clés de la mise en œuvre de l'arbitrage. Toutefois, les voies de recours restent ouvertes dans les législations sur l'arbitrage¹⁴⁰ et ont souvent des impacts sur le déroulement de la procédure arbitrale. Sur le fondement de l'immunité découlant du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, la jurisprudence française a exclu que l'arbitre puisse participer de quelque manière que ce soit au recours en annulation intenté contre la sentence qu'il a rendue. Il semble pourtant que le juge de l'annulation et les parties pourraient bénéficier des éclaircissements que l'arbitre pourrait fournir, ce qui est confirmé par le droit comparé de l'arbitrage, dont l'étude montre que nombreux systèmes juridiques étrangers admettent que l'arbitre puisse contribuer à l'instruction du recours en annulation. L'arbitre peut-il, à sa demande ou à la demande des parties intéressées, fournir son concours à l'instance ayant pour objet le contrôle de la sentence qu'il a rendue ? Pour un praticien de l'arbitrage, la question pourrait sembler rhétorique tellement il est acquis depuis longtemps en droit positif que l'arbitre ne saurait être ni partie, ni témoin au recours en annulation.

¹⁴⁰IDRISSI AMRAOUI Sidi Mohammed, le rôle du juge dans l'exécution des sentences arbitrales Séminaire : Justice et affaires commerciales, programme Athènes, du 12 au 15 Novembre 2007.

256. Pourtant, de nombreux griefs d'annulation de la sentence arbitrale admissibles devant le juge français n'ont pas trait à l'exercice par l'arbitre de son pouvoir juridictionnel, si bien qu'il n'est pas possible d'exclure la possibilité du concours de l'arbitre sur le seul fondement d'obligations de confidentialité auxquelles il est tenu ou du secret du délibéré qui sont des arguments qui seraient de nature à empêcher la communication de certains documents et informations en leur possession seulement. L'éventuelle insuffisance des règles qui président à l'instruction de l'instance peut d'ailleurs aboutir à un résultat opposé et permette dans certains cas l'annulation de sentences pour griefs qui peuvent finalement ne pas être réelle. Le concours de l'arbitre à l'instruction semble donc potentiellement utile afin d'identifier des vices de la sentence, mais également pour tenter de la sauver face aux attaques qu'elle peut subir de la part d'une partie mécontente de l'issue de la procédure arbitrale.

257. Il n'est peut-être pas hasardeux d'inclure dans cette catégorie les cas d'annulation d'une sentence arbitrale fondés sur le défaut d'indépendance de l'arbitre. Sans qu'il soit, dans cet article, nécessaire de retracer l'important débat actuellement en cours en France sur cette question, il est permis de s'interroger sur la pertinence du fait d'avoir des débats judiciaires sur un prétendu défaut d'indépendance de l'arbitre sans que celui-ci puisse être entendu par le juge du contrôle sur un sujet qui le concerne pourtant directement et sur lequel il peut apporter des éléments importants en vue de la manifestation de la vérité. Il faut pourtant admettre que le choix que semble faire la jurisprudence française d'une appréciation de l'indépendance d'un arbitre, ou son défaut, à

la lumière de critères de plus en plus abstraits, tels que le recours au concept de « doute raisonnable », prive de toute utilité les éclairages concrets qui pourraient être apportés par l'arbitre dont le défaut d'indépendance est allégué.

258. Le droit français peut toutefois surprendre lorsque l'on rencontre des décisions judiciaires annulant une sentence pour défaut d'indépendance objective d'un arbitre, sans permettre d'apporter la preuve contraire de l'indépendance concrète ou même affirmant que le juge du contrôle a la conviction de la plus complète probité de l'arbitre dont l'indépendance est mise en doute. Ainsi que l'affirmait le Professeur Philippe Fouchard dans son article fondateur intitulé le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française¹⁴¹.

259. En effet, le droit français de l'arbitrage s'oppose non seulement à permettre que les arbitres participent (de façon volontaire ou forcée) en tant que parties à l'instance en annulation contre la sentence, mais également en tant que témoins afin d'éclairer le juge saisi du contrôle de la sentence qu'ils ont rendue. La participation de l'arbitre à l'instance en annulation en tant que partie a été explicitement exclue par la Cour d'appel de Paris¹⁴² lorsqu'elle a considéré que : « selon les règles d'ordre public auxquelles est soumis le recours en annulation d'une sentence arbitrale, l'instance ne peut viser que la sentence, et non l'arbitre, qui n'est pas partie dans ce débat, et dont seulement la

¹⁴¹ « Juge dans l'instance arbitrale, l'arbitre ne peut être partie lors des procédures judiciaires ultérieures dirigées contre sa sentence », « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Revue de l'arbitrage*, 1996, pp. 325-372.

¹⁴² Affaire Frydman c/ L'Oréal le 9 avril 1992.

responsabilité pourrait, le cas échéant, être recherchée, mais par une procédure autonome, obéissant à d'autres règles ». Le fait de considérer comme recevable le témoignage de l'arbitre ou plus généralement de permettre sa participation à la procédure de recours contre la sentence qu'il a rendu ne signifie par pour autant qu'aucune limite n'est fixée à cette participation, même lorsqu'elle est volontaire. C'est à cet égard que la condition de l'arbitre en tant qu'instance juridictionnelle et sa protection à travers le principe d'immunité refont surface¹⁴³.

260. S'il est aisé de justifier le bien fondé de l'exclusion de l'arbitre pour contribuer au fond du litige judiciaire, pareil constat ne s'impose pas avec évidence pour le juge qui statue sur le fond de la sentence.

b) Le juge statue sur le fond de la sentence :

261. L'article 327-37 de la loi marocaine énonce : «Lorsque la juridiction saisie d'un recours en annulation annule la sentence arbitrale, elle statue au fond dans la limite de la mission de l'arbitrage, sauf volonté contraire de toute les parties». Ce texte admet le pouvoir d'évocation de la cour d'appel. En principe les juges d'appel, non seulement peuvent, mais doivent statuer au

¹⁴³ Andrea PINNA & Augustin BARRIER, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2012 n° 2, P. 295. Arbitrage L'arbitre et le recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue Approche critique du droit français à la lumière du droit comparé.

fond dans les limites de la mission des arbitres, comme s'ils avaient été saisis d'un appel.

262. Le législateur marocain devient un peu sombre lorsqu' il a abrogé l'article 321 de code de procédure civil des années 1974 qui stipulait que « Le président du tribunal de première instance ou le Premier président de la cour d'appel saisi de la requête n'a, en aucune manière, à examiner le fond de l'affaire ; il doit, toutefois, s'assurer que la sentence arbitrale n'est pas affectée d'une nullité d'ordre public, notamment pour violation des dispositions de l'article 306 ».

263. La jurisprudence marocaine adoptait également le même principe¹⁴⁴. Les dispositions du nouveau décret français de janvier 2011 stipulent clairement dans l'article 1490 que « L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence. La cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral ». Quant à l'autorité de la décision du juge d'appui, l'alinéa 2 de l'article 1460 précise que « la demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé », montrant ainsi clairement que cette instance n'est pas une instance de référé, mais une instance au fond et qu'en conséquence le juge d'appui prononce des ordonnances qui ont autorité de chose jugée au fond. A cet égard, il est important de relever que les conséquences de l'intervention du juge d'appui sont bien différentes de celles qui résultent de l'institution d'arbitrage. Celle-ci ne rend pas une décision juridictionnelle, mais seulement contractuelle fondée sur la volonté des parties.

¹⁴⁴ Arrêt n°157 du 1996/01/18 dossier n°95/1177 chambre commerciale (non publié).

Aussi, la solution retenue par l'institution ne saurait avoir autorité de la chose jugée et le débat pourra donc reprendre au fond devant le juge étatique dans le cadre d'un recours en annulation¹⁴⁵.

264. Certains ont en effet prétendu que l'annulation de la sentence emportait anéantissement de la convention d'arbitrage, à défaut de volonté contraire des parties. D'autres ont soutenu que lorsque la Cour d'appel statue sur le fond, elle anéantit la convention d'arbitrage, alors dépourvue d'objet. L'argument s'appuie sur le droit commun des obligations : le contrat devient caduc si son objet disparaît ou s'il devient impossible à réaliser. Selon ce raisonnement, la convention d'arbitrage dont l'objet consiste à soumettre le litige à un arbitre- deviendrait caduque, dès lors qu'une fois la sentence annulée, il incombe au juge de l'annulation (et non plus à un arbitre) de statuer au fond.

265. Contrairement à ce que l'on a pu prétendre, la convention d'arbitrage survit à l'annulation de la sentence. L'autonomie matérielle de la convention n'est en effet plus à démontrer, au point que l'on s'est même demandé si cette convention ne serait pas immortelle.

266. Du principe d'autonomie résulte l'immunité de la convention d'arbitrage contre l'annulation de la sentence. De fait, l'annulation de la sentence n'entraîne pas la caducité de la convention d'arbitrage. Quant à l'argument relatif à la disparition de l'objet de

¹⁴⁵Charles JARROSSON et Jacques PELLERIN, LE DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE APRES LE DECRET DU 13 JANVIER 2011, revue de l'arbitrage 2011 p 25.

la convention, il suffit de reprendre les propos du Professeur Eric Loquin pour se convaincre de son inefficacité: le pouvoir du juge de statuer au fond dans les limites de la mission de l'arbitre institue «un véritable arbitrage judiciaire. ... la convention¹⁴⁶d'arbitrage garde bien un objet: organiser devant la Cour d'appel une procédure d'arbitrage judiciaire»¹⁴⁷.

267. D'ailleurs, lorsqu'un recours est exercé contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence internationale ou contre la sentence elle-même, l'étendue du contrôle exercé par le juge sur celle-ci varie en fonction du grief invoqué, parmi ceux qui sont énumérés par l'article 1520 du Code de procédure civile . Ainsi, le contrôle du respect de l'ordre public international est superficiel, le juge doit seulement s'assurer que l'exécution ou la reconnaissance de la sentence ne heurte pas, de manière flagrante, effective et concrète, l'ordre public, et doit s'abstenir de vérifier que les arbitres ont correctement apprécié les droits des parties au regard des règles d'ordre public invoquées. l'exclusivité accordée à l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence n'est que temporaire. Une fois que l'arbitre s'est prononcé sur ce point, par une sentence partielle ou par une sentence vidant aussi le litige au fond, le juge devient pleinement compétent pour se prononcer sur la compétence de la juridiction arbitrale. Pourtant, les juges du fond ne distinguent pas toujours les deux cas de figure, comme le révèlent les deux premiers arrêts rapportés, qui cassent des arrêts

¹⁴⁶ CPC, art. 1448 ; avant la réforme, art. 1458

¹⁴⁷ Laure Bernheim-Van de Castele Préface de Thomas Clay, LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'ARBITRAGE, Les fondements de l'obligation du juge de l'annulation de se conformer à la mission de l'arbitre .1ere édit Bruylant page377.

d'appel ayant refusé de vérifier la pertinence du raisonnement par lequel les arbitres s'étaient déclarés compétents¹⁴⁸.

268. Sachant tous que, dès que le juge judiciaire constate la présence d'une convention d'arbitrage, il lui revient de s'abstenir de se prononcer sur toute demande qui serait portée devant lui. Mais ce principe de compétence-compétence se heurte malheureusement à des limites.

***c) L'incompétence du juge ne peut être soulevée d'office
(l'effet négatif du principe compétence-compétence) :***

269. L'article 1448 du CPC français affirme que le juge étatique doit se déclarer incompétent. Le texte ménage toutefois une exception qui repose sur deux conditions cumulatives notamment le juge de l'état peut se prononcer lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et que la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

¹⁴⁸ Denis MOURALI, Cahiers de l'arbitrage, 01 janvier 2012 n° 1, P. 167, Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : quelques précisions et illustrations

270. Pourtant, on constate que l'obstacle mis à la compétence éventuelle de la juridiction de l'état n'est pas automatique, cette dernière ne peut relever d'office son incompetence. Aussi, la vérification de la saisine actuelle du tribunal arbitral et le contrôle de la validité et de l'applicabilité de la convention ne pourront être exercés que si l'une des parties conteste la compétence du juge de l'état¹⁴⁹.

271. Selon l'article 1448 nouveau du Code de procédure civile, lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction étatique, celle-ci se déclare incompétente sur l'exception d'incompétence soulevée devant elle mais sans qu'elle puisse elle-même soulever d'office son incompetence. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

272. En effet, l'incompétence soulevée devant le juge étatique obéit au régime de l'exception d'incompétence fixé par le Code de procédure civile. Elle doit donc être relevée avant les défenses au fond et les fins de non-recevoir¹⁵⁰. Par conséquent, le plaideur qui conclut au fond devant le juge étatique ne devrait pas, ensuite, être recevable à invoquer la convention d'arbitrage dans un deuxième jeu d'écritures.

273. Cependant, l'article 1448, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile apporte une exception au principe d'incompétence de la juridiction étatique, à deux conditions cumulatives « si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est

¹⁴⁹Yves Strickler, *Arbitres et juges internes, l'arbitrage questions contemporaines* textes réunis par Yves Strickler page 62 éditeur l'harmattan 26 JUIN 2012.

¹⁵⁰Cass. 2^e civ., 22 nov. 2001, n° 99-21.662, Bull. civ. II, n° 168.

manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». Sur la réserve de nullité ou d'inapplicabilité manifestes¹⁵¹.

274. De même, Il arrive que l'intervention du juge suspende ou permet de statuer définitivement sur le déroulement de la procédure arbitrale, notamment en cas de poursuites pénales corollaires, et d'une procédure d'exéquatur non contradictoire, sans oublier également le cas des ordonnances du juge d'appui non susceptible d'appel et du non examen du juge d'appui des demandes d'incidents procédurales en cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage.

¹⁵¹ Voir la jurisprudence antérieure et notamment, Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2006, n° 05-11.591, Bull. civ. I, n° 337; Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, n° 03-19.838, Bull. civ. I, n° 366.

B-L'intervention du juge suspendant ou statuant définitivement sur le déroulement de la procédure arbitrale.

275. L'intervention du juge peut suspendre la procédure arbitrale normalement en déroulement notamment le cas de poursuites pénales corollaires, ou statue définitivement dans certains cas sans contradictoire et dégage en effet une ordonnance non susceptible d'appel.

a) Suspension de la procédure arbitrale en cas de poursuites pénales corollaires.

276. L'extension du domaine matériel de l'arbitrage oblige les arbitres à se prononcer sur des comportements des parties qui ne relèvent plus uniquement de la sphère contractuelle. Cela n'est pas tout. L'on assiste également à une dégradation de l'esprit de l'arbitrage, phénomène très justement dénoncé par Bruno Oppetit dans sa « Théorie de l'arbitrage », lorsqu'il écrivait : « l'arbitrage, par les affrontements sans concessions auxquelles il donne lieu à travers des procédures de plus en plus complexes (...) apparaît souvent aujourd'hui moins comme un facteur d'apaisement que

comme la continuation de la guerre par d'autres moyens (...)»¹⁵². Et justement, le droit pénal offre aux plaideurs de nouvelles armes pour mener à bien leurs batailles et tenter d'influencer l'issue de la procédure arbitrale¹⁵³.

277. La question de savoir si la règle «Le criminel tient le civil en l'état» est applicable à l'arbitrage a toujours suscité une attention particulière dans le milieu de l'arbitrage. Il faut dire que l'enjeu est considérable tant le mécanisme s'avère, en pratique, susceptible de perturber le fonctionnement de l'institution. Réputée, à tort ou à raison, pour sa célérité, la voilà qui se verrait stoppée en plein déroulement chaque fois que serait engagée une procédure pénale susceptible d'influencer l'issue du litige, induisant par voie de conséquence toutes sortes de comportements dilatoires. L'inquiétude suscitée par cette perspective est apparue d'autant plus forte que la règle du sursis n'est pas universelle, -en sorte que son application inconditionnelle en France pourrait affaiblir la place de Paris comme siège d'arbitrage international. En réalité, cette inquiétude semble aujourd'hui devoir être en grande partie apaisée¹⁵⁴.

278. La règle du sursis à statuer posée à l'article 4 C. proc. pén a toujours été considérée comme une épine plantée au cœur du droit de l'arbitrage. En raison de son caractère impératif et de la facilité avec laquelle sont susceptibles d'être entamées en France

¹⁵² B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, Puf, 1998, p. 15.

¹⁵³ Alexandre DE FONTMICHEL *Procédure pénale et arbitrage commercial international : quelques points d'impact*, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2012 n° 2, P. 309.

¹⁵⁴ David CHILSTEIN *DROIT PENAL ET ARBITRAGE*, La règle « le criminel tient le civil en l'état » *Revue de l'arbitrage* 2009 n°1 page45.

les procédures pénales (par voie de constitution de partie civile), cette règle est apparue comme étant de nature à rendre potentiellement inefficace le recours même à l'arbitrage¹⁵⁵.

279. Cette règle « le criminel tient le civil en l'état » énoncée à l'article 4 du Code de procédure pénale en offre un parfait exemple puisqu'elle impose à une juridiction civile saisie en réparation du préjudice causé par une infraction, de sursoir à statuer en attendant la décision de la juridiction pénale saisie de l'action publique. Or, dans sa rédaction antérieure à la loi no 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale¹⁵⁶, le sursis à statuer avait été étendu par la jurisprudence à toutes les actions de nature civile dès lors que la décision pénale était susceptible d'influer sur la solution du procès civil sans distinguer entre les actions civiles tendant à la réparation du dommage causé par l'infraction, et les « autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient ». Étant pour leur part incompétents pour connaître d'une infraction pénale, les arbitres pourraient en théorie sursoir à statuer dès lors qu'une question d'ordre pénale se pose et risque d'influencer la solution de la sentence arbitrale. Mais là encore, il ne faudrait pas qu'une partie instrumentalise la saisine des juridictions pénales dans l'unique but d'obtenir un sursis à statuer et partant, de paralyser l'instance arbitrale.

¹⁵⁵ David CHILSTEIN, DROIT PENAL ET ARBITRAGE, La règle « le criminel tient le civil en l'état » L'endigement de la règle par la jurisprudence Revue de l'arbitrage 2009 n°1 page46.

¹⁵⁶ JO, 6 mars 2007, no 55, p. 4206

280. Il convient dès lors d'examiner comment la règle posée à l'article 4 du Code de procédure pénale est accueillie par l'arbitrage. En matière d'arbitrage interne, celui-ci étant rattaché à l'ordre juridique étatique et ne présentant pas de ce fait le degré d'autonomie de l'arbitrage international, l'arbitre doit respecter la règle posée par l'article 4 du Code de procédure pénale au même titre que le juge étatique et dans les mêmes conditions, à savoir l'obligation de faire droit à une demande de sursis à statuer¹⁵⁷.

281. Par conséquent, ni l'existence d'une clause compromissoire ni la saisine de l'arbitre n'empêchent le recours aux juridictions répressives¹⁵⁸. L'efficacité d'un tel recours nécessite d'une part, la réunion des éléments matériel et intentionnel du délit allégué¹⁵⁹ et, d'autre part, que l'objet du litige pénal soit différent de l'objet du litige arbitral¹⁶⁰. En revanche, si l'objet du litige est le même ou a des incidences sur le litige arbitral, il appartiendra à l'arbitre de le constater et de surseoir à statuer dans la mesure où le contentieux pénal ne peut, en principe, relever de la clause compromissoire¹⁶¹. Jugé que seul le juge judiciaire est compétent pour connaître du faux en écriture¹⁶²¹⁶³.

¹⁵⁷ Alexandre DE FONTMICHEL, *Cahiers de l'arbitrage*, 01 avril 2010 n° 2, P. 407. Arbitrage, les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique.

¹⁵⁸ V. D. CHILSTEIN, *Arbitrage et droit pénal* Rev. arb. 2009 p 3.

¹⁵⁹ Cass. lib. crim., 6e, arrêt n°32, 23 janvier 2004, Rec. crim. Sader 2004 p82.

¹⁶⁰ Cass. lib. crim. 6e, arrêt n°25, 5 novembre 2003, Rev. Cassand. 2003/11 p 159.

¹⁶¹ Cass. lib. crim. 3e, arrêt n°17, 15 janvier 2003, Rev. Cassand. 2003/1/ p 107.

¹⁶² Cass. lib. civ. 4e, 8 juillet 2004, *Al Adl* 2006 p 1518.

¹⁶³ FADY NAMMOUR, *DROIT ET PRATIQUE DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL*, Troisième édition juillet 2009 « compétence des juridictions répressives » page 89, bruylant delta l.g.d.j

b) Procédure d'exequatur non contradictoire :

282. En France, l'exequatur est accordé ou refusé sans l'ouverture d'un débat contradictoire entre les parties¹⁶⁴.

283. La demande d'exequatur n'est qu'une simple formalité effectuée par voie de requête. La forme de celle-ci est simplifiée. Elle se limite en effet à l'apposition, par l'avocat du demandeur, en tête de la sentence dont l'exequatur est sollicité. Le souci d'atténuer le formalisme se retrouve également en matière de délivrance de l'exequatur : alors qu'antérieurement l'exequatur devait être inscrit sur l'original de la sentence arbitrale (ancien art. 1478), il est désormais prévu que cette décision pourra être mentionnée, si l'original de la sentence n'est pas produit, sur une copie de la sentence, « réunissant les conditions nécessaires à son authenticité » (art. 1487 et 1488). De telles dispositions, qui existaient déjà dans l'ancien droit en matière d'arbitrage international (ancien art. 1499), auront non seulement pour effet de faciliter l'exécution des sentences arbitrales, mais également de ne pas faire peser sur les greffes la charge de conserver les originaux des sentences arbitrales, ce qui est de nature à nuire à la circulation de la sentence et d'entraîner une lourde charge financière pour l'Etat en cas de perte de l'original.

¹⁶⁴ Sophie CREPIN, LES SENTENCES ARBITRALES DEVANT LE JUGE FRANÇAIS, 1995, collection LGDJ. biblio de droit privé tome 249. préface de Philippe Fouchard.

284. En outre, le décret indique expressément que la procédure relative à la demande d'exequatur est dénuée de tout caractère contradictoire (art. 1487, al. 2), explicitant en cela les dispositions de l'ancien article 1477, telles qu'interprétées par la jurisprudence. Il précise enfin que l'exequatur peut être refusé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public, consolidant ainsi une pratique constante en la matière¹⁶⁵.

285. Le caractère non contradictoire de la procédure rend illusoire tout contrôle véritable par le juge de l'exequatur. Ce dernier, gardien de l'ordre public national et international et prisonnier de l'argumentation d'une seule partie, doit statuer à l'aveuglette. Il ne peut en effet se fonder que sur les éléments transmis par le demandeur à l'appui de sa requête.

286. Or, ce n'est certainement pas celui qui sollicite l'exécution de la sentence arbitrale qui va communiquer au juge les éléments permettant de démontrer l'existence d'une violation de l'ordre public international. Avant l'adoption du décret du 13 janvier 2011, cette automaticité de l'exequatur des sentences arbitrales était tempérée par le caractère suspensif de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur. C'était parce que le contrôle pouvait être opéré par la cour d'appel avant toute exécution que la procédure de première instance pouvait déroger à la règle du contradictoire. L'article 17 du Code de procédure civile précise d'ailleurs qu'une mesure ne peut être ordonnée à l'insu d'une

¹⁶⁵Emmanuel GAILLARD et Pierre de LAPASSE, le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international (1), - 20/01/2011 recueil Dalloz n°3.

partie que dans l'hypothèse où celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief¹⁶⁶.

287. D'ailleurs, depuis l'entrée en vigueur du décret du 13 janvier 2011, un nouvel article 1526, inséré dans le Code de procédure civile et valable tant pour les sentences rendues en France que pour les sentences rendues à l'étranger, supprime l'effet suspensif de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur. Le rapport au Premier ministre relatif au décret du 13 janvier 2011 précise clairement qu'une telle modification a été voulue pour éviter les recours dilatoires exercés par des parties de mauvaise foi. Il s'agit donc de mettre fin à ce que la doctrine a pu qualifier d'« instrument dilatoire de premier ordre »¹⁶⁷. L'exercice d'une voie de recours n'interrompt ainsi plus l'exécution de la sentence arbitrale. Tout au plus la partie qui souhaiterait obtenir la suspension de l'exécution peut-elle saisir le premier président de la cour d'appel ou le conseiller de la mise en état, afin que cette exécution soit arrêtée ou aménagée. Cette suspension ne peut être accordée qu'à condition que l'exécution de la sentence soit « susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties » (CPC, art. 1526, al. 2). La réforme de 2011 a ainsi verrouillé la procédure, pour empêcher les recours dilatoires et pour

¹⁶⁶ Jean-Pierre Mignard et Benoît Huet, le caractère non contradictoire de la procédure d'exequatur, exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure contradictoire, Gazette du Palais, 07 septembre 2013 n° 250, P. 10.

¹⁶⁷ J. BEGUIN « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage international, à propos du décret du 13 janvier 2011 » : JCP G 2011, p. 467.

contraindre la partie qui succombe à exécuter la sentence arbitrale en toutes circonstances¹⁶⁸.

288. Pourtant au Maroc, la pratique jurisprudentielle a exigé le respect d'une procédure contradictoire au niveau des procès d'exequatur. Cette caractéristique de la pratique marocaine trouve son fondement essentiellement dans les respects des droits universels des parties ayant eu préjudice de l'exequatur d'une sentence nulle ou contraire à l'ordre public marocain ou parfois qui a entravé totalement au droit de défense de l'une des parties lors de la procédure arbitrale.

289. Par conséquent, une procédure contradictoire nous paraît nécessaire surtout après cette réforme française récente, puisqu'il demeure constant que les décisions du juge d'appui ne sont pas susceptibles de recours sauf celles qui refusent la désignation pour nullité manifeste ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage et pour lesquelles l'appel est recevable.

c) Ordonnance du juge d'appui non susceptible d'appel :

290. En principe, l'ordonnance notamment par laquelle le juge d'appui désigne un arbitre n'est pas susceptible de recours, sauf en cas d'excès de pouvoir. Aux termes d'un arrêt rendu le 19

¹⁶⁸ Jean-Pierre Mignard et Benoît Huet Le caractère non suspensif de l'appel formé contre l'ordonnance d'exequatur, Exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure contradictoire, Gazette du Palais, 07 septembre 2013 n° 250, P. 10.

décembre 2012, la Cour de cassation rappelle que l'ordonnance par laquelle le juge d'appui désigne un arbitre n'est pas susceptible de recours, sauf en cas d'excès de pouvoir¹⁶⁹.

291. En outre l'article 1499 prévoit l'impossibilité de faire appel à l'encontre de l'ordonnance qui accorde l'exequatur, le seul recours possible dans ce cas étant l'appel ou le recours en annulation à l'encontre de la sentence. En revanche, il est toujours possible de faire appel à l'encontre du refus opposé par le juge étatique à délivrer un exequatur. Dans ce cas, la réforme a été l'occasion de préciser que, dans le cadre de cet appel, les parties pourraient former appel ou un recours en annulation à l'encontre de la sentence arbitrale si le délai pour l'exercer n'est pas expiré (art. 1500).

292. Cependant, en application de la théorie prétorienne de l'appel-nullité, il est toujours possible de frapper d'appel une décision fondée sur un excès de pouvoir commis par le juge. En revanche, le régime de l'appel est simplifié. L'appel qui devait être effectué sous forme de contredit a été remplacé et soumis à la représentation obligatoire. Le délai est donc désormais d'un mois (art.538) et court à compter de la signification de l'ordonnance. Cet Appel a un effet suspensif et sera instruit et jugé selon les articles 900 et suivants du CPCF. L'appel-nullité suivra un régime identique¹⁷⁰.

¹⁶⁹Cass. civ. 1, 19 décembre 2012, n° 11-10.535, Bulletin 2012, I, n° 264.

¹⁷⁰Charles JARROSSON et Jacques PELLERIN, LE DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE APRES LE DECRET DU 13 JANVIER 2011, revue de l'arbitrage 2011 p 26.

293. En application de l'ancien article 1444 alinéa 3 du code de procédure civile (comme aujourd'hui le nouvel article 1455 du code de procédure civile résultant du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011), les ordonnances du juge d'appui (président du tribunal de grande instance ou président du tribunal de commerce si la clause compromissoire le prévoit) peuvent être frappées d'appel lorsqu'elles refusent de procéder à la désignation d'un arbitre pour l'une des causes prévues à l'article 1444 alinéa 3 dudit code. Le nouvel article 1455 prévoit désormais, outre la convention d'arbitrage manifestement nulle, la convention manifestement inapplicable (et plus seulement insuffisante). Les appels contre ces ordonnances de refus doivent respecter les formes du contredit de compétence selon les dispositions de l'article 82 du code de procédure civile. Ainsi, l'appel des décisions par lesquelles le président du tribunal de grande instance ou le président du tribunal de commerce refuse de désigner un ou des arbitres pour une des cause prévues à l'article 1444 alinéa 3 du code de procédure civile doit être formé, instruit et jugé comme en matière de contredit de compétence. Lorsque le juge d'appui accède en revanche à la demande de désignation, les textes ne disent rien, et la jurisprudence admet que l'appel-nullité est recevable en cas d'excès de pouvoir. En cette hypothèse, c'est également la procédure du contredit qui est applicable (délai, dépôt au greffe, motivation du contredit)¹⁷¹.

294. Dans l'hypothèse où une partie ne serait plus recevable à former appel ou un recours en annulation à l'encontre de la

¹⁷¹Michel. ROUX, APPEL DE L'ORDONNANCE DU JUGE D'APPUI EN MATIERE D'ARBITRAGE, le 07/03/11, blog avocats.

sentence arbitrale, ou qu'elle ne solliciterait pas une telle demande, elle pourrait, selon nous, toujours solliciter la confirmation du refus de délivrer l'ordonnance d'exequatur sur l'un des motifs du recours en annulation. Les motifs de refus de délivrance de l'exequatur ne sont en effet pas limitativement énumérés par l'article 1488 et la jurisprudence a toujours considéré qu'un refus d'exequatur pouvait être opposé pour d'autres motifs que celui de la contrariété à l'ordre public, par exemple la méconnaissance manifeste des stipulations de la clause compromissoire par les arbitres ⁴¹ ou encore dans l'hypothèse où la sentence est incompatible avec une décision irrévocable portant sur le même objet entre les mêmes parties¹⁷².

295. En effet, si la clause compromissoire est manifestement nulle, ou insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation.

d) Le non examen du juge d'appui des demandes d'incidents procédurales en cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage.

296. Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le

¹⁷²Emmanuel GAILLARD, le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, ÉTUDES ET COMMENTAIRES CHRONIQUES, page181.

président le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation¹⁷³. En effet cette sanction législative conférée au juge se joue principalement en cas de défaut d'un écrit ou de son insuffisance manifeste.

297. Dans une affaire complexe, aux ramifications multiples, un arbitre a été désigné par un mandataire ad hoc, lui-même nommé par une ordonnance sur requête dont la validité fut contestée et qui a été, ensuite, rétractée par le juge. La question se posait alors de savoir si le contrat d'arbitre entre cet arbitre et les parties avait ou non été conclu. Le 22 septembre 2010, le tribunal de grande instance de Paris a retenu sa compétence propre. On peut être entendu avec cette position ; car si l'on décompose la situation juridique, on se situe en réalité ici en amont des difficultés de constitution du tribunal arbitral pour lesquelles le juge d'appui est compétent en l'état des conditions du recours au tribunal arbitral¹⁷⁴.

298. La loi assigne à l'écrit la fonction d'une formalité solennelle, c'est à dire, pour la validité même de la clause compromissoire, ce qui constitue une dérogation au principe selon lequel le contrat se forme solo consensus. Le défaut de l'écrit est sanctionné par la nullité de la clause. Cette nullité est relative et n'est encourue que si l'une des parties entend s'en prévaloir et n'accepte pas l'arbitrage.

¹⁷³ Art 1446 NCPCF.

¹⁷⁴ Yves STRICKLER, arbitres et juges internes, l'arbitrage questions contemporaines, textes réunis par Yves strikler, page 65 éditeur l'harmattan 26 JUIN 2012.

299. La clause compromissoire peut être souscrite dans “un document auquel le contrat se réfère” relève l’article 763 NCPC libanais. Il consacre donc expressément et rend valable la clause compromissoire par référence.

300. La référence peut ne pas être explicite. La jurisprudence exige que la référence ne soit pas énigmatique ou équivoque et qu’elle permette d’affirmer que la partie à qui elle est opposée en ait effectivement eu connaissance.

301. A cet effet, la Haute Cour décèle une telle connaissance de l’existence de relations d’affaires habituelles entre les contractants¹⁷⁵.

302. Le domaine d’application de la clause compromissoire est limité aux matières commerciales à l’exclusion des matières civiles s’il n’en est disposé autrement par La loi¹⁷⁶ n°2001-420 du 15 mai 2001¹⁷⁷ appliquée à toute clause compromissoire fût-elle conclue antérieurement¹⁷⁸ a enlevé une grande part de son intérêt en matière d’arbitrage à la distinction entre les matières civile et commerciale. Depuis cette loi, l’article 2061 du code civil dispose : « Sous réserve des dispositions législatives

¹⁷⁵B. MOREAU E. de RUSQUEC, Cass. civ. 2e, 21 janvier 1999, Gaz. Pal., Rec 2000 somm. p 2018, J. n°288, 14 octobre 2000, p 11, note E. de RUSQUEC ; v. aussi Cass. com. 15 juillet 1987, Rev. arb. 1990, p 627; Cass. civ. 11 octobre 1989, ibid 1990, p 134 cité par B. MOREAU.

¹⁷⁶ Cass. civ. 2e, 28 septembre 2000, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm p 859, J. n°123, 3 mai 2001, p. 50.

¹⁷⁷ Ch. JARROSSON, Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 : JCP G 2001, I, 333 ; Ph. FOUCHARD, La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001, Rev. arb 2001 p 397s.

