

Aix-Marseille Université

Centre de Droit Maritime et des Transports



**LA PRÉROGATIVE DE L'ARBITRE
DE RELEVER UN MOYEN D'OFFICE**



Natalia GAUCHER

Sous la direction de M. le Professeur Denis MOURALIS et de Maître Christian SCAPEL

Année universitaire 2015-2016

Promotion Surcouf

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires. Ces opinions sont considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

À l'accomplissement de ce travail de recherche, l'auteur tient à associer les personnes qui l'ont accompagnée, suivie et soutenue depuis le premier jour.

Ses premières pensées vont à sa famille et à ses amis, pour leur présence et leur soutien. Ils ont été les témoins des moments joyeux et la lumière des moments difficiles. Merci à chacun.

C'est ensuite naturellement qu'elle adresse sa reconnaissance à ses Professeurs et enseignants de Master. L'auteur a appris de chacun d'eux, et elle peut affirmer sans disproportion que tous trouveront dans ce mémoire un fruit de ce qu'ils lui ont apporté.

En particulier, merci à M. Peter McQueen pour l'idée de ce sujet pétillant ; à M. le Professeur Denis Mouralis, qui par sa direction fine et patiente lui a permis de le mener à bien ; à Maître Christian Scapel pour les conseils avisés dont ses cours étaient nantis. *Last but not least*, que M. le Professeur Pierre Bonassies soit assuré d'une vive reconnaissance, non seulement pour ses critiques constructives, mais aussi pour son soutien chaleureux et amical.

L'auteur adresse également une pensée sincère à ses maîtres de stage, Maître Sébastien Goulet et Maître Béatrice Favarel, ainsi qu'à tous les membres du Cabinet Favarel & Associés, Hugo, Hélène, Ingrid, Marie, Élodie, pour tout ce qu'ils lui ont appris du métier d'avocat et du monde maritime. Elle espère les retrouver un jour en exercice !

Nulla scientia sine amicis. C'est enfin vers personnes rencontrées cette année, au Centre de Droit Maritime et des Transports, à l'IFURTA, au Centre de Droit Économique et au Laboratoire de Droit Privé de l'Université d'Aix-Marseille, que l'auteur se tourne. « Pas de science sans amis », lançait en latin un Professeur espagnol à l'orée de sa conférence ; il fut applaudi de ses pairs. Ces mots sont ici pour vous.

À ma famille
À Danielle et Marcel Tournois

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	3
SOMMAIRE	5
ABREVIATIONS	6
INTRODUCTION	8
PARTIE 1 : EXISTENCE DE LA PREROGATIVE	11
Chapitre 1 : Nature de la prérogative : une intervention dans l'exercice de l'action	12
Chapitre 2 : L'obligation de l'arbitre d'exercer la prérogative	36
Conclusion de la partie 1 : Propositions utiles à l'harmonie des principes	56
PARTIE 2 : REGIME DE LA PREROGATIVE	57
Chapitre 1 : Conditions d'admission quant à la source des moyens relevés d'office	58
Chapitre 2 : Conditions d'admission quant à la forme du relevé d'office des moyens	69
Conclusion générale : proposition d'une ligne de conduite à destination des acteurs du procès arbitral	73
ANNEXES	76
TABLE DES SOURCES	90
TABLE BIBLIOGRAPHIQUE	98
TABLE DES MATIERES	106

ABREVIATIONS

<i>c/</i>	contre
CAMP	Chambre Arbitrale Maritime de Paris.
Cass.	Cour de cassation.
CCI	Chambre de Commerce Internationale.
CE	Conseil d'État.
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.
Civ.	Chambre civile.
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes.
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne.
<i>Clunet</i>	<i>Journal du droit international (Clunet)</i> , Lexis Nexis.
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international.
Com.	Chambre commerciale.
comp.	Pour une comparaison.
<i>Contra</i>	Défendant le contraire.
CPC	Code de Procédure civile français.
<i>Dall.</i>	<i>Recueil Dalloz Sirey</i> , Dalloz.
<i>Digeste 1, 1, 1, 1</i>	<i>Digeste</i> de Justinien, livre 1 ^{er} , titre 1 ^{er} , fragment 1 ^{er} , paragraphe 1 ^{er} (seconde édition stéréotypée, Paul KRÜGER, 1954).
DMF	<i>Le Droit Maritime Français</i> , Lamy.
FOUCHARD – GAILLARD – GOLDMAN	FOUCHARD (Philippe) – GAILLARD (Emmanuel) – GOLDMAN (Berthold), <i>Traité de l'arbitrage commercial international</i> , Paris, Litec, 1996, 1225 p.
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Center.
<i>Ibid.</i>	au même endroit.
ID.	Du même auteur.
<i>infra</i>	plus bas, ci-après.
JCL.	<i>Jurisclasseur</i> , Lexis Nexis.
JCP.	<i>Jurisclasseur Périodique. La Semaine Juridique</i> , Lexis Nexis.
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne.
LCIA	London Court of International Arbitration.
<i>op. cit.</i>	dans l'ouvrage cité.
préc.	précité.
Rec.	<i>Recueil Lebon</i> (publication des décisions de justice administrative).
Rec. CCI I	<i>Collection if ICC Arbitral Awards. Recueil des sentences arbitrales de la CCI. 1974-1985</i> , éd. S. JARVIN – Y. DERAÏNS, Paris – New York, ICC Publishing – Kluwer Law and Taxation, 1990, XLIX-581 p.
Rec. CCI II	<i>Collection if ICC Arbitral Awards. Recueil des sentences arbitrales de la CCI. 1986-1990</i> , éd. S. JARVIN – Y. DERAÏNS - J.-J. ARNALDEZ, Paris – New York, ICC Publishing – Kluwer Law and Taxation, 1994, CXI-578 p.
réimpr.	réimpression.
Rép. proc. civ.	<i>Répertoire de procédure civile</i> , Dalloz.
Rev. arb.	<i>Revue française de l'arbitrage</i> , Comité Français de l'Arbitrage.

<i>RTD. civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i> , Dalloz.
SCC	Stockholm Chamber of Commerce.
Sent.	Sentence.
SIAC	Singapore International Arbitration Center.
Soc.	Chambre sociale.
<i>supra</i>	plus haut, ci-dessus.

INTRODUCTION

*Compromissum ad similitudinem
iudiciorum redigitur et ad finiendas
lites pertinet.*¹

L'arbitrage est la procédure tendant à la solution juridictionnelle d'un litige soumis à des personnes privées en vertu d'un contrat, la clause compromissoire ou d'un compromis (nous pouvons parler d'arbitrage *ex compromisso*, selon la formule romaine). Par leur convention d'arbitrage, les parties s'engagent à soumettre un litige spécifique à un tribunal arbitral qu'elles désignent ; la sentence rendue en vertu de ce contrat acquiert force obligatoire vis-à-vis des parties².

L'initiative de l'arbitre de relever d'office un moyen non invoqué par les parties est *a priori* inconcevable : si l'on admet que le pouvoir de l'arbitre repose sur l'accord de volontés des parties, alors toute introduction dans la cause d'un moyen qu'elles n'auraient pas soulevé dépasse la mission de l'arbitre.

Ce mémoire entend répondre à cet antagonisme.

Définition de l'arbitrage. Arbitrage maritime. Ainsi que le reconnaissent les auteurs anglais d'un ouvrage célèbre il ne peut être donné de définition de l'« arbitrage maritime » ; celle-ci n'existe pas même dans le règlement du centre londonien d'arbitrage maritime (LMAA)³. L'auteur de cet ouvrage poursuit en soulignant l'implication de l'arbitrage dans le monde maritime.

Ouverture. Afin de répondre à la problématique de manière pertinente, l'étude sera donc nécessairement ouverte à tous les contentieux arbitraux, le droit maritime offrant peu de spécificités. Ces dernières seront présentées au lecteur lorsqu'elles

¹ « Le compromis est entendu comme similaire aux actions et tend comme elles à mettre fin aux litiges » (notre traduction). PAUL, *Livre second sur l'Édit = Dig.* 4, 8, 1.

² R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, n° 4, p. 11.

³ C. AMBROSE – K. MAXWELL – A. PARRY, *London Maritime Arbitration*, 3^e éd., Informa, 2009, p. 1.

interviendront. Le problème des lois de police connues en matière maritime (les « COGSA » australien et américain) mériteront une analyse fine.

L'arbitrage. Selon René David, « *L'arbitrage est 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 investis de cette mission par l'État.* »⁴

Nous enserrerons plus la définition, en insistant sur la fonction juridictionnelle de l'arbitre, qui nous rapproche de la conclusion de Charles Jarrosson : « *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 celles-ci.* »⁵

L'arbitrage au sens de ce mémoire est la procédure tendant à la solution juridictionnelle d'un litige soumis à des personnes privées en vertu d'un contrat : la clause compromissoire ou le compromis.

L'amiable composition sera exclue de notre étude. Elle est définie comme une procédure issue d'une clause de renonciation au droit d'être jugé en application de la loi⁶. En raison de son caractère plus souple, et, partant, de l'intérêt moindre qu'elle présente quant à notre question, ne sera pas traitée dans ce mémoire.

La mission de l'arbitre. À la différence du juge national, l'ensemble du pouvoir de l'arbitre est fondé sur l'accord de volontés des parties, traduit dans un compromis ou au sein d'un contrat, par une clause compromissoire. Par conséquent, la compétence de l'arbitre est en principe délimitée par les termes de la clause compromissoire.

Les parties lient l'arbitre en définissant la substance de leur litige, ainsi que, directement ou indirectement la loi applicable à leur litige (*lex causae*) et la loi de procédure (*lex arbitri*).

L'ordre public des systèmes juridiques concernés par le litige. Or, il peut s'avérer que la loi définie par les parties n'intègre pas certaines règles *a priori* applicables, et *a fortiori* obligatoires dans la résolution de leur litige. Les problématiques des lois de police et des principes d'ordre public internes et

⁴ R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 9.

⁵ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 372.

⁶ E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairies techniques, 1980, n° 57, pp. 38-39.

internationaux rendent délicate la mission de l'arbitre *a priori* incompétent pour en connaître.

En effet, les juridictions nationales conditionnent l'effectivité de la sentence, par le concours qu'elles apportent à sa reconnaissance et à son exécution.

Antagonisme et mission juridictionnelle. Par conséquent, l'arbitre relevant un moyen d'office intervient en limite de deux exigences contradictoires : d'une part, le respect de la mission contractuelle qui lui a été confiée ; d'autre part, la nécessité de rendre une sentence effective.

En outre, sa mission est d'ordre juridictionnel, comme celle du juge national, c'est-à-dire que la décision rendue par l'arbitre devra respecter une procédure stricte, et s'imposera aux deux parties.

Comment la prérogative de l'arbitre de relever un moyen d'office est-elle admise dans l'ordre du procès arbitral ?

Il convient de voir dans quelle mesure la prérogative de l'arbitre de relever un moyen d'office est concevable dans l'ordre du procès (**Partie 1**), avant d'en déterminer le régime (**Partie 2**).

PARTIE 1 : EXISTENCE DE LA PREROGATIVE

*Toute action de l'esprit est
aisée si elle n'est pas soumise
au réel.*⁷

*A smooth sea never made a
skilled sailor.*⁸

L'intervention autoritaire de l'arbitre dans le procès arbitral est *a priori* contraire à la nature de cette institution, libre et contractuelle par hypothèse⁹. La prérogative de relever d'office un moyen relève-t-elle de la mission confiée contractuellement à l'arbitre ? Si elle dépasse le cadre contractuel, trouve-t-elle un fondement théorique ou textuel ?

Résoudre la problématique issue de cette prérogative nécessite d'abord de la qualifier, en la confrontant à l'exercice de l'action par les parties (**Chapitre 1**). Il conviendra ensuite de l'envisager par rapport à l'office de l'arbitre, afin de montrer dans quelle mesure l'arbitre peut être tenu de l'exercer (**Chapitre 2**).

⁷ Marcel PROUST, *Sodome et Gomorrhe*, 1921-1922.

⁸ Proverbe anglais (« Une mer calme jamais n'a fait un bon marin »).

⁹ C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001, p. 1, n° 1 et la préface P. MAYER, *ibid.*, pp. XI-XII.

CHAPITRE 1 : NATURE DE LA PREROGATIVE : UNE INTERVENTION DANS L'EXERCICE DE L'ACTION

Le fait pour l'arbitre de relever *sua sponte* un moyen perturbe la marche du procès arbitral. Cette intervention dans la matière du litige (**Section 1**) met à mal la règle de la définition de ce dernier par les parties, de l'accord desquelles l'arbitre tient son pouvoir (**Section 2**).

Section 1 : D'un point de vue procédural : une perturbation de l'exercice de l'action

Relever d'office un moyen non soumis par les parties est aventureux. En procédure arbitrale comme en procédure judiciaire, le contrôle exercé sur une telle pratique est rude : à l'exception du contentieux administratif où relever d'office un moyen est admis en vertu d'un régime prétorien¹⁰, l'instance de contrôle rarement admet, souvent censure.

Une telle réticence dans le contrôle de la procédure vient de ce que la soumission d'un nouveau moyen est une intervention de l'arbitre dans l'exercice de l'action, et non une simple mesure d'instruction du procès. Il s'agit en effet pour l'arbitre (comme pour le juge judiciaire) de s'immiscer dans le domaine par principe réservé aux parties : la définition de l'objet du litige.

§1. - Intervention dans l'exercice de l'action

Le fait pour l'arbitre de relever un moyen d'office peut être qualifié au regard de la nature de la demande d'arbitrage (**A.**) comme une intervention dans l'action des parties (**B.**).

A. Nature de la demande d'arbitrage : une action exercée devant un juge privé

La demande d'arbitrage est la saisine d'un tribunal arbitral par un demandeur, en vertu d'un compromis ou d'une clause d'arbitrage, aux fins de trouver une solution juridictionnelle à un différend.

¹⁰ Cf. *infra*, Section suivante.

La demande d'arbitrage est rarement qualifiée par la doctrine¹¹. Pourtant, la nature de l'intervention *sua sponte* de l'arbitre dans le litige qui lui est soumis dépend de la nature de la demande d'arbitrage. La demande d'arbitrage est l'exercice de l'action du demandeur afin d'obtenir d'un arbitre la solution juridictionnelle d'un litige. Or, la notion d'action est controversée. Il s'avère difficile d'en tirer des principes généraux et un concept commun à tous les systèmes¹². C'est logiquement de la vision romaine du procès arbitral que procède la solution. La doctrine processualiste issue des théories du droit public, puis d'Henry Vizioz l'a renforcée.

Qualification romaine de la demande d'arbitrage. Pour les juristes romains, le recours à un arbitre équivalait à l'exercice d'une action devant un magistrat. Ainsi, dans son commentaire sur l'Édit du préteur, retenu dans la compilation justinienne, Paul constatait la similitude entre le compromis d'arbitrage, et d'exercice d'une action (*iudicium*) devant le préteur : « *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet* »¹³. Par conséquent, au cours des siècles de développement du droit romain, les caractères du procès « civil » ont pu être appliqués au procès arbitral, ces deux procédures restant toutefois parfaitement distinctes.

En outre, le pouvoir confié à l'arbitre était de même nature que celui confié au magistrat. Par l'effet du consentement des parties, l'arbitre était investi de la *iurisdictio* comme l'était le préteur : « *Si se subiciant aliqui iurisdictionis et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictione* »¹⁴. Selon la conception romaine, seule la *iurisdictio* était confiée à l'arbitre, alors que le magistrat disposait en outre de l'*imperium*, qu'il tenait de son investiture dans la Cité. Par conséquent, seul le pouvoir de l'arbitre reposait exclusivement sur la volonté des parties, et non le pouvoir du magistrat, comme l'a pensé à tort la Pandectique allemande¹⁵.

¹¹ L'introduction de l'instance arbitrale est tout au plus qualifiée de « requête ». Cf., à titre d'exemple, C. SERAGLINI – J. ORTSCHERT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, 2013, n° 307, pp. 290-291. Nous la qualifierons d'exercice du droit d'action auprès d'un arbitre.

¹² L. CADIET – J. NORMAND – S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, 2013, pp. 332 s.

¹³ Le compromis est entendu comme similaire aux actions et tend comme elles à mettre fin aux litiges (notre traduction) : PAUL, *Livre second sur l'Édit = Digeste* 4, 8, 1.

¹⁴ Lorsque certains se soumettent à la juridiction et consentent, (plus particulièrement) entre ceux qui consentent à quelque juge que ce soit, qui préside au tribunal ou dispose d'une autre juridiction, voilà ce qu'est la *iurisdictio* (notre traduction) : ULPYEN, *Livre second sur l'Édit = Digeste* 5, 1, 1.

¹⁵ La théorie allemande du fondement contractuel du pouvoir du magistrat repose sur une étude erronée de la *litis contestatio*, moment de la fixation du procès (qui était, à l'époque, un procès en deux phases). Pour une synthèse de la question, cf. L. CADIET et al., *Théorie générale du procès, op. cit.*, n° 97-98,

Il ressort de l'étude du droit romain que la demande d'arbitrage est assimilée à l'exercice d'une action devant un magistrat de la Cité ; l'accord de volontés des parties de soumettre un litige à l'arbitrage, confère à l'arbitre la *jurisdictio*. Cette dernière conception est admise aujourd'hui, en sorte que le pouvoir de l'arbitre a une source contractuelle et une nature juridictionnelle¹⁶.

Les juristes romains n'avaient cependant pas une pensée systématique. Ainsi, en rapprochant la demande en arbitrage de l'exercice d'une action devant le préteur, il ont donné les éléments nécessaires à la qualification de la demande devant l'arbitre, sans la qualifier. La doctrine processualiste contemporaine a peu apporté depuis.

Limite de la qualification retenue dans le Code de procédure civile français.

Le Code de procédure civile français, a eu le mérite de trancher parmi diverses conceptions de l'action. Il a ainsi retenu une conception de l'action comme un droit¹⁷. Cette conception est plus proche de la conception de la doctrine française du XIXe siècle, que, nous semble-t-il, de la doctrine processualiste moderne¹⁸. D'une part, selon la conception française ancienne, l'action est entendue comme « *voie de droit par laquelle une personne est autorisée à s'adresser à un juge, en lui demandant de déclarer sa prétention bien fondée en droit ou en fait, et, s'il y a lieu, de prononcer une condamnation qui lui donne satisfaction* »¹⁹. D'autre part, « *on appelle également action le droit d'exercer une pareille poursuite ou réclamation* »²⁰.