¹⁷⁸ Cass. civ. 1e, 22 novembre 2005, JCP G 2005, II-10015 note E. CORNUT; V. L. WEILLER, L'application dans le temps de l'article 2061 du code civil, Gaz. Pal. Rec. 2005, doct. p. 982, j. n°118, 28 avril 2005 p 11.

particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Le premier critère de validité est donc désormais le point de savoir si le contrat contenant la clause compromissoire a été conclu à titre professionnel ou non. Si l'activité concernée est professionnelle pour les deux parties, la règle de l'article 2061 du code civil se suffit à elle-même et la clause compromissoire est valable notamment la clause insérée dans les statuts pour les contestations survenant entre associés d'une société de professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé pour raison de leurs sociétés¹⁷⁹. Si l'activité concernée n'est professionnelle que pour l'une des parties, la clause compromissoire n'est valable que si cette validité repose sur une autre raison. Il peut en être ainsi par application de l'article L 411-4 du code de commerce français si l'acte incluant la clause compromissoire est commercial par la forme. La distinction entre les actes civils et les actes commerciaux retrouve alors son utilité¹⁸⁰¹⁸¹.

303. En effet, une convention des parties valable peut-elle aller plus loin en accordant à l'un des intéressés le droit de régler unilatéralement la situation juridique devenue litigieuse ? Une telle possibilité existe puisque, sauf cas particuliers, la jurisprudence ne tient pas pour illicite « cet acte de justice privée

¹⁷⁹ GUEVEL, Cass. com. 5 octobre 1999, Gaz. Pal. 6-8 février 2000, 2, note.

¹⁸⁰ A. MOURRE, Sur l'effet de la réforme sur le droit des sociétés, l'impact de la réforme de la clause compromissoire sur les litiges relatifs aux sociétés, Cahiers de l'arbitrage 2002, p 22s.

¹⁸¹ FADY NAMMOUR, DROIT ET PRATIQUE DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL, Troisième édition juillet 2009 CONDITIONS DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE, page 78 et 79 bruylant delta l.g.d.j.

que constitue la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit, ou pacte commissoire exprès » ¹⁸² Les parties à un contrat peuvent-elles malgré tout décider de soustraire leur litige à un règlement juridictionnel ? La réponse est affirmative dans un certain nombre de cas ¹⁸³ analysés à travers la deuxième partie de cette thèse.

¹⁸²CA Paris, 19 juin 1990, D. 1991, jur, p. 515, note Picod Y.

¹⁸³Grignon P., L'obligation de ne pas agir en justice, Mél. Mouly C., t. II, Litec, 1998, p. 115.

PARTIE 2 : LES LIMITES DE L'INTERVENTION DU JUGE SUR LA PROCEDURE ARBITRALE

304. Arbitres et juges internes, un débat pertinent a été suggéré de savoir si des deux, l'un était meilleur que l'autre. Notamment j' invoque la pensée de Victor Hugo sur la justice: « La justice, une vieille à peau de parchemin qui tient une balance à faux poids dans sa main qui réponds à ce nom thémis quand on l'appelle et qui loge à côté de la Saine Chapelle »¹⁸⁴.

305. Idéalement, l'arbitrage pourrait se passer du juge. Ph. Fouchard, traitant du même sujet en 1979, remarquait que « l'immense majorité des arbitrages n'est jamais en relation avec le juge étatique. Lorsqu'un tribunal judiciaire est saisi d'un arbitrage, à quelque niveau de la procédure que ce soit, c'est que l'arbitrage n'a pas pu fonctionner correctement, naturellement »¹⁸⁵. L'arbitrage permet en principe de soustraire le litige à la justice étatique. Réintroduire le juge, c'est tout simplement dénaturer l'arbitrage, et faire échec à la volonté des parties.

¹⁸⁴ Yves Strickler, arbitres et juges internes, l'arbitrage questions contemporaines textes renunis par Yves strikler page57 éditeur l'harmattan 26 JUIN 2012.

¹⁸⁵ ERIC LOQUIN, LE JUGE ET L'ARBITR ouv Le juge et l'arbitrage Sous la dir. de S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux, éditions A.Pedone 2014.

306. Il faudra remarquer également que l'annihilation progressive des pouvoirs du juge de contrôle constitue un rêve pour les défenseurs d'un arbitrage totalement autonome, qui répondrait selon cette doctrine, aux attentes légitimes des parties, qui veulent, en effet, échapper à la justice étatique et sa rigueur. Toutefois, les détracteurs de cette théorie considèrent qu'il s'agit d'un risque à maîtriser. Car, selon eux, un arbitre non contrôlé est une menace tant aux principes de justice et d'équité que pour l'ordre public, donc à la souveraineté étatique¹⁸⁶.

307. D'ailleurs, la politique de déjudiciarisation tend à se développer pour des motifs tant économiques (insuffisances du système judiciaire à absorber le traitement des litiges) que sociologiques (recherche d'une dédramatisation du conflit)¹⁸⁷.

308. En outre, l'arbitrage présente plusieurs vertus qui le distinguent de la justice étatique. En effet, célérité, confidentialité et spécialisation sont des facteurs très recherchés par les opérateurs économiques, lesquels trouvent ou croient trouver dans l'institution d'arbitrage un fabuleux moyen d'éviter les innombrables lacunes et insuffisances dont la procédure judiciaire est émaillée. Afin que l'arbitrage puisse offrir les avantages auxquels aspirent les litigants, le législateur marocain a octroyé au tribunal arbitral une large liberté juridictionnelle, de manière à ce que celui-ci ait la possibilité de statuer en toute autonomie, et d'ordonner toute mesure qui lui paraîtrait

¹⁸⁶ Ahmed OUERFELLI, le juge fantôme rêve ou cauchemar, le juge du contrôle de l'arbitrage, REVUE DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA LEGISLATION N°1 53ème ANNEE JANVIER 2011 page 23.

¹⁸⁷ L'arbitrabilité d'un litige « Arbitrage Médiation Conciliation infos posté en 28/02/2011 par contact arbitrage.

indispensable à la conduite efficiente de l'instance et à la reddition d'une sentence juste et équitable¹⁸⁸.

309. En effet, l'extension du pouvoir juridictionnel conféré aux arbitres est un sujet qui ne cesse de donner lieu à des débats sérieux entre, d'un côté, les partisans d'une conception restrictive, voire par moments réfractaire à l'arbitrage, qui refusent de reconnaître à ce dernier une quelconque dimension juridictionnelle et, d'un autre côté, les tenants d'une vision diamétralement opposée, qui soutiennent fermement que l'institution d'arbitrage présente les mêmes vertus et caractéristiques que la justice étatique, et que «l'arbitre est un juge, comme une juridiction de l'Etat», ce qui justifie amplement, en définitive, de lui accorder les prérogatives dévolues à celle-ci¹⁸⁹.

310. On insiste en particulier sur l'encadrement de l'intervention des juridictions étatiques en cours de procédure arbitrale. C'est surtout que pour l'assistance et l'appui de l'arbitrage que le juge public intervient. La priorité est sans doute à l'arbitre.

311. En effet, l'arbitre est un juge, et même un juge à part entière. Il doit donc être indépendant et impartial comme n'importe quel juge. Puisque personne ne doute que le juge judiciaire doit être

¹⁸⁸ Mohammed DIYAA TOUMLILT Les limites à la liberté juridictionnelle du tribunal arbitral, DROIT DE L'ARBITRAGE, revue marocaine d'administration locale et de développement n° 119 page 341 éditions 2014.

¹⁸⁹ Mohamed Diyaa TOUMLILT et Ahmed Alaa TOUMLILT, le droit de l'arbitrage au Maroc, l'extension du pouvoir juridictionnel conféré au tribunal arbitral, revue marocaine d'administration locale et du développement édit 2014 page 223.

indépendant et impartial. Personne ne saurait douter que l'arbitre doit l'être également. La jurisprudence française rappelle souvent que « L'indépendance est de l'essence de la fonction juridictionnelle »¹⁹⁰.

312. En conséquence, le droit d'arbitrage s'échappe dans plusieurs cas de l'assistance et du contrôle du pouvoir judiciaire vers une indépendance complète et manifeste.

313. Les différents acteurs, et surtout les défenseurs de l'indépendance de la procédure arbitrale, ont travaillé pour générer un processus juridique qui renforce en quelque sorte l'immunité de la justice arbitral et qui dégage une procédure efficace en tant que t'elle. Cette immunité peut émaner d'un acte purement consensuel où peut s'étendre à un cadre juridique et législatif.

¹⁹⁰ Thomas CLAY, L'Indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable, ouvr l'impartialité du juge et de l'arbitre étude de droit compare page 199.

Chapitre1 : Les limites provenant de la volonté des parties

314. Sachant tous que l'accord de recours à l'arbitrage peut être énoncé soit par une " clause compromissoire " ou par un « compromis d'arbitrage » ; La clause compromissoire est incluse dans le contrat liant les parties, et qui prévoit le recours à l'arbitrage en cas de litige. Celle-ci doit être stipulée par écrit, désigner le ou les arbitres ou prévoir leur mode de désignation sous peine de nullité. Si ces conditions ne sont pas remplies, seule la clause compromissoire est nulle mais le contrat principal subsiste.

315. Par ailleurs, le compromis d'arbitrage est un contrat signé après la naissance du conflit, dans lequel les parties s'accordent pour recourir à l'arbitrage ; le compromis d'arbitrage doit comporter le nom du ou des arbitres, prévoir les modalités de leur désignation et, en cas de rémunération du ou des arbitres par les parties, indiquer le montant de celle-ci.

316. Les principes du droit des contrats doivent conduire à deux conséquences inévitables : d'une part le caractère supplétif de l'intervention du juge d'appui, d'autre part son caractère subsidiaire.

317. Le caractère supplétif de l'intervention du juge d'appui l'oblige à respecter la volonté des parties telle qu'exprimée dans la convention d'arbitrage, éventuellement à l'interpréter en

convoquant le principe d'utilité, autre facette de la bonne foi, autre outil également de comblement des lacunes de l'accord des parties. L'assistance technique du juge étatique doit être guidée par le souci d'un arbitrage efficace pour autant que les parties aient exprimé au minimum leurs volontés de recourir à l'arbitrage.

318. En effet, le caractère subsidiaire de l'intervention du juge d'appui prolonge le respect de la volonté des parties. Il revient à ne jamais se substituer à un organisme d'arbitrage dès lors que l'arbitrage est institutionnel, car alors la référence au règlement d'arbitrage dans la convention d'arbitrage vaut mandat donné aux organes compétents de cette institution pour le traitement des difficultés et par conséquent, non pas vraiment éviction du juge d'appui de tout rôle mais réduction de sa fonction à l'hypothèse de carence de l'institution mandatée ou à celle de sa disparition¹⁹¹.

319. Le contrôle étatique de la sentence est également restreint par le principe de la prohibition de la révision au fond des sentences. Le juge ne peut pas, à l'occasion du contrôle, « apprécier le bien-fondé de la décision du tribunal arbitral, notamment s'agissant de la détermination et de la mise en œuvre de la règle de droit ». Ce principe soulève des difficultés particulières lorsqu'il est invoqué dans le cadre du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international.

¹⁹¹ L'ARBITRAGE ET LE JUGE D'APPUI EN DROIT ALGERIEN ET FRANÇAIS, revue de Droit des affaires Internationales n°1-2012 page 27.

320. En effet, on évoquera en premier lieu les limites liées à la forme d'arbitrage choisie par les parties qu'il soit institutionnel, juridictionnel ou le cas particulier de l'amiable composition.

A- Les limites tenant à la forme d'arbitrage

321. Le choix d'un arbitrage particulier par les parties aura sans doute des répercussions sur l'intervention du juge étatique dans la procédure arbitrale. Plusieurs formes d'arbitrage ont vu le jour à travers un pragmatisme par excellence qui caractérise cette matière de règlement des conflits.

a) Arbitrage institutionnel

322. Lorsque les parties désignent des personnes morales dans les conventions d'arbitrages, elles font appel en réalité à des organismes ou institutions d'arbitrage dont le rôle est de choisir les arbitres, de constituer un tribunal arbitral et de définir les modalités de l'arbitrage. Il s'agit donc plus particulièrement d'arbitrage institutionnel qui s'oppose à l'arbitrage ad hoc, correspondant à l'hypothèse dans laquelle les arbitres sont désignés directement par les parties et dans lequel il n'existe pas de règlement institutionnel.

323. La désignation de l'institution d'arbitrage procède de l'accord des parties exprimé dès la naissance du litige dans la clause compromissoire, ou, une fois le litige né, dans le compromis d'arbitrage. A défaut d'accord des parties, l'institution d'arbitrage ne peut accepter d'organiser l'arbitrage à la demande de l'une d'entre elles. L'accord des parties sur la désignation de l'institution d'arbitrage a pour conséquence la contractualisation du règlement de l'institution¹⁹².

324. L'institution d'arbitrage a tout d'abord pour mission d'administrer le déroulement de l'arbitrage¹⁹³. Cela consiste à assurer aux parties que le tribunal arbitral peut être effectivement constitué. Dans ce cadre, l'institution règle les incidents de récusation, la fixation des honoraires des arbitres, etc. L'institution veille en outre à la régularité de la procédure par exemple en s'assurant du respect du principe du contradictoire, en contrôlant la légalité du projet de sentence rédigé par les arbitres¹⁹⁴.

325. Par ailleurs, les statuts de l'institution fixent enfin la répartition des missions entre ses différents organes. Le plus souvent, les statuts prévoient une « cour d'arbitrage » ou un « comité d'arbitrage » ou encore une « commission d'arbitrage », dont la mission est de veiller à l'organisation de l'arbitrage, qui ne se confond pas avec le tribunal arbitral, qui a compétence pour juger le litige. Il y a en principe incompatibilité entre la mission

¹⁹²JARROSSON Ch., Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale, Rev. arb. 1990, p. 381 ; FOUCHARD Ph., Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique, Rev. arb. 1987, p. 225.

¹⁹³FOUCHARD Ph., Les institutions d'arbitrage, Rev. arb. 1990, p. 486.

¹⁹⁴TGI Paris, 28 mars 1984, Rev. arb. 1985, p. 141.

d'arbitre et celle de membre de l'organe de l'institution d'arbitrage¹⁹⁵.

326. Les dispositions du règlement d'arbitrage s'imposent donc aux parties¹⁹⁶, au centre d'arbitrage lui-même¹⁹⁷ et enfin aux arbitres : le non-respect par le tribunal arbitral des règles institutionnelles peut être une cause de nullité de la sentence car les arbitres n'ont pas statué conformément à la mission qui leur avait été conférée au sens de l'article 1484, 3o du Code de procédure civile. A la différence du tribunal arbitral, le centre d'arbitrage n'exerce pas de fonction juridictionnelle¹⁹⁸ même lorsqu'il statue sur des incidents de procédure relatifs à la récusation d'un arbitre ou à la prorogation du délai d'arbitrage. Les décisions rendues par les organes des institutions d'arbitrage sont qualifiées « d'actes d'administration de l'arbitrage ». Pour cette raison, aucune voie de recours ne peut être exercée à l'encontre des décisions prises par ces organes¹⁹⁹. En outre, les règles impératives rappelées par l'article 1460 du Code de procédure civile n'ont pas à être respectées : la décision de l'institution ayant pour objet la prorogation du délai d'arbitrage n'a pas besoin par exemple d'être précédée d'une phase contradictoire et des motifs ne sont pas exigés²⁰⁰.

¹⁹⁵ Lamyline.fr code de procédure civil commenté « l'arbitrage institutionnel ».

¹⁹⁶ CA Paris, 18 nov. 1983, Rev. arb. 1983, p. 77, obs. Bernard T.

¹⁹⁷ TGI Paris, 28 mars 1984, Rev. arb. 1985, p. 141 ; CA Paris, 15 mai 1985, Rev. arb. 1985, p. 141.

¹⁹⁸ MEZGER, Cass. 1re civ., 7 oct. 1987, no 85-11.655, Rev. arb. 1987, p. 474, note; CA Paris, 15 janv. 1985, Rev. arb. 1986, p. 87, note.

¹⁹⁹ CA Paris, 15 janv. 1985, Rev. arb. 1985, p. 141.

²⁰⁰ CA Paris, 22 janv. 1982, Rev. arb. 1982, p. 91; CA Paris, 17 mai 1983, Rev. arb. 1987, p. 309.

327. Néanmoins, les manquements de l'institution à ses devoirs peuvent être sanctionnés, par la voie du recours en annulation de la sentence²⁰¹. La partie, victime de la violation par l'institution de ses obligations, a également une action en responsabilité civile de droit commun contre le centre d'arbitrage.

328. La jurisprudence a en outre précisé que le centre d'arbitrage devait garantir aux parties « un procès équitable »²⁰²: elle doit assurer l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral, mais également dans l'organisation de l'instance arbitrale²⁰³. Les manquements de l'institution à ses devoirs sont sanctionnés, par la voie du recours en annulation de la sentence²⁰⁴.

329. Bien que, les traits principaux de cet arbitrage sont les mêmes dans les dispositions des divers codes nationaux qui le règlementent. Mais la vraie controverse sur la nature de l'arbitrage du code de procédure, à savoir s'il a un caractère entièrement juridictionnel ou entièrement contractuel ou mixte, a pris naissance et s'est activée en France à une époque où les juristes avaient les regards fixés sur l'arbitrage juridictionnel, où personne ne concevait l'existence d'un autre type d'arbitrage²⁰⁵.

²⁰¹CA Paris, 11 juill. 1980 ; cité par Fouchard Ph., Rev. arb. 1987, spécialement p. 270.

²⁰²Ord. Paris, 30 oct. 1986, 28 janv. 1987, Rev. arb. 1987, p. 371.

²⁰³(TGI Paris, 28 janv. 1987, Rev. arb. 1987, p. 371)

²⁰⁴(CA Paris, 11 juill. 1980 ; cité par Fouchard Ph., Rev. arb. 1987, spécialement p. 270).

²⁰⁵ANTOINE KASSIS « PROBLEMES DE BASE DE L'ARBITRAGE » tome1 ARBITRAGE JURIDICTIONNEL ET ARBITRAGE CONTRACTUEL, page 27.

b) Arbitrage juridictionnel :

330. L'arbitrage juridictionnel se base essentiellement sur l'attribution conventionnelle, au tiers, d'un pouvoir juridictionnel. Un pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire le pouvoir de trancher le litige par la voie de l'arbitrage du code de procédure civile, est absolument indispensable pour que l'on soit en présence d'un tel arbitrage²⁰⁶.

331. Comme les jugements des tribunaux, la sentence arbitrale jouit de l'autorité de la chose jugée. L'insertion des règles relatives à la procédure arbitrale dans ce qui était, à l'époque, le nouveau code de procédure civile a permis au procès arbitral de bénéficier d'un renvoi aux principes directeurs de la procédure civile, tout en conservant sa spécificité. C'est ainsi qu'en donnant autorité de chose jugée à la sentence arbitrale²⁰⁷ et en reconnaissant le plein exercice du pouvoir juridictionnel de l'arbitre par l'affirmation du principe de « compétence-compétence » (anciens art. 1458 et 1466), la réforme des années 80 a consacré le pouvoir plein et entier du tribunal arbitral en matière de « jurisdictio ».

332. La justice arbitrale se rapproche de la justice étatique en ce qu'elle se réalise dans un même contexte institutionnel, ainsi dans les deux cas, le litige est tranché par un tribunal²⁰⁸.

²⁰⁶ ANTOINE KASSIS, problèmes de base de l'arbitrage » tome1 arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel Page 30.

²⁰⁷ Ancien art. 1476.

²⁰⁸ Ph. FOUCHARD, Dalloz 2001, coll. nouv. bibl. de thèses spéc. n°80s p 64.

333. Quand à la nouvelle réforme, elle maintient et renforce cette conception. Le nouveau décret n'utilise du reste plus le terme « arbitre », mais de celui de « tribunal arbitral », de manière à affirmer le caractère pleinement juridictionnel de la procédure arbitrale. De la même manière, le nouvel article 1464 rappelle les principes qui constituent l'épine dorsale de la procédure arbitrale, à savoir, d'une part, les principes de célérité et de loyauté, lesquels s'imposent aux parties et aux arbitres dans la conduite de la procédure, et, d'autre part, le principe de confidentialité. Par ailleurs, l'affirmation du principe de loyauté entraîne la consécration d'un nouveau principe, celui de l'estoppel ou de cohérence²⁰⁹, qui avait déjà été consacré par la jurisprudence. On observera que, pour définir la notion d'« estoppel », le rapport au Premier ministre s'est inspiré d'une définition donnée par le Doyen Cornu dans son Dictionnaire juridique, rendant ainsi discrètement hommage à ce grand juriste français. Enfin, le nouveau texte réaffirme le principe de « compétence-compétence », tant dans son aspect négatif²¹⁰ que positif²¹¹.

334. De ce fait, lorsque la compétence du tribunal arbitral est contestée, c'est au tribunal arbitral lui-même qu'il appartient, au moins dans un premier temps, de trancher l'objection, les juridictions étatiques devant, de leur côté, s'abstenir de le faire, donnant ainsi priorité au tribunal arbitral²¹².

²⁰⁹ Art. 1466

²¹⁰ Art. 1448

²¹¹ Art. 1465, dont la formulation est plus explicite que celle de l'ancien art.

²¹² Emmanuel Gaillard, Pierre de Lapasse, le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international (1) - 20/01/2011 recueil Dalloz n°3 page175.

335. Outre la faveur juridictionnel, le tribunal arbitral n'est pas tenu de l'application des règles de droit et celles ci ne s'imposent pas toujours au tribunal arbitral. Les parties peuvent en effet dispenser les arbitres de trancher le litige selon les règles précitées, en leur confiant la mission de statuer comme amiables compositeurs.

c) Arbitrage contractuel et le cas particulier de l'amiable composition :

336. L'application des règles de droit ne s'impose pas toujours au tribunal arbitral. Les parties peuvent en effet dispenser les arbitres de trancher le litige selon les règles précitées, en leur confiant la mission de statuer comme amiables compositeurs.

337. Les arbitres ne peuvent toutefois décider eux-mêmes de s'affranchir de l'obligation d'appliquer les règles de droit, il faut impérativement que les parties les y autorisent.

338. L'article 327-45 CPC marocain, relatif à l'arbitrage international, prévoit à cet égard que «le tribunal arbitral statue en amiable compositeur seulement si la convention des parties l'a investi de cette mission».

339. Il paraît également utile de faire état des dispositions de l'article 327-18 CPC, régissant l'arbitrage interne, qui prescrit que

«si les parties s'entendent expressément à conférer au tribunal arbitral la qualité d'amiable compositeur, celui-ci n'est pas tenu, dans ce cas, de se conformer aux règles de droit et statue selon les règles de justice et d'équité sur l'objet du litige».

340. En effet, Il s'infère des dispositions précitées que la clause d'amiable composition n'est soumise à aucune condition de forme particulière. Les parties pourront ainsi prévoir au sein de la convention d'arbitrage ou de l'acte de mission des arbitres, ou selon n'importe quelle forme appropriée, que les arbitres trancheront le litige on qualité d'amiables compositeurs. Au moins faudra-t-il cependant que le consentement des parties soit non équivoque dans son expression. La raison en est que le recours à l'arbitrage, en tant que mode particulier de règlement des différends, revêt un caractère exceptionnel. Toute incertitude quant à la volonté réelle des parties ne pourrait être que source de difficultés, notamment en cas de refus d'exécution amiable puis l'exercice de voies de recours à l'encontre de la sentence arbitrale, voire en certains cas contre l'ordonnance d'exequatur elle-même. L'arbitre qui s'arrogerait le pouvoir d'amiable compositeur dépasserait donc le champ de sa mission, et sa décision serait susceptible d'être annulée sur le fondement des articles 327-36 et 327-51 CPCM. Autrement dit, la volonté des parties d'investir les arbitres de la qualité d'amiables compositeurs doit être certaine, et ce afin de se prémunir contre une éventuelle contestation que

la partie condamnée n'hésitera pas à soulever pour faire échec à l'exécution de la sentence arbitrale²¹³.

341. L'article 327-18 CPCM dispose que lorsque le tribunal arbitral a la qualité d'amiable compositeur, il «n'est pas tenu, dans ce cas, de se conformer aux règles de droit et statue selon les règles de justice et d'équité sur l'objet du litige». En raisonnant a contrario, est possible d'affirmer que l'arbitre amiable compositeur peut fonder sa décision sur les règles de droit s'il estime cela approprié. L'article précité n'édicte en effet aucune interdiction à l'égard de l'application de ces règles, il se contente de conférer à l'arbitre un pouvoir d'appréciation à ce sujet. Il s'agit donc d' «une simple faculté donnée aux arbitres par les parties et qui ne les oblige pas à écarter les règles de droit si celles-ci leur paraissent devoir être retenues»²¹⁴.

342. La mission d'amiable compositeur ne consiste pas un rejet du droit, ni ne dispense l'arbitre de raisonner en droit, en fait l'amiable composition autorise l'arbitre à corriger la solution à laquelle il parvient au terme d'un raisonnement juridique par l'équité. L'arbitre amiable compositeur qui statue en application

²¹³ Mohamed Diyaa TOUMLILT et Ahmed Alaa TOUMLILT, le cas particulier de l'amiable composition, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, page 248, revue marocaine d'administration locale et du développement, édit 2014.

²¹⁴ Mohamed Diyaa TOUMLILT et Ahmed Alaa TOUMLILT, les pouvoirs de l'arbitre amiable compositeur, *Le droit de l'arbitrage au Maroc* page 249, revue marocaine d'administration locale et du développement, édit 2014.

des règles de droit doit, pour respecter sa mission, confronter sa solution à l'équité.

343. D'ailleurs, pour savoir si l'arbitre s'est conformé à sa mission d'amiable compositeur, les juges sont indubitablement conduits à concentrer leurs investigations sur la motivation de la sentence afin de pouvoir déceler si elle est conforme à l'équité. Or, on a vu que la prohibition de révision au fond interdit justement aux magistrats d'examiner le contenu de la motivation. Le juste point d'équilibre semble, dans ces conditions, bien malaisé à situer, comme le révèle l'évolution incertaine de la jurisprudence en la matière. La Cour d'appel de Paris²¹⁵ déclarait en 1989 que « le défaut de référence expresse à l'équité ne peut à lui seul ouvrir le droit à l'annulation de la sentence », à condition cependant qu'« il ressorte des motifs retenus par l'arbitre que la sentence est également fondée sur l'équité ». La vérification portée sur le respect par l'arbitre du respect de sa mission d'amiable compositeur conduisait les juges à passer outre le cadre strict d'un contrôle formel, pour examiner le contenu de la motivation arbitrale. Puis, la Cour de cassation procédait à un retentissant revirement de jurisprudence le 15 février 2001²¹⁶, en imposant aux arbitres amiables compositeurs qui appliquent la règle de droit, de se référer à l'équité. Méconnaissaient leur devoir d'amiable compositeur, les arbitres qui se prononçaient « exclusivement par application des règles de droit, sans s'expliquer sur la conformité de celles-ci à l'équité ». Il n'était plus question

²¹⁵ L. IDOT, CA Paris, 20 mai 1989, Rev. arb. 1989. 280, note.

²¹⁶ Cass. civ. 2e, 15 février 2001.

de pénétrer dans le raisonnement de l'arbitre pour savoir s'il avait jugé conformément à sa mission²¹⁷.

344. La répartition des rôles entre arbitres et juges des référés est donc discutée d'une manière répétable, c'est un euphémisme. Les parties pourraient, toutefois, éviter tout débat à cet égard en réglant elle-même la répartition des rôles en stipulant expressivement des clauses interdisant ou réduisant le recours du juge.

²¹⁷Laure Bernheim-Van de CASTEELE, La restriction du champ d'investigation du juge sur la sentence, L'hypothèse d'un principe de non révision au fond des sentences ,La restriction du contrôle de la motivation de la sentence ,ouv les principes fondamentaux de l'arbitrage page 737 ,738, Préface de Thomas Clay .1ere édit Bruylant.

B- Les limites tenant aux stipulations expresses dans la convention d'arbitrage :

345. Si la convention arbitrale est bien le résultat d'un accord de caractère privé intervenu entre les parties seulement, mais ses conséquences ne peuvent qu'être que juridictionnelles. Et cette finalité a suscité en doctrine de nombreux débats au sujet du caractère juridictionnel que revêtirait la convention d'arbitrage en dépit de son origine clairement contractuelle. En d'autres termes, la liberté de stipulation attachée par la loi à la convention d'arbitrage et l'autorité de la chose jugée reconnue à la sentence donnent à la convention et à l'arbitrage des caractéristiques spécifiques. La convention d'arbitrage, pour ne pas être invoquée devant les juridictions étatiques, doit déployer toute son efficacité juridique, et doit être complète et valable. A partir de ce constat se sont développées des controverses aussi nombreuses²¹⁸.

346. Les parties à une convention d'arbitrage pourraient prévoir des stipulations expresses notamment que l'arbitre n'aura pas compétence pour ordonner les mesures provisoires ou conservatoires dont la connaissance sera alors réservée au juge des référés.

²¹⁸ José Carlos Fernández ROZAS, efficacité de la convention d'arbitrage devant les tribunaux étatiques, caractéristiques de la convention d'arbitrage, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, thèse année 2002 page 69.

347. Inversement, on admet qu'elles puissent exclure conventionnellement l'intervention du juge des référés. Les justiciables du tribunal de commerce pourraient renoncer au recours au juge des référés. Les parties relevant du tribunal de première instance ne pourraient le faire, pour cette dernière juridiction, en effet, la loi dit « le président statue » alors que pour les tribunaux de commerce elle prévoit que les présidents peuvent statuer. En réalité cette interprétation n'a jamais été reprise par la doctrine ou la jurisprudence²¹⁹.

348. D'ailleurs, L'interprétation souveraine des clauses compromissoire ou de compromis par les juges du fond constitue un risque que les parties peuvent prévenir en ayant recours à un spécialiste, l'anticipation précontractuelle du risque arbitral suppose que la clause compromissoire soit dépourvue de toute ambiguïté (a) ou le cas d'une convention manifestement nulle et inapplicable peut dans certains cas limiter l'intervention du juge (b) ou enfin d'une manière expresse le cas d'une convention d'arbitrage interdisant le recours au juge étatique comme juge de fond.

a) Convention d'arbitrage complète et valable

349. Afin de limiter le risque arbitral et les risques financiers liés à la conduite de l'arbitrage, il est important d'impliquer un

²¹⁹ OLIVIER CAPRASSE, référé et arbitrage dans les litiges issus de la vie des sociétés, thèse « LES SOCIÉTÉS ET L'ARBITRAGE » EDIT BRUYLANT BRUXELLES LGDJ PARIS.

spécialiste de l'arbitrage au stade de la rédaction de la clause compromissoire. Le recours à un tel expert permet d'éviter l'ambiguïté et surtout les dangers nés des clauses d'arbitrage dites pathologiques (1) et de diminuer, l'effet d'un certain nombre de risques, tels que le délai (2) et le coût de la procédure arbitrale (3).

1- Les clauses d'arbitrage pathologiques :

350. En présence de clauses pathologiques, les juges du fond recherchent la commune intention des parties « permettant d'assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage »²²⁰. Les clauses compromissoires comprenant de telles omissions sont aujourd'hui connues sous le nom de « clause blanche ». L'ambiguïté peut également naître de la référence à un mode alternatif de résolution des conflits au sein même de la clause compromissoire, ou d'une clause compromissoire envisageant le recours facultatif à une procédure d'arbitrage²²¹.

²²⁰ Par exemple, imprécision du choix de l'institution arbitrale et que les parties n'omettent pas de préciser les modalités de désignation des arbitres, ni directement, ni par référence à un règlement d'arbitrage.

²²¹ Le recours à un arbitre-expert au stade contractuel permet également de diminuer le risque arbitral né de la présence concomitante d'une clause compromissoire et d'une clause attributive de juridiction au sein d'un même groupe de contrats.

2-Limitation des délais : la clause fasttrack

351. Face à la longueur indéniable des procédures arbitrales, les parties ont de plus en plus recours à l'arbitrage dit fasttrack. La procédure fasttrack consiste en effet à enfermer les arbitres dans un délai significativement réduit, à limiter les échanges de mémoires et simplifier l'administration de la preuve, le but étant d'éviter que la procédure ne traîne en longueur et d'obtenir une sentence à brève échéance. Pour une partie de la doctrine les clauses d'arbitrage ad hoc sont les plus adaptées à ce genre de procédure. En raison de leur souplesse et de l'absence d'un processus de vérification propre au centre d'arbitrage, elles assurent aux parties une plus grande liberté et en effet la faculté d'imposer une plus grande rapidité dans le déroulement de la procédure.

352. Il convient toutefois de remarquer que cette technique contractuelle n'est pas toujours sans risque. En effet, l'arbitrage ad hoc étant par définition soumis exclusivement à la volonté des parties, une convention d'arbitrage lacunaire risquerait de plonger les parties dans des difficultés réelles. Les conventions faisant notamment partir un délai très bref à compter de la constitution du tribunal peuvent devenir pathologiques lorsque le délai prévu par les parties est impraticable²²². On sait par ailleurs, notamment en matière interne, le risque que peut représenter un dépassement

²²²Par exemple, lorsque la convention fait partir un délai très bref de la requête d'arbitrage et non de la constitution du tribunal arbitral.

du délai d'arbitrage. Ce risque sera d'autant plus important que le délai sera, comme ici, très court.

353. On outre, On assiste à un contentieux de plus en plus nourri relatif aux clauses d'arbitrage contenant une liste nominative d'arbitres. De telles clauses ont fait l'objet de plusieurs décisions récentes des tribunaux français qui invitent à tirer quelques enseignements intéressants notamment parce qu'elles revisitent des questions classiques du droit de l'arbitrage qu'il s'agisse de celle de la conformité de ces clauses au principe d'égalité entre les parties ou de celle de l'obligation de révélation de l'arbitre. La liste d'arbitres est insérée dans la convention d'arbitrage. Ainsi, le choix du nom des arbitres intervient au moment de la négociation du contrat et non lorsque le litige survient. Ces clauses d'arbitrage peuvent contenir la liste d'arbitres ou renvoyer à une liste d'arbitres incluse dans la documentation contractuelle. Pour les parties qui souhaitent que la procédure d'arbitrage ne soit pas retardée, ce mécanisme présente l'intérêt de ne pas différer l'examen de l'affaire pendant le temps de la constitution du Tribunal arbitral, ce qui, lorsque le contentieux est urgent, peut se révéler crucial. On pense en particulier aux grands chantiers de construction pour lesquels chaque jour de retard entraîne des pertes économiques importantes. Or on sait que, traditionnellement, le choix conjoint de l'arbitre ou des arbitres peut prendre un certain temps²²³.

²²³ Marie Danis, Cahiers de l'arbitrage, 01 octobre 2014 n° 3, P. 465, Arbitrage, les listes d'arbitres en question.

3- Allocation des coûts : la clause feeshifting :

354. L'allocation des coûts est également une manière pour les parties de gérer le risque financier. En précisant qui des deux parties supportera le risque financier, elles se mettent ainsi à l'abri d'une certaine forme de stipulation et évacuent un contentieux de plus en plus important lié à la répartition des frais entre les parties. Or, en raison des conséquences financières importantes que peut entraîner la procédure arbitrale, la rédaction d'une clause de feeshifting peut y répondre. Puisque, il peut être opportun de rédiger une clause expresse prévoyant des éléments tels que la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur la question des coûts, et le droit applicable ou éventuellement le mode selon lequel le tribunal arbitral pourra allouer ces coûts²²⁴.

b) Convention d'arbitrage manifestement nulle inapplicable et insuffisante :

355. Les juges étatiques peuvent être saisis de la convention d'arbitrage avant ou au même moment que les arbitres eux-mêmes. Le problème essentiel consiste à harmoniser le fonctionnement de l'institution arbitrale et le traitement que peut

²²⁴ Jalal El AHDAB, revue générale du droit des assurances, 01 janvier 2012 n° 2012-01, P 234, Colloque : Risque, assurance et arbitrage, la gestion du risque arbitral par les parties.

recevoir devant un tribunal étatique la convention qui lui sert de fondement.

356. Le juge peut être amené ainsi à constater la nullité, l'inefficacité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage et cette faculté, présente dans de nombreux systèmes juridiques, souligne la grande fragilité de l'arbitrage, en ce sens que l'activité juridictionnelle n'est jamais totalement neutralisée. On ne peut imaginer entre juges et arbitres des conflits de juridictions ou de compétence de même type que ceux qui se produisent fréquemment entre juridictions d'Etats distincts mais, comme il a été dit, il est certain que les tribunaux étatiques doivent justifier techniquement leur incompétence pour se dessaisir d'une affaire²²⁵.

357. Examinons donc les moyens permettant d'invoquer cette incompétence et leur portée.

358. En droit français, le juge d'appui peut en effet ne pas donner suite à la demande de désignation « si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable » selon les termes de l'article 1455 du CPC, disposition pertinente aussi bien pour l'arbitrage interne que pour l'arbitrage internationale. Dans une telle situation, il est évident que seules des juridictions étatiques pourraient être compétentes pour juger un litige mais la jurisprudence met l'accent sur le caractère manifeste du défaut de la clause ; Par exemple, elle ne considère pas que la désignation

²²⁵JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international « Efficacité processuelle de la convention à l'égard de l'activité judiciaire » page 88.

dans la convention d'arbitrage de deux institutions arbitrales (CCI et AFA) caractérise une inapplicabilité manifeste mais tout au plus une difficulté à surmonter par le juge d'appui au motif que la clause compromissoire ne révèle pas une absence de volonté des parties de recourir au juge d'appui, ce qui implicitement est de nature à confirmer leur volonté de régler leur différend par un arbitrage, seul le constat d'un défaut de volontés concordantes pour régler le litige par recours à un arbitrage prouve le caractère manifestement inapplicable de la convention d'arbitrage et légitime le refus du juge d'appui de donner suite à une requête²²⁶.

359. Pourtant, le juge est parfois exigeant notamment en déduisant que l'acte commission de tiers experts qui lui était déféré n'était pas une sentence arbitrale²²⁷.

360. En conséquence, et de notre avis, pour que les règles légales relatives à la nullité de la convention arbitrale trouvent à s'appliquer, il faut tout d'abord que les parties aient la volonté de recourir à l'arbitrage.

²²⁶ L'ARBITRAGE ET LE ROLE DU JUGE D'APPUI EN DROITS ALGERIEN ET FRANÇAIS, revue de droit des affaires internationales n°1-2012 .p.27.

²²⁷ «Ayant souverainement apprécié l'intention des parties, l'arrêt retient, d'abord, que le désaccord sur le volume des objectifs de vente ne remettant pas en cause le principe de l'obligation pour le distributeur de se voir assigner des objectifs par la demanderesse au pourvoi, la mission confiée à la commission de tiers experts a exclusivement un caractère factuel et technique et ensuite, que les tiers experts n'ont tiré aucune conséquence juridique de leur décision, la défenderesse ne contestant pas être tenue contractuellement de remplir des objectifs de vente. La cour d'appel en a exactement déduit que l'acte qui lui était déféré n'était pas une sentence arbitrale dès lors que l'existence d'un litige, sans lequel il n'existe pas d'arbitrage juridictionnel, n'était pas caractérisée. » [2011/03] Cour de cassation (1re Ch. civ.), 15 décembre 2010, General Motors France c/ société Champs de Mars automobile (CMA).

1- Défaut de convention d'arbitrage :

361. La volonté de recourir à l'arbitrage ne doit pas être entachée d'aucun vice. Cela n'est pas le cas lorsque la convention porte sur les droits dont la personne, physique ou morale n'a pas la libre disposition. Il en est de même lorsque la convention a été antérieurement déclarée nulle par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. Les cas dans lesquels la convention n'est passée par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en apporter la preuve peuvent aussi être assimilés au défaut de convention. C'est évident qu'il n'y a d'arbitrage que consenti par les parties. En conséquence, la convention d'arbitrage ne peut être opposée qu'à ceux qui l'ont réellement acceptée, peu importe qu'ils l'aient signée ou non. Le juge doit donc rechercher à chaque fois dans les circonstances de l'espèce si la partie à qui on prétend opposer la clause compromissoire l'a véritablement voulue, et le fait qu'elle l'ait signée n'est qu'un indice parmi d'autres de l'expression de cette volonté. Dans deux affaires récentes, les juridictions françaises ont eu à se prononcer sur l'extension d'une convention d'arbitrage conclue par une entité publique à une personne non signataire. Dans les deux cas, elles ont procédé à l'analyse de la volonté réelle ou supposée de la partie non signataire, et elles sont parvenues à deux résultats différents²²⁸.

362. D'ailleurs, il appartient au tribunal arbitral, en vertu du principe compétence-compétence, de statuer sur sa propre

²²⁸ Thomas Clay Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, 22/12/2011 recueil Dalloz numero44 page 3023.

compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. Dans ces conditions, le juge d'appui, lorsqu'il est sollicité pour apporter son soutien à la constitution du tribunal arbitral, doit veiller à ne pas se laisser entraîner dans une discussion de fond de quelque importance à propos de la validité ou de la nullité de la convention d'arbitrage invoquée²²⁹.

2- Convention insuffisante et inapplicable :

363. Pour être suffisante, la convention d'arbitrage doit permettre la constitution du tribunal arbitral. En conséquence, si la convention d'arbitrage prévoit les modalités de désignation des arbitres, quelque soient les imperfections de celles-ci, elle n'est pas insuffisante. Elle ne le devient que si elle ne contient aucune indication sur les modalités de désignation des arbitres. Ce sera le cas d'une clause blanche, se bornant à stipuler que tout litige sera réglé par arbitrage, sans prévoir d'aucune façon comment les arbitres seront désignés.

364. Souvent, la convention d'arbitrage sera insuffisante parce qu'incomplète. Inversement, une convention d'arbitrage peut être complète mais insuffisante. Il en est ainsi de la convention qui

²²⁹ Amadou DIENG, colloque de l'association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (APAA) sur « l'arbitrage en Afrique : questions d'actualités » Yaoundé (Cameroun) 14 – 15 janvier 2008 les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage ad hoc.

prévoit des modalités de nomination des arbitres qui ne permettent pas de constituer le tribunal arbitral. C'est le cas lorsqu'un tiers préconstitué pour désigner un ou plusieurs arbitres ne s'acquitte pas de sa mission ou reste introuvable. La notion d'insuffisance de la convention peut être également étendue aux hypothèses dans lesquelles les difficultés proviennent de la configuration procédurale lors de sa mise en œuvre.

365. Notamment, on peut citer le cas de la clause compromissoire contenue dans un contrat de prêt, «conclu par exemple entre A et une société B, en formation et représentée par son président et son vice-président qui ont apposé leurs signatures au bas de l'acte de prêt. En l'espèce, la clause disposait qu'en cas d'arbitrage « chaque partie nommera, dans les quinze jours, son arbitre et les deux arbitres ainsi nommés se mettront d'accord pour en nommer un troisième ». Quelques mois plus tard, les statuts de la société B ont été signés, enregistrés et déposés au greffe. Toutefois, réunis en assemblée générale, les associés ont refusé cette reprise. Ainsi les actes accomplis par les deux dirigeants pour le compte de la société en formation n'ont pas été repris par la société B. En conséquence, et par application de l'article L 210-6 du Code de commerce français, les deux dirigeants sont personnellement tenus du remboursement du prêt consenti par A. A l'échéance du terme, A, qui n'a pas été remboursé malgré une mise en demeure, s'est résolu à mettre en œuvre la clause compromissoire en désignant son arbitre et en sollicitant des codéfendeurs la désignation d'un arbitre commun. Les deux dirigeants, qui ne s'entendaient plus, n'ont pas pu s'accorder pour désigner un arbitre commun et ont désigné chacun un arbitre. C'est dans cette

même perspective que A a sollicité l'intervention du juge d'appui, le président du tribunal de grande instance de Paris lui été demandé de procéder à la désignation d'un arbitre commun pour les codéfendeurs afin de permettre la constitution du tribunal arbitral. Le président a accédé à la demande, après avoir constaté l'accord des coemprunteurs pour la désignation d'un arbitre commun »²³⁰.

366. Concernant l'inapplicabilité, la Cour de cassation interdit toute décision du juge du fond qui procède à un examen approfondi des conditions d'application de la clause d'arbitrage, alors qu'il ne doit retenir sa compétence que si la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage est manifeste, ca veut dire d'une manière évidente qu'il n'existe aucun doute sur cet argument²³¹.

367. Si la Cour de cassation a donné la possibilité, pour le juge, de se déclarer compétent en cas d'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage au litige, elle interprète strictement cette notion.

368. En effet, si le litige trouve sa source, ou est lié au contrat contenant la clause d'arbitrage, il ne saurait y avoir inapplicabilité manifeste²³², et le simple doute sur l'applicabilité

²³⁰ Amadou DIENG, colloque de l'association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (APAA) sur « l'arbitrage en Afrique : questions d'actualités » Yaoundé (Cameroun) 14 – 15 janvier 2008 les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage ad hoc.

²³¹ Cass. civ. I, 7 juin 2006 n°03-12.034 ; 11 juillet 2006 n°04-14.950

²³² Cass. civ. I, 4 juillet 2006 n°05-17.460 ; 25 avril 2006 n°05-15.528,

de la clause ne saurait permettre aux juges de déclarer la clause manifestement inapplicable²³³.

369. Toutefois, la clause sera manifestement inapplicable si elle est invoquée dans le cadre d'un litige n'opposant pas les parties signataires, ou que ces parties n'agissent pas en tant que signataire du contrat²³⁴, ou si elle est invoquée alors que le litige entre les parties porte sur un contrat différent de celui contenant la clause d'arbitrage²³⁵.

370. La présence d'un tiers au contrat ne saurait en soi suffire à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause²³⁶, puisque son opposabilité aux tiers est reconnue par la jurisprudence dans certaines conditions.

371. Malgré cette compétence issue de l'inapplicabilité manifeste de la convention, cette dernière peut interdire expressément le recours au juge étatique comme juge de fond.

c) Convention d'arbitrage interdisant le recours au juge étatique comme juge de fond :

372. Il est vrai qu'aux termes de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention EDH, toute personne a droit à ce que sa cause soit

²³³ Cass. civ. I, 23 mai 2006 n°04-13.800.

²³⁴ Cass. com. 13 juin 2006 n°03-16.695.

²³⁵ Cass. civ. I 4 juillet 2006, n°05-11.591, 11 juillet 2006 n°03-19.838.

²³⁶ Cass. civ. I, 11 juillet 2006 n°03-11.768.

entendue par un tribunal établi par la loi qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. De même, dans l'ordre juridique interne, l'accès à la justice fait l'objet d'un droit constitutionnellement garanti²³⁷.

373. Les parties à un contrat peuvent-elles malgré tout décider de soustraire leur litige à un règlement juridictionnel ? La réponse est affirmative dans un certain nombre de cas²³⁸.

374. Rien n'empêche les parties de conclure une transaction par laquelle il est mis fin au différend au moyen de concessions réciproques²³⁹. La personne qui a transigé sera irrecevable à saisir le juge dans la mesure où l'arrangement échaufaudé, qu'il soit bon ou mauvais, a, entre les parties, « l'autorité de la chose jugée en dernier ressort »²⁴⁰. Une convention d'arbitrage interdisant le recours des parties au juge peut avoir comme fondement les dispositions légales si dessus. A plus forte raison, sont valables les clauses qui imposent aux cocontractants d'épuiser toutes les solutions amiables avant de porter l'affaire devant le tribunal. En effet, il ne s'agit pas ici de renoncer au droit d'ester en justice mais de l'exercer uniquement si la recherche d'une solution négociée a été infructueuse²⁴¹.

375. En outre, la convention des parties peut-elle aller plus loin en accordant à l'un des intéressés le droit de régler unilatéralement la

²³⁷ TERNEYRE Ph., Le droit constitutionnel au juge, LPA 4 déc. 1991, p. 4 ; Cons. const., 23 juill. 1996, no 96-378 DC, JO 27 juill. 1996, p. 11400 ;

²³⁸ Grignon P., L'obligation de ne pas agir en justice, Mél. Mouly C., t. II, Litec, 1998, p. 115

²³⁹ C. civ., art. 2044.

²⁴⁰ C. civ., art. 2052

²⁴¹ CADIET L., Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 193

situation juridique devenue litigieuse ? Une telle possibilité existe puisque, sauf cas particuliers, la jurisprudence ne tient pas pour illicite « cet acte de justice privée que constitue la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit, ou pacte comissoire »²⁴².

376. J'admis qu'en réalité, les clauses visant à éluder de l'office du juge ne sont illicites sauf s'elles aboutissent à des conséquences excessives, injustifiables eu égard au mobile ayant déterminé leur adoption. Nul ne saurait « subir une sanction ou supporter une atteinte à son patrimoine sans pouvoir utilement se défendre en soumettant le litige à un juge »²⁴³.

377. Dans les actes de commerce²⁴⁴ et les contrats noués à raison d'une activité professionnelle²⁴⁵, il est possible d'insérer une clause d'arbitrage aboutissant à soustraire tout litige éventuel au juge étatique, lequel devra décliner sa compétence s'il vient à être saisi. En matière civile, la formule de l'arbitrage est également envisageable mais les parties ne peuvent y recourir qu'une fois le litige né²⁴⁶.

378. le créancier est dispensé d'exercer un recours juridictionnel pour faire disparaître le rapport d'obligation et, de manière symétrique, le débiteur, en raison de l'anéantissement automatique du contrat, perd un avantage patrimonial sans être en mesure de bénéficier du pouvoir d'appréciation du juge. Certes, la voie conduisant au prétoire n'est pas totalement fermée car le

²⁴²PICOD Y, CA Paris, 19 juin 1990, D. 1991, jur., p. 515, note.

²⁴³RENOUX Th., Le droit au recours juridictionnel, JCP G 1993, I, no 3675.

²⁴⁴C. com., art L. 721-3.

²⁴⁵C. civ., art. 2061.

²⁴⁶C. civ., art.2059 ; CPC, art. 1447.

débiteur peut contester en justice la réalité de l'inexécution qui lui est reprochée. Toutefois, lorsque le manquement allégué par le créancier est réel, le juge ne peut refuser de constater la résolution intervenue : il doit la déclarer acquise, y compris si le débiteur apparaît de bonne foi²⁴⁷.

379. De même, les parties peuvent prévoir une phase de médiation ou d'arbitrage, en s'engageant à n'ouvrir le contentieux qu'après avoir rejeté les propositions conciliantes établies par un expert neutre²⁴⁸. Ce préalable de conciliation a un effet suspensif : malgré le principe de libre accès à la justice, une partie est irrecevable à saisir les tribunaux tant qu'elle n'a pas respecté son obligation de moyen consistant à faire les meilleurs efforts pour trouver une issue négociée au litige. Autrement dit, la demande formée sans tentative d'entente préliminaire se heurte à une fin de non-recevoir. La convention d'arbitrage interdisant le recours à la justice se borne à faire trancher le litige par un organe arbitral présentant toutes garanties d'impartialité.

380. Toutes ces stipulations contractuelles ne soulèvent pas d'hésitations sérieuses quant à leur validité car, loin d'organiser un véritable déni de justice, elles se bornent, soit à retarder le recours au juge en préconisant une solution bilatérale du différend, soit à faire trancher le litige par un organe de substitution présentant toutes garanties d'impartialité, soit enfin à

²⁴⁷BIHR Ph, Cass. 3e civ., 10 mars 1993, no 91-12.031, D. 1993, jur., p. 357, note.

²⁴⁸MOUSSERON P., RAYNARD J. et SEUBE J.-B., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4e éd. 2010, no 1636.

limiter le contrôle judiciaire au point de savoir si telle clause résolutoire a produit son effet extinctif sur le contrat²⁴⁹.

381. Par conséquent, les institutions d'arbitrage ont récemment adapté leur règlement d'arbitrage au nouveau cadre législatif mais aussi afin de le moderniser pour tenir compte des nouvelles tendances dégagées par la pratique, de l'utilisation des nouvelles technologies et des attentes des utilisateurs.

d) Règlement d'arbitrage :

382. La réforme récente du droit français de l'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011, apporte des réponses destinées à renforcer l'efficacité de l'arbitrage en termes de délais et de sécurisation du processus.

383. À ce titre, le choix du règlement d'arbitrage auquel les parties vont faire le choix de soumettre leur différend n'est pas neutre et emporte des conséquences juridiques et pratiques sur la manière dont la procédure sera conduite et encadrée. Ce choix, qui est l'expression de la volonté des parties, est l'une des marques distinctive de l'arbitrage par rapport à la justice étatique. Cette liberté de choix donne aux parties la faculté de modeler un espace processuel qui leur est propre et à l'intérieur duquel les arbitres

²⁴⁹Lamyline.fr Lamy droit du contrat « mécanismes tendant à exclure l'intervention du juge ».

seront amenés à accomplir leur mission qui s'achèvera par le prononcé d'une sentence²⁵⁰.

384. Le nouveau Règlement d'arbitrage de la CCI entré en vigueur en début d'année comporte de nombreuses dispositions particulièrement importantes pour les praticiens français de l'arbitrage. Particulièrement, il contient plusieurs mesures visant à rechercher une plus grande efficacité de l'arbitrage, et institue un arbitre d'urgence.

385. Ce Règlement permet encore de mieux appréhender les situations complexes d'arbitrage liées notamment à la pluralité des parties ou de contrats. Il impose aux parties d'exposer clairement leurs prétentions et de les formuler de manière aussi complète que possible dès le début de la procédure, y compris dans leur aspect financier. De telles indications permettent à la Cour de déterminer le montant en litige, de décider, le cas échéant, si celui-ci doit être soumis à un ou plusieurs arbitres, et de fixer la provision, en application du barème des frais administratifs et des honoraires des arbitres, à un montant aussi proche que possible des coûts qui seront finalement exposés.

386. Il s'agit également de circonscrire l'étendue du litige dans toutes ses dimensions, ses enjeux et sa complexité, aussi en amont que possible de la procédure, de manière à faciliter la constitution du tribunal arbitral et à accélérer l'appréhension par

²⁵⁰ Stéphane Choisez, et Alexandre Job, revue générale du droit des assurances, 01 juillet 2013 n° 2013-03, P. 501, Contentieux en matière d'assurance : Quel règlement d'arbitrage choisir ? .

les parties et le tribunal des questions soulevées avant la signature de l'acte de mission. Jusqu'ici, lorsqu'une partie s'abstenait de comparaître ou contestait la compétence du tribunal arbitral avant que le dossier ne lui soit transmis, la Cour se livrait à un contrôle de la compétence.

387. En effet et d'habitude, les règlements prévoient la compétence de principe du tribunal arbitral pour trancher toute question relative à sa propre compétence, le contrôle de la Cour n'étant plus exercé que sur renvoi par le secrétaire général et non de manière systématique afin d'accélérer la constitution du tribunal pour le plus grand nombre d'affaires. Les procédures en récusation d'arbitres ou les difficultés de composition du tribunal arbitral étant également susceptibles d'en retarder la constitution, l'exigence d'impartialité de l'arbitre a été ajoutée à la fois à l'article 14 relatif à sa récusation, et aux dispositions générales de l'article 11 sur les devoirs de l'arbitre et les divulgations auxquelles il doit se soumettre. Le Règlement s'aligne en effet sur ceux des autres principales institutions et répond partiellement au souci de transparence en intégrant la pratique de la Cour qui, depuis longtemps, examinait des demandes de récusation fondées sur un défaut d'impartialité²⁵¹.

388. D'ailleurs, la plupart des règlements d'arbitrage prévoient un délai de trente jours, comme par exemple le nouveau règlement de la CCI applicable à compter du 1er janvier 2012 (art. 14, § 2).

²⁵¹ Christine LÉCUYER-THIEFFRY, le règlement d'arbitrage 2012 de la CCI : efficience et transparence accrue, Gazette du Palais, 07 février 2012 n° 38, P. 12.

Mais il se peut que le délai soit plus court, comme c'est le cas de celui prévu par la chambre arbitrale de Paris qui donne quinze jours pour agir. Saisie d'un recours en annulation pour révélation prétendument incomplète dans le cadre de ce règlement, la cour d'appel de Paris a estimé le recours est irrecevable pour ne pas avoir été précédé d'une action en récusation dans les quinze jours de la déclaration d'indépendance de l'arbitre²⁵².

389. Cette solution nous semble parfaite car rien n'empêche les parties de prévoir par anticipation les conditions de renonciation à l'invocation de griefs de procédure.

390. Pourtant, la cour d'appel de Reims n'est pas de cet avis et considère que le juge de l'annulation n'est pas tenu par le délai de récusation prévu par le règlement d'arbitrage²⁵³. Non seulement cette décision se situe à l'inverse de l'ensemble de l'évolution du droit de l'arbitrage depuis trente ans, ainsi que des arrêts récents précités, mais surtout elle fait défaut de la force contractuelle obligatoire du règlement d'arbitrage auquel les parties ont volontairement choisi de se soumettre.

391. Cette décision n'est en effet pas sans rapport avec l'arrêt de la cour d'appel de Paris postérieur de quinze jours qui sanctionne une sentence rendue en application d'une disposition du règlement d'arbitrage prévoyant l'irrecevabilité des demandes

²⁵² Paris, 7 oct. 2010, n° 09/19456, Sté Rocco. *Revue de l'arbitrage* 2010 - N° 4, sommaires de la jurisprudence, page 973.

²⁵³ Reims, 2 nov 2011, sommaires de la jurisprudence, *Revue de l'arbitrage* 2011 - N° 4, 28 déc 2011 page 10.

reconventionnelles non provisionnées²⁵⁴. Ajouté à l'arrêt précité de la cour d'appel de Paris du 10 mars 2011, Sté Nykcool AB, ces trois décisions ont pour conséquence de faire du règlement d'arbitrage le seul contrat qui, en droit français, n'engage plus ceux qui le concluent²⁵⁵.

392. D'ailleurs, quelques dispositions de la loi du droit positif viennent de renforcer en toute clarté les règles impératives des règlements et conventions d'arbitrages.

²⁵⁴ Paris, 17 nov.2011, Sté Licensing Projects, sommaires de la jurisprudence, Revue de l'arbitrage 2011 - N° 4, 28 déc 2011page 13.

²⁵⁵Thomas Clay, arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, 22/12/2011, recueil Dalloz n944 page3023.

Chapitre2 : Les limites provenant de la loi

393. Le droit français de l'arbitrage contient tous les ingrédients pour dissuader l'intervention du juge dans la procédure arbitrale soulevée par les plaideurs les plus récalcitrants. L'investiture arbitrale émane essentiellement des dispositions des codes de procédures civiles et des positions de la jurisprudence ce qui engendre sans aucun doute une suprématie légale de la procédure arbitrale.

A- Les dispositions des Codes de Procédures Civiles :

394. Le droit français de l'arbitrage contient tous les ingrédients pour dissuader les manœuvres des plaideurs les plus récalcitrants. L'investiture arbitrale est ici l'objet de toutes les attentions. La faveur pour l'arbitrage se décline en une double primauté à savoir la primauté de l'arbitre d'une part, mais aussi la primauté de la mission de l'arbitre, d'autre part.

395. La primauté de l'arbitre signifie que la compétence de l'arbitre prime celle du juge étatique. La primauté de la mission de l'arbitre nous conduira ensuite à examiner de quelle manière la mission de l'arbitre modèle les modalités d'intervention du juge étatique dans l'arbitrage²⁵⁶.

396. Par ailleurs, la faveur pour l'arbitrage envahit progressivement le contrôle de la sentence. Concernant les voies de recours par exemple, pour l'arbitrage interne, l'ancien article 1482 du CPC prévoyait que l'appel était de principe, sauf si les parties y avaient renoncé dans la convention d'arbitrage. Le nouvel article 1489 du même code renverse désormais le principe, en prévoyant que « la sentence n'est pas susceptible d'appel, sauf volonté contraire des parties ».

397. En principe donc, le contrôle du juge d'État dans l'arbitrage interne se trouve désormais restreint aux cas d'ouverture énumérés limitativement par l'article 1492. Plus encore, en matière internationale, le nouveau décret apporte une innovation majeure dans la limitation du contrôle étatique des sentences. Le nouvel article 1522 permet aux parties de renoncer de manière anticipée au recours en annulation.

398. Ensuite, d'autres règles générales confirment également cet « amenuisement progressif du contrôle opéré par le juge

²⁵⁶ Laure Bernheim- Van de CASTEELE, les principes fondamentaux de l'arbitrage, chap 2 la faveur pour l'investiture arbitrale. page 285.

étatique ». C'est le cas, par exemple, de la règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure, forgée progressivement par la jurisprudence, et consacrée par les nouveaux textes à l'article 1466. Les parties ne peuvent donc plus invoquer devant le juge du contrôle les griefs dont elles avaient connaissance et qu'elles se sont abstenues d'invoquer en temps utile devant le tribunal arbitral.

399. Ainsi l'instrument légal qui permet de réaliser cette priorité n'est autre que le principe de compétence-compétence, qui permet à l'arbitre de se prononcer en premier sur sa compétence et empêche en principe le juge public d'empiéter sur celle-ci²⁵⁷.

a) Principe compétence –compétence :

400. Le principe compétence-compétence est une règle matérielle du droit français de l'arbitrage. C'est à l'occasion de l'arrêt Jules Verne du 7 juin 2006 que la Première Chambre civile de la Cour de cassation jugea que « le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence est une règle matérielle du droit français de l'arbitrage qui consacre l'efficacité de l'arbitrage en permettant à l'arbitre, saisi d'une contestation de

²⁵⁷ LOTFI CHEDLY, ouv : Le juge et l'arbitrage, INCIDENCE DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES SUR L'INSTANCE ARBITRALE, éditions A.Pedone 2014.

son pouvoir juridictionnel, de la trancher par priorité, et ce, quel que soit le lieu du siège de l'arbitrage»²⁵⁸.

401. En évidence, la Cour a estimé que les juges du fond n'avaient pas à se référer à une loi de procédure, en l'occurrence américaine, désignée par les parties pour vérifier le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence. Parce que ce pouvoir résulte d'une règle matérielle française, il ne saurait donc être limité par une loi étrangère, serait-ce celle du siège du tribunal arbitral. La précision illustre une fois de plus, en la forme, la valeur normative de cette règle matérielle, et la compétence-compétence constitue apparemment un véritable principe du droit français de l'arbitrage²⁵⁹.

402. Cette expression désigne la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence, laquelle lui est reconnue par l'art. 1465 N.C.P.C. Cette disposition permet à l'arbitre de se prononcer tant sur la validité que sur les limites de son investiture. Le principe est stable également dans la jurisprudence:(Il appartient à l'arbitre, par priorité, de statuer sur sa propre compétence)²⁶⁰, de même en Belgique²⁶¹, aux Pays-Bas²⁶² ou encore en Grande Bretagne²⁶³. Les arbitres tirant leur pouvoir de juger de la convention d'arbitrage, celle-ci fixe également les limites de ce pouvoir. Il appartient donc aux arbitres de vérifier que leur

²⁵⁸ Cass. 1^{re} civ, 7juin2006, Copropriété maritime Jules Verne, n°03-12 .034.

²⁵⁹ Laure Bernheim- Van de CASTEELE, les principes fondamentaux de l'arbitrage, le rayonnement Normatif de la compétence-compétence en dehors des sources écrites du droit positif en droit français, page 291.

²⁶⁰ Cass.Civ.2ème, 18 décembre 2003, sté la chartreuse, note9.

²⁶¹ Article 1697 du Code judiciaire.

²⁶² Article 1 052 du Code de procédure civile.

²⁶³ Article 32 de l'Arbitration Act de 1996.

investiture est conforme à l'objet du litige tel qu'il résulte de cette convention²⁶⁴.

403. En conséquence en cas de compétence statuée par l'arbitre à son profit, les juridictions étatiques ne peuvent connaître du litige relevant de la convention d'arbitrage, sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, toute stipulation contraire étant réputée non écrite (art 1448 CPC français)²⁶⁵.

404. Cependant, les arbitres sont depuis quelque temps sous le feu nourri de parties mécontentes qui, pour remettre en cause la sentence arbitrale, vont chercher des éléments, parfois de simples prétextes, dans le parcours des arbitres pour tenter de montrer qu'ils n'étaient pas indépendants. Nous avons été de ceux qui ont défendu pendant des années un meilleur encadrement de ce que doivent révéler les arbitres et cela a conduit à assainir les pratiques, à favoriser la transparence et à parvenir à des standards clairement posés par la cour de cassation.

405. De ce fait, il semble que le balancier soit parti trop loin dans l'autre sens puisque les parties mécontentes n'hésitent pas à invoquer l'absence de révélation d'éléments anecdotiques, dérisoires ou insignifiants.

²⁶⁴« En vertu du principe compétence-compétence il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ». [2011/17] Cour de cassation (1re Ch. civ.), 23 février 2011, Société ScanaVolda A/S c/ société Comptoir des pêches d'Europe du Nord (Euronor). Revue de l'arbitrage 2011 - N° 1.

²⁶⁵Benoit le BARS, la réforme du droit de l'arbitrage, la semaine du droit aperçus rapides, la semaine juridique édition générale-n°4, 24janvier2011.

406. En effet, le seul avantage de ces recours abusifs est qu'il permette à la cour de cassation de bâtir une jurisprudence qui dessine progressivement la ligne de partage de plus en plus claire entre ce qui doit être révélé et ce qui en est dispensé. Car, plus que jamais, la question de l'indépendance tourne autour de la révélation,

407. En outre, et avec le nouvel article 1456, alinéa 3, le code de procédure civile consacre cette tendance, tout en instituant un dispositif efficace et inédit qui incitera à des révélations larges²⁶⁶.

408. Dans cette même perspective, l'article 1456 alinéa 2 énonce : « il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité » et cette obligation demeure pour toute circonstance de même nature qui pourrait naître postérieurement à l'acceptation.

409. Malgré cette contrainte de révélation, l'arbitre se trouve en position de force à travers l'application du principe compétence-compétence qui découle directement de la convention d'arbitrage et qui par ailleurs, dégage des effets positifs et des effets négatifs.

²⁶⁶ Thomas Clay, arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, 22/12/2011 recueil Dalloz n°44 page 3023.

b) L'effet négatif de la convention d'arbitrage

410. L'effet positif de la compétence-compétence permet à l'arbitre saisi de se prononcer lui-même sur les objections avancées à l'encontre de sa propre compétence. Corrélativement, la notion implique que l'arbitre une fois saisi n'a pas à se dessaisir du litige au seul prétexte que son aptitude à connaître du litige est remise en cause.

411. Tandis que l'effet négatif envisage la notion non plus du point de vue de l'arbitre mais du point de vue des juridictions étatiques. En substance, il impose au juge étatique, en présence d'une convention d'arbitrage qui n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, de renvoyer les parties à l'arbitrage, de façon à mettre les arbitres en mesure de statuer les premiers sur la validité et la portée de la convention d'arbitrage. Au-delà de leur apparente intangibilité, ces notions demeurent en droit positif très controversées²⁶⁷.

412. L'effet négatif de la convention d'arbitrage montre clairement l'efficacité processuelle de ce contrat, ainsi la nature hybride de la convention d'arbitrage se manifeste dans sa dimension

²⁶⁷ Laure Bernheim- Van de CASTEELE, les principes fondamentaux de l'arbitrage par Préface de Thomas Clay, _En réalité, l'un des principes les plus controversés du droit de l'arbitrage page 291.

processuelle, non juridictionnelle, en interdisant aux tribunaux et aux juges étatiques de connaître de la même affaire²⁶⁸.