L'école française d'avant Vizioz reconnaît dans l'action un droit subjectif du demandeur. Cette conception a l'intérêt de caractériser l'ouverture de l'action aux justiciables. Le juge saisi reconnaît ou suit, par conséquent, l'exercice de ce droit par une partie.

pp. 388-393. Pour une critique de cette doctrine et une étude approfondie, cf. notre étude, *Rigueur et pragmatisme du procès romain. Considérations sur la litis contestatio*, mémoire dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2014, *passim*.

¹⁶ Cf., par ex., E. LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *Clunet* 1983, pp. 293-345.

¹⁷ Code de procédure civile, art. 30 (dans sa version de 1971, encore en vigueur) : « *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.* »

¹⁸ Contra : J. HERON – T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 45-47, pp. 55-56. Pour une présentation de la solution du Doyen Vizioz, que nous retenons, cf. *infra*. Cet auteur conçoit l'action comme un pouvoir, et non comme un droit.

¹⁹ C. AUBRY – C. RAU, *Droit civil français. XIII : Action et exceptions – Preuve – Autorité de chose jugée*, 6^e éd., éd. P. ESMEIN, Librairies Techniques, 1958, pp. 8-9.

²⁰ *Ibid.*

Cependant, cette conception présente des limites. D'une part, concevoir l'action comme droit subjectif élude la question du fondement de cette action : de quelle norme, ou de quel principe le demandeur tire-t-il ce droit ? Aujourd'hui encore, seul le droit d'accès au juge, qui s'en distingue, reçoit une qualification de portée générale²¹. D'autre part, qualifier l'action de droit subjectif apparaît incomplet. En effet, cela est insuffisant à montrer le lien entre l'exercice du « droit » d'action et sa conséquence, s'il est fondé : le procès²².

Conceptions doctrinale française depuis Duguit : l'action comme pouvoir issu du droit objectif. Les publicistes français ont été à la base du développement des études de fond de la procédure civile²³. Henry Vizioz, puis Henri Motulsky, a repris leurs travaux pour engager une théorie du procès civil. Selon le Doyen Vizioz,

L'action, pouvoir de réclamer en justice ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient, est la sanction, la garantie d'un autre droit : droit de créance ou droit réel. Or, la sanction est le corollaire du droit. Le droit implique donc l'action : elle lui est inhérente.²⁴

Cette qualification de l'action comme pouvoir émane de la doctrine publiciste française²⁵. Le rattachement de l'action au droit qu'elle protège explique, selon Vizioz, l'écueil de la doctrine française l'ayant précédé : cette dernière a assimilé l'action au droit auquel elle se rattache, d'où sa solution pauvre et souvent contradictoire : l'action serait un droit subjectif dont l'exercice conduit au litige ; dans le même temps, l'action se distinguerait « très nettement » du droit qu'elle garantit.

²¹ L. CADIET *et al.*, *Théorie générale du procès*, préc., n° 78, pp. 334-335. Le droit fondamental d'accès au juge a été qualifié de liberté publique en droit processuel français (H. MOTULSKY, *JCP* 1963, II, 13191, note sous Cass. civ. 2^e, 6 juin 1962 ; *Écrits, études et notes de procédure civile*, I, 1973, réimpr. Dalloz, 2009, pp. 254 s.) ; il est consacré en tant que droit fondamental, sur le fondement de l'article 6§1 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*.

²² Il est intéressant de relever, à ce propos, qu'en droit romain, un même terme, *judicium*, désignait indifféremment l'action et le procès. L'un ne pouvait être conçu sans l'autre. Ils étaient de même nature.

²³ Les études d'Henry Vizioz, dans les pas duquel a marché Henri Motulsky, ont repris comme point de départ et de critique la doctrine de droit public alors florissante (Raymond Carré de Malberg, Léon Duguit, Maurice Hauriou). En effet, selon le processualiste savoyard, les publicistes avaient été les seuls jusqu'alors à envisager les fondements des institutions de procédure (H. VIZIOZ, *Études de procédure*, 1956, réimpr. Paris, 2011, pp. 3 s., spéc. pp. 53-168).

²⁴ H. VIZIOZ, *op. cit.*, pp. 29-30.

²⁵ Pour l'étude et la critique des théories de Carré de Malberg, Duguit, Jèze et Hauriou, cf. H. VIZIOZ, *op. cit.*, pp. 53-168.

Comment distinguer dès lors le droit de l'action, si ces derniers ont la même nature ?²⁶.

Par conséquent, selon l'étude processuelle de fond engagée par Vizioz, l'action se distingue du droit subjectif qu'elle protège, à la fois par sa nature et par son fondement : d'une part, l'action est un pouvoir du demandeur de faire reconnaître en justice un droit subjectif dont il bénéficie ; d'autre part, elle est issue du droit objectif et reconnue par lui²⁷.

Conclusion. Il en ressort que l'action dépasse le droit subjectif qu'elle garantit. C'est pourquoi la demande de reconnaissance d'un droit a la même nature devant un arbitre que devant un juge : il s'agit d'une action, pouvoir de faire reconnaître un droit subjectif dans un procès, plus particulièrement un droit dont elles ont la libre disposition²⁸. L'exercice de cette action se traduit par l'introduction de la demande d'arbitrage, et marque le début de la procédure. En fonction des règlements d'arbitrage, la procédure est réputée commencer au moment de l'émission²⁹ de la demande ou lors de sa réception par l'institution d'arbitrage³⁰

La demande en arbitrage est donc une action portée devant un arbitre. Cette action donne lieu à un litige défini par les parties, dont l'accord fonde la compétence et le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. Par conséquent, le relevé *sua sponte* par ce dernier d'un moyen, revient à perturber l'action des parties en arbitrage.

B. Le moyen relevé *sua sponte* : une intervention dans l'exercice de l'action

L'exercice de l'action des parties devant un tribunal arbitral est l'acte procédural tendant à la reconnaissance et la mise en œuvre d'un droit dont le demandeur se prévaut. Ce droit peut être issu de la *lex contractus*, de la *lex arbitrii* (s'il s'agit de

²⁶ Pour une vive critique des contradictions de la doctrine française du XIXe s., cf. H. VIZIOZ, *op. cit.*, pp. 29-32.

²⁷ *Ibid.*, p. 150. Henry VIZIOZ conçoit cette solution par l'étude et la critique de la doctrine publiciste française de l'époque, qu'il dépasse. Sa mort accidentelle a mis un terme à l'élaboration de sa théorie.

²⁸ Cette condition est issue du droit romain. Pour le droit français, cf. *Code civil*, art. 2059 : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » ; L. WEILLER, « Principes directeurs du procès », *Rép. proc. civ.*, 2015, n° 251 s.

²⁹ Règlement LCIA, art. 1.4 et 4.4. ; Règlement SIAC (2013 et 2016), règles 3.3. et 2.2. ; Règlement HKIAC (2013), art. 4.2., 2.1. et 2.2. ; Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2013), art. 3.2. et 2.5.

³⁰ Règlement CCI, art. 4.2. et 3.3. ; Règlement SCC (2010), art. 4 et 8.3. ; Règlement SIETAC (2014), art. 11.

procédure), ou encore de principes transnationaux³¹. Il ne saurait en effet exister *per se*³².

En principe, l'exercice de l'action et la réponse du défendeur définissent la cause du litige, et confèrent à l'arbitre son pouvoir juridictionnel. Par l'effet de sa saisine, et son acceptation³³ l'arbitre devient lié aux parties par un contrat³⁴ dont la matière est définie par les parties, sur le fondement du compromis ou de la clause compromissoire. L'arbitre ne peut dès lors intervenir qu'en exécution de ce contrat. Par conséquent, relever un moyen d'office s'analyse soit comme une simple mesure d'instruction, respectant l'action et l'objet du litige, soit comme une perturbation de l'exercice de l'action.

1. Rejet de la thèse de la requalification des faits

Afin sans doute de préserver une harmonie des concepts, certains systèmes conçoivent le relevé d'office d'un moyen comme une requalification des faits. Ainsi, le Tribunal Fédéral suisse a pu résoudre le problème posé par le bien-fondé de l'arbitre à relever un moyen, en considérant que cette mesure n'avait été qu'une requalification des faits :

L'article 190, alinéa 2, lettre c LDIP permet d'attaquer une sentence lorsque le Tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi. Tombent sous le coup de cette disposition les sentences qui allouent plus ou autre chose que ce qui a été demandé [...]. Cependant, en vertu du principe « *jura novit curia* », dès l'instant où une conclusion est motivée de manière suffisante, le juge – quel qu'il soit – est tenu d'appliquer le droit d'office, sans se limiter aux motifs avancés par les parties. Par conséquent, il ne statue pas *ultra* ou *extra petita* s'il retient des moyens de droit qui n'ont pas été invoqués, car il ne procède, dans cette hypothèse, qu'à une nouvelle qualification des faits de la cause.³⁵

³¹ Pour le fondement des moyens de droit présentés en arbitrage, cf. *infra*, Partie 2, Chapitre 1.

³² Le « contrat sans loi », selon lequel le droit invoqué par les parties, ici issu d'un contrat, ne repose sur aucun droit objectif existant, est une théorie rejetée aujourd'hui. Elle est une extension démesurée de la liberté contractuelle (J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, n° 411-412, pp. 241-242 ; FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, n° 1439, p. 809). Elle ne saurait, d'un point de vue pratique, permettre la reconnaissance d'une sentence dans un ordre juridique quelconque.

³³ Art. 1456 du *Code de procédure civile* français.

³⁴ Sur la double nature contractuelle et juridictionnelle du pouvoir de l'arbitre, cf. E. LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », préc. pp. 293-345 ; ID., « Statut de l'arbitre et conditions d'exercice », *JCl. proc. civ.*, fasc. 1015, 2015 (mise à jour : février 2016), n° 18 s.

³⁵ Tribunal fédéral suisse, *Westland*, 19 avril 1994, *Clunet* 1996.743 ; ATF 12°, II, 172.

De même, il nous semble que certaines controverses relatives à l'article 12 du Code français de procédure civile ont été résolues en déclarant l'intervention du juge comme ayant été une requalification des faits, prérogative qui lui est expressément reconnue, et non comme le relevé d'office d'un moyen. Cette solution, strictement, ne s'admet que dans la limite où ledit moyen peut être rattaché à l'objet du litige défini par les parties. Lorsque le juge ou l'arbitre relèvent un moyen nouveau extérieur aux prétentions initiales, il intervient hors du cadre du litige défini par les parties. Le Code de français de la consommation autorisait le juge, jusqu'à la réforme entrée en vigueur le premier juillet 2016, à relever d'office « *toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application.* »³⁶. Au contraire d'une simple requalification des faits, relever un moyen d'office modifie la substance du litige soumis par les parties.

2. Solution proposée : une intervention dans l'exercice de l'action

La conception du relevé d'office d'un moyen comme une simple requalification des faits est une contradiction dans les termes. Elles apparaît comme une confusion entre le relevé d'office d'un moyen, véritable intrusion de l'arbitre dans l'objet du litige, et la réintroduction de ce moyen dans la cause, qui rétablit l'équilibre du procès³⁷.

Soit, l'arbitre requalifie effectivement les faits, mais alors il ne peut être vu, au sens propre, comme soulevant un moyen de droit ou de fait. Soit, l'arbitre relève un moyen de sa propre initiative, mais alors il faut admettre que l'arbitre perturbe l'exercice de l'action du demandeur : il soumet une manière de reconnaître son droit que lui-même, en formant sa demande, n'avait pas recherché, soit parce qu'il ne le voulait pas, soit parce qu'il n'en avait connaissance.

Il convient de caractériser l'effet de ce moyen nouveau sur la substance du litige.

§2. – Une redéfinition de la substance du litige

Afin d'embrasser différents systèmes juridiques, nous entendrons par « substance » du litige la réunion de ce que le droit français appelle cause et objet du litige. La cause d'un litige est le « fondement de la prétention dont (le juge) est saisi »³⁸. Elle est donc

³⁶ Code de la consommation, art. L. 141-4 (d'après sa version issue de la Loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, art. 34). Cette prérogative a été limitée, en 2014 (Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, art. 81-I) à la sanction des clauses abusives.

³⁷ Sur cette conception, cf. *infra*, Partie 2, Chapitre 2.

³⁸ L. CADIET *et al.*, préc., n° 221, p. 763.

une expression de l'action, au sens défini ci-dessus. L'objet d'un litige est la matière soumise au juge par les parties.

A. La définition du litige incombe aux parties

En procédure arbitrale, la définition du litige incombe aux parties, et ce dès la conclusion du compromis d'arbitrage ou de la clause compromissoire.

1. La solution de leges arbitrii nationales

Droit français. En droit français, est consacrée l'obligation pour les parties, à peine de nullité, de définir l'objet du litige dans du compromis, depuis la loi sur les sociétés du 17 juillet 1856³⁹ ; cette obligation est reprise aujourd'hui à l'article 1445 du Code de procédure civile⁴⁰. Il s'agit notamment de préserver les droits des parties. La jurisprudence française en a fait une interprétation très large, annulant les clauses compromissoires soumettant des litiges futurs nés du contrat d'arbitrage. La réglementation des polices d'assurances maritimes a tôt fait exception à cette interdiction⁴¹. De même, l'*Arbitration Act* anglais admet la validité des clauses d'arbitrage établies pour des litiges futurs⁴².

De même, l'article 1464 du Code de procédure civile⁴³ soumet la procédure arbitrale à plusieurs à plusieurs principes généraux du procès reconnus devant juridictions judiciaires. En particulier, aux termes de l'article 4 du Code, l'objet du litige est « *Déterminé par les prétentions des parties.* » En contentieux judiciaire, cette disposition limite le pouvoir du juge dans la requalification de l'action⁴⁴.

Enfin, l'article 14 du Code de procédure civile, très strict, pose le principe du contradictoire. D'un point de vue procédural, la contradiction est essentielle car c'est

³⁹ E. H. PERREAU, « De la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat passé à l'étranger », *Clunet* 1919, pp. 787-794.

⁴⁰ Art. 1445 du Code de procédure civile français (depuis la réforme de 2011) : « *A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige.* ». cf. aussi art. 1448 d'avant la réforme.

⁴¹ Art. 332 du Code de commerce de 1807.

⁴² *Arbitration Act*, 1996, Sect. 6(2) ; D. CHITTY – H. G. BEALE, *Chitty on Contracts*, vol. 1, 28^e éd., Sweet & Maxwell, 1999, n° 16-014.

⁴³ Anciennement, l'article 1460.

⁴⁴ « *Violé l'article 4 du nouveau Code de procédure civile selon lequel l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties qui sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense, la Cour d'appel qui étant saisie d'une action en nullité d'un contrat de société en participation, qualification non contestée par les parties, énonce, se prononçant ainsi sur la nature juridique de cet acte, que la convention s'analyse en réalité en une cession à leur valeur nominale de parts sociales avec réserve de jouissance des droits qui y sont attachés* » (Cass. com., 2 mai 1983, n° 81-10.555).

en principe à travers elle que la substance du litige est définie. Ainsi, même dans les procédures par défaut, dans lesquelles il ne peut y avoir de contradiction au sens strict du terme, la position adverse est recherchée et exposée au cours du procès⁴⁵. Ce « rééquilibrage » du procès par défaut a vocation à assurer le respect de la définition du litige par les parties.

Droit bulgare. De même, les droits étrangers ayant suivi ce modèle contemporain consacrent le principe du choix de la *lex arbitrii* par les parties, ou par les arbitres avec l'accord des parties. Par exemple, ce système est consacré depuis longtemps en droit bulgare⁴⁶.

Droits inspirés de la loi-type CNUDCI. L'analyse de la loi-type CNUDCI est intéressante en ce qu'elle est le modèle de la majorité des législations contemporaines sur l'arbitrage⁴⁷.

En vertu de l'article 7 de la loi-modèle CNUDCI, le litige est défini dans la convention d'arbitrage⁴⁸. Cette dernière peut être antérieure ou postérieure aux faits (à la différence du droit français, à l'exception notable de la matière maritime). Cependant, la validité de la clause d'arbitrage – donc la compétence de l'arbitre – sera soumise à la précision, dans cette convention d'arbitrage, « *d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel* »⁴⁹. Les parties déterminent alors la matière de leur action ensemble, dans la convention d'arbitrage. Le droit anglais retient une solution similaire⁵⁰.

⁴⁵ Pour un exemple récent de procédure par défaut tenue devant un tribunal arbitral, le lecteur pourra consulter la sentence arbitrale rendue par la Cour Permanente d'Arbitrage à la demande des Philippines, sur le fondement de la Convention de Montego Bay de 1982. La position de la Chine, qui refusait la procédure et ne s'est jamais présentée, a été recherchée et exposée dans la sentence (Cour Permanente d'Arbitrage, 12 juillet 2016, n° 2013-19, *Republic of the Philippines v People's Republic of China*).

⁴⁶ Cf. *Clunet* 1978.650, pour la compilation d'une série de décisions en ce sens rendues par la Cour d'arbitrage bulgare entre 1970 et 1976. De même, Cour d'arbitrage bulgare, aff. 32/62, *Clunet* 1967.158.

⁴⁷ Cf. Annexe 1 : carte des États dont la loi nationale d'arbitrage suit la loi-type CNUDCI.

⁴⁸ Loi-type CNUDCI (2006), art. 7.

⁴⁹ Loi-type CNUDCI (2006), art. 7.1.

⁵⁰ *Arbitration Act*, 1996, Sect. 1(b), posant les impératifs d'ordre public en limite à la liberté des parties. Cf. D. CHITTY – H. G. BEALE, *Chitty on Contracts*, préc., n° 16-003.

2. L'arbitrage international et les règlements d'arbitrage

Selon la conception occidentale contemporaine, l'arbitrage est « international » lorsqu'il a pour objet le commerce international⁵¹. Cette qualification implique un régime particulier : les parties déterminent en principe les règles de procédure⁵², ou bien les arbitres sauf disposition particulière de la convention d'arbitrage⁵³. L'accord des parties reste la mesure de la définition de règles *ad hoc*⁵⁴. Dès lors, les *leges arbitrii* nationales, comme les dispositions du Code français sur l'« arbitrage interne », ont un caractère supplétif⁵⁵.