413. L'instance arbitrale se déroule devant les arbitres et ceux-ci établissent conjointement avec les parties les règles qui lui sont applicables. Dans cette perspective, les tribunaux de justice n'ont pas leur mot à dire. Bien plus, le meilleur soutien que puisse apporter un juge au déroulement d'une procédure arbitrale consiste à s'abstenir de toute immixtion dans les litiges soumis aux arbitres. En d'autres termes, le juge doit en règle générale s'abstenir d'intervenir dans un litige que les parties ont choisi de régler en empruntant la voie arbitrale. Cette règle n'a toutefois plus lieu de s'appliquer lorsque les parties elles-mêmes, en dépit de ce choix, décident expressément de s'adresser au juge et renoncent d'un commun accord à l'arbitrage.

414. Cette question ne fait pas de difficulté, pas plus que l'hypothèse dans laquelle le défendeur s'oppose opportunément en soulevant l'exception d'arbitrage²⁶⁹.

415. En effet, l'effet dit négatif du principe de « compétence-compétence » est réaffirmé puisque les juridictions étatiques ne peuvent connaître du litige relevant de la convention d'arbitrage, sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement

²⁶⁸JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international par « Efficacité processuelle de la convention à l'égard de l'activité judiciaire » page 72.

²⁶⁹JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international « Efficacité processuelle de la convention à l'égard de l'activité judiciaire » page 78.

inapplicable, toute stipulation contraire étant réputée non écrite²⁷⁰.

416. Dans ce même espace de temps préalable à la constitution du tribunal arbitral, le décret confirme la possibilité de saisir « le président du tribunal de grande instance ou de commerce » pour obtenir des mesures d'urgence sur le fondement de l'article 145 ou pour solliciter des mesures provisoires ou conservatoires²⁷¹. Cette précision est essentielle, notamment pour la conservation des preuves nécessaires à la conduite de l'arbitrage ou pour éviter les évasions d'actifs à l'étranger et l'organisation d'insolvabilité²⁷².

417. Le nouvel article 1448 reprend en substance les deux premiers alinéas de l'ancien article 1958, quasiment sous les mêmes limites à savoir qu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage entraîne l'incompétence de la juridiction étatique. Le texte reprend la limite selon laquelle la convention d'arbitrage ne doit pas être manifestement nulle et intègre l'extension prétorienne du cas où la clause est manifestement inapplicable²⁷³.

418. En outre, la forme que prend l'effet négatif dépend en bonne partie de l'extension en pratique de la compétence-compétence reconnue aux tribunaux arbitraux de la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage produit donc un effet obligatoire en tant

²⁷⁰ Art 1448 CPC français.

²⁷¹ CPC F art1449.

²⁷² Benoit le BARS, la réforme du droit de l'arbitrage, la semaine du droit aperçus rapides, la semaine juridique édition générale-n°4, 24 janvier 2011.

²⁷³ Charles JARROSSON et Jacques PELLERIN, LE DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE APRES LE DECRET DU 13 JANVIER 2011, revue de l'arbitrage 2011 p 14.

qu'accord portant sur la compétence, elle est dérogatoire à l'égard des juges et attributive à l'égard des arbitres²⁷⁴.

419. Dans cette même perspective, la jurisprudence invoque l'irrecevabilité des griefs qui auraient pu être soulevés devant l'arbitre. En effet, elle impute aux litigants un devoir de réaction durant l'instance arbitrale qui consiste à dénoncer les irrégularités de l'arbitrage devant l'arbitre chaque fois que cela est possible. La règle est selon nous fondée sur le principe selon lequel l'arbitre est le juge naturel de l'arbitrage. En tant que juge naturel, il incombe à l'arbitre de statuer en priorité sur le litige arbitral. L'arbitre prime le juge étatique. Cette hiérarchie découle du principe de faveur pour le consentement à l'arbitrage.

420. L'impact de l'irrecevabilité sur le principe d'efficacité. La sanction de ce dispositif est redoutable puisqu'elle consiste en une fin de non-recevoir. Les parties sont donc irrecevables à invoquer auprès du juge judiciaire les griefs qui auraient pu être soulevés devant l'arbitre. Cela revient en pratique à écarter de nombreux griefs invoqués à l'appui du recours en annulation, tels la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, le défaut d'investiture de l'arbitre, le manquement à l'exigence d'indépendance et d'impartialité, le manquement au principe du contradictoire. Ainsi ce mécanisme instauré conduit

²⁷⁴ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, « Efficacité processuelle de la convention à l'égard de l'activité judiciaire » page 75.

incontestablement à renforcer un autre principe fondamental notamment le principe d'efficacité de la justice arbitrale²⁷⁵.

421. Par ailleurs, les parties doivent également invoquer au préalable la recevabilité de l'appel sur la sentence arbitrale sous peine de renonciation tacite.

c) Appel sous condition

422. En ce qui concerne l'appel, la réforme a mis fin à la dualité de régime qui voulait que lorsque le juge statuait en amiable compositeur, l'appel était exclu sauf volonté contraire des parties tandis que lorsqu'il statuait en droit, l'appel était ouvert à moins que les parties n'en décident autrement. L'article 1489 clarifie et unifie les régimes de l'appel d'une sentence que les arbitres aient statué en droit ou comme amiables compositeurs. Désormais, dans les deux cas, l'appel est possible à la seule condition que les parties l'aient expressément prévu.

423. En d'autres termes le décret inverse le principe antérieur selon lequel, en l'absence de stipulation contraire des parties, l'appel réformation de la sentence était ouvert contre la sentence (ancien

²⁷⁵Laure Bernheim-Van de CASTEELE La restriction des motifs d'annulation de la sentence,. L'irrecevabilité des griefs qui auraient pu être soulevés devant l'arbitre, ouv les principes fondamentaux de l'arbitrage page 736.1ere édit Bruylant.

art. 1482). Désormais, les parties doivent le prévoir expressément si elles entendent se réserver la faculté de faire appel de la sentence. A défaut, le principe est qu'elles sont présumées avoir renoncé à cette voie de recours (art. 1489). Il s'agit là d'un changement important et bienvenu opéré par la réforme qui s'applique indifféremment selon que le tribunal statue en droit ou en amiable composition²⁷⁶. L'effet dévolutif de l'appel d'une sentence arbitrale permet à la juridiction d'appel de statuer à nouveau sur le fond du litige, en droit ou en amiable compositeur, conformément à ce qui a été fait par les arbitres. Par ailleurs, le nouveau décret énonce clairement les finalités de l'appel, il permet soit la réformation de la sentence, soit son annulation (art. 1490) et s'apparente donc à l'appel devant les juridictions étatiques²⁷⁷. Dans les deux cas, c'est la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue qui est compétente (art. 1494)²⁷⁸.

424. L'article 1495 CPC indique que «l'appel et le recours en annulation sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse devant la Cour d'appel». A travers cette disposition, le principe de l'effet dévolutif de l'appel et la règle de l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel

²⁷⁶Sous l'empire de l'ancien article 1482, le principe était que, pour un arbitrage interne dans lequel les arbitres statuaient en droit, l'appel était admis, sauf stipulation contraire des parties. En revanche, lorsque les parties avaient confié aux arbitres la mission de statuer comme amiables compositeurs, le principe était inversé : l'appel était en principe exclu, sauf stipulation contraire des parties. Il était donc souhaitable de simplifier le régime de l'appel en matière interne.

²⁷⁷ Voir art. 561 et 562 du Code de procédure civile.

²⁷⁸ Pierre Duprey, Présentation du nouveau décret sur l'arbitrage, les Cahiers du conseil national du barreaux, année 2011.

s'appliquent au cours de l'instance engagée devant la Cour d'appel investie du procès arbitral. La précision de l'article 1495, certes nécessaire, n'était cependant pas indispensable puisqu'en tout état de cause l'effet dévolutif est intrinsèque à la nature juridique de l'appel.

425. S'il est aisé de justifier le bien fondé de l'obligation du juge d'appel de statuer au fond dans les limites de la mission de l'arbitre, pareil constat ne s'impose pas avec évidence pour le juge de l'annulation. Certains ont en effet prétendu que l'annulation de la sentence emportait anéantissement de la convention d'arbitrage, à défaut de volonté contraire des parties. D'autres ont soutenu que lorsque la Cour d'appel statue sur le fond, elle anéantit la convention d'arbitrage, alors dépourvue d'objet. L'argument s'appuie sur le droit commun des obligations : le contrat devient caduc si son objet disparaît ou s'il devient impossible à réaliser²⁷⁹.

d) Mesures conservatoires, provisoires ou d'instruction accordées par le tribunal arbitral

426. L'arbitrage tient à être perçu par ses usagers comme « une procédure ordinaire soumises aux mêmes possibilités de

²⁷⁹Laure Bernheim-Van de CASTEELE, Les fondements de l'obligation du juge d'appel de se conformer à la mission de l'arbitre, ouv les principes fondamentaux de l'arbitrage page 373.1ere édit Bruylant.

contraintes procédurales que la procédure judiciaire ». Parmi les possibilités de contraintes, figurent les mesures provisoires et conservatoires, devenues dans les années quatre-vingt, l'une des questions clés de l'arbitrage. Une Doctrine s'est demandée « ...si l'arbitre, juge consensuel, dispose réellement des outils nécessaires en matière de mesures provisoires élaborées sur mesures pour les juridictions étatiques »²⁸⁰. Bien que la majorité des auteurs aient relevé l'absence d'unité de la matière, M. KNOEPHFLER estime que les mesures provisoires sont celles visant à préserver ou à créer « un état de fait ou du droit permettant d'assurer une exécution effective de la sentence... »²⁸¹.

427. Dans le prolongement de la jurisprudence française, le décret français de janvier 2011 a reconnu au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, assorties le cas échéant d'astreintes ou d'injonctions, au motif que cette possibilité constituait le prolongement nécessaire à la fonction de juger des arbitres et ne s'analysait pas de ce fait, en un dépassement de leur mission. Le nouveau décret diverge en revanche de la proposition du Comité français de l'arbitrage à partir du moment où le tribunal arbitral est constitué. Ses rédacteurs ont en effet estimé, à propos de la production de preuves détenues par une partie, que le pouvoir donné au tribunal arbitral d'ordonner une astreinte était suffisant et que l'intervention du juge d'appui dans cette hypothèse était inutile.

²⁸⁰ Ph. OUKARAT, *L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires : Etude générale*, DPCI, 1988, Tome 14, n° 2239.

²⁸¹ Jean ROBERT « *L'arbitrage droit interne international privé* » 6ème édition Dalloz page 193.

428. S'agissant des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral, les rédacteurs du décret ont jugé que le pouvoir donné au tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires ne pouvait en toute hypothèse empiéter sur les compétences exclusives conférées par la loi au juge de l'exécution. Ils ont estimé en outre que les conditions dans lesquelles l'intervention des autorités judiciaires pourrait être sollicitée pour la mise en œuvre de ces mesures étaient trop floues et que, de ce fait, elles devaient être écartées. En définitive, le décret reconnaît au tribunal arbitral la faculté d'enjoindre à une partie de produire des éléments de preuve selon les modalités qu'il détermine et au besoin sous peine d'astreinte (art. 1467, al. 3). Il donne également au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner, éventuellement sous astreinte, des mesures provisoires ou conservatoires (art. 1468). Il permet enfin au tribunal arbitral d'entendre des témoins mais, compte tenu du caractère privé de la juridiction arbitrale, il précise que l'audition se déroule sans prestation de serment préalable (art. 1467), comme le prévoyait du reste déjà l'ancien article 1461.

429. Le décret ne permet l'intervention du juge étatique que dans les hypothèses dans lesquelles le tribunal arbitral est par nature impuissant à ordonner utilement des mesures, ce qui est le cas lorsque les mesures en cause concernent des tiers à la procédure arbitrale. Ainsi, le décret donne-t-il au président du tribunal de grande instance le pouvoir d'ordonner à un tiers de produire des éléments de preuve dont la communication serait nécessaire pour trancher le litige (art. 1469). Dès lors que le président du tribunal de grande instance intervient ici dans le cadre de mesures

sollicitées à l'encontre de tiers à la procédure arbitrale, il a été fait choix de ne pas conférer un tel pouvoir au juge d'appui de la procédure arbitrale, mais au président du tribunal de grande instance territorialement compétent en vertu des règles de droit commun (ce qui constitue une différence par rapport aux règles édictées en la matière par la loi suisse sur le droit international privé).

430. En revanche, il est essentiel d'observer que le tribunal étatique n'intervient, là encore, qu'au soutien de l'arbitrage, la mesure ne pouvant être ordonnée que si le tribunal arbitral y consent. Très naturellement, le décret prévoit en son article 1468 que seul le juge étatique peut ordonner des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires, ces mesures relevant, en vertu de la loi, de la compétence exclusive des juridictions étatiques²⁸².

431. Le tribunal arbitral peut même modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée selon le dernier alinéa du même article 1468.

432. En outre, l'article 1449 du code de procédure civil français ne posera pas de difficulté pour les mesures d'instructions visées à l'article 1451 du Code de procédure civile. Car il reprend la position de la jurisprudence consacrant le principe qui stipule que

²⁸²Emmanuel GAILLARD, Pierre de LAPASSE, le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international (1) - 20/01/2011 recueil Dalloz n°3.

la constitution du tribunal arbitral détermine la date à compter de laquelle la saisine du juge étatique n'est plus possible²⁸³.

433. La jurisprudence²⁸⁴ ainsi que loi marocaine a reconnue également le pouvoir de l'arbitre pour trancher sur les mesures conservatoires et provisoires et en dépassant les dispositions un peu ferme et qui reconnaît seulement aux présidents de tribunaux et juges des référés la compétence en la matière et cela comme stipule les articles 148 et 149 du code de procédure civil marocain²⁸⁵.

434. L'article 327-11 CPC marocain dispose que « le tribunal arbitral procède à toutes investigations par audition de témoins, commission d'experts; ou par toute autre mesure d'instruction. Si

²⁸³ Charles JARROSSON et jacques PELLERIN, LE DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE APRES LE DECRET DU 13 JANVIER 2011, revue de l'arbitrage 2011 résumé p 14.

²⁸⁴ « ... attendu que les documents du dossier montre que la relation entre parties du dossier est règlementée par l'acte daté du 2002 /06/01.

Attendu qu'après examen des clauses de l'acte il a été stipule que les parties vont compromettre devant un tribunal arbitral pour tous les conflits qui peuvent naitre et même après la fin de l'acte.

Attendu que le recours du demandeur de l'appel au tribunal ordinaire même s'il existe une clause compromissoire est un vice de procédure... »arrêt de la cour d'appel de Casablanca du 17/03/2005 , n°852/2005,dossier n°657/2004 publié à la revue marocaine de la médiation et de l'arbitrage 4eme édition année 2009 page 110 et suivant.

²⁸⁵ Article 148 : Les présidents des tribunaux de première instance sont seuls compétents pour statuer sur toute requête aux fins de voir ordonner des constats, des sommations ou autres mesures d'urgence en quelque matière que ce soit non prévue par une disposition spéciale et ne préjudiciant pas aux droits des parties.

Ils répondent par ordonnance rendue hors la présence des parties et sans l'assistance du greffier, à charge de leur en référer en cas de difficulté.

Article 149 : En dehors des cas prévus à l'article précédent où le président du tribunal de première instance peut être appelé à statuer comme juge des référés, ce magistrat est seul compétent pour connaître, en cette même qualité et toujours en vertu de l'urgence, de toutes les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement ou d'un titre exécutoire, ou pour ordonner une mise sous séquestre, ou toute autre mesure conservatoire, que le litige soit ou non engagé, devant le juge du fond.

une partie détient un moyen de preuve, le tribunal peut lui demander de le produire. Il peut également procéder à l'audition de toute personne qu'il estime utile d'entendre».

435. La loi 08-05 marocaine a donc octroyé au tribunal arbitral une large autonomie dans le cadre de l'instruction de l'affaire. Les prérogatives conférées aux arbitres à cet égard se rapprochent sensiblement de celles accordées aux juges étatiques, et ce dans le but manifeste de permettre à l'institution arbitrale de remplir efficacement son rôle de justice privée.

436. Une partie de la doctrine est hostile à cette position et considère que la procédure arbitrale tend de ce fait à devenir aussi lente et fastidieuse que la procédure judiciaire.

437. Nous estimons pour notre part que ce large pouvoir conféré aux arbitres à condition toutefois qu'il soit exercé par ces derniers à bon escient renforce l'efficacité de l'institution arbitrale, dans la mesure où le législateur a octroyé aux arbitres des pouvoirs juridictionnels qui n'étaient dévolus qu'aux magistrats, mais sans les obliger à suivre certaines règles de procédure qui peuvent s'avérer draconiennes et extrêmement contraignantes²⁸⁶.

438. En effet, ce pouvoir d'octroyer des mesures est sans aucun doute un prolongement d'une politique légale visant remarquablement à la promotion de la procédure arbitrale, on

²⁸⁶ Mohamed Diyaa TOUMLILT et Ahmed Alaa TOUMLILT, les mesures d'instruction, le droit de l'arbitrage au Maroc page 298, édit 2014.

constate, à travers la législation arbitrale, l'émergence d'un dispositif légal qui renforce l'indépendance et l'efficacité de toutes les étapes de l'instance arbitrale notamment tout d'abord avec les mesures conservatoires ou d'instructions des arbitres pour dégager par la suite une sentence arbitrale ayant la force de la chose jugée et qui ne peut être annulée que sous des motifs bien énumérés par la loi.

e) L'irrecevabilité des recours en annulation non prévus par la loi

439. Les motifs d'annulation fixés par la loi présentent un caractère limitatif, c'est-à-dire que tous les griefs invoqués à l'appui d'un recours en annulation formé contre la sentence ne figurant pas dans la liste limitative des cas d'ouverture des articles 1492 et 1520 CPCF sont irrecevables. La solution est constante. Elle ne supporte aucune dérogation.

440. Cette règle consacre le principe d'efficacité et, plus spécifiquement, le principe d'effectivité de la sentence. La sentence qui ne contient aucun vice relevant des articles 1492 ou 1520 CPC ne pourra être contestée en France. Elle a donc vocation à être exécutée. Examinée sous un autre angle, le caractère limitatif des motifs d'annulation révèle une volonté du juge français d'éviter d'annuler la sentence pour des motifs

insuffisamment graves. Telle est la rançon de la faveur pour l'arbitrage²⁸⁷.

441. Les tribunaux s'interdisent de juger la façon dont l'arbitre a statué sur les droits des parties de sorte que l'erreur de fait ou de droit commise par l'arbitre n'entache pas la régularité de la sentence. On invoque à l'appui de cette règle un principe de non révision au fond des sentences. Sans remettre en cause l'opportunité de la solution visant à restreindre le champ d'investigation du juge sur la sentence, on verra que ce principe non seulement n'existe pas en droit de l'arbitrage, mais surtout, génère une confusion inutile sur la question de l'étendue du contrôle judiciaire sur les sentences arbitrales²⁸⁸.

442. Par ailleurs, comme la plupart des législations modernes de l'arbitrage, le droit français connaît un dispositif atypique instaurant un juge d'appui dont la mission est de garantir l'exécution par l'arbitre de sa mission. Dans l'arbitrage interne, la dévolution au juge d'appel de la mission arbitrale révèle une autre manifestation de la primauté de la mission de l'arbitre.

²⁸⁷ Laure Bernheim-Van de CASTEELE, *L'irrecevabilité des griefs non prévus par la loi, ou les principes fondamentaux de l'arbitrage* page 736, préface de Thomas Clay .1ere édit Bruylant.

²⁸⁸ Laure Bernheim-Van de Castele, *la restriction du champ d'investigation du juge sur la sentence, ou les principes fondamentaux de l'arbitrage* page 737, préface de Thomas Clay .1ere édit Bruylant.

f) L'intervention du juge de fond dans les limites de la mission de l'arbitre

443. La notion du juge d'appui est un terme générique utilisé pour désigner toute intervention judiciaire destinée à donner effet à la volonté des parties d'arbitrer leur litige de manière à éviter une paralysie de la procédure arbitrale. Les compétences dévolues au juge d'appui n'empiètent pas sur la compétence arbitrale, au contraire, sa mission, circonscrite à une simple assistance technique, est exclusivement destinée à servir la procédure arbitrale. Les fondements de l'intervention du juge d'appui apportent un nouvel éclairage aux principes de l'arbitrage.

444. L'examen des modalités d'intervention du juge d'appui nécessite au préalable de clarifier la légitimité de cette intervention au cours de l'instance arbitrale. Cette légitimité demeure tant que le juge n'est pas habilité à contrôler, mais à soutenir la procédure arbitrale avant le prononcé de la sentence, afin que soit respectée la volonté des parties exprimée dans la convention d'arbitrage et la mission de l'arbitre. Le seul pouvoir de contrôle ouvert au juge d'appui porte sur la convention d'arbitrage, mais son champ d'investigation est si mince qu'il ne

fait que renforcer le principe de faveur pour le consentement de confier une mission de trancher à l'arbitre²⁸⁹.

445. Le fondement tiré de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à la sentence subséquente. S'il est aisé de justifier le bien fondé de l'obligation du juge d'appel de statuer au fond dans les limites de la mission de l'arbitre, pareil constat ne s'impose pas avec évidence pour le juge de l'annulation. Certains ont en effet prétendu que l'annulation de la sentence emportait anéantissement de la convention d'arbitrage, à défaut de volonté contraire des parties. D'autres ont soutenu que lorsque la Cour d'appel statue sur le fond, elle anéantit la convention d'arbitrage, alors dépourvue d'objet.

446. L'argument s'appuie sur le droit commun des obligations notamment le contrat devient caduc si son objet disparaît ou s'il devient impossible à réaliser. Selon ce raisonnement, la convention d'arbitrage dont l'objet consiste à soumettre le litige à un arbitre deviendrait caduque, dès lors qu'une fois la sentence annulée, il incombe au juge de l'annulation (et non plus à un arbitre) de statuer au fond. En dépit de l'intérêt qui doit leur être portés, ces arguments doivent être écartés.

²⁸⁹ laure Bernheim-Van de CASTEELE, La primauté de la mission de l'arbitre, En amont, l'intervention du juge d'appui pour garantir l'exécution de la mission de l'arbitre, ouv les principes fondamentaux de l'arbitrage, page361-362.

447. Quant à l'argument relatif à la disparition de l'objet de la convention, il suffit de reprendre les propos du Professeur Eric Loquin pour se convaincre de son inefficacité notamment le pouvoir du juge de statuer au fond dans les limites de la mission de l'arbitre institue «un véritable arbitrage judiciaire. ... la convention d'arbitrage garde bien un objet: organiser devant la Cour d'appel une procédure d'arbitrage judiciaire»²⁹⁰.

448. En principe et contrairement à ce que on a prétendu, la convention d'arbitrage survit à l'annulation de la sentence. L'autonomie matérielle de la convention n'est en effet plus à démontrer, au point que l'on s'est même demandé si cette convention ne serait pas immortelle. Du principe d'autonomie résulte l'immunité de la convention d'arbitrage contre l'annulation de la sentence et de ce fait, l'annulation de la sentence n'entraîne pas la caducité de la convention d'arbitrage.

449. C'est pour cette raison et pour conserver cette autonomie matérielle de volonté, que les parties choisissent par priorité une personne chargée d'organiser l'arbitrage.

²⁹⁰Laure Bernheim-Van de CASTEELE, Les fondements de l'obligation du juge de l'annulation de se conformer à la mission de l'arbitre, ouv les principes fondamentaux de l'arbitrage page 378, Préface de Thomas Clay .1ere édit Bruylant.

**g) Priorité national et internationale de la personne chargée
d'organiser l'arbitrage**

450. La loi française favorise considérablement la personne chargée d'organiser l'arbitrage et lui confère une supériorité quand au juge d'appui qui est défini toujours en deuxième degré et toujours dans le cas d'absence ou de caducité de la personne chargée d'organiser l'arbitrage.

451. Lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur la désignation d'un arbitre (art. 1451, al. 2) ou de l'arbitre unique (art. 1452, al. 1), et lorsque les deux premiers arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième (art. 1452), ou encore lorsque le litige oppose plus de deux parties (arbitrage multipartite) et qu'elles ne s'accordent pas sur des modalités de constitution garantissant le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres consacré par la jurisprudence (art. 1453). Dans ces cas de figure, les parties peuvent solliciter l'assistance de la personne chargée d'organiser l'arbitrage lorsque celui-ci est institutionnel (ou qu'elles ont contractuellement désigné cette personne comme autorité de désignation)²⁹¹.

452. Ces organismes spécialisés procèdent sur proposition des parties à la désignation des arbitres, arrêtent les règlements

²⁹¹ Pierre DUPREY, présentation du nouveau décret sur l'arbitrage, l'arbitrage principes et pratiques, la convention d'arbitrage, Constitution et composition, les cahiers du conseil national du barreaux année 2011 page 17.

applicables, assurent le secrétariat de l'arbitrage, perçoivent les frais, collectent les honoraires des arbitres, etc.²⁹²

453. Ce type d'institution qui organise l'arbitrage n'est pas une juridiction et ne prend donc que des décisions de nature administrative et non pas de nature juridictionnelle²⁹³.

454. Il est vrai que les institutions arbitrales les plus performantes ont un caractère international et concerne exclusivement les investissements internationaux; L'importance de l'arbitrage CIRDI n'est pas à démontrer, le succès dont il bénéficie ne peut que témoigner de la confiance grandissante qui lui est accordée par les investisseurs étrangers. Ceci étant, tous les instruments bilatéraux conclus par le Maroc ont prévu le recours au CIRDI, en cas de litige opposant le Maroc à l'investisseur étranger. Toutefois, certains accords font exception à la règle, au sens où ils ont définitivement exclu ce moyen de recours, en faveur d'autres procédures de règlement des différends.

455. Le choix du recours au CIRDI par rapport à d'autres procédures contentieuses n'est pas innocent, il influence non seulement la procédure d'arbitrage, mais également la sentence arbitrale.

456. En outre, compte tenu des traits spécifiques de l'arbitrage CIRDI, les sentences sont définitives et exécutoires de plein droit sur le territoire de l'État partie à la Convention de Washington (1965), cela contrairement aux décisions des autres tribunaux

²⁹² FADYNAMMOUR, droit et pratique de l'arbitrage interne et international, page 31, troisième édition.

²⁹³ E. MEZGER, Cass. civ.2e, 7 octobre 1987, Rev. arb. 1987, p 479 note.

CNUDCI ou CCI, par exemple, qui ne peuvent être exécutées en l'absence de formule exécutoire²⁹⁴.

457. On peut se permettre de citer ci-après une liste non-exhaustive des centres d'arbitrage: L'Association française d'arbitrage ;Le Centre d'arbitrage et de médiation (CAREM); Le Centre d'arbitrage et de médiation de Paris (CMAP); Le Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance ; La Chambre arbitrale de Paris ; La Chambre arbitrale maritime de Paris ; Le Comité de médiation et d'arbitrage de la logistique et du transport ; La Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) ; La Cour européenne d'arbitrage et de médiation de Versailles ; La Cour internationale d'arbitrage aérien et spatial.

458. Cette richesse des cours arbitrales et des arbitres souvent en dehors du corps de la magistrature influence un débat très intéressant qui touche l'interdiction faite aux magistrats d'exercer une mission d'arbitrage procède d'un subtil mélange de raisons politiques et juridiques et nécessite une intervention de notre part.

²⁹⁴ Younes ZAKKARI, le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux : quelle articulation entre les procédures contentieuses arbitrales et internes. Dans le droit marocain?, Les options de recours offertes à l'investisseur étranger, l'arbitrage CRDI, revue marocaine d'administration n°119 Novembre-Décembre 2014 page 163.

h) L'incompatibilité du juge d'être arbitre

459. L'article 8 de l'ordonnance no 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, modifiée par la loi organique no 2001-539 du 25 juin 2001, dispose que « l'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice de toutes fonctions publiques et de toute autre activité professionnelle ou salariée ». L'alinéa 2 du même article exclut expressément toute dérogation à ces dispositions pour les activités d'arbitrage, sous réserve des cas prévus par les dispositions législatives en vigueur²⁹⁵. Une exception est prévue pour la procédure légale d'arbitrage instituée par l'article L. 7112-4 du code du travail qui prévoit qu'un magistrat en activité peut présider la commission arbitrale en cas de litiges opposant un journaliste à son employeur²⁹⁶.

460. En outre, la doctrine rappelle généralement que la loi oblige expressément le juge qui a déjà connu l'affaire comme arbitre à se déporter. Certes, mais hormis ce cas de figure extrême pour lequel une solution existe, il y en a beaucoup d'autres pour lesquels rien n'est prévu. Ce sont toutes les interactions indirectes, c'est-à-dire celles qui mettent le juge aux prises, non plus avec la même partie sur le même litige, mais soit avec un autre litigant lié à la partie engagée dans l'arbitrage, soit avec la même partie mais dans un autre litige. Dans les deux cas,

²⁹⁵ Cons. const. 19 juin 2001, no 2001-445 DC, spéc. considérants 17 et 18.

²⁹⁶ Bertrand MOREAU, Andrian BEREGOI, Romy DESCOURS-KARMITZ, Paul E. MALLET et Adrien LELEU, arbitrage en droit interne, décembre 2012, DALLOZ.

l'indépendance du juge n'est plus totalement assurée. Le risque est réel et ancien, comme en témoigne une anecdote qui serait à l'origine de la loi belge du 3 janvier 1925²⁹⁷.

461. Un second risque est encore plus caché car l'atteinte à l'indépendance peut toucher non pas le juge qui a été arbitre, mais tous ceux qui sont amenés à statuer sur l'instance arbitrale conduite par leur collègue. On sait que la justice étatique est souvent sollicitée dans une mission d'assistance ou de contrôle de l'instance arbitrale. Outre les hypothèses dans lesquelles les tribunaux peuvent intervenir pour aider à la mise en place de l'arbitrage ou pour favoriser l'exécution de la sentence, ils se prononcent aussi sur la sentence dès lors que des recours sont formés, et même sur la récusation des arbitres dans l'arbitrage ad hoc. Or il est évidemment délicat pour un juge de juger un magistrat qui est souvent, en pratique, un supérieur hiérarchique. Difficile par exemple de considérer que la sentence qu'il a rendue viole l'ordre public, difficile de donner une suite favorable à une demande de récusation le concernant, et plus difficile encore de le condamner pour une motivation insuffisante ou pour une faute engageant sa responsabilité civile, surtout s'il a touché d'importants honoraires, lesquels peuvent être rendus publics devant le juge qui contrôle la sentence. Il y a là une atteinte manifeste à la liberté du juge qui risque de prendre en compte des éléments extérieurs au litige. Sa liberté de jugement est dès lors affectée et, partant, son indépendance.

²⁹⁷ Interdisant au magistrat désigné arbitre de percevoir des honoraires. Au cours d'un procès devant le tribunal de commerce d'Anvers, l'une des parties, sentant l'affaire lui échapper, avait cru bon rappeler en pleine audience à l'un des juges siégeant qu'elle l'avait récemment désigné arbitre dans une affaire importante, comprenant de substantiels honoraires.

462. À cet argument, la doctrine répond parfois que la situation de ce juge ne diffère pas de celle du membre d'une juridiction statuant après une ordonnance de référé rendue par le président de cette juridiction. Cette comparaison nous semble inopportune parce que, d'une part, une ordonnance de référé est prise dans une situation motivée par l'urgence et qu'elle ne préjuge pas du fond du litige. D'autre part, et surtout, à l'exception de l'appel-réformation d'une sentence, la cour d'appel statue, non pas sur le fond du litige, mais sur la manière dont a été adoptée la décision. Elle statue donc sur le rôle rempli par l'arbitre, et cela change la perspective. Ce magistrat qui contrôle le rôle de l'arbitre est forcément influencé par le rapport hiérarchique qui le lie à l'arbitre. Et c'est en cela que l'atteinte à l'indépendance du magistrat est potentielle, ce qui ne saurait du reste préjuger de l'impartialité réelle en définitive. Mais tout risque de cet ordre, aussi minime soit-il, doit être combattu, et tout ce qui va dans le sens d'une meilleure indépendance doit être défendu. La situation de magistrat-arbitre ne va pas, à l'évidence dans cette direction.

463. Le risque d'atteinte à l'indépendance du magistrat se clarifie dans un deuxième argument plus général qui tient à la nature même de la mission juridictionnelle. Celle-ci n'existe que par son fondement. C'est l'investiture par l'État qui permet à un magistrat de juger son prochain, et c'est l'accord contractuel entre les litigants puis avec l'arbitre qui investit celui-ci de son pouvoir juridictionnel. Chacune de ces investitures porte en elle une légitimité qui lui est propre et qui est exclusive de toute autre. Le cumul des fonctions de magistrats et d'arbitre implique un cumul de légitimités. Or celles-ci sont, par essence,

réfractaires au cumul parce qu'il leur ferait perdre toute consistance. Chaque juge, public ou privé, intervient grâce à l'investiture qu'il a reçue et dans l'ordre juridictionnel qui lui correspond. Et, sauf à vouloir bouleverser cette répartition naturelle, il est évident qu'un même juge ne peut être rattaché qu'à un seul ordre juridictionnel. Prétendre l'inverse participe d'un mélange des genres peu conforme aux exigences de la justice. L'ordre juridictionnel arbitral se compose de ceux qui ne relèvent d'aucune autre juridiction. L'étanchéité des ordres juridictionnels assure la légitimité des pouvoirs qui s'y incarnent.

464. Enfin, un troisième argument, d'ordre social, peut être avancé pour s'opposer au cumul des fonctions de magistrats et d'arbitre à savoir de reconnaître aux juges la possibilité d'être arbitre, c'est favoriser l'émergence d'une justice à deux vitesses, au sens propre du terme. Contrairement à ce que l'on avance généralement, ce n'est pas choquant en soi car tel est le principe même de l'existence de l'arbitrage. Ce qui rend la chose difficilement acceptable, c'est que ce soit les mêmes personnes qui interviennent dans les deux cas. En somme, seuls les justiciables doivent changer d'ordre juridictionnel, mais pas les juges. Une polyvalence des magistrats apparaît mal venue car elle laisse l'impression qu'un plaideur fortuné pourrait obtenir une décision plus rapide qu'un plaideur soumis à l'écoulement classique du procès judiciaire. Or l'opinion des justiciables sur leur justice est primordiale, elle est une condition de l'acceptation de ses décisions. Et il est à ce titre significatif que les contempteurs de l'arbitrage utilisaient l'argument de la possibilité

donnée aux juges d'être arbitres comme prétexte pour disqualifier l'arbitrage dans son ensemble²⁹⁸.