La définition de la substance du litige incombe aux parties selon les règlements de nombreuses chambres arbitrales.

En matière maritime, cette exigence est moins stricte. Ainsi, l'article I du Règlement de la Chambre arbitrale maritime de Paris marque

Ainsi, dans l'affaire *Klöckner c/ République du Cameroun*, le tribunal arbitral statuant sous l'égide du CIRDI a considéré que :

Dans les limites du 'cadre juridique' du litige, les arbitres doivent être libres de se fonder sur les arguments qui leur paraissent les meilleurs, même si ces arguments n'ont pas été développés par les parties (alors qu'ils auraient pu l'être). Même s'il est désirable, d'une façon générale, que les arbitres évitent de fonder leur décision sur une argumentation qui n'a pas été discutée par les parties, il n'en résulte évidemment pas que, en procédant de la sorte, ils commettent une 'inobservation grave des règles fondamentales de la procédure'; toute solution contraire exposerait

⁵¹ En droit français, conception adoptée depuis la réforme de 2011, à l'art. 1504 du Code de procédure civile. *Cf.*, pour l'évolution du droit de l'arbitrage français, L. DEGOS, « L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation », *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, éd. Th. CLAY, Lextenso éditions, 2011, pp. 25-56.

⁵² Art. 1504 du Code de procédure civile français.

⁵³ Par ex., art. 19 de la loi-type CNUDCI (2006) : « 1) *Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.* / 2) *Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.* »

⁵⁴ Pour un exemple éloquent, *cf.* sent. CCI n° 5103, 1988, *Clunet* 1988.1206.

⁵⁵ Ainsi, le régime français établi pour l'« arbitrage interne » s'applique à l'« arbitrage international » sauf volonté contraire des parties (art. 1506 du Code de procédure civile) ; de même, en matière maritime, le règlement d'arbitrage de la CAMP élit ces mêmes dispositions comme *lex arbitrii* supplétive (art. 3 du Règlement d'arbitrage de la CAMP).

les arbitres à devoir faire à leur place le travail des conseils des parties et risqueraient de ralentir, voire de paralyser la solution arbitrale des litiges.⁵⁶

B. L'intervention de l'arbitre en cas de défaut dans la définition du litige par les parties

Les parties maîtrisent en principe la définition de l'objet du litige qu'elles soumettent à l'arbitre. Cette maîtrise s'impose d'autant à des arbitres que vis-à-vis de juridictions judiciaires, en ce que la seule source du pouvoir d'un tribunal arbitral est la volonté des parties de soumettre leur litige à sa juridiction⁵⁷.

Or, l'arbitre peut être confronté à deux défauts dans la définition du litige : l'un *a priori*, sur la validité de la clause d'arbitrage ; l'autre *in causa*, en ce qui concerne l'incompatibilité entre le choix des parties et la loi applicable au litige. Il convient donc de voir dans quelle mesure l'arbitre est lié par cette définition du litige.

1. Accord des parties et défaut procédural : le moyen tiré de l'incompétence de l'arbitre

Premièrement, les parties peuvent confier un litige à un Tribunal arbitral qui n'aurait pas compétence pour en connaître. L'arbitre peut-il relever d'office son incompétence, ou bien est-il lié par la volonté des parties ? L'invalidité de la clause d'arbitrage entraîne l'incompétence du Tribunal, en ce que l'accord de volontés des parties n'est pas valable, ou inexistant. Par conséquent, le Tribunal n'a pu être investi de la *jurisdictio*.

Devant le juge judiciaire, en vertu de l'article 92 du Code de procédure civile, une telle exception d'incompétence doit être relevée d'office. Devant l'arbitre, d'un point de vue strict, l'arbitre est lié par la volonté des parties. Par conséquent, l'arbitre est incompétent pour relever d'office cette question, à moins que la nullité de la clause d'arbitrage n'ait été soulevée par les parties⁵⁸. Selon M. Loquin, l'arbitre est tenu de relever d'office une nullité d'ordre public de la clause d'arbitrage, et ce faisant, ne statue pas *ultra petita* mais ne fait que tirer les conséquences de l'illicéité du contrat

⁵⁶ CIRDI, 3 mai 1985, *Klöckner c/ République du Cameroun*, *Clunet* 1987.163 ; P. RAMBAUD, « L'annulation des sentences Klöckner et Amco », *AFDI* 1986.259 ; D. A. REDFERN, « I.C.S.I.D. Losing its Appeal », 3 *Arbitration International*, 98 (1987).

⁵⁷ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, pp. 191-196 et pp. 381 s.

⁵⁸ Dans le même sens, E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly – Lextenso, 2015, n 259, pp. 234-235.

l'ayant investi⁵⁹. De notre point de vue, il ne s'agit dès lors plus d'un moyen relevé d'office, puisqu'à proprement parler, le procès n'a pu commencer.

2. Accord des parties et défaut substantiel : définition de la *lex causae*

Les parties définissent en principe l'objet du litige⁶⁰. Or, les prétentions des parties ne peuvent être appréciées qu'eu égard à la loi « compétente »⁶¹ pour régir le fond du litige (appelée *lex causae*⁶²), au regard desquelles les arbitres statueront ; la *lex causae*, de même que la *lex arbitrii*, résulte directement ou indirectement de la volonté des parties⁶³.

Contrariété entre la loi choisie par les parties et une législation d'ordre public.

L'arbitre dûment investi peut être confronté à un défaut dans la définition de la *lex causae*. Par exemple, les parties se sont accordées sur l'application de la loi d'un État A. Or, l'une des parties est ressortissante d'un État B. La législation de l'État B en ce qui concerne la matière du litige est d'ordre public⁶⁴. Par exemple, dans l'affaire *Société Jean Tardis c/ Korn Og*⁶⁵, deux contrats de vente internationale avaient été conclus entre une société française et une société danoise. Une procédure arbitrale fut conduite en vertu des clauses compromissoires de ces contrats, au cours de laquelle ni les parties, ni l'arbitre ne relevèrent le moyen tiré de la loi française de protection du commerce extérieur de céréales. La juridiction française annula la sentence, estimant que cette loi était d'ordre public au sens de la Convention de Genève du 26 septembre 1927.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *cf. supra.*

⁶¹ L'expression « loi compétente » est concevable en arbitrage (*cf. infra*, Partie 1, Chapitre 2 et Partie 2, Chapitre 1). Dans le même sens, J.-B. RACINE, préc., n° 405-406, pp. 239-240 ; *contra*, Y. DERAIS, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *Travaux du comité français de droit international privé. 1984-1985*, CNRS, 1987, pp. 81-92.

⁶² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., PUF, 2007, p. 546. Nous préférons l'expression *lex causae* à *lex contractus*, en ce que la première expression embrasse à la fois les litiges contractuels et les litiges non contractuels (dans le même sens, J.-B. RACINE, préc., n° 400, p. 237).

⁶³ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, pp. 785 s. ; Y. DERAIS, « Détermination de la *lex contractus* », *L'Arbitrage Commercial International. L'apport de la jurisprudence arbitrale. Séminaire des 7 et 8 avril 1986*, ICC Publishing S.A., 1986, pp. 7-30.

⁶⁴ Cette configuration a souvent été rencontrée dans les opérations intra-européennes d'avant le Traité de Maastricht (1992), dans des arbitrages portant sur des exportations soumises à des lois protectionnistes. *Cf. par*

⁶⁵ CA d'Orléans, 15 mai 1961, *Société Jean Tardis c/ Korn Og Foderstof Kompagniet*, *Clunet* 1966.140, n. B. GOLDMAN.

Le motif retenu par la Cour peut être critiqué : la sentence fut annulée sur le fondement des articles 83, 1004 et 1028 de l'ancien Code de procédure civile. D'après la juridiction judiciaire, la clause compromissoire elle-même violait la loi impérative française. D'où la nullité de la clause, privant de fondement l'ensemble de la procédure. Les tendances récentes de la jurisprudence judiciaire, mais aussi arbitrale, permettent de formuler une solution salvatrice pour l'ensemble de la procédure.

L'initiative de l'arbitre aux fins de sauver la procédure. Une telle nullité semble pouvoir être couverte par le comportement des arbitres dans le procès. En relevant d'office le moyen tiré de la compétence d'une loi impérative, l'arbitre peut être à l'origine de la redéfinition de l'objet de la demande. Cette intervention ne saurait être trop autoritaire, car elle mettrait en péril l'effectivité de la sentence non plus par l'omission d'une loi impérative, mais en raison du déséquilibre de la procédure⁶⁶. En relevant un moyen qu'il estime nécessaire à l'effectivité de la sentence, l'arbitre doit faire preuve de délicatesse et considérer que son nouveau moyen pourra conduire à réévaluer la demande initialement formulée.

Plus précisément, le moyen relevé d'office tiré d'une loi *a priori* compétente mais extérieure à la demande des parties, doit être soumis à nouveau à ces dernières. En effet, l'accord des parties fonde et limite la compétence de l'arbitre ; leur accord sur l'objet du litige est contenu dans la clause compromissoire. D'où la nullité de cette dernière au regard d'un droit national, si elle n'a pas envisagé *ab initio* l'application d'une loi d'ordre public de ce système. Par conséquent, réintroduire le nouveau moyen dans la cause, en le soumettant à la contradiction, permet aux parties, si elles l'acceptent, de redéfinir la matière du litige – et la mission de l'arbitre – au regard du nouveau moyen. La régularité de la procédure comme l'effectivité de la sentence sont ainsi sauvées.

Cette solution est prônée par certaines juridictions, notamment la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de concurrence, compétence exclusive de l'Union⁶⁷. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Rome, le contentieux relatifs aux pratiques anticoncurrentielles donne lieu à des solutions contradictoires, en ce que la Cour de

⁶⁶ Pour un exemple récent, cf. Singapore High Court, 13 juillet 2016, [2016] SGHC 126, *VL Agro Industries v Agritrade International Pte Ltd* : n'ayant pas respecté le principe du contradictoire, le moyen relevé d'office par les arbitres a faussé la procédure, entraînant le refus d'*exequatur*, pour, entre autres, « initiative déraisonnable » des arbitres.

⁶⁷ Art. 3 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*.

l'Union considère cette réglementation d'ordre public⁶⁸. Or la jurisprudence arbitrale sur cette question est enserrée entre cet impératif d'ordre public, et le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, qui lui est opposé. Ainsi, dans une sentence rendue sous l'égide de la CCI, l'arbitre s'était refusé de relever lui-même le moyen d'office tiré de la compétence exclusive des institutions européennes, considérant que « *l'arbitre, juge privé, ne trouve ni dans la loi française, déclarée applicable au litige, ni même dans le traité de Rome (art. 177), l'obligation ou la faculté de renvoyer d'office le litige à la Commission de la C.E.E.* »⁶⁹. Cette solution est itérative⁷⁰. Elle s'explique par ce que l'arbitre n'est rattaché à aucun for ; il ne peut dès lors être agent d'un ordre juridique national ou supranational⁷¹.

Cependant, en sens contraire, certains tribunaux arbitraux ont tôt relevé d'office la question de l'application du droit communautaire de la concurrence. Dans une sentence *ad hoc* rendue à Rotterdam le 4 juillet 1964⁷², la finesse des arbitres a été de rattacher le droit communautaire à la *lex causae* définie par les parties. Ce faisant, ils ont à la fois justifié leur compétence à relever d'office le moyen, et préservé leur sentence d'une annulation ou un refus d'*exequatur* au titre du droit communautaire.

C'est selon le même raisonnement que l'on a pu refuser à l'arbitre la possibilité de relever d'office son incompétence relativement à son étendue : l'accord des parties fonde sa compétence et définit la substance du litige ; par conséquent, l'accord des parties sur une nouvelle question échappant à l'objet du litige vaut nouveau compromis⁷³. Depuis les années 1990, qui ouvrent une nouvelle ère dans la jurisprudence arbitrale, les arbitres sont moins hésitants à relever d'office le droit communautaire de la concurrence, au besoin en affirmant respecter « *toute la prudence requise* »⁷⁴.

⁶⁸ Art. 89 et 90 du Traité de Rome de 1957, devenus 85 et 86 du Traité consolidé, puis 105 et 106 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*.

⁶⁹ Sent. CCI n° 1397, 1966, *Clunet* 1974.878, n. Y. DERAÏNS ; *Collection of ICC arbitral awards 1974-1985*, p. 179.

⁷⁰ Sent. CCI n° 2811, 1978, *ibid.*, p. 241.

⁷¹ Cette liberté est une expression du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage : FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, n° 420 s., pp. 236 s.

⁷² Sentence *ad hoc* rendue à Rotterdam le 4 juillet 1964, *Rev. arb.* 1965.28 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préc., n° 437, pp. 257-258.

⁷³ E. LOQUIN, 2015, préc., n° 260, pp. 237-238.

⁷⁴ Sent. CCI, Paris, n° 7539, 1995, *Clunet* 1996.1030, n. Y. DERAÏNS.

Section 2 : D'un point de vue substantiel : dépassement du cadre du litige initial

L'initiative de l'arbitre de relever un moyen d'office affecte sensiblement le fond du procès. Soumettant un moyen nouveau extérieur au litige défini par les parties, l'arbitre affronte la limite de la mission qui lui est contractuellement dévolue (§1.) ainsi que le principe dispositif, au risque de statuer *ultra petita* (§2.).

§1. – L'initiative de l'arbitre face au « contrat d'arbitre »

L'initiative de l'arbitre de relever un moyen d'office et la source contractuelle de son pouvoir sont antagonistes. Ainsi qu'il l'a été démontré plus haut, la substance du litige soumis aux arbitres est préalablement par les parties. Tout moyen extérieur à ce cadre est donc, par hypothèse, extérieur à l'accord de volonté des parties. L'arbitre est donc privé, *a priori*, de la compétence de relever d'office un nouveau moyen (A.). Ce caractère du procès arbitral impose le rattachement du moyen relevé d'office à la volonté des parties (B.).

A. L'antagonisme entre le relevé *sua sponte* et la définition contractuelle de la mission de l'arbitre

Les parties encadrent la mission de l'arbitre dans la convention d'arbitrage, en définissant l'objet du litige⁷⁵. En pratique, la clause d'arbitrage est souvent très large ; d'où l'intérêt de la rédaction d'un acte de mission, par lequel les parties, en début de procédure, précisent la volonté quant à la mission de l'arbitre⁷⁶. Au surplus, la loi française ne régit pas la définition de l'objet du litige dans l'arbitrage international⁷⁷ ; en cette matière, au sens de la jurisprudence, l'objet du litige est défini par les prétentions respectives des parties⁷⁸. D'où l'intérêt de la rédaction d'un acte de mission ; à défaut, le doute existerait sur les limites de l'objet du litige et, subséquemment, la compétence de l'arbitre à statuer sur un moyen.

⁷⁵ Cf. *supra*.

⁷⁶ C. SERAGLINI – G. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 817, p. 742.

⁷⁷ *Ibid.*, n° 815, p. 740.

⁷⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, *Rev. arb.* 1997.69, n. J.-J. ARNALDEZ ; CA de Paris, 27 novembre 2008, *Rev. arb.* 2009.229 ; CA de Paris, 24 mars 2005, *Rev. arb.* 2005.791.

L'arbitre ayant accepté sa mission est lié par ce que la doctrine et la jurisprudence appellent « contrat d'arbitre », convention par laquelle les parties désignent un arbitre et par laquelle l'arbitre accepte la mission qui lui est confiée⁷⁹.

Les *leges arbitrii* nationales peuvent ce principe par des formules distinctes : ainsi, le Code français de procédure civile, sans avoir retenu ce terme, a consacré certains caractères du « contrat d'arbitre »⁸⁰. À l'inverse, sous l'empire de la loi polonaise, la Cour d'arbitrage de Varsovie a pu retenir une qualification audacieuse, considérant l'accord de volontés des parties à l'arbitrage comme un « contrat judiciaire », en précisant que ce contrat se distingue d'une transaction⁸¹. Cette dernière distinction était déjà envisagée en droit romain.

Cette conception pragmatique est la première mise en œuvre par les arbitres, en raison de l'origine contractuelle de leur mission. Les sentences publiées témoignent d'une vision claire par l'arbitre des limites contractuelles de sa mission. Ainsi, dans une affaire tranchée par un tribunal arbitral réuni sous l'égide de la CCI⁸², les arbitres ont rappelé que « *le tribunal arbitral tire de l'acte de mission l'entier de ses pouvoirs et qu'au contraire d'un tribunal de l'ordre judiciaire, il est lié par la volonté des parties, lorsque celles-ci s'expriment de façon concordante* », c'est-à-dire lorsqu'il y a accord de volontés constitutif d'un contrat.

Le non-respect de l'acte de mission par l'arbitre est un dépassement de l'objet du litige contractuellement défini. Il est ainsi lourdement sanctionné. Le droit français ouvre le recours en annulation d'une sentence au cas où « *le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée.* »⁸³. Il semble que le fait pour l'arbitre de ne pas recourir à une possibilité de l'acte de mission ne soit pas en lui-même constitutif d'un tel manquement⁸⁴.

⁷⁹ Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, vol. 2, n° 587 s. ; M. DE BOISSESON, « La nouvelle convention d'arbitrage », *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, éd. Th. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 89.

⁸⁰ M. DE BOISSESON, *op. cit.* ; J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, préc., pp. 117-142.

⁸¹ Cour d'arbitrage près la Chambre polonaise du commerce extérieur, Varsovie, 7 mai 1963, n° A105/61, *Clunet* 1970.405 ; *Prawo w handlu zagranicznym*, 1963, n° 3, p. 88.

⁸² Sent. CCI n° 1422, 1966, *Clunet* 1974.887, n. Y. DERAÏNS.

⁸³ Art. 1492, 3° du Code de procédure civile (anciennement, art. 1484, 3°). Cf. B. MOREAU – A. BEREGOÏ – R. DESCOURS-KARMITZ *et al.*, « Arbitrage commercial », *Répertoire de droit commercial*, septembre 2013 (actualisation : janvier 2016), n° 379 s.

⁸⁴ Cass. civ. 12 janv. 1968, 1^{ère} espèce, *Rev. arb.* 1969. 27.

B. Le rattachement incident du moyen relevé d'office à la volonté des parties

Afin de respecter le « contrat d'arbitre », il convient pour le tribunal arbitral de se conformer aux questions apportées « dans le débat », c'est-à-dire à celles ouvertes par les parties dans la convention d'arbitrage ou l'acte de mission. Par conséquent, la solution la plus simple est d'éviter la qualification de moyen relevé d'office, en rattachant la nouvelle question à l'objet défini par les parties. Ce rattachement peut résulter explicitement des pièces du dossier (1.), mais aussi être critique, « forçant » l'accord de volontés initial (2.).

1. Rattachement à la volonté explicite des parties

Dans l'affaire *Compania Valenciana de Cementos Portland c/ Sté Primary Coal Ltd*, la Cour d'appel de Paris, statuant en appel du jugement de reconnaissance d'une sentence, a reconnu que le moyen tiré de la *lex mercatoria* retenu par les arbitres dans leur sentence, avait déjà été envisagé par les parties, à titre subsidiaire⁸⁵. Par conséquent, les pièces du dossier ont permis de rattacher le moyen tiré de la *lex mercatoria* à l'argumentation de l'une des parties, évitant la qualification de moyen relevé d'office dont se prévalait la partie adverse.

Cette solution appelle peu la critique, dès lors qu'elle permet d'intégrer le moyen à l'objet du litige explicitement soumis aux arbitres. Elle est plus sensible lorsque le rattachement du moyen à l'objet du litige résulte d'une interprétation par les arbitres de la volonté des parties.

2. Rattachement à la volonté implicite des parties

Afin d'éviter que le moyen nouveau ne soit entendu comme une redéfinition de l'objet du litige, les arbitres peuvent préférer le rattacher à la volonté implicite des parties exprimée dans la convention d'arbitrage.

En principe, sauf demande contraire des parties, l'interprétation de la volonté des parties relève de la mission de l'arbitre. Cette solution a été confirmée en France à l'occasion de l'affaire *Neftegaz*⁸⁶. Dans cette affaire, les juges judiciaires se sont fondés sur l'article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire (selon lequel « *Le tribunal de*

⁸⁵ « Cons. qu'il ressort des énonciations de la sentence et des pièces de la procédure suivie devant l'arbitre que Primary avait revendiqué à titre subsidiaire la compétence au fond de la *lex mercatoria* » (CA de Paris, 1^{ère} ch., 13 juillet 1989, *Clunet* 1990.430, n. B. GOLDMAN).

⁸⁶ TGI de Paris, 22 septembre 2010, *Elf Neftegaz c/ M. B.* ; CA de Paris, 6 janvier 2011, *M. B. C. c/ Elf Neftegaz* ; M. AUDIT, « Qui du tribunal arbitral ou des tribunaux étatiques est compétent pour connaître de la validité d'un contrat d'arbitre ? », *Rev. arb.* 2011.171.

grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction») pour retenir la compétence de l'arbitre d'interpréter la volonté des parties. De manière plus générale, l'interprétation de la volonté des parties par les arbitres peut aussi être rattachée au principe de compétence-compétence, selon lequel l'arbitre est compétent pour examiner sa propre compétence⁸⁷.

L'arbitre peut envisager l'admissibilité d'un moyen au titre de l'examen de sa compétence. Il lui suffit, s'il y a lieu en interprétant la volonté des parties, de rattacher le moyen qu'il entend soulever à la volonté implicite des parties.

D'un point de vue contractuel, d'une part, cette solution est admissible. Elle permet à l'arbitre de sécuriser son intervention, en rattachant incidemment le moyen qu'il entrevoit à la volonté implicite des parties. Le même raisonnement est défendu quant à la détermination de la *lex causae* :

En matière de contrat, quand l'une des lois en présence annule le contrat, alors que l'autre le valide, n'est-il pas singulier d'imputer aux parties le choix de la loi qui annule leur opération et n'est-il pas, au contraire, beaucoup plus vraisemblable d'appliquer à celle-ci la loi qui la valide ?

Voici, à la faveur de la théorie de l'autonomie de la volonté, un résultat qui, en réalité, se rapproche bien des idées de M. Cavers. Le juge, voyant que l'une des lois aboutira à un résultat sain, tandis que l'autre donnera un résultat malencontreux, préfère la première. Il colore cette solution d'une manière qui sera souvent vraisemblable, avec une référence à l'intention des parties ; en réalité, il se décide en raison des conséquences qu'il entrevoit, et il est bien connu que c'est une démarche fréquente des juges que de peser les conséquences de leur jugement avant de rechercher les motifs de textes et de logique qui peuvent ou non soutenir son dispositif.⁸⁸

Cependant, d'un point de vue procédural, cette solution est critiquable car elle tend à fonder la compétence de l'arbitre sur la volonté interprétée des parties. Elle pourra donc souffrir d'une remise en cause devant les juridictions judiciaires, dès lors que

⁸⁷ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, pp. 191 s. et pp. 281 s. ; pour une étude adaptée au droit maritime, cf. I. YILDIZ, *La priorité chronologique reconnue à l'arbitre en droit maritime français : Particularisme ou Universalisme ? Le principe dit de compétence – compétence*, mémoire dactyl., Aix-Marseille Université, 2012, *passim*. Ce principe est aussi reconnu en droit anglais (Clause 30 de l'*Arbitration Act*, 1996 ; *Christopher Brown Ltd. V. Genossenschaft Oesterreichischer Waldbesitzer Holzwirtschaftsbetriebe Registrierte GmbH* [1954] 1 QB 8 (Devlin J), 12-13).

⁸⁸ H. BATTIFOL, *Les tendances actuelles en droit international privé. Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1948-I*, vol. 72, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949, pp. 58-59.

ces dernières retiennent une interprétation autre. En ce cas, l'arbitre sera considéré n'avoir pas été investi de la mission de statuer sur le moyen qu'il soulève ; le rattachement incident du moyen nouveau à l'objet du litige ne vaudra pas. Il sera procédé à un examen minutieux de la compétence de l'arbitre, notamment en vertu du principe dispositif.

§2. – L'autorité relative de la définition du litige par les parties

Le moyen relevé d'office est par hypothèse extérieur aux prétentions initiales des parties, c'est-à-dire qu'il dépasse l'objet du litige initialement défini. En tant que tel, il méconnaît donc le principe du dispositif et induit *a priori* une sentence rendue *ultra petita* (A.). Toutefois, il est admis que le choix des parties ne peut s'imposer à l'arbitre en toute circonstance (B.).

A. Le moyen relevé d'office et l'*ultra petita*

1. Le principe dispositif

Le principe dispositif, dans un sens premier, consiste en un « principe d'immutabilité du litige à l'égard des juges »⁸⁹. Il postule que le juge ne doit pas statuer au-delà des conclusions des parties, ce que le Doyen Vizioz rattache au caractère individualiste du procès. Selon le processualiste savoyard, « *ce sont les parties qui, par leurs conclusions, lui tracent son cadre : le juge est tenu de s'y conformer et de se cantonner dans les limites fixées par ces conclusions.* »⁹⁰. Il interdit au juge « de modifier l'objet ou la cause de la demande »⁹¹.

Le caractère individualiste du procès ne semble justifier qu'*a posteriori* ce principe, qui trouve son origine dans l'institution de la *litis contestatio* du procès romain ; la rigueur de cette institution imposait aux parties, sous peine de perdre leur action, d'établir précisément leur demande, en fait et en droit, devant un magistrat, dans une première phase du procès ; le litige (*lis*) était ainsi formellement figé et figé dans le procès (*iudicium*), avant d'être envoyé devant un juge désigné par le magistrat. Ce juge, dans une seconde phase du procès, était lié absolument par les termes du litige ainsi définis au moment de la *litis contestatio*. Sa liberté ne consistait qu'à trancher ce litige, en reconnaissant ou non la culpabilité de la personne poursuivie. Ces deux phases du procès ont été réunies entre les mains du magistrat dans l'Antiquité tardive.

⁸⁹ J. HERON –T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 271, p. 219.

⁹⁰ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, préc., n° 231, p. 441.

⁹¹ *Ibid.*, n° 233, pp. 442-443.

L'obligation pour le juge de respecter la substance du litige définie par les prétentions des parties résulte de cette organisation du procès.

Le principe dispositif s'impose à l'arbitre de la même manière qu'il s'impose au juge. Ainsi, premièrement, l'arbitre est tenu de respecter la définition de l'objet du litige au titre règles nationales de procédure. L'article 1464 du Code de procédure civile français, régissant l'arbitrage interne et, sauf clause contraire, l'arbitrage international, rend applicables au procès arbitral certains principes directeurs du procès, dont le principe dispositif, exprimé par les articles suivants :

Article 4 du CPC :

L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

Article 6 du CPC :

Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.

Article 7 du CPC :

Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.

Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.

L'effectivité de ce principe est concomitante à celle du principe du contradictoire, ce dernier marquant la condition et la limite de l'admission des moyens relevés d'office⁹².

2. Le risque de sanction de la sentence pour *ultra petita*

Le risque se dessine pour l'arbitre relevant *sua sponte* un moyen non présenté par les parties, de juger *ultra petita*, c'est-à-dire au-delà du litige que les parties lui ont confié. La qualification d'*ultra petita* est doublement grave : d'une part, elle vicie la procédure, ce que partage la matière arbitrale avec la matière judiciaire ; d'autre part, elle remet en cause le respect par l'arbitre de ses obligations contractuelles vis-à-vis des parties.

⁹² cf. *infra*, Partie 2, Chapitre 2.

Le danger de la qualification d'*ultra petita* explique la tendance à rattacher les moyens à la volonté des parties. Ainsi, dans l'affaire *Cie de Saint-Gobain c/ Fertilizer Corporation of India*⁹³, l'incompétence de l'arbitre invoquée pour remettre en cause l'*exequatur* de la sentence a été rejeté, au motif que « *si la lecture des dispositions incriminées de la sentence arbitrale fait apparaître que l'arbitre a, en effet, rejeté l'argumentation proposée par F.C.I.L. sur le fondement de l'article 15 du contrat et qu'il en a élaboré une autre, il n'en résulte point que, ce faisant, il ait modifié le cadre juridique du débat, dans lequel les parties se sont expliquées* ».

D'un point de vue procédural stricte, cette argumentation est fragile. En effet, au sens strict, la définition du cadre juridique du litige par les parties comprend les prétentions, c'est-à-dire les éléments de droit et de fait sur lesquels se fondent les parties. Par conséquent, l'arbitre apportant un nouveau fondement juridique intervient, au sens propre, en redéfinition du litige esquissé par les parties. Dès lors, il est insatisfaisant, strictement, de considérer que le cadre juridique du débat n'ait pas été modifié.

Cette solution est pourtant itérative, tant en droit arbitral, qu'en procédure judiciaire. Elle permet, en rattachant le moyen nouveau à la cause initialement définie, de contourner le problème posé par l'existence d'un moyen extérieur à la substance du litige.

Toutefois, l'admission de l'initiative de l'arbitre malgré la rigueur du principe dispositif est concevable.

B. Les limites à l'autorité de la définition du litige par les parties

L'intervention du juge est reconnue et revendiquée, au titre d'une bonne organisation de la justice et de l'ordre public, dans les théories autrichienne et allemande du procès⁹⁴. Cette solution peine à s'imposer dans la législation française, malgré une tentative audacieuse d'ajouter un article autorisant expressément le juge à relever d'office un moyen qu'il estime nécessaire à la solution du litige. Cette solution, intégrée dans un alinéa 3 de l'article 12 du Nouveau Code de 1971, a été censurée par le Conseil d'État, en ce qu'elle dispensait le juge du respect du principe du contradictoire⁹⁵.

⁹³ TGI de Paris, référé, 15 mai 1970, *Clunet* 1971.312, n. Ph. KAHN.

⁹⁴ K. ZWEIGERT – H.-J. PUTTFARKEN, « Pratique et droit comparé. Remarques comparatives sur la procédure civile française, allemande et européenne », *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, pp. 356-357.

⁹⁵ CE, Assemblée, 12 octobre 1979, n° 01875 01905 01948 à 01951.

Toutefois, relever des moyens d'office était déjà établi en pratique, s'accommodant de la censure rigoureuse des juridictions suprêmes. Cette prérogative, bien que perturbant l'ordre classique du procès, est reconnue nécessaire à la préservation de considérations d'ordre public⁹⁶, d'efficacité du procès⁹⁷, et de plus en plus, de protection des parties « faibles ». Dès lors, même privée de fondement textuel, elle n'est jamais déniée au juge.

Comparaison avec les solutions données devant les tribunaux d'État. Devant les tribunaux d'État, les juges sont admis à relever d'office des moyens, dans certaines conditions, en dépit du rôle premier des parties dans la définition de la substance du litige. Ainsi, le contentieux administratif a consacré un régime des moyens d'ordre public, organisant l'initiative du magistrat de les relever d'office⁹⁸. Par exemple, l'incompétence de l'auteur de la décision administrative attaquée peut être soulevée en tout état de la cause, c'est-à-dire à tout moment de la procédure, par une partie comme par le magistrat⁹⁹. L'autorité de chose jugée prévaut cependant sur le caractère d'ordre public de ces moyens¹⁰⁰. Cette solution est difficilement transposable à l'arbitrage, en raison de la source contractuelle de la compétence de l'arbitre¹⁰¹.

En outre, sous l'influence du droit communautaire, la protection du consommateur, partie faible, a appelé une obligation positive des juges nationaux de relever d'office les moyens tirés du droit de la consommation. Cette obligation a d'abord été consacrée en jurisprudence¹⁰² ; elle a ensuite fait l'objet d'un texte spécial du Code français de la consommation, investissant le juge de la mission de relever d'office tout moyen tiré du droit de la consommation.

Solution devant l'arbitre. Devant l'arbitre, ces solutions ne peuvent être transposées directement. En effet, d'une part, l'arbitre n'est pas l'agent d'un État ni

⁹⁶ K. ZWEIGERT – H.-J. PUTTFARKEN, *op. cit.*

⁹⁷ *ibid.* ; comp. : J. NORMAND, « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6-1) », *RTD Civ.* 1996.689.

⁹⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^e éd., Montchrestien, 2006, n° 932 s., pp. 799 s.

⁹⁹ CE, 15 février 1961, *Alfred-Joseph*, *Rec. p.* 114 : « Le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur d'une décision est d'ordre public. » ; CE, 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics*, *Rec. p.* 473 ; R. CHAPUS, *préc.*, n° 934, p. 801.

¹⁰⁰ CE, 16 octobre 1992, *Mme Dupuis*, *Rec. p.* 371, *RFD-A* 1992.1088.

¹⁰¹ E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, 2015, *préc.*, n° 252-260, pp. 230-236 ; *cf. infra*.

¹⁰² CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GMS*, aff. C-243/08, *Dall.* 2009.1960, n. G. POISSONNIER ; CJCE 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Dall.* 2009.2548, n. Th. CLAY ; *cf.* P. REMY-CORLAY, « L'influence du droit communautaire sur l'office du juge », *RTD Civ.* 2009.684.

de l'Union européenne, ce qu'il s'efforce de rappeler. D'autre part, il tire sa mission et son pouvoir juridictionnel de la volonté des parties. Par conséquent, est-il compétent pour relever un moyen d'office alors que les parties ne le voudraient pas ?

La pratique existe cependant, et se développe de plus en plus. En effet, le caractère trop strict de la procédure peut faire oublier le rôle de l'arbitrage, qui est de trancher efficacement un litige. L'autorité de la définition du litige par les parties est donc mise à mal, essentiellement selon des considérations d'ordre public : ordre public de la *lex causae*¹⁰³, garanties procédurales essentielles, ou encore en raison du contrôle des sentences par le juge étatique¹⁰⁴.

¹⁰³ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, préc., A. PINNA, « L'autorité des règles d'arbitrage choisies par les parties », *Les Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, 2014-1, pp. 17-18.

¹⁰⁴ A. PINNA, *op. cit.*, pp. 21-23.

Conclusion du chapitre 1 : Antagonisme entre le relevé d'office et la source contractuelle du pouvoir de l'arbitre

L'obscure clarté des missions de l'arbitre. L'arbitre est donc amené, en vertu de la *lex causae*, de la *lex arbitrii* ou d'autres règles potentiellement applicables au fond ou à la procédure, à relever des moyens absents des prétentions des parties. Au sens propre, il convient de reconnaître que l'arbitre intervient dès lors dans le domaine classiquement réservé aux parties : la définition de la substance du litige qui lui est soumis.

Pour une raison similaire, cette intervention est déjà problématique devant les juridictions étatiques : elle remet en cause le principe dispositif et l'interdiction de l'*ultra petita*. Or, à la différence d'un juge étatique, l'arbitre tire sa compétence et son pouvoir du seul accord de volontés des parties. Ce lien contractuel pose un problème supplémentaire : eu égard à la source contractuelle de son pouvoir, l'arbitre est doublement mal fondé à relever d'office un moyen absent du « contrat d'arbitre »¹⁰⁵ : d'un point de vue positif, parce que sa mission est limitée contractuellement : il est responsable vis-à-vis des parties ; d'un point de vue négatif, parce qu'il n'en a pas le pouvoir ; cette intervention peut se traduire par une annulation de la sentence pour incompétence de l'arbitre¹⁰⁶.

Perturbation ou mise en œuvre du lien d'instance entre les parties et l'arbitre ?

Cependant, l'arbitre est également investi de la mission de rendre une sentence efficace entre les parties. Sur ce point, la mission de l'arbitre rejoint celle du juge national : « *l'acte de juridiction constitue le terme et le but de l'instance.* »¹⁰⁷. Ainsi, le lien d'instance qui unit les parties et l'arbitre¹⁰⁸ permet d'équilibrer l'antagonisme entre les différentes obligations de l'arbitre : la nécessité de rendre une sentence efficace et effective autorise l'arbitre à intégrer dans la cause du litige certains moyens non invoqués par les parties. D'incompétent, l'arbitre devient donc responsable de relever certains moyens, sous peine de voir sa responsabilité engagée.

¹⁰⁵ Comp. : E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, 2015, préc., n° 259-260, pp. 234-236.

¹⁰⁶ Art. 1492 du Code de procédure civile : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si : (...) 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée.* ».

¹⁰⁷ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, préc., p. 12.

¹⁰⁸ C. SERAGLINI – J. ORTSCHKEIT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 305, p. 289.