465. C'est encore le cas en France mais je constate de plus en plus que, par force, beaucoup de magistrats s'éloignent de l'arbitrage. Cette tendance, profondément regrettable, est néanmoins tout à fait compréhensible.

466. Comment, en effet, peut-on continuer d'interdire aux magistrats de se nourrir de la pratique de l'arbitrage afin que, lorsqu'ils ont à connaître d'une péripétie de ce dernier, ils puissent trancher en se fondant sur leur connaissance de la pratique arbitrale? Est-il pertinent de marginaliser ainsi les magistrats et de leur interdire d'être à la fois juge de l'État et arbitre, c'est-à-dire juge privé?

467. Pourtant, les textes fondateurs du décret du 12 mai 1981 créant les articles 1442 à 1507 du Code de procédure civile réglementant l'arbitrage tant interne qu'international, n'ont vu le jour que grâce à l'action essentielle alors jouée par le Premier président Pierre Bellet qui, après avoir été à la tête du Tribunal de grande instance de Paris, présida la Cour de cassation. Pierre Bellet, magistrat hors du commun, était également un arbitre réputé, de telle sorte que ces deux expériences lui ont permis de contribuer à un texte qui reste d'avant-garde, tout simplement parce qu'il savait par sa pratique ce qu'était l'arbitrage.²⁹⁹

²⁹⁸ Thomas CLAY, *Droit et Patrimoine* - 2002 105 Dossier NOUVELLES PERSPECTIVES Arbitre, magistrat ou juge consulaire, il faut choisir.

²⁹⁹ Serge LAZAREFF, *Gazette du Palais*, 16 décembre 2008 n° 351, P. 3, *Le juge et l'arbitre*.

468. D'ailleurs L'étude de la jurisprudence au cours des dernières décennies en matière d'arbitrage fait ressortir que la justice n'a eu de cesse d'assurer l'efficacité et l'Indépendance de l'arbitrage et d'en dégager plusieurs conditions et principes juridiques en sa faveur et qu'il est fortement convenable d'en consacrer une étude.

B- Les positions de la jurisprudence

469. L'étude systématique de la jurisprudence en matière d'arbitrage fait ressortir que la juridiction a fortement assuré, par une utilisation systématique de la méthode des règles matérielles, l'efficacité de l'arbitrage, tant en ce qui concerne la condition d'urgence que l'autorité négative de la chose jugée. En consacrant également le principe de l'indépendance de l'arbitre ainsi que son caractère international.

a) Condition de l'urgence

470. L'urgence paraissait-elle toujours conditionner l'intervention du juge des référés en pareilles circonstances. Or, dans sa décision du 21 octobre 1997, la première chambre radicalise l'exigence de l'urgence en parlant pour la première fois de « condition de l'urgence » et en paraissant, par la généralité de son attendu de principe, en faire la condition sine qua non de toute intervention du juge des référés³⁰⁰.

471. On relèvera tout d'abord que la condition d'urgence va nécessairement raréfier les cas d'allocation d'une provision. En distinguant aussi radicalement l'urgence de l'absence de contestation sérieuse, et en soulignant le caractère « exceptionnel » de la compétence du juge des référés en présence d'une

³⁰⁰ La portée de l'arrêt du 21 octobre 1997 en matière de référé-provision en posant que « la compétence exceptionnelle reconnue au juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage est soumise à la condition de l'urgence ».

convention d'arbitrage, la Cour exclut à notre sens que l'urgence du paiement d'une provision puisse simplement s'apprécier au regard de l'exigibilité de la créance ou de son évidence.

472. De notre avis, il convient de caractériser une situation de nécessité de la part du créancier, lequel, faute d'un paiement rapide de la part de son débiteur, risque par exemple de perdre un marché, de ne pouvoir honorer des échéances importantes et imminentes ou tout simplement de cesser son activité. Insister sur l'urgence, c'est donc s'éloigner de l'idée que la provision constitue une avance sur un dû pour se rapprocher de celle qui voit dans le paiement un moyen de prévenir un dommage imminent au sens du premier alinéa de l'article 809 du Code de procédure civile.

473. Concernant plus particulièrement le référé-provision introduit avant que le tribunal arbitral ne soit saisi, la Cour de cassation n'a paru l'admettre dans un premier temps qu'avec la double condition que l'obligation ne soit pas sérieusement contestable et qu'il y ait urgence³⁰¹.

474. En effet, l'urgence viendrait en quelque sorte justifier l'intrusion du juge étatique sur le fond de l'affaire. Mais les arrêts de principe de la première et la deuxième chambre civile du 20 mars 1989 ne font pas la moindre référence à l'urgence et visent purement et simplement « la compétence du juge des référés pour accorder une provision au créancier d'une obligation non

³⁰¹COUCHEZ G, Cass. 3e civ., 9 juill. 1979, no 78-12.670, Lamyline, JCP G 1980, II, no 19389, note.

sérieusement contestable » tant que le tribunal arbitral n'est pas saisi³⁰².

475. La jurisprudence semblait donc fixée, en ce sens que l'existence d'une convention d'arbitrage ne modifiait en rien les pouvoirs que le juge des référés tient des articles 809, alinéa 2, du Code de procédure civile (pour le TGI) et 849, alinéa 2 (pour le TI) ou 873, alinéa 2, (pour le tribunal de commerce) du même code en matière d'allocation de provision, aucune condition d'urgence n'étant exigée par ces textes.

476. Un arrêt du 6 mars 1990 de la première chambre civile n'a cependant énoncé par la suite que l'existence d'une convention d'arbitrage « n'exclut pas, en cas d'urgence, laquelle avait été constatée en la cause, la compétence exceptionnelle du juge des référés pour accorder une provision lorsque la créance n'est pas sérieusement contestable »³⁰³.

477. Il est d'ailleurs indispensable de traiter également un autre principe d'une importance considérable et qui limite fortement l'intervention du juge dans la procédure arbitrale à savoir l'autorité négative de la chose jugée.

³⁰² Bulletin 1989 I N° 139 p. 92.

³⁰³ Cass. 1re civ., 6 mars 1990, no 88-16.369, Bull. civ.I, no 64.

b) l'autorité négative de la chose jugée

478. L'arrêt de la cour de cassation du 12 avril 2012³⁰⁴ apporte une contribution au régime des conditions de l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales. Il s'agit, en l'occurrence de l'autorité négative de chose jugée. C'est-à-dire de la règle selon laquelle dès l'instant que la sentence arbitrale se voit reconnaître l'autorité de la chose jugée, la demande sur laquelle il a été statué par le tribunal arbitral ne peut plus être l'objet d'une nouvelle instance, ni par un tribunal arbitral (le même ou un autre), ni par une juridiction d'Etat³⁰⁵.

479. Par conséquent, la jurisprudence consacre en force la suprématie de l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale³⁰⁶. La sentence aît « dès qu'elle est rendue » autorité de chose jugée « relativement à la contestation qu'elle tranche », constitue un principe bien acquis qui figurait dans le texte antérieur. On ne sera donc guère étonné de le voir affirmé dans le premier alinéa de l'article 1484.

³⁰⁴ J. Béguin, cass. 1^{re} civ, 12 avril 2012, n° 11-14.123, prodim : JurisData n°2012-006971 ; JCP G2012, act. 538, obs.

³⁰⁵ Jacques Béguin, Jérôme Ortscheidt, Christophe Seraglini, Droit de l'arbitrage, la semaine de la doctrine, LA SEMAINE JURIDIQUE-EDITION GENERALE-N°28-9 JUILLET 2012.

³⁰⁶ « Il en résulte que l'autorité de la chose jugée ne se concentre pas dans le dispositif de la sentence mais que partie du dispositif peut être disséminé dans les motifs. En matière arbitrale, il convient de retenir une conception large de l'autorité de la chose jugée.

L'autorité de chose jugée s'attache avec toutes ses conséquences aux sentences arbitrales rendues par des arbitres ayant pouvoir de juger, même amiables compositeurs. L'appelante ne peut ignorer qu'il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile ». [2011/16] Cour d'appel de Pau (Ch. 2, sect. 1), 22 février 2011, Société Carrefour proximité France c/ SARL Falco et fils. Revue de l'arbitrage 2011 - N° 1.

480. Le droit antérieur de l'autorité de la chose jugée des sentences n'est donc pas affecté par la réforme. En revanche, on ne peut que relever la prudence des rédacteurs du décret qui n'ont pas défini la sentence. Cette absence est d'autant plus significative que la jurisprudence, sur ce sujet fondamental, a adopté une position très souple.

481. En effet, si dans plusieurs arrêts, la sentence est définie comme la décision du tribunal arbitral qui statue sur la compétence ou sur les moyens de procédure mettant fin à l'instance (ou de nature à mettre fin à l'instance) ou encore sur tout ou partie du fond, il a été aussi jugé qu'une décision définitive relative à des mesures provisoires assorties d'astreintes ordonnées jusqu'à la fin de l'instance pouvait être qualifiées de sentence. Une telle définition ouvrirait la possibilité pour le tribunal arbitral de rendre des sentences dans l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 1468 et, après exequatur, de voir donner ainsi force exécutoire à des condamnations d'astreinte. L'article 1484 dans son deuxième alinéa ajoute une précision que la sentence peut être assortie de l'exécution provisoire, le nouveau texte en souligne la possibilité et consacre le pouvoir de l'arbitre de prononcer cette mesure qui ne relève pas à proprement parler de la *jurisdictio*.³⁰⁷

482. Ce silence du législateur ne peut que renforcer les caractéristiques de l'Indépendance de l'arbitre ainsi que de l'arbitrage en général.

³⁰⁷ Autorité de la chose jugée, revue de l'arbitrage 2011 n°1, Sommaire de la jurisprudence.

c) l'Indépendance de l'arbitre :

483. L'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif par nature de tout lien de dépendance, notamment avec les parties et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage³⁰⁸.

484. L'indépendance de l'arbitre est un principe fondamental de l'arbitrage³⁰⁹. C'est un gage essentiel de la confiance des parties dans le processus arbitral. Le droit antérieur ne posait cette exigence d'indépendance que de manière implicite, à travers les anciens articles 1452, alinéa 2, et 1463, alinéa 1er, relatifs aux causes de récusation. En revanche, le décret du 13 janvier 2011, toujours dans un souci de clarification est beaucoup plus explicite (C. pr. civ., art. 1456, al. 2). En pratique, l'indépendance signifie que l'arbitre ne doit pas avoir de conflit d'intérêts, ni de raisons susceptibles d'influencer sa décision finale sur le litige. Pour

³⁰⁸ Recueil Dalloz, Nullité d'une convention d'arbitrage dès lors que le consentement donné par l'une des parties à la convention l'a été dans l'ignorance de rapports d'intérêt existant lors de la signature entre l'arbitre et l'autre partie – Cour d'appel de Paris 9 avril 1992 – D. 1992. 173.

³⁰⁹ Henry (Marc). Le devoir d'indépendance de l'arbitre, thèse de doctorat, Droit privé, Paris 1, 1996; Paris, LGDJ, 2001, XI-404 p.

garantir cette indépendance, des moyens préventifs et curatifs ont été mis en place³¹⁰.

485. La jurisprudence récente démontre elle aussi une fois de plus que la révélation est devenue le seul chemin d'analyse de l'indépendance des arbitres. Ce ne sont pas moins de onze décisions qui ont été rendues à propos de l'obligation d'indépendance des arbitres, et toutes concernent l'étendue de leur révélation. On peut les diviser entre celles qui posent l'exigence, celles qui en précisent le contenu, et celles qui en définissent le régime.

486. Premièrement, un arrêt de la cour d'appel de Paris annule purement et simplement une sentence parce que les arbitres n'avaient fait aucune déclaration d'indépendance³¹¹. On aurait pourtant pu penser que cela ne leur serait pas reproché dès lors que le règlement d'arbitrage applicable ne le prévoyait pas. Mais la cour d'appel de Paris a estimé, au contraire, que les arbitres étaient tenus de faire une déclaration d'indépendance, même lorsqu'il n'y avait rien à révéler, sans quoi leur indépendance était mise en doute. La déclaration d'indépendance est ainsi rendue définitivement obligatoire, même quand il n'y a rien à révéler, et même si le règlement d'arbitrage ne le prévoit pas.

487. Deuxièmement, on relève toute une série d'arrêts qui fixent la frontière entre ce qui doit être déclaré et ce qui peut en être dispensé. Pour résumer, on dira que les liens de nature

³¹⁰ Bertrand MOREAU, DALLOZ, Répertoire de Droit Commercial, Arbitrage commercial, septembre 2013.

³¹¹ D. COHEN P. PINSOLLE, Paris, 10 mars 2011, n° 09/28826, Sté Nykcool AB, LPA 2011, n° 225-226, note P. Pinsolle ; Rev. arb. 2011. 732, obs. D. Cohen, p. 611.

professionnelle doivent être déclarés sous peine de voir la sentence annulée, alors que les liens de nature intellectuelle ou scientifique seront sans conséquence sur la sentence. Cette répartition est d'ailleurs parfaitement cohérente car le lien professionnel est un lien tangible et vérifiable, alors que les liens intellectuels sont par nature immatériels et versatiles³¹².

488. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel de n'avoir pas annulé une sentence rendue par un arbitre qui avait publié dans la presse généraliste deux articles critiques sur la politique étrangère des Etats-Unis et d'Israël. Comme une partie à l'arbitrage était syrienne, l'autre partie (panaméenne) y a vu un parti pris en faveur de son adversaire. Cette prise de position n'avait aucun rapport avec le litige, avait estimé en substance la cour d'appel, approuvée donc par la Cour de cassation³¹³. Deux jours plus tard, la cour d'appel de Paris a, à juste titre, rejeté deux recours en annulation fondés, l'un sur le fait qu'un co-arbitre et le président étaient membres respectivement de la direction éditoriale d'une revue, et du comité scientifique d'une autre revue appartenant au même groupe Dalloz, et qu'ils participaient à des journées d'études régulières en commun³¹⁴ et l'autre sur le fait que le président du tribunal arbitral tenait une chronique sous la direction d'un des co-arbitres dans la revue trimestrielle de droit financier et qu'il était membre du comité scientifique d'une autre

³¹²P. Pinsolle, Obligation de révélation et issue conflicts, LPA 2011, n° 225-226.

³¹³Civ. 1re, 29 juin 2011, n° 09-17.346, Sté Papillon Group Corporation.

³¹⁴P. PINSOLLE et D. COHEN, Paris, 1er juill. 2011, n° 10/10402, SA Sobrior, LPA 2011, n° 225-226, note P. Pinsolle ; Rev. arb. 2011. 761, obs. D. Cohen, p. 611.

revue appartenant au même groupe Dalloz³¹⁵. Dans un attendu identique, la cour affirme très clairement que ces éléments ne créent « ni lien de subordination ni courant d'affaires entre eux et traduit seulement leur appartenance à la communauté scientifique de sorte qu'il n'existe pas d'interférence entre ces activités scientifiques et leur fonction d'arbitre ». La règle est donc évidente.

489. En revanche, la même cour d'appel de Paris continue bizarrement à dispenser de révélation les liens qu'elle considère comme notoires, comme dans une affaire où un arbitre était président de la Fédération de négoce agricole, ce qu'une partie prétendait ignorer et utiliser à l'appui de son recours en annulation³¹⁶.

490. La cour d'appel de Colmar a repris le critère de la notoriété dans une autre affaire³¹⁷, alors même que cette exonération pour cause de notoriété relève d'une économie de moyens peu compatible avec les principes fondamentaux en jeu et que l'approximation de ce critère est évidente, comme le montrent les faits de l'espèce. On se demande bien s'il est vraiment notoire qu'une personne soit présidente de la Fédération de négoce agricole, alors qu'on peut légitimement ignorer jusqu'au nom de cette fédération.

³¹⁵ Paris, 1er juill. 2011, n° 10/10406, SA Emivir.

³¹⁶ D. BENSAUDE et D. COHEN, Paris, 16 déc. 2010, n° 09/18545, SAS Nidera France, Rev. arb. 2011. 710, obs. D. Cohen, p. 611 ; Gaz. Pal., 15-17 mai 2011, p. 21, obs. D. Bensaude.

³¹⁷ D. COHEN, Colmar, 8 févr. 2011, n° 10/06080, SA CEVEDE, Rev. arb. 2011. 724, obs., p. 611.

491. Enfin, troisièmement, on trouve dans la jurisprudence récente cinq décisions qui se prononcent sur le régime juridique de l'obligation de révélation et notamment sur la recevabilité du recours en annulation de ce chef. Concernant le nouvel article 1464, alinéa 3, du code de procédure civile, les juridictions saisies ont décidé que les parties sont tenues d'agir dès qu'elles ont connaissance du fait non révélé qu'elles estiment litigieux, après quoi elles ne sont plus recevables. C'est ce qu'a par exemple énoncé la cour d'appel de Colmar dans son arrêt précité du 8 février 2011 et la cour d'appel de Paris lorsqu'elle affirme que « le moyen tiré du défaut allégué d'impartialité, qui pouvait être soulevé dès le début des opérations d'arbitrage et qui ne l'a pas été, est irrecevable »³¹⁸. Et le nouveau décret a même précisé que l'action était enfermée dans un délai d'un mois, après quoi l'action en récusation était irrecevable, ce que vient déjà de décider le juge d'appui parisien dans une affaire de récusation³¹⁹.

492. La procédure mettant en œuvre les principes d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre est conforme à celle retenue par la jurisprudence. Ce qui importe ici est de souligner qu'il revient d'abord à l'arbitre de révéler « toute circonstance ». Aucune autre précision n'est donnée par le texte, et notamment relativement au caractère notoire. Comme par le passé, c'est la jurisprudence qui appréciera l'incidence du caractère notoire du fait non révélé. La généralité des termes retenus prend toute son importance au

³¹⁸D. Cohen et D. Bensaude, Paris, 28 oct. 2010, n° 09/20447, Sté Animatrice de la Franchise, Rev. arb. 2011. 691, obs. D. Cohen, p. 611 ; Gaz. Pal., 6-8 févr. 2010, p. 19, obs. D. Bensaude.

³¹⁹ TGI Paris, ord. réf., 10 nov. 2011, n° 11/58755, Companhia de segurosfidelidad mundial

regard de l'article 1466. Ce dernier présume que la partie qui ne s'est pas prévalu de l'irrégularité en connaissance de cause à renoncé à s'en prévaloir. L'article 1456 pose un principe de priorité imposant la révélation, permettant aux parties de réagir³²⁰.

493. Il faut souligner également que le principe de l'indépendance de l'arbitre se nourrit régulièrement du caractère international de la procédure.

d) Le caractère international de l'arbitrage :

494. En vertu du droit international, le juge administratif ainsi que le juge civil, est incompétent de se prononcer sur la sentence qui a été rendue à l'étranger. Le Conseil d'État l'a clairement posé dans l'arrêt SMAC³²¹.

495. Pourtant, le conseil d'Etat a approuvé la compétence du tribunal administratif sur les recours contre une sentence arbitrale rendue en France.

496. Sur la nature de ce contrôle, bien avant l'arrêt SMAC, le Conseil d'État a eu l'occasion de poser, dans des formations

³²⁰ Charles JARROSSON et Jacques PELLERIN LE DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE APRES LE DECRET DU 13 JANVIER 2011, revue de l'arbitrage 2011 résumé p 21.

³²¹ CE, 26 oct. 1938, Sté anonyme des vignobles et caves de la Bouvraie-Anjou.

solennelles, que c'est en qualité de juge d'appel qu'il connaît du recours dirigé contre une sentence arbitrale. Il l'a rappelé dans l'arrêt SMAC en stipulant que le recours dirigé contre une sentence arbitrale « est porté devant le Conseil d'État en application de l'article L. 321-2 du code de justice administrative » c'est-à-dire en sa qualité de juge d'appel des décisions rendues par les juridictions administratives autres que les TA. C'est donc, sans équivoque, une compétence d'appel qu'il exerce.

497. Cette solution repose sur de nombreux éléments fragiles. D'abord le Conseil d'État considère que les tribunaux arbitraux sont des juridictions administratives spéciales. Cela peut ne pas totalement convaincre. D'une part, il paraît discutable qu'une juridiction *administrative* (dont la mission première est de contrôler l'État) puisse ne pas être créée par l'État par un acte de souveraineté ni avoir un statut d'institution publique. D'autre part, si le tribunal arbitral doit appliquer ou en tout cas respecter certaines règles de droit public (celles qui présentent un caractère d'ordre public), il peut également statuer, le cas échéant principalement, sur la base d'autres règles, voire en amiable compositeur³²².

498. Cette priorité manifeste de l'autonomie de l'arbitrage sur une justice administratif, influence en effet, une analyse historique et juridique de la suprématie légale de cette procédure privée.

³²² Olivier LE BOT, La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? Quelle procédure ? Cahiers de l'arbitrage, 01 juillet 2015 n° 2, P. 243.

C- Suprématie légale de la procédure arbitrale :

499. L'interdiction faite au juge de se substituer aux arbitres dans l'exercice de leur pouvoir juridictionnel est une disposition légale de préférence.

500. L'ensemble des dispositions précitées laisse paraître la volonté du législateur de circonscrire de manière exhaustive et ponctuelle les hypothèses d'intervention du juge d'appui afin d'éviter toute immixtion intempestive de sa part dans la procédure arbitrale. Le juge étatique ne doit pas se substituer aux arbitres dans leur pouvoir juridictionnel, ni même à l'institution d'arbitrage si l'arbitrage choisi par les parties est institutionnel C'est pourquoi, il est communément admis que le juge d'appui ne peut intervenir qu'à titre subsidiaire³²³.

501. De plus, seul l'arbitre, ou le tribunal arbitral, a un pouvoir juridictionnel, portant un tel pouvoir ne peut appartenir à une personne morale, à un centre d'arbitrage par exemple (art 1450 CPCF). L'institution d'arbitrage encadre l'arbitrage, le facilite, mais n'arbitre pas. L'arbitre, personne physique, est le seul tiers à pouvoir être investi d'une mission juridictionnelle.

³²³Laure Bernheim-Van de CASTEELE, le principe de non immixtion du juge dans l'instance arbitrale, ouv les principes fondamentaux de l'arbitrage page 364,365, Préface de Thomas Clay .1ere édit Bruylant.

502. En effet, l'arbitre est une juridiction, cela résulte non seulement des pouvoirs dont il dispose et des règles qui régissent sa mission, mais aussi des effets que produit sa compétence sur son statut légal de plus en plus renforcé³²⁴.

503. L'intervention du juge étatique se trouve ainsi limitée et encadrée. Cette intervention répond à des finalités spécifiques guidées tout autant par le souci de faire produire son efficacité maximale à la volonté des parties que par la préservation de leur sécurité juridique. En amont de la constitution du tribunal arbitral, le juge d'appui, consacré par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, soutient en effet la volonté commune des parties et cherche à consacrer tout de même le principe de la force obligatoire du contrat.

504. Les législations ont en outre renforcé le pouvoir du tribunal arbitral. L'arbitre dispose, comme toute juridiction, du pouvoir de statuer sur sa propre compétence. Il s'agit là d'un pouvoir essentiel à l'efficacité de sa mission juridictionnelle. La décision de l'arbitre a l'autorité de la chose jugée dès qu'elle est rendue et il peut l'interpréter ou rectifier les erreurs matérielles qu'elle recèle. Durant l'instance, l'arbitre peut, comme le juge, ordonner des mesures d'instruction, l'article 1460 alinéa 2 NCPC déclare applicable à l'arbitrage la quasi-totalité des principes directeurs du procès.

³²⁴ Charles JARROSSON, l'arbitre exerce une mission juridictionnelle, signification et application du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, arbitrage et juridiction, revue française de théorie juridique 9, page 108.

505. En effet, la suprématie légale de l'arbitrage peut se manifester par son cadre légale ancien, à travers de nombreuses législations contemporaines (a), et par des principes fondamentaux notamment les principes de la force obligatoire du contrat (b) et du renforcement remarquable du pouvoir du tribunal arbitral (d) tout en approuvant son extraterritorialité (c) et d'autres points légaux forts qu'on va examiner par la suite.

a) Exemples de législations contemporaines : La législation française juste après la révolution française. Le droit musulman:

1-La législation française juste après la révolution française :

506. La ferveur révolutionnaire pour l'arbitrage volontaire apparaît de manière éclatante dans l'article 1er de la loi des 16-24 août 1790 sur la nouvelle organisation judiciaire, qui présente l'arbitrage comme « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens ». Les débats qui précèdent le vote de la loi révèlent l'existence dans la pensée du législateur révolutionnaire d'un véritable dogme selon lequel les conflits, quels qu'ils soient, sont mieux à même d'être réglés par la voie extrajudiciaire. Il s'agit alors d'une vérité qu'il n'est nul besoin de démontrer: les juges professionnels et le droit nuisent au règlement des litiges. Au nom de ce dogme, l'arbitrage est présenté comme la clé de voûte de la nouvelle organisation

judiciaire, mais souffre en réalité de l'existence d'autres voies extrajudiciaires mises à la disposition des parties, ce qui ne manque pas d'entraîner l'échec de la réforme³²⁵.

507. S'agit-il ainsi bien avant la Révolution des idées dont les constituants ont pu s'inspirer lors de la réforme de la justice et qui ont contribué à former le dogme de la résolution extrajudiciaire des litiges. En son nom, les révolutionnaires n'ont pas voulu seulement promouvoir l'arbitrage, mais organiser une justice en partie extrajudiciaire autant que possible débarrassée des juristes et des règles de droit. Aux côtés des institutions judiciaires nouvelles que sont les tribunaux de district et le Tribunal de cassation, sont en effet mises en place par la loi des 16-24 août 1790 différentes voies extrajudiciaires de règlement des litiges: l'arbitrage volontaire d'abord, puis l'arbitrage forcé, enfin la justice de paix³²⁶.

2-Le droit musulman :

508. « Le régime juridique que l'on dédie à une institution (ou à une situation) est la résultante de la conception que l'on a d'elle» الحكم "على الشيء فرع من تصوره", Cette affirmation des jurisconsultes

³²⁵ « La ferveur révolutionnaire pour l'arbitrage et la multiplication des modes alternatifs de règlement des litiges » Revue de l'arbitrage 2005 n°1 page 21

³²⁶ « Le dogme de la résolution extrajudiciaire des conflits » La ferveur révolutionnaire pour l'arbitrage et la multiplication des modes alternatifs de règlement des litiges, Revue de l'arbitrage 2005 n°1 page 22.

musulmans a été reprise par Emmanuel Gaillard ces dernières années dans sa tentative de retracer les principaux aspects philosophiques de l'arbitrage moderne³²⁷.

509. Dans le monde musulman, l'on est passé d'une conception dans le cadre de laquelle l'arbitre jouit d'une complète autonomie dans la conduite du procès où il n'y a aucun contrôle a posteriori de la sentence arbitrale comme en témoigne l'arbitrage dans l'affaire Siddyn, notamment la convention d'arbitrage conclue entre Ali Ibn Abi Taleb et Mouawyah Ibn Abi Sufiane, qui ne mentionne aucune quelconque forme de contrôle, contrairement à la conception qui soumet l'arbitre au contrôle strict du juge étatique, qui a le pouvoir de « ratifier » d'infirmer la sentence (le code des dispositions légales, dit aussi le code Ottoman, 1876)³²⁸.

510. Au Maroc, en tant que pays musulman, et avant la période contemporaine, les parties s'adressaient au « ALEMS » et « FKIHS » pour leurs soumettre leurs litiges. L'arbitrage marocain date d'un traité signé en 1693 entre Moulay Ismaël et Louis XIV pour y soumettre les personnes non musulmanes. Le premier dahir de 1913 qui n'a fait que reprendre les dispositions de l'ancien C.P.C Français de 1808 et des modifications qu'il a subi en 1982 et 1954, avait rendu nécessaire et indispensable une éventuelle réforme, qui a d'ailleurs vu le jour avec le nouveau code de la procédure civile de 1974. Le dahir du 28/09/1974 n'a pas Satisfait non plus toutes les espérances dans ce domaine du

³²⁷ Ahmed OUERFELLI « Le juge du contrôle de l'arbitrage », revue de la jurisprudence et de la législation n°1 53eme année janvier 2011 page9.

³²⁸ Ahmed OUERFELLI « Le juge du contrôle de l'arbitrage », revue de la jurisprudence et de la législation n°1 53eme année janvier 2011 page10.

droit, ce qui a poussé le législateur à réessayer en mai 2007, date d'adoption et de ratification du parlement marocain du code d'arbitrage qui a abrogé quelques paragraphes du code de procédure civile.

b) Le principe de la force obligatoire des contrats.

511. De notre part, le principe de la force obligatoire du contrat est l'un des principes universels de l'arbitrage et peut dégager en effet deux obligations :

512. D'une part une obligation de ne pas faire: l'obligation de ne pas saisir les juridictions étatiques. La volonté de soumettre aux arbitres la solution d'un différend s'analyse en une renonciation expresse à l'action en justice auprès des tribunaux étatiques. C'est en ces termes qu'une sentence CCI en date du 10 août 1998 a exposé la définition de cette renonciation en tant qu'un engagement que prennent les parties pour renoncer à la juridiction des tribunaux ordinaires, et pour confier la résolution de leur litige à un tribunal arbitral de leur choix. Cette renonciation est le fait de chacune des deux parties et il est évident que cet accord repose sur un engagement mutuel. Même s'il s'agit d'une renonciation dont la portée est considérable

notamment la faculté ouverte à tout justiciable de s'adresser à un juge afin d'obtenir la reconnaissance de son droit.

513. D'autre part, une obligation de faire: l'obligation de s'en remettre à la justice arbitrale. En effet sont rares les ordres juridiques qui nient les effets obligatoires de la convention d'arbitrage. Cependant, notamment, dans quelques États d'Amérique latine, les tribunaux peuvent exiger, en dépit de stipulation d'une clause compromissoire, la conclusion d'un compromis avant l'engagement de la procédure arbitrale.

514. De ce fait, le principe de la force obligatoire des contrats est l'un des garants universel du respect des consentements des parties, et ce principe conduit à deux conséquences inévitables : d'une part le caractère supplétif de l'intervention du juge d'appui, d'autre part son caractère subsidiaire.

515. Le caractère supplétif de l'intervention du juge d'appui l'oblige à respecter la volonté des parties telle exprimée dans la convention d'arbitrage, éventuellement à l'interpréter en convoquant le principe d'utilité. L'assistance technique du juge étatique doit être guidée par le souci d'un arbitrage efficace pour autant que les parties aient exprimé au minimum leurs volontés de recourir à l'arbitrage.

516. Le caractère subsidiaire de l'intervention du juge d'appui prolonge le respect de la volonté des parties. Il revient à ne jamais se subsidier à un organisme d'arbitrage des lors que l'arbitrage est institutionnel, car alors la référence au règlement d'arbitrage dans la convention d'arbitrage vaut mandat donné aux

organes compétents de cette institution pour le traitement des difficultés et par conséquent, non pas vraiment éviction du juge d'appui de tout rôle mais réduction de sa fonction à l'hypothèse de carence de l'institution mandatée ou à celle de sa disparition³²⁹.

517. Ainsi, l'examen de la jurisprudence révèle de la part du juge d'appui un souci constant de prendre en considération la volonté et les aspirations des parties lors de son intervention. La tendance est particulièrement marquée lorsqu'il vient coopérer à la constitution du tribunal arbitral où, dans ce cas, le juge prend soin de respecter le cadre contractuel tracé par les parties.

518. Si la convention d'arbitrage avait notamment préconstitué un tiers pour procéder à la nomination de l'arbitre, le juge vérifie que ce tiers a pu à bon droit procéder à cette désignation ou si ce tiers n'a pas encore été sollicité, le juge renvoie alors les parties auprès de ce dernier afin qu'il procède à cette nomination. Et si la convention d'arbitrage n'a rien prévu à cet égard, le juge peut leur accorder un bref délai afin qu'elles désignent ensemble l'arbitre. Sauf si ce processus a échoué que le juge pourra plus radicalement se substituer aux parties pour procéder à ladite désignation. La coopération du juge d'appui n'est donc pas exclusive de la coopération des parties. On saisit ici par

³²⁹ L'ARBITRAGE ET LE ROLE DU JUGE D'APPUI EN DROITS ALGERIEN ET FRANÇAIS, revue de droit des affaires internationales n°1-2012 .p.27.

conséquence le souci de préserver l'autonomie des parties, pièce maîtresse du fondement contractuel de l'arbitrage³³⁰.

519. En outre, l'inadéquation des dommages et intérêts pour sanctionner l'inexécution de la convention d'arbitrage peut en quelque sorte dégager l'intervention du juge et favoriser celle de l'arbitre.

520. C'est vrai que l'article 1149 du Code civil français dispose que «les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ». C'est une incitation pour le débiteur, même tenu d'une obligation strictement personnelle, à l'exécution.

521. Mais, ce propos perd toute efficacité dès lors qu'il s'agit de quantifier le dommage subi par l'une des parties du fait de n'avoir pu soumettre le litige à la justice arbitrale en dépit de la convention d'arbitrage. Si le préjudice est, certes, réel, la perte d'une chance de voir le litige trouver une issue favorable devant les arbitres n'est guère quantifiable. Et de même encore serait l'évaluation du préjudice si elle devait résulter d'une comparaison entre les mérites de la justice arbitrale et ceux de la justice étatique.

522. De ce fait, l'inexécution de la convention d'arbitrage se résout non pas en dommages et intérêts mais en une exécution forcée en nature: l'obligation pour les litigants de s'en remettre à l'arbitre. Au stade de l'exécution (ou de l'inexécution) de la convention

³³⁰ Laure Bernheim-Van de CASTEELE, les principes fondamentaux de l'arbitrage, les fondements de l'intervention du juge d'appui dans le procès arbitrale. 1^{er} édit Bruylant page 368.

d'arbitrage, l'obligation conventionnelle à la charge des parties se mue en une obligation procédurale destinée à assurer la primauté de l'arbitre pour statuer sur sa compétence³³¹.

523. En effet, les modalités d'intervention du juge d'appui dictées par le respect de la volonté des parties, doit avant tout rester l'affaire des parties elles-mêmes.

524. Néanmoins, en dépit du principe de la force obligatoire du contrat, le juge de l'incident est requis chaque fois que l'imperium étatique est nécessaire pour obtenir une mesure, une mesure conservatoire ou provisoire. En aval de la sentence, le juge du recours, juge du contrôle de l'exequatur ou de l'annulation, intervient à seule fin de régler les questions frontières entre l'ordre juridictionnel autonome et la justice étatique, pour constater une irrégularité procédurale dans la constitution du tribunal arbitral ou une violation d'une règle d'ordre public³³².

525. Mais parfois cette assistance du juge se heurte à des difficultés territoriales qui dégagent en quelque sorte une restriction due à l'extraterritorialité de l'arbitre.

³³¹ Laure Bernheim- Van de CASTEELE _les principes fondamentaux de l'arbitrage, l'efficacité des obligations résultant de la convention d'arbitrage comparée aux solutions de droit commun page 305.

³³² Alexis MOURRE et Philippe PINSOLLE, une inutile et dangereuse porte ouverte à l'interférence du juge dans l'arbitrage, Note de l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-11320, *Z c/ Elf Neftegaz*. Cahiers de l'arbitrage, 01 octobre 2013 n° 4, P. 1049.

c) Le principe de l'extraterritorialité de l'arbitre :

526. Cette restriction épargne également l'arbitre, puisqu'il peut se déplacer de son domicile jusqu'au lieu où se trouvent les témoins et procéder à leur audition, de même qu'il peut procéder à des inspections dans des lieux éloignés de son domicile, etc. Pour demander l'aide du juge d'un lieu distinct de son domicile, en vue de l'exécution de ses propres décisions, l'arbitre ne doit pas nécessairement s'adresser au juge de son domicile et lui demander d'envoyer une commission rogatoire au juge du lieu où cette décision doit être exécutée.

527. Il peut adresser en outre sa demande directement à ce dernier. Il suffit pour cela que les parties en soient convenues dans le compromis ou postérieurement. Les avantages qui viennent d'être soulignés rencontrent toutefois leurs limites quand le défaut d'*imperium* oblige l'arbitre à recourir au juge³³³. Mais rien n'empêche l'arbitre de s'adresser au tribunal ou à l'autorité compétente de l'endroit où se déroule l'arbitrage pour que celui-ci à son tour lui prête son concours à la notification. Mais cette démarche dégagera en général un retard excessif de la procédure d'arbitrage à cause de l'intervention d'un nombre important d'organismes intermédiaires non seulement de l'Etat requérant mais aussi de l'Etat requis³³⁴. A partir de là, les arbitres

³³³JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Extraterritorialité de l'arbitre, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, thèse par, page 50.

³³⁴JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, « le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international » *Notifications*, page 153.

pourraient adresser directement toutes sortes de demandes de communications aux autorités compétentes (autorité centrale, autorités consulaire ou diplomatique, officier ministériel, etc.)³³⁵.

528. L'extraterritorialité est, en matière procédurale, un autre élément important qui caractérise l'arbitre et le distingue du juge. Tandis que le juge est lié par sa compétence territoriale et ne peut agir dans de nombreux cas, sauf si les parties se sont expressément soumises à sa juridiction, l'arbitre ne connaît pas cette limite car les parties se soumettent toujours expressément à son autorité et parce que la loi en dispose ainsi. C'est pourquoi, dès lors qu'existe un compromis ou une clause compromissoire désignant l'arbitre, le problème de sa compétence ne se pose pas.

529. Cette extraterritorialité peut être considérée par excellence comme l'une des mobiles des dispositions légales renforçant les pouvoirs de l'arbitre.

d) Le renforcement des pouvoirs du tribunal arbitral :

530. On constate fortement un processus généreux de la part du législateur français.

531. Notamment, le nouveau décret renforce les pouvoirs du tribunal arbitral par renvoi aux dispositions relatives à l'arbitrage

³³⁵ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, Notifications -page 153

interne sur le sujet. Comme avant la réforme de 2011, le tribunal peut bien sûr procéder à des actes d'instructions et à l'audition de témoin (art. 1467 CPC). L'alinéa 3 de cet article prévoit même que le tribunal peut enjoindre à une partie qui détient un élément de preuve de le produire, si besoin à peine d'astreinte. La jurisprudence avait, il est vrai, déjà admis qu'un tribunal puisse adresser une injonction à une partie en l'accompagnant d'une astreinte, précisant qu'une telle mesure « constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel et ne caractérise ainsi aucun dépassement de la mission de l'arbitre »³³⁶.

532. En outre, l'article 1468 CPC prévoit que le tribunal peut ordonner, éventuellement sous astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune, à l'exclusion des saisies conservatoires et sûretés judiciaires, qui restent de la compétence exclusive du juge étatique. Le tribunal arbitral a également le pouvoir de trancher lui-même tout incident de vérification d'écriture ou de faux (art. 1470 CPC). En revanche et bien entendu, le tribunal ne peut ordonner des mesures qui concernent les tiers à la procédure arbitrale.

533. L'article 1469 CPC quand à lui prévoit que le juge français a, sur invitation du tribunal, le pouvoir d'ordonner à un tiers de produire des éléments de preuve dont la communication serait nécessaire pour trancher le litige. En effet, le juge compétent est le président du tribunal de grande instance, et sa compétence

³³⁶D BENSAUDE, Paris, 7 oct. 2004, Otor, J. Int'l Arb. 2005.357, note.

territoriale est déterminée selon le nouveau texte par les règles de procédure civile de droit commun (arts. 42 à 48 CPC, qui prévoient notamment que la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur). Le juge français n'aura donc véritablement cette compétence que dans l'hypothèse où le tiers concerné demeure en France, ce qui limite grandement l'applicabilité, et par la même l'utilité, de l'article 1469 CPC.

534. Et concernant les règles de droit applicable au litige, l'article 1511 CPC reprend les termes de l'ancienne disposition en prévoyant que le tribunal « tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisi ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées ». La formulation de cette disposition vise à permettre aux parties ou au tribunal d'opter pour le droit d'un Etat déterminé, mais aussi pour des règles de droit a-nationales, comme par exemple les principes UNIDROIT. En outre, les parties peuvent toujours conférer au tribunal le pouvoir de trancher le litige en amiable composition (art. 1512 CPC)³³⁷.

535. Enfin, le principe compétence-compétence vient consolider en toute force l'idée que l'arbitre est un juge naturel. Dans ses effets négatifs, ce principe offre à l'arbitre une priorité sur le juge étatique pour statuer sur sa compétence. Dès lors que la compétence arbitrale est invoquée, le juge doit donc se dessaisir. Dans ses effets positifs, l'étendue du principe reste encore

³³⁷BENSAUDE, la récente réforme du droit de l'arbitrage international en France; www.bensaude-paris.com.

incertaine tant que ne sera pas définitivement tranchée la question de l'aptitude de l'arbitre à statuer sur les contestations relatives au contrat d'arbitre. Le principe compétence-compétence se détache d'un éventuel principe compétence-investiture. En vertu du principe de faveur pour le consentement à l'arbitrage, les limites du principe compétence-compétence demeurent cependant encadrées par des critères très stricts. La mise en œuvre de ces critères ne permet au juge de déroger à la primauté de l'arbitre que dans des cas exceptionnels, les seuls pouvant justifier l'effacement de cette primauté³³⁸.

536. Par ailleurs, cette primauté de l'arbitre se manifeste également par la limitation du pouvoir d'un juge d'affaire par excellence notamment le président du tribunal de commerce.

e) Limitation du pouvoir du président du tribunal de commerce :

537. Les rédacteurs du nouveau décret ont voulu marquer tout d'abord la compétence de principe du juge civil, ne laissant au juge de commerce qu'une compétence résiduelle, pour les seules difficultés de constitution du tribunal arbitral et si la convention le prévoit expressément (art. 1459 al. 2). Ainsi, les difficultés

³³⁸ Laure Bernheim- Van de CASTEELE, les principes fondamentaux de l'arbitrage, la primauté de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence page 325.

relatives à l'empêchement, l'abstention, la démission d'un arbitre (art. 1457), à sa récusation (art. 1456 al. 3) ou à sa révocation (art. 1458), de même que les difficultés relatives à la prorogation du délai d'arbitrage (art. 1463), relèvent désormais de la compétence exclusive de la juridiction civile, le président du tribunal de grande instance territorialement compétent, à l'exclusion de la juridiction consulaire (art. 1459 al. 2). Le souhait des rédacteurs a donc été de limiter la compétence partagée du juge d'appui entre les juridictions civiles et consulaires aux seules difficultés relatives à la constitution du tribunal arbitral pour laisser le soin à un magistrat professionnel (le président du tribunal de grande instance) de statuer sur toute autre difficulté susceptible d'affecter ensuite le bon déroulement de la procédure d'arbitrage (art. 1459 al. 2)³³⁹.

538. Les rédacteurs du décret ont souhaité également confier la fonction de « juge d'appui » à un juge spécialisé, préparé et sensibilisé tant à la matière arbitrale qu'aux difficultés procédurales, souvent très techniques.

539. Cependant, L'article 1459 prévoit que "le juge d'appui est le président du tribunal de grande instance". Mais également, l'article prévoit que les parties peuvent indiquer dans la convention d'arbitrage que ce sera le président du tribunal de commerce le juge d'appui dans leur affaire. La compétence territoriale du juge d'appui peut avoir été désignée dans la convention ; si tel n'est pas le cas, le juge territorialement

³³⁹ Pierre DUPRE, présentation du nouveau décret sur l'arbitrage, les cahiers du conseil national du barreau année 2011.

compétent est celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé³⁴⁰.

540. En conséquence, il appartiendra au juge d'appui de droit commun (le président du tribunal de grande instance) de déterminer si l'arbitre désigné doit être récusé ou non. Ainsi, dans l'hypothèse évoquée, le président du tribunal de commerce n'aurait vocation à être saisi que si le président du tribunal de grande instance a constaté que l'arbitre désigné ne présente pas toutes les conditions nécessaires au regard de son devoir d'indépendance et si à la suite de cette décision, les parties ne se sont pas accordées pour désigner un arbitre de remplacement³⁴¹.

541. De ce fait, la loi désigne comme juge d'appui le président du tribunal de grande instance, sauf si les parties par convention ont manifesté une préférence pour le président du tribunal de commerce. Mais les pouvoirs de ce dernier sont désormais limités aux seules difficultés de constitution. Ce qui réduit en effet considérablement l'intérêt d'un accord des parties et, en même temps exprime une politique législative de spécialisation du président du TGI. Pour ce qui est de la compétence territoriale, il se conforme à la volonté des parties qui sur ce point n'est pas davantage qu'une clause attributive de juridiction et, à défaut, fait du siège de l'arbitrage, le critère exclusif de détermination de la compétence territoriale du juge d'appui.

³⁴⁰L'Arbitrage Nouveau est Arrivé ; La Réforme de l'Arbitrage – Décret du 13 janvier 2011
Le décret n° 2011-48 du 13 janvier ...7juillet2011, le Cabinet T&T

³⁴¹Emmanuel GAILLARD et Pierre DE LAPASSE, commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage, Cahiers de l'arbitrage, 20 novembre 0401 n° 2, page 263.

542. Les différences sont tout aussi marquées en matière d'arbitrage international, le décret de janvier 2011 a entériné des solutions jurisprudentielles et, ce faisant, élargi le champ de la compétence matérielle du juge d'appui tout en confirmant la compétence territorial du président du tribunal de grande instance de paris (art 1505 CPC)³⁴².

543. Cependant, à la différence de ce que prévoyaient des avant-projets de la Chancellerie, le président du tribunal de commerce ne perd pas toute compétence en tant que juge d'appui. En vertu du décret, le président du tribunal de commerce n'a plus compétence, comme par le passé, pour intervenir en matière de prorogation du délai d'arbitrage (ancien article 1456). En revanche, en vertu du deuxième alinéa de l'article 1459, ce président a toujours vocation à intervenir en tant que « juge d'appui » pour connaître des difficultés relatives à la constitution du Tribunal arbitral sous la double condition que le différend concerne une difficulté de désignation du ou des arbitres (articles 1451 à 1454) et que la convention d'arbitrage lui donne expressément un tel pouvoir.

544. Certains ont pu s'interroger sur la compétence du président du tribunal de commerce pour connaître une difficulté relative à la constitution du tribunal arbitral dans l'hypothèse où l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre désigné serait mise en cause par l'une des parties. À notre avis, une telle question nécessite en

³⁴² ALI BENCHENEB, l'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droits algérien et français ,les modalités de recours au juge d'appui, les règles de compétence, par, Revue de Droit des Affaires Internationales international business Law journal n°1-2012 page 29-30.

pratique d'éventuelles interventions jurisprudentielles et doctrinales.

545. Egaleme nt afin de parachever la réforme, il serait très utile, de notre avis, que cette spécialisation du juge d'appui soit, par la suite, accompagnée d'une loi qui spécialiserait les tribunaux de grande instance compétents pour connaître des différends relatifs à l'arbitrage, sur le modèle de ce qui a été prévu notamment en matière de brevets d'invention et de propriété littéraire et artistique.

546. Ainsi, en pratique, la diversité des procédures arbitrales due à la liberté de choix des règles de conduite me paraît fortement comme une cause de spécialisation des juges d'appui des tribunaux civils et de commerce.

f) Liberté de choix des règles de conduites de la procédure arbitrale.

547. Les lois sur l'arbitrage ainsi que les règlements des centres d'arbitrage laissent aux parties, ou à défaut au tribunal arbitral, la liberté d'organiser la procédure. En particulier, les arbitres

règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux ordinaires³⁴³.

548. L'article 1464 CPCF reprend les termes de l'ancien article 1460 alinéa1, donnant aux arbitres le pouvoir de régler la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sous réserve des stipulations particulières des parties qui sont très rares en pratique. Comme l'avais noté G.Cornu, cette disposition revient à faire de l'arbitre, sauf convention contraire des parties, un « amiable compositeur de procédure »³⁴⁴.

549. Cette règle est en effet fondamentale pour assurer l'autorité des arbitres et la souplesse de l'instance. Sa limite tient aux principes directeurs du procès auxquels il est renvoyé et qui sont toujours applicables.

550. De même l'article 1509 du Nouveau Code de Procédure civile français est plus précis encore, prévoyant que: « La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitral ». Cette liberté de choix de procédure consacre par excellence le principe de l'indépendance de la procédure arbitrale.

551. Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit

³⁴³ Abdelhak JANATI IDRISSE L'intervention du juge en amont et en aval de la sentence arbitrale, revue marocaine des contentieux N°5-6/2007 page 36.

³⁴⁴ Charles JARROSSON et Jacques PELLERIN, le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011, revue de l'arbitrage 2011 p 27.

par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure ».

552. Un principe similaire se retrouve aussi dans de nombreux règlements d'arbitrage. On citera par exemple l'article 19 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale qui dispose que « la procédure devant le tribunal arbitral est régie par le Règlement et, dans le silence de ce dernier, par les règles que les parties, ou à défaut le tribunal arbitral, déterminent, en se référant ou non à une loi nationale de procédure applicable à l'arbitrage ». C'est en application de ce texte que les arbitres adressent aux parties un projet d'acte de mission et un projet d'ordonnance de procédure qui prévoient un certain nombre de règles qui seront acceptées expressément par les parties (acte de mission) ou imposées par l'arbitre (ordonnance de procédure), qui prend souvent la précaution de mentionner que son contenu a été discuté et approuvé par les parties³⁴⁵.

553. D'ailleurs, plusieurs législations consacrent le principe de la liberté des parties d'organiser la procédure arbitrale comme elles l'entendent. Ainsi l'article 182 de la Loi sur fédérale sur le droit international privé suisse (la LDIP) qui prévoit que les « parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale ».

554. Pourtant la question de la liberté des parties d'organiser la

³⁴⁵ L'autorité des règles d'arbitrage choisies par les parties par Andrea PINNA, Cahiers de l'arbitrage, 01 mars 2014 n° 1, P. 9.

procédure comme elles l'entendent trouve sa limitation dans les exigences de garantie procédurale et d'efficacité de la procédure arbitrale.³⁴⁶ Mais cette restriction est pratiquement limitée par une obligation de se référer à des usages de la matière qui se caractérisent souvent par une excellence.

g) Les usages de l'arbitrage

555. L'article 1511 du code de procédure civil français énonce qu' en matière d'arbitrage international, le tribunal arbitral tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce. Cette règle se pratique en effet en droit interne.

556. S'agissant des usages, nous les définiront comme des comportement dotés de certaines qualités qui leur conféré une force juridique autonome. Cette dernière particularité suppose que les usages tient au moins une parties de leur force de leurs propres caractéristiques indépendamment d'un renvoi de la loi, de conventions, ou de règlements d'arbitrage³⁴⁷.

557. La relative brièveté du livre V consacré à l'arbitrage conduit nécessairement à un vide législatif en matière de procédure

³⁴⁶ QUI CONTRÔLE LES POUVOIRS DES ARBITRES: LESPARTIES, L'ARBITRE OU LA COURD'ARBITRAGE? Teresa GIOVANNINI CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, Volume 8 LES ARBITRES INTERNATIONAUX Colloque du 4 février 2005.

³⁴⁷ Pierre MOUSSERON, les usages de l'arbitrage, Petites affiches, 13 février 2013 n° 32, P. 27.

arbitrale. Ce vide législatif n'est un vide juridique dans la mesure où l'article 1464 du code renvoie à différents principes et notamment à certains principes directeurs du procès. Ce complément offert par les principes ne permet cependant pas de répondre à toutes les questions processuelles et invite à mobiliser aussi les usages notamment sur des questions bien précises.

558. Notamment en cours d'instance, les délais de communications des pièces relèvent ainsi du principe du contradictoire. La mise en œuvre concrète de ce principe impose bien souvent de se référer à la pratique antérieure des parties. Et en fin d'instance, les modalités de signature de la sentence permettent aussi de recourir à l'usage. Si l'article 1480 du code de procédure civile indique que la sentence doit être signée, il ne dit rien des modalités de cette signature et notamment de l'exigence d'un paraphe sur chaque page de la sentence. La pratique des arbitres à l'occasion des conventions d'arbitrage ou de sentences antérieures pourra être pertinente pour déterminer les sanctions attachées au non respect des règles de signature de la sentence. La cour de Paris a ainsi validé une sentence qui contenait des dates de signatures contradictoires en recourant aux mentions contenues dans le corps de la décision³⁴⁸.

559. De notre avis, les usages les plus favorisés de l'arbitrage doivent faire partie du livre V du CPCF et cela nécessitera sans doute une réforme impressionnante de la matière.

³⁴⁸ Pierre MOUSSERON, les usages de l'arbitrage, effets des usages sur la régularité de la procédure Petites affiches, 13 février 2013 n° 32, P. 32.

**h) Reforme législative souhaitée des dispositions de
procédure civil française relative à l'arbitrage interne**

560. C'est vrai que, le 13 janvier 2011, la France s'est dotée d'un nouveau droit de l'arbitrage interne et international qui modernise et renforce l'efficacité de l'institution. Poursuivant l'œuvre entreprise par les décrets de 1980-1981 et par les juridictions françaises, qui se sont toujours montrées très favorables à l'arbitrage, la réforme donne à la France l'instrument lui permettant de maintenir et de renforcer le rôle éminent qui a toujours été le sien dans ce domaine³⁴⁹.

561. Malgré le fonctionnement relativement satisfaisant du droit français de l'arbitrage depuis cette réforme, la nécessité s'est faite sentir de procéder à une réforme de ce droit, et ce, essentiellement pour une raison.

562. Cette raison tient au fait qu'un droit qui reste toujours jurisprudentiel et pragmatique, ne paraît plus de nature à être suffisamment accessible aux praticiens étrangers de l'arbitrage. Même en matière interne, la législation récente ne permet plus de guider la pratique de manière suffisamment simple et facile d'accès.

³⁴⁹ Emmanuel GAILLARD, le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international l'essentiel, ETUDES ET COMMENTAIRES :Chronique, recueil Dalloz 20 janvier 2011 n°3. page 175.

563. De ce fait, la pratique arbitrale a montré que le droit d'arbitrage français nécessite encore certaines modifications.
564. On se bat en particulier, à travers ce projet de réforme, pour la consécration de la compétence préalable du tribunal arbitral de statuer sur la nullité de la convention et ensuite la justice peut en l'espèce relever d'office son incompétence.
565. Ensuite, on suggère que la mission d'arbitre peut être exercée à la fois par une personne physique ou morale.
566. On peut prévoir également la possibilité aux parties à la procédure arbitrale de communiquer un élément nouveau ou argument juridique pertinent même au cours du délibéré et reste au tribunal arbitral de se décider sur l'importance de cet élément ou de le rejeter.
567. D'un autre côté, le délai de six mois pouvait être insuffisant dans des cas de litiges et la prorogation du délai de six mois à huit mois a pour but d'obtenir un résultat comparable en qualité à celui d'une juridiction ordinaire.
568. En outre, le refus de signature d'un arbitre doit être motivé soit par l'arbitre lui-même ou par les autres signataires.
569. La sentence arbitrale doit contenir par ailleurs l'indication de la clause compromissoire ou la convention d'arbitrage s'il y a lieu.
570. Ensuite, la procédure relative à la demande d'exequatur doit être obligatoirement contradictoire tout en consacrant le principe de droit de défense.

571. On a envisagé également que la sentence n'est guère susceptible d'appel devant une juridiction, et la compétence doit être confiée à un second degré de tribunal arbitral, un avis étonnant qui émane tout simplement du principe de la force obligatoire du contrat notamment le compromis d'arbitrage sous réserves bien sûr d'un appui du juge sur les modalités de désignation d'un nouveau arbitre ou tribunal arbitral.

572. Cependant, le juge d'appui reste compétent pour annuler la sentence mais lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, c'est le tribunal arbitral qui statue dans un délai de deux mois de la notification de l'annulation de la sentence, sauf volonté contraire des parties.

573. Enfin les nouvelles dispositions du CPC français seront comme suit :

LIVRE IV
L'ARBITRAGE
TITRE 1^{er}
L'ARBITRAGE INTERNE

CHAPITRE 1^{er}

La convention d'arbitrage

Art. 1448. Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

Dans ce cas le tribunal arbitral doit se déclarer en premier lieu de la nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

La juridiction de l'Etat peut relever d'office son incompétence en cas de clause compromissoire ou convention d'arbitrage manifestement nulle ou inapplicable.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.

574. En s'inspirant du principe de la compétence-compétence préfigurerait déjà une véritable règle matérielle du droit français de

l'arbitrage. il appartient à l'arbitre de statuer en premier lieu sur la nullité de la convention et c'est une nouvelle règle matérielle du droit français de l'arbitrage international qui pourra consacrer l'efficacité de l'arbitrage en permettant à l'arbitre, saisi d'une contestation de nullité, de la trancher par priorité, et ce, quel que soit le lieu du siège de l'arbitrage».

575. D'habitude, les parties, pour contester le pouvoir juridictionnel des arbitres, peuvent tout d'abord contester la validité, voire l'existence, de la convention principale qui comprend la clause compromissoire. En effet, en matière d'arbitrage interne, au même titre de ce qui se passe pour l'arbitrage international, l'inexistence ou l'illicéité de la convention principale empiète en quelque sorte sur celle de la convention d'arbitrage mais pas au point de son annulation. Alors l'arbitre, dans ce cas, va donc être amené à examiner cette convention principale.

576. La contestation des parties peut également porter sur la convention d'arbitrage elle-même, les parties invoquant là encore, soit son inexistence, soit sa non validité, sur lesquelles devront donc se prononcer les arbitres.

577. Dans les deux hypothèses, la question doit être jointe par les arbitres au fond du litige et tranchée dans la sentence arbitrale qui pourra être soumise aux voies de recours prévues par le N.C.P.C. Elle peut également être réglée dans une sentence postérieure qui pourra éventuellement faire l'objet d'un appel immédiat ou, en cas de renonciation à l'appel, d'un recours en annulation.

578. D'un point de vue conceptuel, les ressemblances ont conduit à rapprocher la compétence-compétence de l'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage. On a pu fonder la compétence-compétence de l'arbitre sur l'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage. Il est vrai que le rapprochement des deux notions est séduisant. Pourquoi bâtir un principe d'autonomie matérielle aux fins d'assurer la survie et l'efficacité de la convention d'arbitrage en dépit des vices qui pourraient entacher le contrat principal si, corrélativement, l'arbitre ne dispose pas d'une priorité de compétence pour statuer sur la nullité ? De ce point de vue, la compétence-compétence semble s'installer dans la continuité de l'autonomie matérielle. La compétence-compétence permet ainsi aux arbitres qui estiment qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage valable entre les parties, ou à tout le moins de convention couvrant la matière litigieuse, de rendre une sentence en ce sens. En l'absence d'un tel principe, il s'agirait d'un acte impossible. Les arbitres ne pourraient en effet dans le même temps nier leur compétence dans le dispositif de la sentence et l'affirmer en établissant eux-mêmes une telle sentence. L'acte se trouverait contredit par son propre contenu. On saisit ici l'utilité de la compétence-compétence, par rapport notamment au principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. Car, comme l'a relevé le Professeur Eric Loquin, «pour que le principe de l'autonomie de la clause compromissoire se concrétise devant les arbitres, encore faut-il que ceux-ci aient provisoirement le pouvoir de statuer sur leur propre investiture»³⁵⁰.

³⁵⁰ LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'ARBITRAGE par Laure Bernheim- Van de

579. Par ailleurs, le juge lui même peut procéder à la vérification de sa propre compétence dans les cas de nullité manifeste prévus par la loi, on parle alors d'incompétence relevée d'office. il n'existe que dans des cas limités, en outre ce n'est qu'une faculté et non une obligation. L'article 92 du nouveau code de procédure civile prévoit que l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas.

580. Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française.

581. En outre, la notion du respects du droit de défense précité dans la formule « ou lorsque le défendeur ne comparait pas » incite à mon avis le juge en cas de clause compromissoire ou convention d'arbitrage manifeste de se déclarer incompétent à chaque fois que la sentence arbitrale est rendu sans respects d'une procédure contradictoire ; Alors cela lui confère la possibilité de se déclarer incompétent pour respects unanime des droits fondamentaux telle que les droits de défense.

582. Si le non respect des droits de défense est manifeste, ca sera le seul moyen et argument pour qu'un juge puisse se déclarer incompétent.

583. Il convient de signaler à cet égard que le respect du principe de la contradiction suppose, outre la convocation des parties, de mettre celles-ci en mesure de faire valoir leurs prétentions de fait et de droit, de connaître celles de l'adversaire et d'être à même de les discuter.

584. En d'autres termes, rien de ce qui sert à fonder le jugement des arbitres ne doit échapper au débat contradictoire des parties³⁵¹.

CHAPITRE H

Le tribunal arbitral

Art. 1450. La mission d'arbitre peut être exercée par une personne physique ou morale jouissant du plein exercice de ses droits.

L'arbitre désigné se charge de l'organisation de l'arbitrage sauf stipulation contraire des parties.

585. Plusieurs instruments de droit sont destinés en amont à assurer la primauté de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence. Les instruments de droit processuel qui concrétisent la force obligatoire de la convention d'arbitrage à l'égard des parties et juges.

586. Alors les parties peuvent soumettre à une personne morale,

³⁵¹ Le respect des droits de la défense : une garantie de bonne administration de la justice, DROIT DE L'ARBITRAGE Mohammed DIYAA TOUMLILT revue marocaine d'administration locale et de développement n° 119 édition 2014 page 345.

représentée souvent par une personne physique, la solution d'un différend s'analyse comme un consentement qui me paraît semblable à la procédure d'amiable compositeur.

587. C'est la qualité de la sentence qui compte et non la personne qui l'a rendu, aux termes de l'article 1134, alinéa 3, du code civil, les conventions doivent être exécutées de bonne foi, la règle impose aux parties de « tout mettre en œuvre pour que la procédure arbitrale puisse se nouer et se dérouler de manière à obtenir un résultat comparable en qualité à celui d'une juridiction ordinaire »³⁵²

Art. 1455. Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation après sentence du tribunal arbitral sur la nullité.

Ou à défaut, le juge doit se prononcer sur la nullité de la convention.

588. L'examen approfondi sur la nullité de la sentence doit à mon avis être de la compétence du tribunal arbitral et se déclarer sur la nullité comme s'il se déclare sur sa propre compétence selon le principe compétence – compétence.

589. L'article 1446 NCPCF consacre également cette position à savoir Les parties peuvent compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction, ce qui donne aux

³⁵² Sentence CCI du 10 août 1998, revu de l'arbitrage 2002 page 1009 n°10.

parties un argument juridique et demander au juge la compétence du tribunal arbitral de statuer sur la nullité manifeste de la convention d'arbitrage.

590. La Cour de cassation consacre le principe de l'interdiction de toute décision du juge du fond qui procède à un examen approfondi des conditions d'application de la clause d'arbitrage, alors qu'il ne doit retenir sa compétence que si la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage est manifeste, ce veut dire évidente et qu'il n'existe aucun doute sur cet argument³⁵³.

Art. 1475. L'instance reprend son cours en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été interrompue ou suspendue lorsque les causes de son interruption ou de sa suspension cessent d'exister.

Au moment de la reprise de l'instance et par exception à l'article 1463, le tribunal arbitral peut décider que le délai de l'instance sera prorogé pour une durée qui n'excède pas huit mois.

591. De mon côté le délai de six mois pouvait être insuffisant dans des cas de litiges et cette prorogation du délai de six mois à huit mois a pour but de tout mettre en œuvre pour que la procédure arbitrale puisse se nouer et se dérouler de manière à obtenir un résultat comparable en qualité à celui d'une juridiction ordinaire.

³⁵³ Cass. civ. I, 7 juin 2006 n°03-12.034 ; 11 juillet 2006 n°04-14.950.

Art. 1476. Le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré sera prononcé.

Au cours du délibéré, aucune demande ne peut être formée, aucun moyen soulevé et aucune pièce produite, si ce n'est à la demande du tribunal arbitral ou en cas de survenance d'un élément nouveau.

592. Comme dans la procédure ordinaire devant les tribunaux ou chaque parti au procès peut demander réserve du droit de demandes au cours du délibéré, On peut prévoir la même possibilité aux parties à la procédure arbitral de communiquer un élément nouveau ou argument juridique pertinent même au cours du délibéré et reste au tribunal arbitral de se décider sur l'importance de cet élément ou de le rejeter.

CHAPITRE IV

La sentence arbitrale

Art. 1480. La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix.

Elle est signée par tous les arbitres.

Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention avec motivation des refus s'il y a lieu et celle-ci produit le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

593. La majeure partie de la doctrine rattache la motivation aux

droits de la défense dans sa conception extensive. La motivation des refus de signature des sentences arbitrales est la règle en pratique qui se justifie au regard de l'objectif qui a été assigné à l'arbitrage dans l'harmonisation du droit des affaires. Il ne saurait y avoir de jurisprudence arbitrale si une partie des sentences rendues n'étaient pas motivées.

594. Du mon point de vue, Les décisions du refus de signature émanant des arbitres doivent être motivées et argumenter pour but d'éclairer les débats juridique qui peuvent naitre soit devant la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou le juge d'appui.

595. La signature de la sentence fait présumer qu'elle a été rendue à la majorité des voix. - L'article 1480, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile précise que « *la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix* », reprenant la règle auparavant énoncée, sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 13 janvier 2011, par l'article 1470. Cette exigence découle du principe de collégialité, qui oblige les arbitres à instruire ensemble l'instance arbitrale, comme le précise l'article 1467, alinéa 1^{er} du même code. La règle de la majorité est aujourd'hui prévue à peine de nullité de la sentence. Contrairement aux dispositions antérieures à la réforme de 2011, le nouvel article 1483 du Code de procédure civile renvoie en effet à l'article 1480 en son entier, lorsqu'il énonce les dispositions prescrites à peine de nullité de la sentence. L'article 1492, 6° du Code de procédure civile dispose au demeurant que le recours en annulation est ouvert si la sentence « *n'a pas été rendue à la majorité des voix* ». Aussi, même si aucun texte du Code de procédure civile ne prévoit que

la sentence arbitrale contient l'indication de ce qu'elle a été rendue à la majorité des voix des arbitres, il paraît prudent qu'elle comporte une mention en ce sens pour prévenir toute contestation. Sa régularité peut aussi certainement être établie par d'autres pièces de la procédure³⁵⁴.

Art. 1481. La sentence arbitrale contient l'indication:

- 1-Des noms, prénoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social;
- 2- la clause compromissoire ou la convention d'arbitrage s'il y a lieu.
- 3-Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ;
- 4-Du nom des arbitres qui l'ont rendue et de leurs signatures;
- 5-De sa date ;
- 6-Du lieu où la sentence a été rendue.

596. Concernant la mention obligatoire d'indiquer la clause compromissoire ou la convention d'arbitrage le cas échéant, qu'elle me paraît utile de l'invoquer, une jurisprudence française va en expliquer l'utilité : « En présence de deux contrats conclus entre les parties, dont l'un contient une clause attributive de compétence et l'autre une convention d'arbitrage, la cour d'appel, pour statuer sur l'exception d'arbitrage opposée à la compétence du juge étatique, et après avoir relevé, au vu d'un certain nombre d'éléments dont l'absence de revendication par le

³⁵⁴ Christophe Seraglini, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 29, 20 Juillet 2015, doct. 877, *Droit de l'arbitrage*.

demandeur de l'application du contrat contenant la clause attributive de compétence et l'établissement par celle-ci de factures sur la base du prix prévu au contrat antérieur contenant la convention d'arbitrage, qu'aucune certitude n'existait sur l'effectivité du contrat contenant la clause attributive de compétence qui n'avait jamais été exécuté, a exactement décidé qu'il appartenait à la juridiction arbitrale de statuer sur sa compétence en recherchant lequel des deux contrats avait régi les relations contractuelles entre les parties »³⁵⁵³⁵⁶.