CHAPITRE 2 : L'OBLIGATION DE L'ARBITRE D'EXERCER LA PREROGATIVE

La question d'une obligation de relever d'office un moyen non soumis par les parties est différente selon qu'il s'agit de procédure judiciaire ou de procédure arbitrale. Le juge national (ou européen) exerce la justice au nom d'une collectivité¹⁰⁹. Les moyens qu'il est admis à relever d'office sont tirés de l'ordre public de cette collectivité, et légitimés par la mission du juge de trancher les litiges au nom de la collectivité. Malgré l'absence d'un texte général fondant cette prérogative¹¹⁰, la procédure civile reconnaît une obligation pour le juge de relever d'office certains moyens ; cette obligation est cependant circonscrite à des contentieux particuliers¹¹¹.

Au contraire d'une juridiction nationale, un tribunal arbitral est autonome ; selon le modèle occidental¹¹², il est libre vis-à-vis des États¹¹³. La légitimité de la prérogative de l'arbitre de relever un moyen *sponte sua* est donc déplacée aux moments de la reconnaissance et l'exécution¹¹⁴, dont dépend l'effectivité de la sentence.

En matière arbitrale, la question d'une obligation de relever un moyen d'office ne se pose donc que vis-à-vis des parties. La nécessité pratique de rendre une sentence effective (**Section 1.**) peut en ce sens relever de la responsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa mission (**Section 2.**).

¹⁰⁹ En France, formellement, la justice est rendue « au nom du peuple français » (Code de procédure civile, art. 454 al. 1 ; Code de l'organisation judiciaire, art. L. 111-1 ; Code de justice administrative, art. L. 2 ; Code de justice militaire, art. L. 1.).

¹¹⁰ L'article 12 alinéa 3 de la réforme de 1971 a été censuré par le Conseil d'État en 1979, pour atteinte au principe du contradictoire. Nous y reviendrons *infra*, Partie 2, Chapitre 2.

¹¹¹ Cf. par exemple l'art. 141-4 du Code de la consommation dans ses versions de 2008 et de 2014 ; cf. également L. CADIET – J. NORMAND – S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, n° 226 s., pp. 773-783.

¹¹² Doit être mis à part cependant le modèle de type communiste, selon lequel sont instituées des cours nationales d'arbitrage, en principe exclusivement compétentes à l'égard des ressortissants de ces États. Cf. Ph. FOUCHARD, « Le règlement d'arbitrage », *Clunet* 1979, pp. 816-845.

¹¹³ Cf., par exemple : E. LOQUIN, « L'application par les tribunaux arbitraux internationaux des règles de droit qu'ils estiment appropriées », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, éd. V. HEUZE – R. LIBCHABER – P. DE VAREILLES-SOMMIERES, LGDJ – Lextenso Éditions, 2015, n° 3, p. 534.

¹¹⁴ Dans le même sens, démontrant l'inadaptation du critère des « matières qui intéressent l'ordre public » à l'évaluation de l'inarbitrabilité du litige : J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial et l'ordre public*, préc., n° 59-64, pp. 38-40.

Section 1 : Ordre public et volonté des parties : l'arbitre garant de l'effectivité de la sentence

Malgré l'encadrement de la substance du litige par les parties, il arrive que l'arbitre ait à invoquer un moyen absent de leurs prétentions respectives. Cette circonstance s'explique en ce que l'effectivité de la solution qu'il doit donner au litige ne dépend pas seulement des parties. Elle peut souffrir d'un recours en annulation, ou d'un refus d'*exequatur*, processus de reconnaissance d'une sentence par les institutions d'un État. La partie bénéficiaire de la sentence serait donc privée de toute possibilité de la faire exécuter envers la partie succombante. Il en ressort que l'arbitre, bien qu'investi d'une mission juridictionnelle vis-à-vis des parties, n'est pas le seul garant de la résolution du litige : il intervient parallèlement à un système d'institutions, ou à un ensemble de systèmes. Sa mission devient alors de donner une solution du litige telle qu'elle puisse s'accommoder au ou aux différents ordres publics des systèmes concernés par l'exécution de la sentence.

Cette dimension de la mission de l'arbitre est aujourd'hui reconnue : d'abord, par les arbitres eux-mêmes, dont la propension à relever d'office des moyens d'ordre public s'est nettement accentuée depuis les années 1990¹¹⁵ ; ensuite, par la doctrine, dont les recherches sur le sujet fleurissent¹¹⁶.

L'enjeu attaché à la prérogative de relever un moyen *sua sponte* réside dans le caractère d'ordre public¹¹⁷ de dispositions de la *lex arbitrii* ou de la *lex causae*. Il convient

¹¹⁵ Tendances constatées d'après l'étude des sentences publiées par la revue *Clunet* (cours nationales d'arbitrage, sentences *ad hoc*, sentences CCI et sentences CIRDI), la *Rev. arb.* et les bulletins CCI. Pour un état récent de la question : *ICC International Court of Arbitration Bulletin* n° 2016-1 : *Public policy and the enforceability of arbitral awards*, Paris, ICC Services, 2016, *passim*.

¹¹⁶ Faisant suite aux travaux pionniers sur ces problématiques (P. MAYER, « L'interprétation des lois de police », *L'Arbitrage Commercial International. L'apport de la jurisprudence arbitrale. Séminaire des 7 et 8 avril 1986*, Paris, ICC Publishing S.A., 1986, pp. 31-66 ; ID., « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.*, 1994, IV, pp. 615-652 ; J.-B. RACINE, préc. ; C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001) de nombreuses études ont vu le jour, parmi lesquelles : C. NAIRAC – E. ALEYNIKOVA – M. THADIKKARAN, « To What Extent Do Arbitral Tribunals Take into Account Public Policy in the Jurisdictions of Prospective Enforcement of an Award? An Analysis of ICC Awards », *ICC International Court of Arbitration Bulletin* n° 2016-1, préc., pp. 3-10 ; L. CHEDLY, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2002 ; *L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013*, éd. E. LOQUIN – S. MANCIAUX, Lexis Nexis, 2014.

¹¹⁷ L'auteur ne fera pas de distinction de fond entre les règles d'ordre public et lois de police, considérant que leur problématique est identique. Dans le même sens : J.-B. RACINE, préc., n° 411,

d'étudier en vertu de quoi des dispositions nationales ou internationales non soulevées par les parties peuvent s'imposer à l'arbitre (§1.), pour ensuite analyser la censure des juridictions sur les sentences rendues au mépris de ces dispositions (§2.).

§1. – L'absence d'obligation légale de relever un moyen d'office

« Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public ». Ainsi s'intitule une publication récente¹¹⁸, explicitant le dilemme auquel l'arbitre fait face en présence des dispositions internes d'ordre public *a priori* applicables au litige, mais non invoquées par les parties.

L'ordre public est ici entendu comme un ensemble de règles obligatoires, s'imposant objectivement au sein d'un système juridique donné¹¹⁹. Nous laisserons la parole à des arbitres siégeant à Genève, lesquels ont défini l'ordre public comme les « *fondements d'ordre social, politique, économique et moral, sur lesquels repose l'État* », ces fondements traduisant l'« *intérêt supérieur de la nation* »¹²⁰. En ce, l'ordre public est le seul à fonder suffisamment la prérogative de relever un moyen d'office pour la concilier avec le principe dispositif. Il ne saurait en être dit de même des lois simplement impératives¹²¹.

L'arbitre extérieur aux ordres internes ne saurait tirer une obligation légale de relever d'office certains moyens. Ainsi, il ne peut être considéré « gardien de l'ordre public » (**A.**). Les systèmes internes n'ont qu'une influence indirecte sur le relevé d'office d'un moyen, en raison du concours qu'ils apportent à l'exécution de la sentence (**B.**).

pp. 241-242 et n° 418, p. 247 ; *contra* : Y. DERAÏNS, « L'ordre public et le droit applicable au fond en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, pp. 375-413.

¹¹⁸ A.-S. COURDIER-CUISINIER – S. GRAYOT-DIRX, « Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public », *L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013*, Lexis Nexis (*Travaux du CREDIMI*, 42), 2014, pp. 79-97.

¹¹⁹ Pour une présentation synthétique des difficultés liées à la définition de l'ordre public, cf. E. LOQUIN, « Propos introductifs », *L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013*, préc., pp. 1-3. Au sens de ce mémoire, il sera retenu que la définition matérielle de l'ordre public est propre à chaque système juridique ; l'effectivité des règles d'ordre public vis-à-vis de l'arbitre est cependant un même problème, quelle que soit l'origine de la règle.

¹²⁰ Sent. CCI n° 5721, Genève, 1990, *Clunet* 1990.1019, n. Y. DERAÏNS.

¹²¹ Sent. CCI n° 5721, *op. cit.* : « *ce qui est contraire à la loi impérative égyptienne n'est pas nécessairement contraire à l'ordre public égyptien.* »

A. Rejet de l'idée d'un « arbitre gardien de l'ordre public »

Selon une tendance doctrinale partagée, les arbitres seraient en train de devenir « gardiens de l'ordre public », en ce qu'ils exercent de plus en plus la prérogative de relever *sua sponte* des moyens tirés de l'ordre public. En cela, ils veilleraient au respect des ordres publics nationaux. Bien plus, défendre l'ordre public relèverait objectivement de leur mission¹²² : « l'arbitre a le devoir de rendre une sentence qui ne porte pas atteinte à l'ordre public »¹²³. Afin de résoudre cette question, il incombe de distinguer les règles internes d'ordre public, des principes de droit international. Seules les premières nous intéressent ici, en ce qu'une loi de police ou une règle interne d'ordre public absentes des prétentions des parties sont insusceptibles d'être rattachées à la clause compromissoire, à l'inverse d'un principe de droit commercial international¹²⁴.

La problématique des lois de police est éloquent. L'idée d'une obligation des arbitres vis-à-vis des institutions publiques semble particulièrement développée dans la thèse de M. Christophe Seraglini. D'après l'auteur, l'arbitrage doit être envisagé comme une institution parmi d'autres au sein des organisations étatiques ; dès lors, l'arbitre a l'obligation de prendre en compte les lois de police¹²⁵. Cette théorie relative aux lois de police est défendue par ailleurs¹²⁶. En sens complémentaire, M. Pierre Mayer proposait tôt l'idée que l'arbitre était incompétent à relever d'office une loi de police, si cette dernière était absente de l'objet du litige¹²⁷.

Ces solutions remettent en cause, en notre sens, la nature contractuelle de l'arbitrage, la liberté de l'arbitre, et son absence de for. Il sera démontré qu'au contraire, l'arbitre ne peut subir cette obligation que théoriquement et *a posteriori*.

¹²² A.-S. COURDIER-CUISINIER – S. GRAYOT-DIRX, *op. cit.*, p. 83 ; P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, pp. 259-276.

¹²³ P. LEVEL, *op. cit.*

¹²⁴ Pour l'étude des principes internationaux, *cf. infra*, Partie 2, Chapitre 1.

¹²⁵ C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001, *passim* : selon l'auteur, l'arbitrage doit être envisagé comme une institution parmi d'autres des organisations étatiques ; dès lors, l'arbitre a l'obligation de prendre en compte les lois de police.

¹²⁶ Pour un exposé et des éléments de critique de cette théorie : FOUCHARD – GAILLARD – GOLDMAN, pp. 859-865.

¹²⁷ P. MAYER, « L'interprétation des lois de police », *L'Arbitrage Commercial International. L'apport de la jurisprudence arbitrale. Séminaire des 7 et 8 avril 1986*, ICC Publishing S.A., 1986, pp. 31-66.

B. L'incidence *a posteriori* des institutions étatiques sur le relevé d'office

En revanche, M. Christophe Seraglini met en lumière un second caractère : le rôle des institutions étatiques dans l'effectivité de l'arbitrage. Cette dernière solution paraît légitime, en ce qu'en cas de réticence d'une partie à exécuter une sentence, le concours des institutions publiques devient nécessaire. Elle constitue en notre sens le véritable critère de conciliation entre d'une part, le principe dispositif, et d'autre part, les règles d'ordre public extérieures aux prétentions des parties.

La recherche par l'arbitre du respect d'ordres publics nationaux (ou de l'ordre public européen) est donc justifiée par l'éventualité d'un recours postérieur aux institutions publiques, notamment les juridictions.

Il apparaît disproportionné d'en tirer l'idée d'un arbitre « gardien de l'ordre public ». À ce titre peut être relevée la critique apportée à la sentence rendue en 1990 à Paris sous l'égide de la CCI¹²⁸. Saisi par une société française contre deux sociétés espagnoles, le tribunal arbitral a constaté la violation de l'ordre public espagnol, considérant :

Attendu que, indépendamment même de l'exception ainsi invoquée par une partie, l'arbitre aurait d'ailleurs le devoir de soulever d'office la nullité de toute convention ou clause qui serait contraire à l'ordre public espagnol, **au même titre qu'une juridiction ordinaire espagnole** ;

Qu'en l'espèce, l'arbitre doit avoir égard à l'ordre public interne et non uniquement à l'ordre public international espagnol, les relations des parties étant soumises au droit espagnol ;

Qu'en cas de violation de l'ordre public, l'arbitre est donc tenu d'appliquer l'art. 6 du Code civil espagnol qui consacre notamment la nullité des conventions contraires à l'ordre ou même à l'intérêt public.

L'application, au besoin d'office, de la disposition espagnole d'ordre public était justifiée par le choix des parties de soumettre le contrat au droit espagnol. Cependant, c'est selon un raisonnement erroné que l'arbitre s'est obligé à la relever « *au même titre qu'une juridiction ordinaire espagnole* »¹²⁹. Seul le juge judiciaire espagnol est garant *erga omnes* du respect des dispositions espagnoles d'ordre public. L'arbitre statuant sur un litige soumis au fond au droit espagnol, d'une part, est lié par la volonté des parties ; d'autre part, s'il relève un moyen qui ne peut être rattaché aux prétentions des parties, n'est légitime à le faire qu'en considération de l'effectivité de

¹²⁸ Sent. CCI, Paris, 1990, aff. n° 6142, *Clunet* 1990.1039, n. Y. DERAÏNS ; *Rec. CCI II*

¹²⁹ Dans le même sens : J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial et l'ordre public*, préc., n° 418, pp. 26-247.

la sentence¹³⁰. En dehors de ces considérations, et malgré la controverse doctrinale, l'arbitre demeure libre vis-à-vis de l'ordre juridique espagnol¹³¹.

Il apparaît donc inapproprié de considérer que l'arbitre a une mission institutionnelle ou statutaire de faire respecter l'ordre public d'un système juridique. *A fortiori*, l'arbitre ne saurait tirer cette prétendue mission un devoir de relever d'office tout moyen d'ordre public absente des prétentions des parties. Le contrôle des juridictions françaises sur la juridiction exercée par l'arbitre sur le fondement d'une « règle de droit considérée comme essentielle ou d'un principe fondamental » est en outre très restreint. Depuis la jurisprudence *Thalès c/ Euromissile*¹³², le juge de l'annulation ou de l'*exequatur* ne sanctionne que les violations manifestes à l'ordre public international français, ci-dessus défini. Cette solution serait inconcevable au sein d'un ordre étatique.

L'obligation de l'arbitre en matière de règles d'ordres public s'apprécie alors selon les circonstances de l'affaire, en recherchant un équilibre en d'une part, la mission qui lui a été conférée par les parties, et d'autre part, la nécessité de rendre une sentence efficace. C'est donc incidemment que l'arbitre peut se faire « gardien de l'ordre public ».

§2. – La censure des juridictions sur les sentences rendues au mépris des dispositions d'ordre public

Bien que l'arbitre ne puisse être considéré comme l'agent d'un État, son intervention s'apprécie au sein d'un ou de plusieurs systèmes juridiques dès lors qu'il est demandé annulation, reconnaissance ou exécution de la sentence. Ce contrôle *a posteriori* de la sentence est la seule contrainte d'ordre interne qui pèse, en notre sens, sur l'action de l'arbitre dans le procès. Il ne comporte aucune obligation légale¹³³.

¹³⁰ Cf. *infra*, Section suivante et *supra*, Chapitre 1.

¹³¹ FOUCHARD – GAILLARD – GOLDMAN, pp. 859-865 ; J.-F. POUURET – S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant – L.G.D.J. – Schulthess, 2002, p. 85.

¹³² CA Paris, 1^{ère} ch., 18 novembre 2004, n° 2002/19606, *Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile et al.*, *Rev. arb.* 2005.751, n. L. RADICATI DI BROZZOLO ; *RTD Com.* 2005.263, n. E. LOQUIN.

¹³³ En ce sens, avec un point de vue pratique : C. NAIRAC – E. ALEYNIKOVA – M. THADIKKARAN, « To What Extent Do Arbitral Tribunals Take into Account Public Policy in the Jurisdictions of Prospective Enforcement of an Award? An Analysis of ICC Awards », *ICC International Court of Arbitration Bulletin* n° 2016-1, p. 6.

Le contentieux de la reconnaissance et de l'exécution des sentences (A.) puis le contentieux de l'annulation (B.) révèlent une censure mesurée en matière d'ordre public. Seul le contrat d'arbitre, et, partant, la loi des parties, peut lier l'arbitre (C.).

A. La censure de l'atteinte à des principes d'ordre public dans le contentieux de la reconnaissance et de l'exécution des sentences

Nous prendrons pour exemple le contentieux de la reconnaissance et de l'exécution des sentences dans le cadre de la Convention de New York de 1958 (1.) ; l'importance des annulations effectuées sur son fondement justifie le relevé d'office, et, par conséquent, l'atteinte au principe du dispositif en matière d'ordre public (2.).

1. Le respect de l'ordre public dans la Convention de New York du 10 juin 1958

Le système de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères constitue le régime de l'essentiel des États¹³⁴. À travers cette convention, ratifiée par près de 150 États¹³⁵, les rédacteurs ont entendu établir un régime commun de reconnaissance des sentences arbitrales : « *Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants.* ».

Ce système constitue un enjeu pour l'exécution de la mission contractuelle de l'arbitre : il est certes investi par les parties de compétences particulières, mais doit envisager l'effectivité de sa sentence au regard des systèmes juridiques nationaux. Cet enjeu légitime, selon nous, la prérogative pour l'arbitre de relever d'office un moyen de pur droit absent des prétentions des parties, s'il appert que ce moyen conditionne l'effectivité de la sentence au regard des droits nationaux. Pour cette raison, la question ne se pose ici que pour les moyens d'ordre public.

Le système de la Convention de New York est *a priori* favorable à l'arbitrage, en ce qu'il institue un principe d'effectivité de la sentence dans les ordres juridiques des États signataires. Ainsi, le régime est établi négativement : au sens de l'article V de la Convention, les États ne sont admis à refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence qu'en vertu de motifs préétablis. Parmi ces motifs, figure la non-conformité de la sentence à l'ordre public :

¹³⁴ Cf. annexes 3 et 4 à propos de l'état des ratifications de la Convention.

¹³⁵ À la date de ce mémoire, le dernier État à avoir engagé un processus de ratification de la Convention est l'Angola (Résolution n° 38/2016, Gazette Officielle d'Angola du 12 août 2016).

V. 2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constante :

- a. Que d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou
- b. Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

A titre liminaire, il convient de souligner que ces motifs de refus sont facultatifs, en ce qu'ils n'imposent pas à un État de refuser la reconnaissance d'une sentence contraire

Le premier motif de refus (V.2.a.) est relatif à l'inarbitrabilité du litige selon la loi étatique. Nous avons déjà traité de ce problème (*supra*) pour la France et l'Union européenne. Une loi étatique (ou para-étatique) peut refuser à l'arbitre de juger les matières relevant de l'ordre public. Nous avons montré que cette interdiction n'empêche pas en elle-même l'arbitre d'en connaître, si bien que la législation nationale ne saurait obliger directement l'arbitre à relever d'office le moyen tiré de son incompétence. La circonstance à prendre en compte est celle de l'effectivité de sa sentence ; c'est-à-dire que l'effet de la loi étatique est un effet *a posteriori*.

Le second motif de refus (V.2.b.) est interprété en ce qu'il fait référence à l'ordre public international des États¹³⁶. Cet ordre public international est entendu d'une manière particulière au sein de chaque État. Par conséquent, la difficulté pour l'arbitre est de connaître les législations internes d'ordre public auxquelles la sentence pourra être confrontée. Pour cette raison notamment, l'arbitre en pratique relève peu de moyens d'ordre public tirés des législations nationales¹³⁷.

L'ouverture expresse de la possibilité pour les États signataires de refuser la reconnaissance d'une sentence contraire à leur conception de l'ordre public international représente un enjeu significatif pour l'arbitre, en ce que la censure exercée sur leurs sentences en la matière est rude.

¹³⁶ FOUCHARD – GAILLARD – GOLDMAN, n° 1710 s.

¹³⁷ C. NAIRAC – E. ALEJNIKOVA – M. THADIKKARAN, « To What Extent Do Arbitral Tribunals Take into Account Public Policy in the Jurisdictions of Prospective Enforcement of an Award? An Analysis of ICC Awards », *ICC International Court of Arbitration Bulletin* n° 2016-1, préc., pp. 3-10.

2. Le refus de reconnaissance des sentences pour non-conformité à l'ordre public

Le refus de reconnaissance des sentences pour non-conformité à des règles d'ordre public trouve une application différente selon qu'il s'agit de l'ordre public interne ou de l'ordre public international de l'État. Il est admis désormais que les règles d'ordre public interne ont peu d'effet en la matière¹³⁸.

En revanche, les règles d'« ordre public international » des États constituent une barrière effective à l'admission des sentences dans les systèmes juridiques nationaux. Une règle d'ordre public international, en raison de son potentiel effet sur la reconnaissance de la sentence, doit compter parmi les moyens que l'arbitre peut relever d'office¹³⁹.

Significativement, les principes généraux du procès (ou, dans les systèmes de Common Law, principes assurant la tenue d'un *due process*) tiennent une place importante dans ce contentieux¹⁴⁰. Cette tendance s'explique en ce que les règles de *due process* ont pour vocation de protéger les droits des parties, et non une vocation générale d'ordre public.

Le non-respect par les arbitres des règles fondamentales du procès, qui sont intégrées à l'ordre public international d'un État, conduit à des refus d'*exequatur* retentissants. Singapour en a donné un exemple éloquent, sur lequel nous reviendrons, car il concerne notre précisément notre sujet : dans un arrêt rendu le 13 juillet 2016, la High Court de Singapour a refusé l'exécution d'une sentence, au motif, notamment, que les arbitres avaient relevé d'office un moyen de droit sans prendre la peine de le soumettre au contradictoire. Ils ont de ce fait, au sens des juges nationaux, commis une « initiative déraisonnable » (*unreasonable initiative*) incompatible avec l'ordre public international de l'État¹⁴¹.

En revanche, les questions d'inarbitrabilité donnent moins lieu à refus de reconnaissance sur le fondement de l'ordre public, alors que l'on pourrait légitimement s'y attendre¹⁴².

¹³⁸ *ibid.* ; A. J. VAN DEN BERG, « New York Convention of 1958 : Refusals of Enforcement », *ICC Bulletin* 2007-2, p. 32.

¹³⁹ En ce sens, C. SERAGLINI, préc., n° 1674, p. 984.

¹⁴⁰ A. J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴¹ Singapore High Court of Justice, 13 juillet 2016, *JVL Agro Industries v Agritrade International Pte Ltd* [2016] SGHC 126.

¹⁴² *Ibid.*, p. 33.

Il en ressort que le contrôle des juridictions nationales en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences laisse une certaine liberté à l'arbitre dans le choix des moyens qu'il relève ou non d'office.

Les limites les plus objectives en la matière nous semblent de deux ordres : d'une part, la nullité de la clause d'arbitrage au regard de lois de police, ainsi que nous l'étudierons plus loin, dans une affaire récente de droit maritime¹⁴³ ; d'autre part, et de manière absolue, le respect du principe du contradictoire.

L'arbitre relevant un moyen d'office prend en compte l'effectivité de sa sentence avec le ou les ordres juridiques dans lesquels elle pourra potentiellement être exécutée. Aucune obligation de fond n'oblige l'arbitre à relever un moyen d'office ; cependant, il est tenu de respecter strictement le principe du contradictoire¹⁴⁴.

B. La censure pour violation manifeste des principes d'ordre public dans le contentieux de l'annulation des sentences

L'exemple du système communautaire révèle l'existence théorique d'une obligation pour l'arbitre de juger en respect de l'ordre public communautaire (A.). Cependant, cette obligation reste lettre morte en France, en raison du contrôle restreint exercé par le juge de l'annulation (2 ?).

1. L'obligation théorique de juger en respect de l'ordre public communautaire

En principe, l'ordre public communautaire en matière de concurrence s'impose à l'arbitre. Ce dernier serait donc tenu de le relever d'office, s'il n'est pas invoqué par les parties, au risque de voir sa sentence annulée. La Cour de Justice a rappelé cette exigence à l'occasion de l'arrêt *Eco Swiss China Time c/ Benetton International*¹⁴⁵ :

Une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 81 CE (ex-art. 85), dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public.

Par conséquent, l'arbitre confronté à un conflit de lois serait obligé de relever, au besoin d'office, la question de l'application du droit communautaire de la

¹⁴³ Federal Court of Australia, *Dampskibsselskabet Norden A/S v Gladstone Civil Pty Ltd*, [2012] FCA 696 ; Full Court of the Federal Court of Australia, 18 septembre 2013, *Dampskibsselskabet Norden A/S v Gladstone Civil Pty Ltd*, [2013] FCAFC 107.

¹⁴⁴ Cf. *infra*, Partie 2, Chapitre 2.

¹⁴⁵ CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International*.

concurrence, au risque de voir sa sentence annulée. Cette obligation reste théorique. En effet, l'Union européenne n'a d'autre moyen de la faire respecter que le contrôle des juges nationaux en annulation des sentences, en tant que juges de droit commun du droit de l'Union.

2. La sanction limitée du manquement à cette obligation : un contrôle de la violation manifeste

La réception de cette obligation par les juridictions nationales est mesurée. Ainsi, la France laisse à l'arbitre une large part de liberté, annihilant l'obligation communautaire. En principe, en vertu de l'article 1520, 5° du Code de procédure civile, le juge peut annuler une sentence internationale au motif qu'elle méconnaît des règles d'ordre public. Cependant, cet article donne lieu à un contrôle très restreint depuis 2004.

À l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris en 2004, dans l'affaire *Thalès Air Défence c/ GIE Euromissile et al.*¹⁴⁶, le juge français de l'annulation a considéré que sa censure se limitait aux cas de violations manifestes des règles d'ordre public.

En l'espèce, il s'agissait d'une règle communautaire tirée du droit de la concurrence. Réinterprétant l'obligation formulée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Eco Swiss China*, la Cour a appliqué un contrôle très restreint du respect des règles d'ordre public :

Considérant que le recours à la clause d'éviction d'ordre public international de l'article 1502-5° du NCPC n'est concevable que dans l'hypothèse où l'exécution de la sentence heurterait de manière inacceptable notre ordre juridique, l'atteinte devant constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental, ce qui est le cas de la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81 CE pour le fonctionnement du marché intérieur car il est indéniable que l'ordre public international des Etats membres a également une source communautaire ;

Considérant qu'il y a cependant dans la poursuite de la défense de la libre concurrence des limites à la possibilité de soulever l'exception d'ordre public dans le contexte du contrôle des sentences, ainsi l'interdiction de remettre en cause qui résulte de l'arrêt *Eco Swiss* déjà évoqué, la sentence qui n'a pas été contestée dans le délai prévu par la loi de procédure interne de l'Etat membre, le caractère définitif de ce qui a été jugé au fond par les arbitres constituant, puisque la Cour de justice, on vient de le voir, ne remet pas en cause les règles nationales selon lesquelles est

¹⁴⁶ CA de Paris, 1^{ère} ch., 18 novembre 2004, n° 2002/19606 *SA Thalès Air Défence c/ GIE Euromissile et al.*, *Rev. arb.* 2005.751, n. L. RADICATI DI BROZZOLO ; *RTD Com.* 2005.263, n. E. LOQUIN.

mené le contrôle des sentences, une autre limitation à la discussion de la validité de la sentence rendue en matière d'arbitrage international, ce dont convient également la société Thalès dans ses écritures ;

(...)

Considérant que la violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502-5° du NCPC doit être flagrante, effective et concrète, (...)

Qu'il n'y a aucune raison de permettre à la société Thalès de bénéficier des lacunes, volontaires ou non, dans la défense de ses intérêts devant les arbitres, soit qu'elle ait estimé à l'époque vraisemblable ou acquise la compatibilité des clauses contractuelles litigieuses avec les règles du droit communautaire de la concurrence, ou, tout au contraire, voulu échapper aux sanctions de la Commission, dans tous les cas afin de réserver ses arguments au stade du procès en annulation de la sentence qui la condamne ;

Considérant qu'en définitive, le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, effectuer en l'absence de fraude ou, comme il a été dit, de violation manifeste

Limitant sa prérogative d'annulation aux cas de fraude ou de violation manifeste d'une règle d'ordre public (dont il donne une définition), le juge français de l'annulation laisse l'arbitre presque entièrement libre, *in fine*, de juger.

Ce contrôle restreint de la sentence, au surplus effectué *a posteriori*, se justifie en ce que le tribunal arbitral est extérieur aux systèmes juridiques internes (ou européen). Une obligation de relever d'office une règle nationale d'ordre public non invoquée par les parties, ne peut donc être que théorique.

C. L'obligation tirée de la *lex causae* ou de la *lex arbitrii*

Il a été montré plus haut que l'arbitre recevait sa mission et sa juridiction des parties. Ces dernières définissent la substance du litige, notamment la loi applicable à la cause (*lex causae*) et les règles de procédure (*lex arbitrii*). À défaut, l'arbitre y supplée ; il est alors réputé agir selon la volonté des parties¹⁴⁷.

L'ordre public attaché à la *lex arbitrii* ou à la *lex causae* s'impose donc à l'arbitre en vertu du contrat d'arbitre, et non de leur caractère d'ordre public. L'arbitre sera tenu de relever d'office les dispositions de ces systèmes, en cas de défaut des parties ; cette

¹⁴⁷ FOUCHARD – GAILLARD – GOLDMAN, pp. 878 s.

obligation n'est qu'une application de la convention d'arbitrage ; elle ne porte donc pas atteinte au principe dispositif.

Section 2 : La responsabilité de l'arbitre de relever un moyen d'office

Nous avons montré que l'arbitre n'était pas garant *per se* du respect des règles d'ordre public. Cependant, il est amené à relever d'office leur application dans deux situations : soit lorsque ces règles relèvent de la *lex arbitrii* ou de la *lex causae* (il ne fait donc qu'appliquer la clause compromissoire) ; soit lorsque les parties les ont omises et que de ces règles dépend, ou apparaît dépendre, l'effectivité de la sentence.

Or l'arbitre, en tant que juge privé, est à la fois « juge et prestataire de services »¹⁴⁸ : il est investi d'une mission juridictionnelle en vertu d'un contrat.

Naturellement, il convient donc d'envisager la responsabilité de l'arbitre à relever un moyen d'office eu égard à sa mission contractuelle (§1.), puis eu égard à sa mission juridictionnelle (§2.).

§1. – Existence d'une obligation contractuelle vis-à-vis des parties

Relever un moyen d'office est une obligation de l'arbitre, dans certaines conditions, résultant de sa mission contractuelle (**A.**) ; à l'inverse, sa mission contractuelle peut lui interdire de relever d'office certains moyens (**B.**). Le non-respect de sa mission expose l'arbitre à voir sa responsabilité engagée (**C.**).

A. L'obligation contractuelle de l'arbitre de relever un moyen d'office

Il est parfois défendu que l'arbitre a l'obligation de prendre en compte l'exécution de la sentence¹⁴⁹. En raison de l'absence de rattachement direct de l'arbitre avec les États, cette obligation ne peut être d'ordre public ; elle est tout au plus contractuelle, et s'entend à deux égards.

¹⁴⁸ E. LOQUIN, « Une synthèse attendue du droit de l'arbitrage commercial international : le Traité de l'arbitrage commercial international de Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman », *Clunet* 1996, pp. 909-920.

¹⁴⁹ En ce sens, Th. CLAY, « The Role of the Arbitrator in the Execution of the Award », *ICC Bull.* 2009, vol. 20/1, pp. 43-47.

D'abord, l'arbitre peut être obligé vis-à-vis des parties, en considérant que ces dernières l'ont investi de la mission de rendre une sentence effective. Cette obligation peut être implicite, ou résulter expressément de la *lex arbitrii*, ainsi que le prévoit le Règlement d'arbitrage CCI (art. 35). En tout état de cause, cette obligation est une obligation de moyen¹⁵⁰, notamment en raison du caractère imprévisible par nature des décisions de justice.

Ensuite, l'arbitre est lié vis-à-vis des parties par l'obligation que l'on sait d'appliquer les dispositions de la *lex arbitrii* ou de la *lex contractus*. Par conséquent, en vertu de la clause compromissoire, il devra relever, au besoin d'office, tout moyen utile issu de ces *leges*, s'il s'avère que les parties les ont omis.

B. Limites contractuelles à l'exercice de la prérogative

Ainsi qu'il l'a été démontré plus haut, l'arbitre ne saurait tirer des États la mission de relever d'office un moyen d'ordre public. Sa responsabilité et sa mission juridictionnelle vis-à-vis des parties circonscrivent en outre l'exercice de cette prérogative : d'abord, un refus exprès des parties empêche l'arbitre de relever un moyen d'office (1.) ; ensuite, la prérogative ne peut être exercée que pour des moyens de pur droit (2.) ; enfin, elle ne devrait pas suppléer à un défaut répréhensible dans les prétentions d'une partie (3.).

1. Le refus exprès des parties

Le refus exprès des parties à l'arbitrage d'appliquer au litige un moyen d'ordre public empêche l'arbitre de le relever d'office. En effet, le contrat duquel il tire sa mission le lui empêche expressément. Nous prendrons pour exemple la règle anglaise de conflit de lois, qui a le mérite d'être écrite et précise :

The Arbitral Tribunal shall decide the dispute in accordance with the law chosen by the parties as applicable with the substance of the dispute or, if the parties so agree, in accordance with such other considerations as agreed by them or determined by the tribunal¹⁵¹.

Cette règle exprime le principe, que nous avons déjà rencontré, selon lequel les parties consentent à la juridiction de l'arbitre selon des règles qu'elles définissent, ou, à défaut, qu'elles acceptent. Cette solution a été précisée en matière de moyens d'ordre public, le texte anglais étant muet sur ce point. Dans une sentence rendue sous l'égide de la CCI, le tribunal arbitral a considéré que :

¹⁵⁰ *Ibid.* ; C. NAIRAC – E. ALEYNIKOVA – M. THADIKKARAN, *op. cit.*

¹⁵¹ *Arbitration Act*, 1996, Sect. 46.

322. While the English Arbitration Act 1996 does not mention the public policy exception well-known in private international law, the Arbitral Tribunal accepts that the reference to the applicable law contained in Section 46 of the English Arbitration Act is, by implication, subject to the public policy exception present in all systems of private international law¹⁵².

A contrario, les parties refusant expressément la juridiction de l'arbitre selon une règle définie privent le tribunal arbitral de toute compétence quant à cette règle. Cette situation conduit à trois possibilités.

Premièrement, s'il constate que le moyen que les parties ont expressément exclu du litige est nécessaire à la solution du litige, l'arbitre peut se déclarer incompétent. Cette situation pourrait trouver application pour une question de droit de la concurrence relevant *public enforcement*, c'est-à-dire d'un cas relevant exclusivement de la compétence des institutions européennes¹⁵³. Si les parties excluent expressément les dispositions du droit européen attribuant aux institutions européennes une compétence exclusive en la matière, alors l'arbitre est privé *ab initio* de la compétence de relever d'office ce moyen. La solution la plus sécurisante pour lui serait de se dessaisir d'un tel litige.

Deuxièmement, l'arbitre peut décider de se prononcer sur le litige en laissant de côté, selon la volonté expresse des parties, la règle d'ordre public *a priori* compétente. Rien ne l'interdit en principe, l'arbitre étant par hypothèse tiers aux systèmes étatiques (ou para-étatiques). La limite réside en ce que sa sentence risque d'être confrontée soit à une décision parallèle rendue par les institutions européennes (dans le cas que nous avons posé), soit à une ineffectivité, en ce qu'elle pourra être annulée ou privée d'*exequatur*.

Troisièmement, la volonté expresse des parties d'exclure une règle d'ordre public peut être frauduleuse, lesdites parties s'organisant frauduleusement dans le but avoué de contourner une interdiction légale. En ce cas, l'arbitre n'aura pas non plus compétence pour relever d'office le moyen tiré de cette loi, puisque par hypothèse les parties le lui ont interdit. Cependant, il conviendrait pour l'arbitre qu'il se dessaisisse également de l'affaire, au risque de participer lui-même à la fraude.