597. L'article 1483 du Code de procédure civile indique en effet que « l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité de la sentence ne peut entraîner la nullité de celle-ci s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées ». A fortiori, il doit pouvoir en être de même s'agissant du prononcé de la sentence à la majorité des voix, puisqu'aucune mention n'est formellement exigée sur ce point sauf un rapprochement remarquable aux mentions obligatoires d'un jugement ordinaire (art 454 CPCF). En outre, ce qu'éclaire un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 1er avril 2015 (*n° 14-13.908, inédit*), il existe également une présomption de régularité de la sentence en ce domaine, qui peut rendre inutile

³⁵⁵ Arrêt n° 11 F-D, pourvoi n° V 13-23.806 — M^{me} BIGNON, cons. doy. ff. prés., M. HASCHER, cons. réf. rapp., M. SAVATIER, cons. — SCP BOUTET et HOURDEAUX, SPC ORTSCHIEDT, av. — Décision attaquée : Versailles, 27 juin 2013. — Rejet.

³⁵⁶ SOMMAIRE DE LA JURISPRUDENCE, Revue de l'arbitrage 2015 - N° 1 page 272.

toute précision qu'elle a été rendue à la majorité des voix³⁵⁷.

598. Mais rien n'empêche, de notre avis, d'imposer l'indication expresse de la convention d'arbitrage dans la sentence arbitrale afin de réduire les griefs qui peuvent être invoqués en justice relatifs à sa nullité.

599. En ce qui concerne la signature obligatoire des arbitres, La première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 3 octobre 2006 (pourvoi n° 05-12959) a rappelé cette évidence en précisant qu'une sentence arbitrale qui n'est pas signée par tous les arbitres doit être annulée, même en l'absence de préjudice.

CHAPITRE V

L'exequatur

Art. 1487. La procédure relative à la demande d'exequatur est obligatoirement contradictoire.

La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue.

³⁵⁷ Jérôme ORTSCHIEDT, La Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 20 Juillet 2015, doctr. 877 Droit de l'arbitrage, Chronique.

La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

L'exequatur est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale répondant aux conditions prévues à l'alinéa précédent et après procédure contradictoire.

Art. 1488. L'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public. «L'ordonnance qui refuse ou ordonne l'exequatur est motivée ».

600. La procédure contradictoire, de notre avis, est nécessaire notamment en cas de contestation sur l'exécution forcée d'une décision de justice, le juge de l'exécution doit s'assurer que les conditions de cette exécution sont remplies. D'ailleurs, en vertu de l'article 503 du code de procédure civile, un jugement ne peut être exécuté qu'après avoir été notifié au débiteur. il est donc tout naturel que le juge de l'exécution puisse vérifier l'existence³⁵⁸ d'une décision de justice lorsqu'il apprécie la validité des mesures d'exécution forcée subséquentes ou lorsqu'il doit déterminer si une astreinte a commencé à courir³⁵⁹. En effet, la notification inexistante, ou irrégulière est donc nulle, et les mesures d'exécution prises sur le fondement du jugement sont également nulles (cass. 2e civ., 16 juin 2005), étant entendu qu'il appartient au créancier de rapporter la preuve de la notification³⁶⁰³⁶¹.

³⁵⁸ Cass. 2e civ., 11 mai 2006, n° 04-15.213 : jurisdata n° 2006-033708 ; bull. civ. 2006, ii, n° 125.

³⁵⁹ CA chambéry, 2e ch., 24 nov. 2011 : jurisdata n° 2011-031263.

³⁶⁰ Cass. 2e civ., 21 déc. 2006, n° 05-19.679 : jurisdata n° 2006-036632 ; bull. civ. 2006, ii, n° 383.

³⁶¹ Denis Mouralis, La Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 20 Juillet 2015, p 858.

601. Le 29 janvier 2004, la Cour de cassation a cité que « les jugements, même passés en force de chose jugée, ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été régulièrement notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire »³⁶².

602. En outre, l'article 503 du code de procédure civile dispose que : « Les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire. »

603. De ce fait, et de notre point de vue, l'exequatur est une extension de la procédure arbitrale et doit respecter la procédure contradictoire et le juge ne peut communiquer avec une seule des parties, à son initiative ou à celle de la partie, sur un sujet concernant l'exécution d'une sentence probablement mise en cause, sauf à informer, ou demander à la partie d'informer, les autres parties et le cas échéant les autres arbitres de l'existence et du contenu de cette demande. En cas de demande écrite, une copie doit être envoyée aux autres parties et, le cas échéant, aux autres membres du Tribunal arbitral.

Rôles respectifs du juge de l'exécution et du juge de l'exequatur des sentences arbitrales : décision énigmatique de la Cour de cassation, Note sous arrêt Cass. 1re civ., 13 mai 2015, n° 14-17.015.

³⁶² Cass. Civ. II, 29 janvier 2004, n° 02-15219.

CHAPITRE VI

Les voies de recours

Section1 : L'appel

Art. 1489. La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties.

L'appel est formé devant un nouveau tribunal arbitral

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

604. C vrai qu'en ce qui concerne l'appel, la réforme a mis fin à la dualité de régime qui voulait que lorsque le juge statuait en amiable compositeur, l'appel était exclu sauf volonté contraire des parties tandis que lorsqu'il statuait en droit, l'appel était ouvert à moins que les parties n'en décident autrement. L'article 1489 clarifie et unifie les régimes de l'appel d'une sentence que les arbitres aient statué en droit ou comme amiables compositeurs.

605. Désormais, dans les deux cas, l'appel est possible à la seule condition que les parties l'aient expressément prévu. En d'autres termes le décret inverse le principe antérieur selon lequel, en l'absence de stipulation contraire des parties, l'appel réformation

de la sentence était ouvert contre la sentence (ancien art. 1482). Dorénavant, les parties doivent le prévoir expressément si elles entendent se réserver la faculté de faire appel de la sentence. A défaut, le principe est qu'elles sont présumées avoir renoncé à cette voie de recours (art. 1489). Il s'agit là d'un changement important et bienvenu opéré par la réforme qui s'applique indifféremment selon que le tribunal statue en droit ou en amiable composition³⁶³.

606. Pourtant, selon notre avis, la compétence en la matière doit être confiée à un second degré de tribunal arbitral, un avis qui émane tout simplement du principe de la force obligatoire du contrat notamment le compromis d'arbitrage sous réserves d'un appui du juge sur les modalités de désignation d'un nouveau arbitre ou tribunal arbitral.

607. Dans cette même perspective, et selon l'actuel article 1502 du CPC, applicable en arbitrage interne depuis le décret du 13 janvier 2011, le recours en révision eût été porté dans tous les cas devant le tribunal arbitral, sauf si ce dernier n'avait pu être réuni. Ce n'est donc pas par volonté arbitraire de rejouer cette affaire que la cour se prononcera sur le fond avant la fin de cette année mais parce que la loi, au sens large, lui commande de le faire.

608. Mais, la cour d'appel de Paris³⁶⁴ a jugé comme même recevable le recours en révision de l'arbitrage dit CDR c/ Tapie.

³⁶³ Pierre DUPREY, présentation du nouveau décret sur l'arbitrage, l'arbitrage principes et pratiques, les cahiers du conseil national du barreaux année 2011, page 21 et 22.

³⁶⁴ CA Paris, P. 1, ch. 1, 17 févr. 2015, n° 13/13278.

Avant de constater que l'arbitrage avait bien été frauduleux, elle s'est reconnue compétente pour juger du recours en révision au motif que l'arbitrage était interne et que l'ancien article 1491 du Code de procédure civile lui attribuait compétence, en cas d'arbitrage interne. Pour déterminer si un arbitrage est interne ou international³⁶⁵.

Section2 : Le recours en annulation

Art. 1491. La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation.

Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Art. 1493. Lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, le tribunal arbitral statue dans un délai deux mois de la notification de l'annulation de la sentence, sauf volonté contraire des parties.

609. En effet, en vue de renforcer l'efficacité de la sentence en matière d'arbitrage interne, et de la rapprocher du statut de la sentence rendue en matière d'arbitrage international (qui écarte la règle du double degré de juridiction et partant, exclut toute possibilité d'appel en réformation), les rédacteurs du décret ont entendu faire également du recours en annulation le mode

³⁶⁵ Matthieu Boissavy La volonté des parties et la nature interne ou internationale d'un arbitrage, Gazette du Palais, 04 avril 2015 n° 94 P. 17.

principal de recours contre les sentences rendues en matière interne, et ne sont d'ailleurs pas allés jusqu'à autoriser, comme en matière internationale, la renonciation par convention spéciale au recours en annulation véritable bouleversement du régime des voies de recours contre les sentences internationales³⁶⁶.

610. Tout en consacrant la règle du double degré de juridiction, un tribunal arbitral doit être constitué par les parties en cause ou par la personne chargée de l'arbitrage ou à défaut par le juge afin de statuer sur le recours en annulation en préservant à la fois l'indépendance de la procédure d'arbitrage et les obligations issues de la volonté conventionnelle des parties notamment celles d'exclure les juges ordinaires et de confier le litige à un tribunal arbitral.

Section 3 : Dispositions communes à l'appel et au recours en annulation

Art. 1494. le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.

Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être

³⁶⁶ Pierre DUPREY, présentation du nouveau décret sur l'arbitrage, l'arbitrage principes et pratiques, les Cahiers du conseil national du barreau année 2011 page 21.

s'il n'a pas été exercé dans le mois de la notification de la sentence.

Art. 1495. Le recours en annulation sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1.

Art. 1496. Le délai pour exercer le recours en annulation ainsi que le recours exercé dans ce délai suspendent l'exécution de la sentence arbitrale à moins qu'elle soit assortie de l'exécution provisoire.

Le rejet du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour.

611. Modification simple en favorisant seulement le recours en annulation qui est le recours par excellence contre les sentences arbitrales.

Section 4 : Recours contre l'ordonnance statuant sur la demande d'exequatur

Art. 1499. L'ordonnance qui accorde l'exequatur est susceptible d'appel dans un délai d'un mois à compter de sa signification.

Le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur ou dessaisissement de ce juge.

Art. 1500. L'ordonnance qui refuse l'exequatur peut être frappée d'appel dans le délai d'un mois à compter de sa signification.

Dans ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, du recours en annulation formé à l'encontre de la sentence arbitrale, si le délai pour l'exercer n'est pas expiré.

612. L'ordonnance qui accorde l'exequatur est d'application immédiate et n'est susceptible d'aucun recours. Seule l'ordonnance qui refuse l'exequatur peut faire l'objet d'un appel dans le mois qui suit sa signification. Dans ce cas, « ... la cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, de l'appel ou du recours en annulation formé à l'encontre de la sentence, si le délai pour l'exercer n'est pas expiré » (art. 1500 CPC).

613. Pourtant un recours d'appel sur l'ordonnance qui accorde l'exequatur est fortement nécessaire, vu que dans la pratique il se peut qu'une sentence arbitrale objet de demande d'exequatur ne respectait pas la procédure contradictoire et les droits de défense, et l'impossibilité de l'appel va générer une sentence nulle ayant comme même la force de la chose jugée.

Conclusion générale

614. L'arbitrage partage avec le pouvoir judiciaire la mission de trancher les différends entre les justiciables. Le pouvoir judiciaire a pour mission de rendre la justice; juger est un moyen de faire régner la paix entre les hommes, c'est donc une fonction primordiale de l'Etat. Mais celui-ci n'en a pas le monopole absolu. Les parties peuvent, par convention, recourir à l'arbitrage c'est-à-dire remettre la solution de leur différend à des personnes privées. Alors, l'arbitre peut être considéré comme un juge,

615. Cependant, et même dans les systèmes juridiques les plus libéraux, l'autonomie de la volonté n'a pu conférer aux parties une liberté illimitée dans l'élaboration de leur contrat et le choix du droit applicable à leurs différends. Cette autonomie ne saurait être une source originaire de droit dérivée. Elle n'est qu'une faculté accordée par l'ordre juridique, tout droit étant indubitablement conféré par un ordre juridique donné; et il appartient donc à cet ordre juridique de définir l'étendue et les limites de cette liberté de recourir à cette justice privée qu'est l'arbitrage, qu'il soit interne ou international.

616. En effet, les matières d'ordre public sont exclues de l'arbitrage. (Nationalité. Etat et capacité des personnes.

Contentieux avec l'Etat et les établissements publics à caractère administratif sauf si ce contentieux découle de relations commerciales internationales). L'exclusion de ces matières de l'arbitrage est facilement justifiable; le recours à la justice privée n'est toléré par l'ordre juridique étatique que pour les droits dont on a la libre disposition.

617. On outre, l'émergence des modes alternatifs de règlement des différends et surtout de l'arbitrage dans le domaine du commerce, des investissements et des affaires, ne diminue en rien l'importance de la justice judiciaire nationale et internationale. C'est finalement en termes de complémentarité que l'œuvre du juge et celle de l'arbitre s'analysent le mieux.

618. Depuis une trentaine d'années, la doctrine plaide pour un statut privilégié de l'arbitrage ; on veut des règles plus libérales pour gouverner l'arbitrage interne, mais ce libéralisme ne veut pas dire indépendance totale de l'arbitrage et acceptation d'un ordre juridique privé autonome.

619. De ce fait, il y a acceptation d'une situation de concurrence entre le juge public et le juge privé. Il appartiendra alors au droit de l'arbitrage de préciser ce qui appartient au juge et ce qui appartient à l'arbitre.

620. Mais l'origine conventionnelle de la mission confiée à l'arbitre est l'argument principal retenu par ceux qui refusent à l'arbitre la qualité de juge, en ne prenant en considération que le seul

consentement des parties comme fondement de la désignation et de la mission de l'arbitre. En effet il est possible de nier à l'arbitre la qualité de juge.

621. Loin de cristalliser un quelconque paternalisme sur l'arbitrage qui serait une justice mineure ou inachevée, l'intervention du juge est destinée fondamentalement à garantir l'efficacité de l'arbitrage et spécialement l'arbitrage ad hoc.

622. L'intervention du juge en matière d'arbitrage couvre à la fois la procédure arbitrale (constitution du tribunal, remplacement d'arbitres, prorogation du délai d'arbitrage...) et le contrôle et l'exécution des sentences arbitrales (les différentes voies de recours et éventuellement les demandes en interprétation et en rectification).

623. En dépit de ses formes variées, l'intervention du juge en matière d'arbitrage a une portée limitée. D'une part, c'est l'arbitre qui statue sur le fond du litige en présence d'une convention d'arbitrage. Celle-ci dessaisit le juge. D'autre part, le droit de l'arbitrage se développe dans un sens favorable à l'arbitre qui est habilité de plus en plus à disposer des pouvoirs nécessaires à l'instruction, à prendre les mesures conservatoires afin de garantir son indépendance vis à vis à la fois des juges étatiques et des dispositions légales et cela peut engendrer des réflexions sur un sujet très important notamment l'impact de la loi sur la procédure arbitrale.

BIBLIOGRAPHIE

REVUES, ARTICLES ET CHRONIQUES

- ABDATI Chemsseddine, professeur en droit et directeur du centre international de médiation et d'arbitrage, revue marocaine de médiation et d'arbitrage n°4 2009, éditorial.
- Ahmed OUERFELLI, Revue de la jurisprudence et de la législation N°01 année 53eme ANNEE JANVIER 2011 page9 « Le juge du contrôle de l'arbitrage ».
- ALI BENCHENEB, revue de Droit des Affaires Internationales, international business Law journal n°1-2012, l'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droits algérien et français ,les modalités de recours au juge d'appui l , les règles de compétence, p 19.
- AMRALLAH Borhan, le Conseiller assistant du Ministre de la Justice pour la Coopération Internationale et Culturelle et Droits de l'Homme Ex-Président de la Chambre 91 à la Cour d'appel du Caire, Revue tunisienne de l'arbitrage de 2008 vol 5, Les tendances de la jurisprudence égyptienne concernant l'exécution des sentences arbitrales étrangères à la lumière de la Convention de New York ».

- AUDIT Mathias, Cahiers de l'arbitrage, 01 juillet 2013 n° 3, la confrontation entre l'arbitrage commercial et les résolutions prises par le Conseil de sécurité des Nations Unies, L'ordre public et l'arbitrage, colloque organisé par le CREDIMI, Dijon, 15 et 16 mars 2013,
- AYNES Laurent, Cahiers de l'arbitrage, 01 juin 2014 n° 2, Précisions sur la responsabilité de l'arbitre ? Note sur l'arrêt Cass. 1^{re} civ, 15 janvier 2014, n° U 11-17.196.
- BARBET Jérôme, Cahiers de l'arbitrage, 01 janvier 2015 n° 1, P. 57, Arbitrage, Le respect du principe de la contradiction par l'arbitre doit-il faire l'objet d'un contrôle plein ou restreint par le juge ? Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 2014, Sté Yukos Capital c/ Sté Oktrytoye Aktsionernoye Obshestvo Tomskneft Vostochnoi Neftyanoi Kompanii, pourvoi n° 13-11745.
- BARRIER Augustin, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2012 n° 2, L'arbitre et le recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue Approche critique du droit français à la lumière du droit comparé.
- (le) Bars Benoît, La semaine juridique- édition generale-n°4-24janvier2011, La réforme du droit de l'arbitrage, un nouveau pas vers un pragmatisme en marche, la semaine du droit aperçu rapides.
- BEGUIN Jacques, La semaine juridique n°35, 30 aout 2012, Droit de l'arbitrage.

- BEGUIN Jacques, La semaine juridique édition générale-n°28, 9 JUILLET 2012 Droit de l'arbitrage, la semaine de la doctrine.
- BEGUIN.J, JCP G 2011, un second souffle pour l'arbitrage – Arbitrage international – À propos du décret du 13 janvier 2011.
- BENSAUDE Denis, Journal of International Arbitration 2005.357, Paris, 7 oct. 2004.
- BEREGOI Andrian, Dalloz répertoire de procédure civil, décembre 2012, Arbitrage en droit interne.
- BERNARD T, Revue de l'arbitrage 1983, CA Paris, 18 nov. 1983, obs.
- BOISSAVY Mathieu, Gazette du Palais, 04 avril 2015 n° 94, La volonté des parties et la nature interne ou internationale d'un arbitrage.
- (Le) BOT Olivier, Cahiers de l'arbitrage, 01 juillet 2015 n° 2, La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? Quelle procédure ?.
- BOUCARON-NARDETTO Magali, Gazette du Palais, 28 décembre 2013 n° 362, L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage.
- CADIET L, PUAM les presses universitaires d'Aix-Marseille, Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels.

- CHADLY Lotfi, Maître de conférence Directeur du département de droit privé et sciences criminelles à la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Revue Etudes juridiques 2006 n°13, ADMINISTRATION ET ARBITRAGE une lecture de l'article 7-5 du code tunisien de l'arbitrage, revue publiée par la faculté de droit de Sfax.
- CHAMPAUD C, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique RTD com., 2003 Paris 25e ch., A, 10 janvier 2003, chronique.
- CHILSTEIN David, Revue de l'arbitrage 2009 n°1, DROIT PENAL ET ARBITRAGE La règle « le criminel tient le civil en l'état », L'endiguement de la règle par la jurisprudence.
- CHOISEZ Stéphane, revue générale du droit des assurances, 01 juillet 2013 n° 2013-03, P. 501, Contentieux en matière d'assurance : Quel règlement d'arbitrage choisir ?.
- CLAY Thomas, Professeur à l'Université de Versailles – Saint-Quentin, Doyen de la Faculté de droit et de science politique, Directeur du Master Arbitrage & Commerce international, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2011 n° 2, l'appui du juge à l'arbitrage p 331.
- CLAY Thomas, Dalloz 2001, L'affirmation de l'identité de juge de l'arbitre est consacrée par la loi, la doctrine et la jurisprudence, préf. Ph. FOUCHARD.

- CLAY Thomas, Droit et Patrimoine, 2002 105, Dossier NOUVELLES PERSPECTIVES Arbitre, magistrat ou juge consulaire, il faut choisir Auteur.
- CLAY Thomas, Recueil Dalloz numéro 44, 22/12/2011 Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges.
- COHEN Daniel, Cahiers de l'arbitrage, 01 janvier 2012 n° 1, Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage ?.
- DANET D, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique RTD com. 2003 Paris 25e ch., A, 10 janvier 2003, chronique.
- DANIS Marie, Cahiers de l'arbitrage, 01 octobre 2014 n° 3, P. 465, Arbitrage, les listes d'arbitres en question.
- DESCOURS-KARMITZ Romy, Dalloz répertoire de procédure civil, décembre 2012, Arbitrage en droit interne.
- DUPREY pierre, avocat associé Darrois, Villey, maillot, Brochier, Les cahiers du conseil national du barreaux, année 2011 présentation du nouveau décret sur l'arbitrage, l'arbitrage principes et pratiques.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 01 juillet 2012 n° 4, Les juges face au silence du droit.
- EL AHDAB Jalal, Avocat au barreau de Paris, Docteur en droit, Revue générale du droit des assurances, 01 janvier 2012 n° 2012-

01 p. 234, Colloque : Risque, assurance et arbitrage La gestion du risque arbitral par les parties par, LL.M.

- FOUCHARD Ph, Revue de l'arbitrage 1987, Nouvelles interventions du président du tribunal de grande instance en cas de difficultés de constitution du tribunal, note sous diverses décisions.
- FOUCHARD Ph, Revue de l'arbitrage 1987, Paris, 30 oct. 1986, 28 janv. 1987. TGI Paris, 28 janv. 1987. CA Paris, 11 juill. 1980.
- FOUCHARD Ph, Revue de l'arbitrage 1990, Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique.
- FOUCHARD Ph, Revue de l'arbitrage, 1996, le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, p. 325.
- (De) FONTMICHEL Alexandre, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2012 n° 2, Procédure pénale et arbitrage commercial international : quelques points d'impact.
- (De) FONTMICHEL Alexandre Avocat à la Cour Darrois Villey Maillot Brochier, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2010 n° 2 « Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique », Paris CAPJA2010-2-005.
- GAILLARD Emmanuel, Professeur à l'Université Paris XII, Associé responsable du département arbitrage international, Shearman & Sterling LLP Pierre DE LAPASSE, Magistrat au bureau du droit processuel et du droit social, Cahiers de l'arbitrage, 20 novembre 0401 n° 2, Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage p 263.

- GAILLARD Emmanuel, Recueil Dalloz n°3 20 janv 2001, ETUDES ET COMMENTAIRES / Chronique, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international.
- GARAUD Chr. J.-Y., Revue de l'arbitrage 2006 Cass. civ. 1e, 7 juin 2006.
- HEUZÉ Vincent, Revue de l'arbitrage 2005 N°1, Un devoir de collaboration avec les autorités étatiques » une variété de transactions : la convention d'arbitrage.
- HUET Benoît, Gazette du Palais, 07 septembre 2013 n° 250, Le caractère non contradictoire de la procédure d'exequatur Exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure contradictoire.
- IDOT.L, Revue de l'arbitrage 1989. 280 1989CA Paris, 20 mai 1989.
- JALLAMION Carine, docteur en droit ATER, université de Montpellier, Revue de l'arbitrage 2005 n°1 ARBITRAGE ET POUVOIR POLITIQUE EN France DU XVIIe au XIXe SIECLE.
- JALLAMION Carine, Revue Les Annales historiques de la Révolution française « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier1 octobre-décembre 2007.
- JANATI-IDRISSI Abdelhak, Revue marocaine des contentieux N°5-6/2007 L'intervention du juge en amont et en aval de la sentence arbitrale.

- JARROSSON Charles, revue française de théorie juridique 9 « arbitrage et juridiction », l'arbitre n'est pas une juridiction étatique p107.
- JARROSSON Charles, Revue française de théorie juridique 9, les limites du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, arbitrage et juridiction, droit.
- JARROSSON Charles, Revue de l'arbitrage 2011, LE DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE APRES LE DECRET DU 13 JANVIER 2011.
- JOB Alexandre, Revue générale du droit des assurances, 01 juillet 2013 n° 2013-03, P. 501, Contentieux en matière d'assurance : Quel règlement d'arbitrage choisir ?.
- (de) LAPASSE Pierre, Recueil Dalloz n°3 20janv 2011 ETUDES ET COMMENTAIRES / Chronique, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international.
- LAZAREFF Serge, Gazette du Palais, 16 décembre 2008 n° 351, P. 3, Le juge et l'arbitre.
- LÉCUYER-THIEFFRY Christine, Gazette du palais, 07 février 2012 n° 38, le règlement d'arbitrage 2012 de la CCI : efficience et transparence accrue.
- LEGROS Cécile, Gazette du Palais, 13 août 2015 n° 225, Actualité de la jurisprudence arbitrale, Clause d'arbitrage –cession de parts sociales – indépendance de l'arbitre.

- LELEU Adrien, Dalloz répertoire de procédure civil, décembre 2012, Arbitrage en droit interne.
- LOQUIN Eric, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique n°3 juillet septembre 2012, tribunaux de commerce et arbitrage.
- LOQUIN Eric, Journal de droit international, t. 110,1983, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international», p 294.
- MALAN Alexandre, Petites affiches, 26 mars 2009 n° 61, Droit de l'arbitrage, L'introuvable critère du contrôle de l'ordre public par le juge de l'exequatur des sentences arbitrales, ou les suites de l'arrêt Thalès, Cass. civ. 1re, 4 juin 2008, page 8.
- (E). MALLET Paul, Dalloz répertoire de procédure civil, décembre 2012, Arbitrage en droit interne.
- MAYER Pierre, Revue de l'arbitrage n°2 2013, la liberté de l'arbitre.
- MEZGER.E, Revue de l'arbitrage 1986 CA Paris, 15 janv. 1985, 1986, page 87.
- MEZGER.E, Revue de l'arbitrage 1987 page 479, Cass. civ.2e, 7 octobre 1987.
- MEZGER.E, Revue de l'arbitrage 1987, Cass. 1re civ., 7 oct. 1987, no 85-11.655, CA Paris, 17 mai 1983, Ord, page 474.

- MIGNARD Jean-Pierre, Gazette du Palais, 07 septembre 2013 n° 250, Le caractère non contradictoire de la procédure d'exequatur Exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure contradictoire, page 10.
- MOREAU Bertrand, Dalloz répertoire de procédure civil, décembre 2012, Arbitrage en droit interne.
- MOURALIS Denis, La Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 20 Juillet 2015, rôles respectifs du juge de l'exécution et du juge de l'exequatur des sentences arbitrales : décision énigmatique de la Cour de cassation, Note sous arrêt Cass. 1^{re} civ, 13 mai 2015, n° 14-17.015, p 858
- MOURALIS Denis, Cahiers de l'arbitrage, 01 janvier 2012 n° 1, Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : quelques précisions et illustrations, p167.
- MOURRE Alexis, Cahiers de l'arbitrage, 01 octobre 2013 n° 4, Une inutile et dangereuse porte ouverte à l'interférence du juge dans l'arbitrage, Note de l'arrêt Cass. 1^{re} civ, 28 mars 2013, n° 11-11320, Z c/ Elf Neftegaz, page 1049.
- MOURRE A, Cahiers de l'arbitrage 2002, Sur l'effet de la réforme sur le droit des sociétés, l'impact de la réforme de la clause compromissoire sur les litiges relatifs aux sociétés, p 22s.
- MOUSSERON Pierre, Petites affiches, 13 février 2013 n° 32, Les usages de l'arbitrage, page 27.

- MOUSSERON P, Technique contractuelle, Francis Lefebvre, 4e éd. 2010, no 1636.
- NIBOYETHOEGY M. – L, Revue de l'arbitrage 1991, Cass. civ. 1e, 9 octobre 1990, Bull., I, n°205.
- (De) TAFFIN C.H., Revue de l'arbitrage 2006 Cass. civ. 1e, 7 juin 2006.
- ORTSCHIEDT Jérôme, docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, la Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 20 Juillet 2015, Droit de l'arbitrage, chronique, p 877
- ORTSCHIEDT Jérôme, La semaine juridique n°35, 30 aout 2012, Droit de l'arbitrage.
- ORTSCHIEDT Jérôme, La semaine juridique édition générale- n°28, 9 JUILLET 2012, Droit de l'arbitrage, la semaine de la doctrine.
- PELLERIN Jacques, Revue de l'arbitrage 2011, LE DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE APRES LE DECRET DU 13 JANVIER 2011.
- PIC Pierre, Gazette du Palais, 06 juin 2002 n° 157, La liberté de parole de l'avocat dans la procédure arbitrale.
- PINNA Andrea, Cahiers de l'arbitrage, 01 mars 2014 n° 1, L'autorité des règles d'arbitrage choisies par les parties.

- PINNA Andrea, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2012 n° 2, L'arbitre et le recours en annulation contre la sentence qu'il a rendue Approche critique du droit français à la lumière du droit comparé.
- PINSOLLE Philippe, Cahiers de l'arbitrage, 01 octobre 2013 n° 4, Une inutile et dangereuse porte ouverte à l'interférence du juge dans l'arbitrage, Note de l'arrêt Cass. 1^{re} civ, 28 mars 2013, n° 11-11320, Z c/ Elf Neftegaz.
- PINSOLLE Philippe, Petites affiches 2011, n° 225-226, Obligation de révélation.
- RENOUX Th, Jurisclasseur périodique, édition générale JCP G 1993, Le droit au recours juridictionnel.
- RAYNARD J , Technique contractuelle, Francis Lefebvre, 4e éd. 2010, no 1636.
- SERAGLINI Christophe, professeur à l'université de Paris Sud-11, associé au Cabinet Betto Seraglini, La semaine Juridique Edition Générale n° 29, 20 Juillet 2015. Droit de l'arbitrage, Chronique, p 877
- SERAGLINI Christophe, La semaine juridique n°35, 30 aout 2012, Droit de l'arbitrage.
- SERAGLINI Christophe, La semaine juridique édition générale- n°28, 9 JUILLET 2012 Droit de l'arbitrage, la semaine de la doctrine.
- SEUBE J.-B, Technique contractuelle, Francis Lefebvre, 4e éd. 2010, no 1636.

- TERNEYRE Ph, Petites affiches LPA 4 déc. 1991, Le droit constitutionnel au juge.
- TOUMLILT Mohammed Diyaa, Revue marocaine d'administration locale et de développement Le respect des droits de la défense: une garantie de bonne administration de la justice, droit de l'arbitrage, n° 119 édition 2014, les éditions maghrébine Casablanca page 345.
- ZAHER Khalid, Revue de l'arbitrage n°1 2009, LE NOUVEAU DROIT MAROCAIN DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL l'arbitrage ad hoc, p 92.
- ZAHER Khalid, Revue de droit marocain 4eme Edition Le contrôle étatique des sentences arbitrales en droit marocain » R.D.M, colloque de faculté de NADOR, mai 2012.
- ZAKKARI Younes enseignant chercheur, Institut des études africaine Université Mohammed V Rabat, Revue marocaine d'administration n°119 Novembre-Décembre 2014, le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux : quelle articulation entre les procédures contentieuses arbitrales et internes dans le droit marocain? Les options de recours offertes à l'investisseur étranger, l'arbitrage CRDI, p163.
- Revue de l'arbitrage 2010 - N° 4, SOMMAIRE DE LA JURISPRUDENCE, Paris, 7 oct. 2010, n° 09/19456, Sté Rocco, page 973.

- Revue de l'arbitrage 2011 - N° 4 SOMMAIRE DE LA JURISPRUDENCE. Reims, 2 nov 2011, 28 déc 2011, page 10. Paris, 17 nov.2011, Sté Licensing Projects, 28 déc 2011, page 13.
- Revue de l'arbitrage 2011 - N° 1, [2011/14] Cour de cassation (1re Ch. civ.), 9 février 2011, Société ITM région parisienne F et autre c/ M. A.
- Revue de l'arbitrage 2011 - N° 1, [2011/04] Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1), 16 décembre 2010, SAS Nidera France c/ société Leplatre.
- Revue de l'arbitrage 2007, Cass. civ. 1e, 23 janvier 2007.
- Revue de l'arbitrage 2015 - N° 1 SOMMAIRE DE LA JURISPRUDENCE, page 272.
- Revue de l'arbitrage 2002 page 1009 n°10. Sentence CCI du 10 aout 1998.
- Revue de l'arbitrage 2001.183, Trib. inst. Paris (VIII^e arr.), 15 janvier 2001.
- Revue de l'arbitrage 1985, TGI Paris, 28 mars 1984, CA Paris, 15 mai 1985, CA Paris, 15 janv. 1985, TGI Paris, 28 mars 1984.
- Revue de l'arbitrage 1982, CA Paris, 22 janv. 1982.
- Revue de l'arbitrage international (Liban, en arabe), arrêt n°12925, 2011 n°9, p. 355.
- Revue marocaine de la médiation et de l'arbitrage 4eme édition année 2009page 110 et suivant, arrêt de la cour d'appel de Casablanca du 17/03/2005, n°852/2005, dossier n°657/2004.

- Revue libanaise de l'arbitrage. 2002 n°24, Beyrouth 3e ch., arrêt n°1628, 24 octobre 2000.
- Revue libanaise de l'arbitrage. 2003 n°26, Beyrouth 3e ch., 17 avril 2003.
- Revue libanaise de l'arbitrage. 2003 n°26, Cass. lib. civ. 5e, arrêt 143, 20 novembre 2004,
- Recueil Dalloz 1992 , Nullité d'une convention d'arbitrage dès lors que le consentement donné par l'une des parties à la convention l'a été dans l'ignorance de rapports d'intérêt existant lors de la signature entre l'arbitre et l'autre partie – Cour d'appel de Paris 9 avril 1992 .
- Revue Bulletin Joly Sociétés, BS-2011-0089, 01 février 2011 n° 2, P. 162, L'arbitrage réformé.
- Jurisclasseur périodique 2006, IV, 1598 Cass. ass. plén, 24 févr. 2006, no 05-12.679, à propos d'un jugement.

THESES ET MEMOIRES

- ABBASI Meriem et BELAID Nacer et BENMOUSSA karim, Le rôle de la justice dans la procédure arbitrale série de mémoires de fin se stage des juges, mars 20011 institut supérieure de la justice.

- CAPRASSE Olivier docteur en droit université de liège, LES SOCIETES ET L'ARBITRAGE, édit bruylant Bruxelles lgdj paris.
- CAPRASSE olivier, docteur en droit université de liège, REFERE ET ARBITRAGE DAND LES LITIGES ISSUS DE LA VIE DES SOCIETES, THESE« LES SOCIETES ET L'ARBITRAGE », édit bruylant Bruxelles lgdj paris.
- (De) FONTMICHEL Alexandre court, L'ARBITRE, LE JUGE ET LES PRATIQUES ILLICITES DU COMMERCE INTERNATIONAL, université et éditions PANTHEON-ASSAS PARIS 2 2004, L.G.D.J.
- HENRY Marc. Le devoir d'indépendance de l'arbitre, thèse de doctorat, Droit privé, Paris 1, 1996; Paris, LGDJ, 2001, XI-404 p.
- JARROSSON Charles, La notion d'arbitrage, thèse d'Etat 1986, LGDJ.
- JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, thèse académie de droit international de la Haye, recueil des cours tome 290 année2001.
- NGUEGUIM LEKEDJI, Les compétences des juges étatiques dans l'arbitrage OHADA Mémoire en vue de l'obtention du Master Contentieux et Arbitrage des affaires.
- SERAGLINI Christophe, La source étatique de l'institution arbitrale LOIS DE POLICE ET JUSTICE ARBITRALE

INTERNATIONALE, 2001, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Paris 1, nouvelle bibliothèque de thèses, p19.

- SOUISSI FATIMA DEHANI, Mémoire de diplôme des études sup approfondies université mohamed5.

COLLOQUES, SEMINAIRES ET CONFERENCES

- (El) AHDAB Jalal, Avocat au barreau de Paris, Docteur en droit Colloque : Risque, assurance et arbitrage La gestion du risque arbitral par les parties, LL.M, Revue générale du droit des assurances, 01 janvier 2012 n° 2012-01, P 234.
- AMADY BA, magistrat, directeur du centre de formation judiciaire (CFJ) Dakar- SENEGAL, La Coopération du juge étatique dans le déroulement de la procédure arbitrale présentée, Séminaire International Sur le nouveau droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA Abidjan du 10 au 12 Août 2000 Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI).
- BENGELLOUN Mohamed, Les travaux du séminaire scientifique 4 et 5 avril rabat association de publication de l'information juridique et judiciaire édition 2004, les modes alternatifs de règlement des conflits : fonctionnement, mérites et limites, faculté de droit, Meknès.

- BOSTANI Sami, Laboratoire de Droit et des relations internationales des marchés et des négociations (DRIMAN) actes de colloques du 18 et 19 octobre 2012, les perspectives d'évolution du droit de l'investissement et de l'arbitrage.
- DIENG Amadou, Colloque de l'association pour la promotion de l'arbitrage en afrique (apaa), L'ARBITRAGE EN AFRIQUE : QUESTIONS D'ACTUALITES »Yaoundé (Cameroun) 14 – 15 janvier 2008 LES DIFFICULTES DE CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL DANS LE CADRE DE L'ARBITRAGE AD HOC.
- GIOVANNINI Teresa, Qui contrôle les pouvoirs des arbitres: les parties, l'arbitre ou la cour d'arbitrage? CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ Volume 8 LES ARBITRES INTERNATIONAUX Colloque du 4 février 2005.
- HORCHANI Farhat, Laboratoire de Droit et des relations internationales des marchés et des négociations (DRIMAN) actes de colloques du 18 et 19 octobre 2012, les perspectives d'évolution du droit de l'investissement et de l'arbitrage
- IDRISSE AMRAOUI Sidi Mohammed, Séminaire : Justice et affaires commerciales, le rôle du juge dans l'exécution des sentences arbitrales, Programme Athènes, du 12 au 15 Novembre 2007.
- OURFELLI Ahmed, Les perspectives d'évolution du droit de l'investissement et de l'arbitrage, laboratoire de Droit et des

relations internationales des marchés et des négociations (DRIMAN) actes de colloques du 18 et 19 octobre 2012.

- Colloque de l'association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (APAA) sur « L'arbitrage en Afrique : questions d'actualités » Yaoundé (Cameroun) 14 – 15 janvier 2008.
- ZAHER Khalid, Colloque de faculté de NADOR, mai 2012 « le contrôle étatique des sentences arbitrales en droit marocain », éditions R.D.M revue des droits marocaine.
- Colloque de l'association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (APAA) sur « L'arbitrage en Afrique : questions d'actualités » Yaoundé (Cameroun) 14 – 15 janvier 2008.
- Résolution 2 /2002 3(c) arbitrage commercial international, Arbitrage commercial international la 70ème conférence de l'Association du droit international tenue a new Delhi (inde) du 2 au 6 avril 2002.

DICTIONNAIRES

- SERGE BRAUDO, Dictionnaire de droit privé.

CODES ET LOIS

- Code judiciaire de la Belgique.
- Code de procédure civile des pays bas.
- l'Arbitration Act de 1996 de la Grande Bretagne.
- Loi marocaine 08_05 relative à l'arbitrage et la médiation.
- Code de procédure civil français.
- Code civil français.
- Code pénal français.
- Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
- Code de commerce français.
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.
- Le nouveau code de procédure civile libanaise.

OUVRAGES

- BERNHEIM-VAN DE CASTEELE LAURE, les principes fondamentaux de l'arbitrage, Préface de Thomas Clay .1ere édit Bruylant.

- CLAY THOMAS, L'impartialité du juge et de l'arbitre étude de droit compare.
- COMPERNOLLE JACQUE VAN ET TARZIA GIUSEPPE, l'impartialité du juge et de l'arbitre étude de droit comparé, édition bruylant Bruxelles 2006.
- CREPIN SOPHIE, docteur en droit, Les sentences arbitrales devant le juge français, 1995, collection LGDJ. biblio de droit privé tome 249, préface de Philippe Fouchard.
- EL-AHDAB SAMIR SALEH ABDUL HAMID, Commercial Arbitration in the Arab Middle East, Graham & Trotman, London, 1984, L'arbitrage dans les pays arabes, Economica, Paris, 1988 ; Yearbook of Commercial Arbitration, Kluwer, La Haye - 29 volumes parus jusqu'en 2004.
- FADY NAMMOUR, Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, Troisième édition juillet 2009, bruylant delta l.g.d.j.
- GRIGNON PHILIPPE, L'obligation de ne pas agir en justice, in Mélanges Christian Mouly, Paris, Litec, 1998, vol. 2.
- HADDAD HAMZE, L'arbitrage dans les lois arabes, (en langue arabe), tome I Beyrouth 2007.
- KASSIS ANTOINE, Problème de base de l'arbitrage tome1.
- LAURE BERNHEIM- VAN DE CASTEELE, Les principes fondamentaux de l'arbitrage, Préface de Thomas Clay.

- LOTFI CHEDLY Sous la dir. de S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux, *Le juge et l'arbitrage*, éditions A.Pedone 2014.
- MOUSSERON P., RAYNARD J. ET SEUBE J.-B, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4e éd. 2010.
- OPPETIT BRUNO, *Théorie de l'arbitrage*, 1998. *Droit éthique société* collection dirigée par FRANCOIS TERRE ET MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, édition presses universitaires de France, p15.
- OUKARAT PH, *L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires : Etude générale*, DPCI, 1988, Tome 14, n° 2239,
- STRICKLER YVES, *Arbitres et juges internes, l'arbitrage questions contemporaines*, éditeur l'harmattan 26 JUIN 2012, p62-65.
- TOUMLILT MOHAMED DIYAA ET TOUMLILT AHMED ALAA, *Les mesures d'instruction, le droit de l'arbitrage au Maroc*, édition 2014, page 298.
- *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4e éd. 2010, no 1636.

TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE	1
INTRODUCTION.....	3
PARTIE 1 : L'IMPACT DE L'INTERVENTION DU JUGE SUR LA	
PROCEDURE ARBITRALE	30
Chapitre 1 : Le juge d'appui :	34
A- Intervention du juge comme assistant à la procédure arbitrale	38
a) Nomination, récusation et révocation des arbitres	40
b) La prorogation du délai, l'arrêt et la suspension de la procédure arbitrale	47
c) Mesures provisoires, conservatoires, d'instructions, faciliter l'exécution et administration de la preuve	51
1- Mesures provisoires, conservatoires, d'instructions	51
2- Faciliter l'exécution des sentences	54
3- Administration de la preuve	59
d) Saisies conservatoires et suretés judiciaire	60
e) Le souci d'un déni de justice	62
f) L'assistance du ministère public et le devoir de dénonciation	65
g) Commission rogatoire	66
h) L'impartialité de l'arbitre	68
B- Interventions du juge comme contrôleur de la procédure arbitrale	72
a) Le control du respect de l'ordre public, de l'arbitrabilité des litiges, de la formalité des sentences et des droits de la défense.....	73
1-L'ordre public	73
2- L'arbitrabilité.....	79
3-Formalité de la sentence	82
4-Les droits de la défense	85

b) L'interprétation et la rectification des sentences	89
c) La renonciation à l'arbitrage	92
d) La déclaration obligatoire auprès du ministère public marocain	95
Chapitre 2 : Le juge de sanction :	98
A- L'intervention du juge touchant le fond de la sentence arbitrale	101
a) L'arbitre exclu du recours en annulation	103
b) Le juge statue sur le fond de la sentence	106
c) L'incompétence du juge ne peut être soulevée d'office (l'effet négatif du principe compétence-compétence)	110
B- L'intervention du juge suspendant ou statuant définitivement sur le déroulement de la procédure arbitrale.	113
a) Suspension de la procédure arbitrale en cas de poursuites pénales corolaires.....	113
b) Procédure d'exéquatur non contradictoire	117
c) Ordonnances du juge d'appui non susceptible d'appel	120
d) Le non examen du juge d'appui des demandes d'incidents procédurales en cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage.	123
 PARTIE 2 : LES LIMITES DE L'INTERVENTION DU JUGE SUR LA PROCEDURE ARBITRALE.	 128
Chapitre1 : Les limites provenant de la volonté des parties	132
A- Les limites tenant à la forme d'arbitrage	134
a) Arbitrage institutionnel	134
b) Arbitrage juridictionnel	138
c) Arbitrage contractuel et le cas particulier d'amiable composition.	140

B- Les limites tenant aux stipulations expresses dans la convention

d'arbitrage.....145

- a) Convention d'arbitrage complète et valable 146
 - 1-Les clauses d'arbitrage pathologiques 147
 - 2-Limitation des délais : la clause Fastrack 148
 - 3-Allocation des coûts : La clause Feeshiting 150
- b) Convention d'arbitrage manifestement nulle inapplicable et
insuffisante 150
 - 1-Défaut de convention d'arbitrage 153
 - 2-Convention insuffisante et inapplicable 154
- c) Convention d'arbitrage interdisant le recours au juge étatique comme
juge de fond 157
- d) Règlement d'arbitrage 161

Chapitre2 : Les limites provenant de la loi 166

A- Les dispositions des Codes de Procédures Civils 166

- a) Principe compétence –compétence 168
- b) L'effet négatif de convention d'arbitrage. 172
- c) Appel sous condition..... 176
- d) Mesures d'instructions et mesures conservatoires et provisoires
accordées par le tribunal arbitral 178
- e) L'irrecevabilité des recours en annulation non prévus par la loi 184
- f) L'intervention du juge de fond dans les limites de la mission de
l'arbitre 186
- g) Priorité national et international de la personne chargée d'organiser
l'arbitrage 188
- h) L'incompatibilité du juge d'être arbitre 192

B- Les positions de la jurisprudence 198

a) Condition de l'urgence	198
b) l'autorité négative de la chose jugée	201
c) l'Indépendance de l'arbitre	203
d) Le caractère international de l'arbitrage	208
 C- Suprématie légale de la procédure arbitrale	210
a) Exemple de législations contemporaines : La législation française juste après la révolution française. Le droit musulman.	212
1-La législation française juste après la révolution française ...	212
2-Le droit musulman.....	213
b) Le principe de la force obligatoire des contrats	215
c) Le principe de l'extraterritorialité de l'arbitre	220
d) Le renforcement des pouvoirs du tribunal arbitral.....	221
e) Limitation du pouvoir du président du tribunal de commerce	224
f) Liberté de choix des règles de conduites de la procédure arbitrale..	228
g) Les usages de l'arbitrage	231
h) Réforme législative souhaitée	233
 Conclusion générale.....	256
 Bibliographie	259
 Table des matières	281
 Annexes.....	285
1-Tableau de concordance des textes nouveaux sur l'arbitrage (décret du 13 janvier 2011) par rapport aux textes anciens (décrets de 1980-1981) établi par Ch. Jarroson et J. Pellerin.....	285
2- Comparatif de règlements d'arbitrages.....	291

ANNEXES:

1-Tableau de concordance des textes nouveaux sur l'arbitrage (décret du 13 janvier 2011) par rapport aux textes anciens (décrets de 1980-1981) établi par Ch. Jarrosson et J. Pellerin³⁶⁷

Articles nouveaux (1)	Equivalence ou correspondance (2)	Articles anciens	Entrée en vigueur
Titre 1^{er} : L'Arbitrage interne			
Chapitre 1^{er} : La convention d'arbitrage			
1442 al. 1	Nouveau	/	Textes applicables aux seules conventions d'arbitrage conclues après le 1 ^{er} mai 2011
1442 al. 2	= -	1442	
1442 al. 3	= -	1442	
1443	#	1443 al. 1. 1449	
1444	#	1443 al. 2 1448 al. 2	
1445	=	1448 al. 1	1 ^{er} mai 2011
1446	+	1450	
1447 al. 1	NOUVEAU	/	
1447al. 2	+	1446	
1448 al. 1	= -	1458 al. 1 et 2	
1448 al. 2	=	1458 al. 3	
1448 al. 3	nouveau	/	Chapitre 2 : le tribunal arbitral
1449	Nouveau	/	
1450	=	1451	
1451 al. 1	=	1453	
1451 al. 2,3	= -	1454	
1452	#	1444 al. 1 + 1455	1 ^{er} mai 2011
1453	Nouveau	/	
Articles	Equivalence	Articles	Entrée en vigueur

³⁶⁷ Revue de l'arbitrage 2011 n°1 page 81-86.

nouveaux	ou correspon- dance	anciens	
1454	#	1444 + 1455 al. 2	1 ^{er} mai 2011
1455	#	1444 al. 3	
1456 a1.1 1456 al. 2 1456 al. 3	= - = - nouveau	1452 al.1 1452 al. 2 rappr. 1444 al. 1	Texte applicable aux seuls tribunaux arbitraux constitués après le 1" mai 2011
1457 al. 1 1457 al. 2	= - = -	1462 1463	
1458	= -	1462 + rappr. 1444 al.1	
1459	#	rappr. 1457 a1.1 et 2	1 ^{er} mai 2011
1460	#	rappr. 1444, 1457 al. 3	
1461	= -	1459	
Chapitre 3 - L'instance arbitrale			
1462	=	1445	1 ^{er} mai 2011
1463 al. 1 1463 al. 2	= - = -	1456 al. 1 1456 al. 2	
1464 al. 1 1464 al. 2 1464 al. 3 1464 al. 4	= = - nouveau nouveau	1460 al. 1 1460 al. 2	1 ^{er} mai 2011 1 ^{er} mai 2011
1465	= -	1466	1 ^{er} mai 2011
1466	Nouveau	/	
1467 a1.1 1467 al. 2 1467 al. 3	= = - =	1461 al. 1 1461 al. 2 1460 al. 3	1 ^{er} mai 2011
1468	Nouveau		1 ^{er} mai 2011
1469	Nouveau		
1470	= -	1467	
1471	=	1465	
1472	Nouveau	/	
1473 al. 1 1473 al. 2	# #	1464	
1474	Nouveau	/	
1475	Nouveau	/	

Articles nouveaux	Equivalence ou correspondance	Articles anciens	Entrée en vigueur
1476 al. 1	= -	1468	1 ^{er} mai 2011
1477	=	1464, 3 ^o	
Chapitre 4 : La sentence arbitrale			
1478	= -	1474	1 ^{er} mai 2011
1479	=	1469	
1480	= -	1470 + 1473	
1481	=	1472	
1482	=	1471	
1483 al. 1 1483 al. 2	= nouveau	1480 /	1 ^{er} mai 2011
1484 al.1 1484 al. 2 1484 al. 3	= = - nouveau	1476 rappr.1479 al. 1 /	1 ^{er} mai 2011
1485 al. 1 1485 al.2 1485 al. 3	= - = - = -	1475 al. 1 1475 al. 2 1475 al. 3	1 ^{er} mai 2011
1486	Nouveau	I	Texte applicable aux seuls tribunaux arbitraux constitués après le 1er mai 2011
Chapitre 5 : L'exequatur			
1487 al. 1 1487 al. 2 1487 al. 3 1487 al. 4	= nouveau = - = -	1477 al. 1 / 1477 al. 2 1478 al. 1	1 ^{er} mai 2011
1488	= -	1478 al. 2	1 ^{er} mai 2011
Chapitre 6 - Les voies de recours			
Section 1 : L'appel			
1489	#	1482	Texte applicable aux seules conventions d'arbitrage conclues après le 1" mai 2011
1490	#	1483	1 ^{er} mai 2011
Section 2 - Le recours en annulation			
1491		1484 al. 1	1 ^{er} mai 2011
1492	=	1484 al. 2	
1493	=	1485	

Articles nouveaux	Equivalence ou correspondance	Articles anciens	Entrée en vigueur
Section 3 : Dispositions communes à l'appel et au recours en annulation			
1494 al.1 1494 al. 2	= #	1486 al.1 1486 al. 2	1 ^{er} mai 2011
1495	= -	1487	1 ^{er} mai 2011
1496	=	1486 al. 3	
1497	Nouveau	Rappr. 1479	
1498 al.1 1498 al. 2	nouveau =	/ 1490	1 ^{er} mai 2011
Section 4 : Recours contre l'ordonnance statuant sur la demande d'exequatur			
1499	=	1488	1 ^{er} mai 2011
1500	=	1489	
Section 5 : Autres voies de recours			
1501	=	1481 al. 2	1 ^{er} mai 2011
1502 al. 1 1502 al. 2 1502 al. 3	= # = -	1491 al.1 / 1491 al. 2	Texte applicable aux seuls Tribunaux arbitraux constitués après le 1 ^{er} mai 2011
1503	=	1481 al. 1	1 ^{er} mai 2011
TITRE II: L'ARBITRAGE INTERNATIONAL			
1504	=	1492	1 ^{er} mai 2011
1505 1505-1° 1505-2° 1505-3° 1505-4°	# = = nouveau Nouveau	Rappr. 1493 al. 2 1493 al. 2 1493 al. 2 / / 	1 ^{er} mai 2011 1 ^{er} mai 2011 1 ^{er} mai 2011 Texte applicable aux seules conventions d'arbitrage conclues après le 1 ^{er} mai 2011 Texte applicable aux seules conventions d'arbitrage conclues après le 1 ^{er} mai 2011
1506	#	Rappr. 1495 et comp. 1507	1 ^{er} mai 2011
Chapitre 1 ^{er} : La convention d'arbitrage international			
1507	Nouveau	/	1 ^{er} mai 2011
1508	=	1493 al. 1	
Chapitre 2 : L'instance et la sentence arbitrales			
1509	= -	1494	1 ^{er} mai 2011

Articles nouveaux	Equivalence ou correspondance	Articles anciens	Entrée en vigueur
1510	Nouveau		1 ^{er} mai 2011
1511	=	1496	
1512	=	1497	
1513 al. 1	=	1470, 1473al.1	Texte applicable aux seuls tribunaux arbitraux constitués après le 1 ^{er} mai 2011
1513 al. 2	=	1473 al. 2	
1513 al. 3	=	/	
1513 al. 4	= -	Rappr.1473 al. 2	
Chapitre 3 : La reconnaissance et l'exécution des sentences rendues à l'étranger ou en France en matière d'arbitrage international			
1514	=	1498	1 ^{er} mai 2011
1515 al. 1	=	1499	1 ^{er} mai 2011
1515 al. 2	= -	1499 al. 2	
1516 al. 1	= - et nouveau nouveau = -	Rappr. 1477	1 ^{er} mai 2011
1516 al. 2		/	
1516 al. 3		Rappr.1477 al. 2	
1517 al. 1 et 2	nouveau	Rappr. 1478 al.	1 ^{er} mai 2011
1517 al. 3	=	1 1478 al. 2	
Chapitre 4 : Les voies de recours			
Section 1 : Sentences rendues en France			
1518	= -	1504 al. 1	1 ^{er} mai 2011
1519 al. 1	=	1505	1 ^{er} mai 2011
1519 al. 2	*	1505	
1519 al. 3	nouveau	Rappr. 1505	
1520	= -	1504 et 1502	1 ^{er} mai 2011
1521	=	Rappr. 1500, 1479 al. 2	1 ^{er} mai 2011
1522 al. 1	nouveau	/	Texte applicable aux seuls tribunaux arbitraux constitués après le 1 ^{er} mai 2011
1522 al. 2	nouveau	/	
1522 al. 3	nouveau	/	
1523 al. 1	=	1501	1 ^{er} mai 2011
1523 al. 2	=	1503	
1523 al. 3	#	Rappr. 1504 al. 2	
1524 al. 1	#	Comp. 1504 al. 2	
1524 al. 2	=	1504 al. 2	1 ^{er} mai 2011

Articles nouveaux	Equivalence ou correspondance	Articles anciens	Entrée en vigueur
Section 2 : Sentences rendues à l'étranger			
1525 al.1 1525 al. 2 1525 al. 3 1525 al. 4	= = Nouveau = -	1501, 1502 al. 1 1503 / 1502	1 ^{er} mai 2011
Section 3 : Dispositions communes aux sentences rendues en France et à l'étranger			
1526 al. 1 1526 al. 2	# nouveau	1506 /	Texte applicable aux seules sentences rendues après le 1 ^{er} mai 2011
1527 al.1 1527 al. 2	= =	1487 1490	1 ^{er} mai 2011

2- Comparatif de règlements d'arbitrages³⁶⁸ :

	CCI	AFA	CEFAREA	ARIAS UK
Modalités d'engagement de l'arbitrage	Demande d'arbitrage adressé au Secrétariat de la CCI qui la notifie au(x) défendeur(s).	Demande d'arbitrage adressé au Secrétariat de l'AFA qui la notifie au(x) défendeur(s).	Demande d'arbitrage adressée au Centre (Le CMAP qui le CEFAREA délègue la gestion des arbitrages) de l'AFA qui la notifie au(x) défendeur(s).	Demande d'arbitrage adressée au défendeur.
Nombre d'arbitres	À défaut d'accord des parties pour que le litige soit tranché par un arbitre unique ou trois arbitres, la Cour 9 » nomme un arbitre unique sauf si les données du différend justifient la désignation d'un panel composé de trois arbitres.	À défaut d'accord des parties, le Comité 10 » décide du nombre d'arbitres (arbitre unique ou trois arbitres).	À défaut d'accord des parties, la Commission d'agrément et de nomination décide du nombre d'arbitres (arbitre unique ou trois arbitres).	À défaut d'accord des parties, le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, un arbitre étant nommé par chaque partie, le troisième arbitre étant nommé par les deux co-arbitres.
Nomination des arbitres	Par les parties (sous réserve de confirmation par la Cour) et, à défaut d'accord, la Cour y procédera.	Par les parties, (sous réserve de confirmation par le Comité) et/ou les co-arbitres pour la désignation de l'arbitre-président ; à défaut d'accord, le	– Par les parties (sous réserve de confirmation par la Commission) ; cependant la désignation de l'arbitre unique ou l'arbitre président est effectué par la Commission en coordination avec le CEFAREA, après avis, le cas échéant, des parties et/ou co-arbitres, sauf volonté	– Par les parties et, à défaut par Arias UK. – Sauf accord des parties, les arbitres doivent justifier d'une expérience de dix ans dans le domaine de l'assurance ou de la réassurance.

³⁶⁸ Revue générale du droit des assurances, 01 juillet 2013 n° 2013-03, P. 501 Contentieux en matière d'assurance : Quel règlement d'arbitrage choisir ? Par Stéphane Choisez, et Alexandre Job, Honoré DE BALZAC.

		Comité y procédera.	contraire des parties. – Le CEFAREA propose une liste d'arbitres spécialistes de l'assurance.	
Indépendance et impartialité	Tout arbitre doit être et demeurer indépendant et impartial des parties. Tout arbitre pressenti doit remettre une déclaration écrite d'indépendance et d'impartialité dans laquelle il doit faire connaître les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance ou son impartialité. Cette obligation de déclaration / révélation s'applique tant que dure la procédure.	Tout arbitre désigné, doit remettre une déclaration d'indépendance qui doit signaler toutes circonstances qui pourraient être de nature à affecter cette indépendance.	Tout arbitre doit être indépendant. Tout arbitre doit remettre aux parties et à la Commission les circonstances qui seraient de nature à affecter son indépendance. Tout arbitre doit agir en toute impartialité dans l'exercice de ses fonctions.	Absence de stipulation spécifique sur les questions d'indépendance et d'impartialité. Pas d'obligation pour l'arbitre de remettre une déclaration d'indépendance et d'impartialité. Le règlement stipule seulement que le tribunal arbitral doit agir de façon équitable et impartiale à l'égard des parties. Les parties demeurent libres de compléter le règlement sur ce point dans le cadre de la convention d'arbitrage.
Choix du siège	À défaut d'accord des parties, la Cour le désignera.	À défaut d'accord des parties, le Comité le désignera.	À défaut d'accord des parties, le siège est réputé fixé à Paris.	À défaut d'accord des parties, le siège est réputé fixé à Londres.
Choix de la langue de procédure	À défaut d'accord des parties, le tribunal arbitral fixera la langue ou les langues de la procédure arbitrale.	À défaut d'accord des parties, le tribunal arbitral fixera la langue ou les langues de la procédure arbitrale.	À défaut d'accord des parties, le tribunal arbitral fixera la langue ou les langues de la procédure arbitrale. Cependant, tant que la langue n'est pas déterminée par le tribunal arbitral le français ou l'anglais peuvent être utilisés.	Le tribunal arbitral détermine la ou les langues de l'arbitrage en fonction de ce qu'il considère approprié.
Contestati	Relève de la	Relève de la	– Relève de la	– Relève de la compétence du tribunal

on de la compétence arbitrale	compétence du tribunal arbitral, sauf si le Secrétariat général estime nécessaire d'en saisir la Cour compte tenu des données de l'espèce (arbitrages complexes).	compétence du tribunal arbitral ; cependant, si le Comité constate que la convention d'arbitrage ne vise pas l'AFA il informe les parties que l'arbitrage ne peut avoir lieu sous l'égide du règlement de l'AFA, sauf accord des parties.	compétence du tribunal arbitral ; cependant, si la désignation du Centre ou la compétence arbitrale est contestée avant la constitution du tribunal arbitral, la Commission procède à un examen <i>prima facie</i> sur la possibilité de mettre en œuvre la procédure d'arbitrage.	arbitral.
Droit applicable au fond	Le tribunal arbitral statue en droit, sauf à ce que les parties lui confèrent le pouvoir de d'amiable compositeur. Le tribunal arbitral statue en droit, sauf à ce que les parties lui confèrent le pouvoir de d'amiable compositeur.	Le tribunal arbitral statue en amiable composition , sauf si les parties lui ont confié la mission de statuer en droit. En tous les cas, il tient compte des usages de la profession.	Le tribunal arbitral statue en droit, sauf si les parties lui confèrent le pouvoir d'amiable compositeur.	
Procédure	La procédure doit être conduite avec célérité et efficacité et compte tenu des enjeux du litige. En début de procédure un acte de mission doit être établi par le tribunal arbitral et les parties qui a	La procédure est organisée par les arbitres en tenant compte de la nature du litige. En début de procédure un procès-verbal doit être établi	La procédure est organisée par les arbitres en tenant compte des particularités de l'affaire. Le tribunal arbitral propose aux parties un acte de mission qui a notamment pour objet de fixer le cadre des débats et les questions à trancher.	À défaut d'accord des parties, la procédure est conduite par le tribunal arbitral en tenant compte des particularités du litige et dans un souci d'économie de temps et de coût.

	notamment pour objet de fixer le cadre des débats et les questions à trancher.	par le tribunal arbitral, signé par les parties, qui a notamment pour objet de fixer le cadre des débats et les questions à trancher.		
Durée de la procédure	Le prononcé de la sentence doit intervenir dans un délai de 6 mois à compter de la signature de l'acte de mission. Ce délai peut-être prorogé.	Le prononcé de la sentence doit intervenir dans un délai de 6 mois à compter de la signature du procès-verbal. Ce délai peut-être prorogé.	Le prononcé de la sentence doit intervenir dans un délai de 6 mois à compter de la constitution du tribunal arbitral. Ce délai peut-être prorogé.	Pas de délai fixé.
Jonctions d'arbitrages	La Cour peut, sous certaines conditions, prononcer la jonction de procédures arbitrales.	Pas de stipulation particulière.	Sous certaines conditions, la jonction d'instances est possible lorsqu'elles portent sur des contrats d'assurance ou de réassurance relevant d'une même branche.	Sous réserve de l'accord des parties, la jonction d'instances est possible.
Mesures conservatoires et provisoires	Le tribunal arbitral a le pouvoir d'ordonner toute mesure ou conservatoire qu'il juge appropriée.	Le tribunal arbitral a le pouvoir d'ordonner toute mesure ou conservatoire qu'il juge appropriée.	Le tribunal arbitral a le pouvoir d'ordonner toute mesure ou conservatoire qu'il juge appropriée.	Le tribunal arbitral a le pouvoir d'ordonner toute mesure ou conservatoire qu'il juge appropriée.
Mesure d'urgence Procédure accélérée	– Un arbitre d'urgence peut ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire imposée par l'urgence avant même la	– Un arbitre unique peut-être désigné pour ordonner toute mesure d'urgence, immédiatement	X	X

	constitution du tribunal arbitral. – Les parties peuvent convenir d'accélérer la procédure en raccourcissant les délais de procédure fixés par le règlement.	ent exécutoire, qui n'affecte pas le fond du litige, avant même la constitution du tribunal arbitral. – Si la ou les mesures d'urgence sollicitées affectent le fond du litige et que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, le Comité constitue, à bref délai, le tribunal arbitral qui organisera la procédure en conséquence.		
Contrôle de la sentence	Processus de contrôle préalable du projet de sentence par la Cour.	Processus de contrôle préalable du projet de sentence par le Comité.	En pratique, un processus de contrôle préalable des sentences est effectué par la Commission.	X
Confidentialité	Aucune disposition particulière dans le règlement. Toutefois, le tribunal arbitral peut prendre toute mesure concernant la confidentialité de la procédure et prendre toute mesure pour assurer le respect du secret des	La procédure et la sentence sont confidentielles.	La procédure et la sentence sont confidentielles.	La procédure est confidentielle. Le règlement délimite les personnes autorisées à prendre part aux audiences, sauf accord contraire des parties (arbitres, représentants des parties, témoins, etc.). Le tribunal arbitral peut également prendre des mesures spécifiques destinées à assurer la préservation de la confidentialité.

	affaires et des informations confidentielles.			
Frais d'arbitrage	Les frais d'arbitrage (frais administratifs et honoraires des arbitres) sont fixés selon un barème sur la base du montant en litige.	Les frais d'arbitrage (frais administratifs et honoraires des arbitres) sont fixés selon un barème sur la base du montant en litige.	Les frais d'arbitrage (frais administratifs et honoraires des arbitres) sont fixés selon un barème sur la base du montant en litige.	Les frais d'arbitrage sont fixés sur la base d'un taux horaire ou d'un taux journalier ou selon toute autre modalité convenue entre les parties et les arbitres.

Résumé :

L'arbitre est un juge privé, il tranche, il juge, et il détient la balance de la justice, pourtant ses décisions ne seront exécutoires que si le juge étatique compétent le décide. Ainsi soumise au contrôle du juge, la sentence arbitrale s'intègre dans l'ordre juridictionnel. Elle doit donc respecter l'ordre public et, plus généralement, les principes directeurs du procès. Certes, c'est une sentence oeuvre de justice et, au même titre que les décisions des tribunaux étatiques, bénéficie de l'autorité de la chose jugée.

Les textes légaux et les règles qui gouvernent la procédure arbitrale ont une très grande importance tant pour les parties, que pour les arbitres. Ce sont en effet ces règles, et la possibilité de les choisir, qui participent à la spécificité de l'arbitrage.

La présente thèse identifie et analyse les diverses facettes de l'intervention du juge dans la procédure d'arbitrage. S'il s'avère d'un précieux appui à l'arbitrage, le juge est aussi chargé d'en vérifier la régularité et d'en assurer l'efficacité.

Abstract :

The referee is a private judge, he slice, he Judge, and it holds the scales of justice, however its decisions will be binding only if the competent national judge decides. And subject to judicial control, the award is part of the judicial order. It must respect the public order and, in general, the guidelines of the trial. Admittedly, this is an award work of justice, as well as the decisions of state courts, has the authority of res judicata.

Legal texts and rules governing the arbitration proceedings are very important for both parties, for the referees. It is these rules, and the ability to choose which specific feature of arbitration. It is these rules, and the possibility of choosing, involved in the specificity of arbitration.

This thesis identify and analyze various aspects of judicial intervention in arbitration. If It becomes a valuable support to arbitration, the judge is also responsible for verifying the regularity and ensure efficiency.

Title : The intervention of judge in the arbitration proceeding

Institut de Recherche en Droit du Patrimoine -IRDAP

16, avenue Léon Duguit - CS50057 – 33608 Pessac CEDEX