¹⁵² Aff. CCI n° 13139, sent. partielle (2005) et sentence finale (2006), *Clunet* 2010.1425, n. C. TRUONG-NGUEN.

¹⁵³ L. IDOT, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence. Analyse du système », *Arbitrage et droit de l'Union Européenne. Actes du colloque du 4 novembre 2011*, éd. P. MAYER, Lexis Nexis, 2012, p. 113.

2. Une prérogative réservée aux moyens de pur droit

Procédure civile. En procédure civile, l'obligation du juge de relever un moyen d'office, lorsqu'elle existe, se limite à des « moyens de pur droit », c'est-à-dire, devant les juges du fond, des moyens « *qui ne suppose(nt) pas l'appréciation d'autres faits que ceux appréciés par le juge* »¹⁵⁴. Le jugement n'encourt pas l'annulation si le juge a omis de soulever « *un moyen qui, impliquant l'appréciation de circonstances de fait, n'est pas un moyen de pur droit.* »¹⁵⁵.

Procédure arbitrale. Principe. Cette solution existe en arbitrage, en vertu de la définition contractuelle de l'objet du litige. L'objet du litige étant déterminé par les parties, elles sont réputées exclure toute question de fait absente de la convention d'arbitrage. En ce sens, une question de droit pourra seule avoir une incidence sur l'effectivité de la sentence.

Hypothèses d'application. Pour cette raison, l'arbitre rejettera, par exemple, la demande de dommages et intérêts dépassant substantiellement les situations envisagées dans la clause d'arbitrage pourra être rejetée en tant que nouvelle demande, sur laquelle l'arbitre n'aura pas compétence pour statuer.

De même, l'arbitre ne saurait soulever lui-même un moyen de fait substantiel, c'est-à-dire clairement extérieur aux demandes des parties. En effet, les parties seront réputées avoir renoncé à soumettre cette question à la compétence du tribunal arbitral, la réservant aux juridictions étatiques.

Inopportunité. En outre, le moyen de fait n'a *a priori* aucune incidence sur la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, comme pourrait l'avoir un moyen d'ordre public. Au contraire, statuer sur un différend absent de la clause compromissoire est un cas de refus d'*exequatur* au sens de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹⁵⁶.

En matière de moyens de fait, aucune légitimité ne fonderait l'arbitre à étendre lui-même sa juridiction : le fondement contractuel de la mission de l'arbitre doit donc s'exprimer absolument. Le refus de suppléer au défaut répréhensible de l'une des parties – l'obligation de concentrer les demandes.

¹⁵⁴ J. HERON – T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LGDJ, 2015, p. 232.

¹⁵⁵ Cass. civ. 2^e, 14 février 1985, *Bull. civ. II*, n^o 38 ; *JCP* 1988, II, 21030 ; après quelques hésitations, cette solution a été reprise récemment : Cass. Ass. plén., 21 décembre 2007, n^o 06-11.343.

¹⁵⁶ Art. V.1.c. de la Convention.

3. L'interdiction de suppléer à un manquement des parties

Extension de l'obligation de concentrer les moyens à la procédure arbitrale.

Devant les juridictions françaises, l'omission par une partie d'un moyen utile à la solution du litige est sanctionnée par la règle de l'obligation de concentration des moyens. Cette règle émane de l'arrêt *Cesareo*¹⁵⁷, dans lequel la Cour de cassation a considéré « *qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* ». Depuis lors, ce principe fait l'objet d'applications récurrentes¹⁵⁸. Il pose un problème quant à l'autorité de chose jugée, qu'il étend à des questions non soulevées dans l'instance¹⁵⁹.

Depuis un arrêt rendu le 28 mai 2008¹⁶⁰, la règle de l'obligation de concentrer les moyens a été étendue à l'arbitrage. La Cour de cassation a retenu « *qu'il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur une même cause et qu'il ne peut invoquer dans une autre instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile.* »

L'extension de cette règle perturbe l'application par l'arbitre de règles d'ordre public.

Cette extension intéresse notre sujet en raison de l'une de ses implications, qui est de cristalliser l'objet du litige en cours de procédure¹⁶¹. Par conséquent, l'arbitre sera amené à rejeter tout moyen nouveau, fût-il d'ordre public, apporté par les parties postérieurement à la définition originelle du litige, qui résulte soit de la clause d'arbitrage, soit de l'acte de mission. Or, par hypothèse, la définition de la mission de l'arbitre est consensuelle. Dès lors, les parties s'accordant sur de nouveaux moyens de droit sont à même de faire évoluer la substance du litige soumis à l'arbitre¹⁶². Ce caractère est mis à mal par l'application d'une telle règle.

¹⁵⁷ Cass. Ass. plén., 7 juillet 2010, *Cesareo*, *JCP* 2006, I, 183, n. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP* 2007, II, 10070, n. WIEDERKEHR ; *Dall.* 2006.2135, n. L. WEILLER.

¹⁵⁸ Pour une application récente, v. Cass. civ. 3^e, 17 juin 2015, n° 14-14.372, *JCP* 2015.788, n. Y.-M. SERINET.

¹⁵⁹ F. FERRAND, « Appel », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2012 (actualisation : janvier 2016), n° 963 s.) ; E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. arb.* 2010-2, n° 1-3, pp. 202-204.

¹⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, *Sté G et A Distribution c/ Sté Prodim*, *Bull. civ. I*, n° 153 ; *JCP* 2008 Actu. 411, n. J. BEGUIN ; *RDC* 2008.1143, n. O. DESHAYES ; *RTD Civ.* 2008.551, n. R. PERROT ; *RTD Com.* 2010.535, n. E. LOQUIN.

¹⁶¹ E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », préc., pp. 201-233, spéc. p. 215.

¹⁶² E. LOQUIN, *op. cit.*, p. 215.

Ainsi, l'application de ce principe limite l'application des règles d'ordre public par l'arbitre. La règle dite de concentration des demandes tend à limiter également la prérogative de l'arbitre de relever lui-même ce moyen d'office. Comment l'arbitre peut-il être admis à suppléer à l'omission négligente de l'une des parties, en relevant lui-même le moyen d'ordre public attaché à leurs prétentions ?

La réponse à apporter semble délicate. Dans une affaire jugée sous l'égide de la CCI¹⁶³, les arbitres ont statué en sa faveur, rejetant l'application d'une loi de police en ce que l'une des parties avait un intérêt légitime à l'invoquer. Au-delà de rappeler que l'arbitre n'est pas un gardien statutaire de l'ordre public, cette sentence révèle une limite à l'exercice de la prérogative de relever un moyen d'office. Vis-à-vis des parties, cette limite apparaît justifiée, car il ne revient pas à l'arbitre de suppléer à un manquement de l'une des parties, lorsque le comportement de cette dernière apparaît répréhensible. Cependant, d'un point de vue pragmatique, cette solution présente le risque de priver d'effet la sentence après un contrôle devant les juridictions étatiques. En effet, en ce qu'elle n'applique pas une loi de police, la sentence pourra être annulée ou ne pas bénéficier d'un *exequatur*.

C. Responsabilité et immunité de l'arbitre

En principe, l'arbitre dûment investi bénéficie d'une immunité vis-à-vis des parties. En Angleterre, cette immunité est totale, si bien que l'arbitre ne peut être responsable d'une faute commise dans l'exercice de sa mission.

En France, l'immunité de l'arbitre est conditionnée. Ainsi, il est en principe irresponsable vis-à-vis des parties, sauf en cas de faute lourde, de faute personnelle équipollente au dol, ou de déni de justice. Notamment, sa responsabilité peut être engagée en cas de « *manquement incompatible avec l'exercice de la fonction juridictionnelle* », règle qui résulte d'une jurisprudence *Bompard*¹⁶⁴, réaffirmée régulièrement¹⁶⁵.

Pour cette raison, mais aussi par une certaine réticence des juges judiciaires à intervenir dans une procédure arbitrale internationale, la responsabilité de l'arbitre est rarement mise en jeu. Ainsi, dans l'affaire *Fitzpatrick – Elf Neftegaz*¹⁶⁶, le juge français, avait saisi en référé aux fins de mettre un terme à un procès arbitral *ad hoc*. Les arbitres

¹⁶³ Sent. CCI n° 6503, 1990, *Clunet* 1995.1022, n. Y. DERAIS ; C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préc., n° 692-693, pp. 333-335.

¹⁶⁴ TGI de Paris, 13 juin 1990 ; CA de Paris, 1^{ère} ch., 22 mai 1991, *Rev. arb.* 1996.476.

¹⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015, n° 11-17.196, *JCP G* 2014, n° 255, n. E. LOQUIN.

¹⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 2011, n° 11-11.058, *Dall.* 2011.2483 ; *Dall.* 2011.3023, n. Th. CLAY ; *RTD Com* 2012.522, n. E. LOQUIN.

étaient accusés de fraude, plus particulièrement d'avoir organisé une extorsion de fonds par l'intermédiaire de cette procédure. Le soupçon important de fraude n'a pas été considéré suffisant par le juge des référés, pour justifier son intervention dans le procès arbitral¹⁶⁷.

§2. – Existence d'une obligation juridictionnelle de l'arbitre - statut

La double mission contractuelle et juridictionnelle de l'arbitre conduit certains auteurs à laisser entrevoir un statut spécifique de l'arbitre, intégrant l'une et l'autre de ses missions¹⁶⁸. D'un point de vue juridictionnel, la mission de l'arbitre peut être définie en ce qu'elle doit garantir aux parties une procédure respectueuse de leurs droits, notamment garantie d'impartialité et contradictoire, mais aussi un jugement effectif.

Selon le droit français, l'immunité de l'arbitre tombe en cas de faute lourde, de faute personnelle équipollente au dol, ou de déni de justice. Sa responsabilité pourra donc apparaître s'il omet de relever d'office un moyen d'ordre public évident, que les parties auraient volontairement ou négligemment omis.

Pour éviter de voir sa responsabilité engagée sur ce fondement, il semble recommandable pour l'arbitre, dans tous les cas, de relever un moyen d'ordre public si ce dernier lui semble évident, et de le soumettre au principe du contradictoire. Ainsi, soit le moyen sera admis par les parties, et réintroduit *a posteriori* dans la substance du litige. Soit il sera refusé, et l'arbitre devra se déclarer incompétent, ainsi que le proposait Pierre Mayer¹⁶⁹.

Conclusion du chapitre 2

Vis-à-vis des États, en raison de leur statut, les arbitres n'ont aucune obligation légale de faire respecter une règle d'ordre public interne. Ils en ont le pouvoir, et peuvent en être obligés seulement eu égard à leur contrat d'arbitre. Vis-à-vis des parties, les arbitres ont une obligation contractuelle d'appliquer la convention d'arbitrage, mais

¹⁶⁷ E. LOQUIN, *RTD Com* 2012.522.

¹⁶⁸ Citant FOUCHARD – GAILLARD – GOLDMAN : E. LOQUIN, « Une synthèse attendue du droit de l'arbitrage commercial international : le Traité de l'arbitrage commercial international de Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman », *Clunet* 1996, préc.

¹⁶⁹ P. MAYER, « Le contrat illicite », *Rev. arb.* 1984, p. 205.

aussi d'accomplir une mission juridictionnelle. L'existence d'une obligation de l'arbitre de relever un moyen d'office s'évalue au regard de ces deux missions.

L'arbitre relevant d'office un moyen de droit rattaché à la *lex causae* ou à la *lex arbitrii*, agit en application de la convention d'arbitrage. Au contraire, l'arbitre relevant d'office le moyen tiré d'une règle absente des prétentions des parties agit hors du cadre contractuel. Cette atteinte au principe dispositif est admise en vertu de sa mission juridictionnelle et d'une nécessité de rendre une sentence effective.

Selon une étude récente des litiges confrontés à des règles d'ordre public, les arbitres restent discrets quant à l'exercice de leur prérogative : ils ne l'utilisent qu'en cas de nécessité non équivoque¹⁷⁰. Dans le même sens, ils refusent d'appliquer d'office une règle d'ordre public absente des prétentions initiales des parties et sans lien direct avec l'exécution de la sentence¹⁷¹.

¹⁷⁰ ICC *International Court of Arbitration Bulletin* n° 2016-1 : *Public policy and the enforceability of arbitral awards*, Paris, ICC Services, 2016, *passim*.

¹⁷¹ Aff. CCI n° 13139, sent. partielle (2005) et sentence finale (2006), *Clunet* 2010.1425, n. C. TRUONG-NGUEN.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1 : PROPOSITIONS UTILES A L'HARMONIE DES PRINCIPES

L'antagonisme entre d'une part, la définition contractuelle de la mission de l'arbitre et d'autre part, le relevé d'office d'un moyen se concilie par la mission juridictionnelle de l'arbitre et la nécessité pour l'arbitre de rendre une sentence effective.

Dans le cas problématique d'un moyen absent des prétentions des parties et des règles définies par elles, l'arbitre pourra trouver une ligne pragmatique selon la réception du moyen par les parties :

- soit les parties refuseront expressément l'admission du moyen ; l'arbitre sera incompétent pour le relever, et pourra soit juger malgré le risque de refus d'exécution de la sentence, soit se dessaisir de l'affaire ;
- soit l'arbitre sera seul juge de l'admission de son initiative dans la procédure. Il lui faudra alors prendre en compte l'importance du moyen quant à l'exécution de la sentence, et soumettre impérativement ce moyen au principe du contradictoire, ce qui aura pour effet de le réintroduire, *a posteriori*, dans la substance du litige initialement défini par les parties.

En tout état de cause, il conviendrait de responsabiliser les parties sur l'efficacité future de la sentence. Les parties ont obligation de définir l'objet du litige dans leur compromis¹⁷². Si elles définissent suffisamment le cadre du litige, en soulevant tous les moyens nécessaires à une solution efficace du litige ou en offrant à l'arbitre la possibilité de le faire, elles exposent moins la sentence à un risque d'annulation ou de refus d'exécution.

¹⁷² E.H. PERREAU, « De la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat passé à l'étranger », *Clunet* 1919, pp. 787-794.

PARTIE 2 : REGIME DE LA PREROGATIVE

*La mer est un espace de rigueur
et de liberté. Y perdre la rigueur
c'est perdre la liberté¹⁷³.*

Les régimes internes applicables à la procédure arbitrale ne peuvent être identiques aux régimes encadrant les procédures judiciaires, en ce que l'arbitrage est en principe extérieur à l'ordonnement juridictionnel¹⁷⁴. Pour cette raison, seront exclues de cette problématique les institutions nationales d'arbitrage, notamment les cours d'arbitrages des États communistes et post-communistes, ayant en principe exclusivité de la compétence vis-à-vis des ressortissants de l'État¹⁷⁵.

Cette partie a vocation, en application des principes analysés ci-dessus, à esquisser un régime de la prérogative du relevé d'office d'un moyen par les parties. En prenant en considération la substance de son moyen (**Chapitre 1**) et la procédure avec laquelle il l'introduit (**Chapitre 2**), l'arbitre assure une certaine sécurité juridique à l'exercice de cette prérogative, comme à la sentence qu'il pourra rendre alors.

¹⁷³ Victor HUGO.

¹⁷⁴ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préc., n° 79, pp. 48-49.

¹⁷⁵ Pour une comparaison du système avec le règlement d'arbitrage CNUDCI, alors nouvelle, cf. Ph. FOUCHARD, « le règlement d'arbitrage », *Clunet* 1979, pp. 816-845. Le nouveau règlement CNUDCI avait vocation à uniformiser les *leges arbitrii* nationales.

CHAPITRE 1 : CONDITIONS D'ADMISSION QUANT A LA SOURCE DES MOYENS RELEVES D'OFFICE

Préliminaire : Sur l'incompétence matérielle de l'arbitre

L'incompétence matérielle de l'arbitre ne semble pas devoir être relevée d'office, en raison de la nature contractuelle de sa mission. En effet, dès lors que les parties s'accordent à inclure une question nouvelle, elles sont réputées conclure un nouveau contrat, élargissant la compétence de l'arbitre¹⁷⁶. Par conséquent, elles investissent l'arbitre d'une juridiction pour ces questions nouvelles.

Le problème n'intervient qu'en cas de désaccord des parties sur l'admission d'une demande nouvelle. Alors, l'arbitre ne fera qu'application stricte de la convention d'arbitrage en rejetant cette demande.

Section 1 : Les moyens tirés des règles étatiques d'ordre public

La jurisprudence arbitrale est aujourd'hui rompue à l'exercice de relever des moyens d'office. Parmi ces moyens, certains posent problème depuis longtemps : ceux tirés de l'ordre public des États (§1.) ; d'autres sont apparus dans la jurisprudence arbitrale dans les années 1990 ; ils sont dits internationaux, ou transnationaux (§2.).

Il convient de voir en vertu de quoi ces moyens s'imposent – ou ne s'imposent pas – à l'arbitre statuant sur un litige.

§1. - L'admission de l'arbitre à statuer sur des règles internes d'ordre public

Il a été montré *supra* que l'arbitre n'était pas agent d'un État. La sanction qu'il peut donner aux règles d'ordre public résulte en premier lieu de la clause compromissoire, c'est-à-dire de la volonté des parties à l'arbitrage ; en second lieu, elle est justifiée par la nécessité de rendre une sentence effective.

¹⁷⁶ En ce sens, E. LOQUIN, « L'obligation de concentrer les demandes en arbitrage », préc.

A. L'arbitre « autorisé » à appliquer les règles nationales d'ordre public

L'arbitre « juge de l'ordre public » était une situation inconcevable en France jusque dans les années 1950 : étaient considérées inarbitrables les questions relevant de l'ordre public interne¹⁷⁷. Un strict respect de cette position aurait conduit les arbitres à se déclarer incompetents, au besoin d'office, sur tout litige relevant de ces matières.

Toutefois, ainsi qu'il a été rappelé, l'arbitre ne dépend d'aucun système juridique interne. Par conséquent, il était – et il demeure – loisible à des parties de saisir des arbitres en ces matières. La sanction n'apparaît en effet qu'*a posteriori*, au stade de la reconnaissance ou des recours contre la sentence. Des arbitrages ont donc pu être tenus en des matières considérées inarbitrables.

Les juridictions françaises ont fini par admettre que l'arbitre applique les règles françaises d'ordre public. Elles ont mis en place une théorie selon laquelle l'arbitre international a le pouvoir de juger selon les règles françaises d'ordres public, et que dans l'exercice de ce pouvoir, il est contrôlé par le juge de l'annulation¹⁷⁸.

De même, le respect par l'arbitre de l'ordre public international français est contrôlé *a posteriori* devant les juridictions françaises¹⁷⁹. Ce contrôle est cependant très restreint depuis la jurisprudence *Thalès c/ Euromissile*¹⁸⁰ ; selon cet arrêt de principe, l'atteinte à l'ordre public international français doit être qualifiée de « *violation manifeste* » pour entraîner l'annulation de la sentence.

B. L'arbitre et le droit communautaire de la concurrence.

Le droit communautaire de la concurrence est d'ordre public¹⁸¹, et d'application directe par les juridictions internes des États membres. Malgré un effort de la Cour de Justice de l'Union de conserver cette compétence, l'Union ne dispose d'aucun moyen d'interdire les arbitres d'en connaître. Le seul contrôle possible des sentences

¹⁷⁷ J.-P. ANCEL, « Le point de vue du juge judiciaire », *L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013*, préc., pp. 197-204.

¹⁷⁸ CA Paris, 15 juin 1956, *Dall.* 1956.587, n. J. ROBERT ; CA Paris, 29 mars 1991, *Ganz*, *Rev. arb.* 1991.478, n. L. IDOT ; CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, *Rev. arb.* 1993.645, n. Ch. JARROSSON ; *RTD Com.* 1993.494, n. E. LOQUIN.

¹⁷⁹ Art. 1520, 5° du CPC (anciennement, art. 1502, 5°).

¹⁸⁰ CA Paris, 1^{ère} ch., 18 novembre 2004, n° 2002/19606, *Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile et al.*, *Rev. arb.* 2005.751, n. L. RADICATI DI BROZZOLO ; *RTD Com.* 2005.263, n. E. LOQUIN.

¹⁸¹ Pour une étude récente, cf. J.-B. RACINE, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », *L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013*, préc., pp. 24-25.

en la matière est dès lors le contrôle des juridictions nationales, juges « de droit commun » du droit communautaire : à travers les demandes de reconnaissance ou les recours en annulation, les juges nationaux contrôlent le respect par la sentence de l'ordre public communautaire.

Dans l'arrêt *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International*, rendu sur questions préjudicielles du Hoge Raad des Pays Bas¹⁸², la Cour de Justice a rappelé aux États membres leur obligation de contrôler, à l'occasion des recours en annulation, le respect par les arbitres du droit communautaire de la concurrence :

Une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 81 CE (ex-art. 85), dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public.

Cependant, les États membres développent leur propre interprétation de cette obligation. Ainsi, la solution française que l'on sait de l'annulation « *violation manifeste* » de l'ordre public a été élaborée en réponse à cette jurisprudence. Elle laisse à l'arbitre une certaine liberté, qui s'accorde avec la pratique commerciale internationale mise en œuvre depuis le Traité de Rome : une indépendance de l'arbitre par rapport aux règles européennes non invoquées par les parties.

§2. Les moyens tirés de l'ordre public des États

Comme il l'a été montré *supra*, l'arbitre n'a pas d'obligation statutaire de faire respecter les règles internes d'ordre public. Cependant, le caractère obligatoire de certaines règles conduit à recommander à l'arbitre, dans certains cas sensibles, de les considérer sérieusement.

En particulier, deux types de moyens peuvent poser des questions complexes à l'arbitre : le premier cas est celui des moyens ayant une incidence sur la validité de la clause compromissoire, et, partant, sur la compétence de l'arbitre, méritent une analyse particulière en raison de leur délicatesse (**A.**). Le second cas sensible réside dans les moyens tirés de l'ordre public de protection, dont le droit de la consommation nous servira d'exemple (**B.**).

¹⁸² CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International*. Cf. *supra*, Partie 1, Chapitre 2.

A. Nullité de la clause compromissoire : l'exemple du droit maritime

Les moyens relevés d'office quant à la nullité de la clause compromissoire sont d'une délicatesse extrême, en ce que cette clause conditionne la compétence de l'arbitre. Par conséquent, il a été émis qu'une clause compromissoire nulle rendait l'arbitre incompétent quelle que soit la question débattue, dont celle de sa propre compétence. En effet, la clause compromissoire est un contrat. Or, nul ne saurait exécuter valablement un contrat illicite¹⁸³.

Cette délicatesse s'exprime avec éloquence en droit maritime, en ce que la validité des clauses d'arbitrage est mise en cause par les COGSA¹⁸⁴ australien ou américain. Ces lois imposent un siège et une loi d'arbitrage dans certains contrats de transport, sous peine de nullité de la clause d'arbitrage. Ainsi, la Section 11 du COGSA australien exige que les contrats de transport de marchandises au départ de l'Australie, prévoient un arbitrage en Australie selon la loi australienne¹⁸⁵ :

(1) All parties to :

(a) a sea carriage document relating to the carriage of goods from any place in Australia to any place outside Australia; or

(b) a non-negotiable document of a kind mentioned in subparagraph 10(1)(b)(iii), relating to such a carriage of goods;

are taken to have intended to contract according to the laws in force at the place of shipment.

(2) An agreement (whether made in Australia or elsewhere) has no effect so far as it purports to:

(c) preclude or limit the jurisdiction of a court of the Commonwealth or of a State or Territory in respect of:

(i) a sea carriage document relating to the carriage of goods from any place outside Australia to any place in Australia; or

(ii) a non-negotiable document of a kind mentioned in subparagraph 10(1)(b)(iii) relating to such a carriage of goods.

Cette loi de police propre aux clauses de juridiction en matière maritime pose deux problèmes. Le premier survient en cours de procédure arbitrale : l'arbitre désigné au

¹⁸³ E. LOQUIN, *L'arbitrage commercial international*, 2015, préc.

¹⁸⁴ *Carriage of Goods by Sea Act*.

¹⁸⁵ Sect. 11 du COGSA australien (1991).

mépris de cette loi peut être confronté à la question de savoir s'il doit relever d'office le moyen tiré de l'invalidité de la clause d'arbitrage ; ce moyen conduirait à l'incompétence de l'arbitre. Le second problème intervient au stade de l'exécution de la sentence : l'arbitre n'ayant pas relevé d'office le moyen tiré de l'invalidité de la clause d'arbitrage au regard de la loi de police (ici, le COGSA australien), a rendu une sentence nulle au regard de cette législation.

Si la sentence est tout de même exécutée par les parties, cette nullité sera sans effet ; si la sentence est contestée ou fait l'objet d'une demande d'*exequatur*, elle risque d'être privée d'effet en vertu de la loi de police.

Ce cas usuel en droit maritime illustre avec clarté le dilemme se posant à l'arbitre devant une règle d'ordre public intéressant le litige, mais absente des prétentions des parties.

En vertu de la règle de « la concentration des demandes en arbitrage » - laquelle est vivement contestée¹⁸⁶, l'arbitre devrait se refuser à relever d'office ce moyen s'il appert que l'une des parties l'a négligemment omis. Cependant, cette règle de concentration des demandes, que l'on pourrait dire « de conflit de procédures », manque de clarté et de pragmatisme, eu égard, notamment, au caractère consensuel de l'arbitrage. Elle ne devrait donc être prise en considération que s'il ressort de l'affaire que son application conditionne la reconnaissance ou la validité de la sentence devant les juridictions nationales.

Eu égard à l'effectivité de la sentence, la question pour l'arbitre de relever d'office le moyen tiré des dispositions d'ordre public des COGSA est plus sensible : en effet, les prescriptions des COGSA en matière de désignation du tribunal arbitral déterminent la validité de la clause compromissoire des contrats de transport, c'est-à-dire, en conséquence, la compétence de l'arbitre.

Cette question est d'autant plus délicate que l'interprétation du champ d'application des COGSA peut être différente selon le juge saisi ; l'affaire *Dampskibsselskabet Norden A/S v Gladstone Civil Pty Ltd* traduit parfaitement ce problème. Une sentence a été rendue à Londres en vertu de la clause compromissoire d'une charte-partie au voyage, à propos d'un transport au départ de l'Australie. En demande d'*exequatur* de la sentence auprès des juridictions australiennes, s'est posée la question de savoir si la Section 11 du COGSA (ci-dessus reproduite) s'appliquait aux chartes parties au voyage. Cette extension a été admise par les juridictions locales, puis confirmée par la

¹⁸⁶ E. LOQUIN, *op. cit.*

Cour Fédérale statuant en formation simple¹⁸⁷. Elle a finalement été rejetée l'année suivante, par la Cour Fédérale statuant en formation plénière¹⁸⁸. La clause compromissaire de la charte partie n'entre pas, selon cette jurisprudence, dans le champ d'application de la loi de police australienne.

La difficulté qui se pose à l'arbitre dans un tel cas est conséquente, à la fois quant à sa mission vis-à-vis des parties, que sur sa compétence et sur l'opportunité de se saisir du moyen. Il ne peut y être donné de réponse de principe, si ce n'est, comme nous le verrons, le respect du contradictoire. La meilleure « règle de conflit » semble ici le pragmatisme : s'il apparaît à l'arbitre que l'effectivité de sa sentence en dépende, alors il conviendrait de soumettre aux parties le moyen tiré de la loi de police, et le leur faire débattre.

B. Ordre public de protection et droit de la consommation

En matière d'arbitrage et de droit de la consommation, M. Jean-Baptiste Racine constatait dans sa thèse que tout était à construire¹⁸⁹. Il convient de voir dans quelle mesure l'évolution de ces dernières années peut apporter quelques pierres à cette construction.

Procédure civile. Le juge communautaire a permis aux juges nationaux, depuis un arrêt du 4 octobre 2007¹⁹⁰, de relever d'office les moyens tirés de la méconnaissance du droit de la consommation. Il a ensuite obligé ces mêmes juridictions à relever d'office la question du caractère abusif d'une clause contractuelle¹⁹¹.

La législation française a traduit cette jurisprudence par une autorisation générale pour le juge de relever d'office tout moyen tiré du Code de la consommation¹⁹². À l'occasion d'une loi de 2014, cette règle a été modifiée : le juge avait désormais l'obligation de relever d'office les moyens issus de lu caractère abusif d'une clause, de le soumettre au contradictoire, et de lui donner effet¹⁹³. Ce fondement textuel – et

¹⁸⁷ Federal Court of Australia, *Dampskibsselskabet Norden A/S v Gladstone Civil Pty Ltd*, [2012] FCA 696.

¹⁸⁸ Full Court of the Federal Court of Australia, 18 septembre 2013, *Dampskibsselskabet Norden A/S v Gladstone Civil Pty Ltd*, [2013] FCAFC 107.

¹⁸⁹ J.-B. RACINE, préc., n° 117.

¹⁹⁰ CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Max Rampion et al. c/ Franfinance SA et al.*

¹⁹¹ CJCE, 4 juin 2009.

¹⁹² Cconso, art. L. 141-4 (L. no 2008-3 du 3 janv. 2008, art. 34) : « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ».

¹⁹³ Cconso, art. |. 141-4 (L. no 2014-344 du 17 mars 2014, art. 81-I) « *Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat.* »

cette obligation – est l'un des seuls accordés à ce jour à la prérogative de relever un moyen d'office.

Procédure arbitrale. Bien que l'arbitre soit indépendant de l'ordre européen, il peut être confronté au respect du droit de la consommation en matière de clauses abusives. Dans une affaire *Mostaza Claro*¹⁹⁴, la Cour de Justice a d'une part rappelé le fondement de l'autorisation des juges à relever d'office les questions de droit de la consommation : il s'agit d'un impératif de protection du consommateur, notamment pour éviter qu'il soit privé de ses droits, ou bien qu'il les ignore. D'autre part, ce qui nous intéressera ici, la Cour a considéré qu'un moyen tiré du droit de la consommation pouvait être invoqué devant le juge de l'annulation, alors même que la partie l'aurait omis devant l'arbitre.

Cette solution apparaît plus à considérer que celle, traditionnelle, de l'ordre public communautaire de la concurrence. En effet, les moyens tirés du droit de la consommation relèvent de l'ordre public de protection. Or, de telles règles sont en effet considérées par une partie de la doctrine comme obligeant l'arbitre à les relever d'office¹⁹⁵.

Une telle obligation ne saurait, à nouveau, ressortir directement des règles européennes ou internes. Nous l'avons montré, l'arbitre est indépendant vis-à-vis de ces systèmes. Cependant, soumettre d'office le moyen tiré du droit de la consommation pourrait être suivi avec intérêt par les arbitres : d'une part, en raison d'un contrôle du juge de l'annulation *a priori* catégorique ; d'autre part, en application de principes généraux attribués au droit international.

Section 2 : Les moyens tirés d'un nouvel ordre public

Le développement surprenant de la jurisprudence arbitrale depuis les années 1990 a assuré les arbitres dans une certaine mission d'accompagner le commerce international¹⁹⁶. On sait que cette mission ne peut être rattachée à aucun système d'institutions particulier, si bien que l'arbitre tranche librement, « *avec son for interne et son for externe* »¹⁹⁷.

¹⁹⁴ CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, RTD Civ. 2007.633, n. Ph. THERY.

¹⁹⁵ En ce sens, notamment ; E. LOQUIN, *L'arbitrage commercial international*, 2015, préc., n° 293 s.

¹⁹⁶ C. TRUONG-NGUEN, *Clunet* 2010.1425.

¹⁹⁷ Ph. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *Clunet* 1989, pp. 305-327.

L'utilisation et l'admission des moyens relevés d'office sur le fondement de principes de droit international (§1.) s'explique par son rattachement possible à la volonté des parties, et l'équivalence de principes internationaux avec les règles nationales d'ordre public (§2.).

§1. – L'expansion de moyens relevés d'office sur le fondement du droit international

Nous retiendrons l'expression *lex mercatoria* pour désigner les principes extérieurs aux ordres juridiques étatiques, auxquels principes les arbitres font parfois référence. Ce fondement est pertinent au regard de la prérogative de relever d'office un moyen (A.) ; il nourrit de plus en plus l'office de l'arbitre dans le procès, lequel a peu d'hésitation à les appliquer, au besoin d'office (B.).

A. La pertinence de la *lex mercatoria*

Le vif débat sur l'existence d'une *lex mercatoria* nous intéresse incidemment, en ce que l'arbitre l'utilise en pratique. Notamment, la *lex mercatoria* fonde de manière récurrente et croissante divers moyens relevés d'office, ces moyens étant absents des prétentions des parties.

Ce fondement est aussi important, en ce que dans nombreuses circonstances, il peut être reconnu par les juridictions nationales, lorsqu'il ressort clairement que les parties ont entendu faire de la *lex mercatoria* la loi applicable à leur litige, et lorsque les principes tirés de la *lex mercatoria* sont équivalents aux principes reconnus dans l'État¹⁹⁸.

C'est pourquoi, depuis les années 1990, l'essentiel des moyens relevés d'office par les arbitres, dans les sentences publiées, relèvent non pas de normes étatiques, mais de la *lex mercatoria*, ou concurremment de normes étatiques et de la *lex mercatoria*.

¹⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c/ Sté Primary Coal, Clunet* 1992.177, n. B. GOLDMAN (cf. *infra*).

B. Exemples de moyens relevés d'office sur le fondement du droit international

Plusieurs typologies des moyens issus du droit national sont aujourd'hui établies¹⁹⁹. Nous ne nous attèlerons pas à cet exercice ici, mais présenterons une sélection d'exemples illustrant notre question.

Comme nous l'avons montré, l'arbitre demeure libre vis-à-vis des États. Il prend en considération, de plus en plus, l'effectivité de sa sentence auprès des autres institutions, ainsi que l'ont montré les travaux de M. Christophe Seraglini. Les moyens qu'il relève d'office sur le fondement de principes internationaux sont proches ou équivalents de règles nationales obligatoires.

Ainsi, le principe général de bonne foi, bien que reconnu trop peu précis pour constituer un principe général du droit international²⁰⁰, est souvent utilisé par l'arbitre²⁰¹. En raison de son caractère très général, il semble insuffisant à sécuriser assez un moyen relevé d'office au regard des contentieux de l'exécution ou de l'annulation de la sentence.

Une application du principe de bonne foi peut être donnée à travers un principe de responsabilité. À l'occasion de l'affaire *Norsolor*²⁰², célèbre pour la bataille judiciaire qu'elle a fait naître sur l'existence de la *lex mercatoria*, les arbitres ont rattaché le principe de responsabilité à un principe de bonne foi, lui-même tiré de la *lex mercatoria*.

Enfin, des cas de fraude et corruption ont donné lieu à des sentences à la fois audacieuses et pragmatiques, qu'il serait intéressant de relever ici. Dans une sentence n° 8891 rendue sous l'égide de la CCI en 1998²⁰³, les arbitres ont justifié leur condamnation sur le fondement de la fraude en opérant un double rattachement : à la fois vis-à-vis de principes de droit international, et vis à vis de règles étatiques communément partagées :

¹⁹⁹ Par ex. : J.-B. RACINE, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », *L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013*, 2014, préc. pp. 7-35.

²⁰⁰ Pour ces développements, cf. Ph. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *Clunet* 1989, pp. 305-327.

²⁰¹ Sent. CCI, 14 avril 1986, *Atlantic Triton c/ République de Guinée*, *Rev. arb.* 1983.525; Ph. KAHN, « Les principes.. », préc., p. 320.

²⁰² Sent. CCI n° 3131, 1979, *Rev. arb.* 1983.525; *Clunet* 1989.321 ; E. GAILLARD, *Clunet* 1998 pp. 633-674.

²⁰³ Par exemple, sent. CCI n° 8891, 1998, *Clunet* 2000.1076, n. D. HASCHER.

Le caractère illicite des contrats portant sur le versement de pots-de-vin est bien établi dans la jurisprudence arbitrale. Bien que la corruption soit illicite dans la plupart des ordres juridiques, les arbitres ne se limitent généralement pas à fonder leur décision sur un droit étatique, mais font encore appel à un principe général du droit international ou transnational.

Ce double fondement apparaît des plus efficaces quant à la solution des problèmes pratiques que peut trouver l'arbitre en relevant un moyen d'office.

§2. – L'efficacité des moyens tirés de principes internationaux

En matière d'ordre public, les moyens tirés du droit international seraient les seuls que l'arbitre aurait l'obligation, le cas échéant, de relever d'office²⁰⁴. Leur rattachement possible à la volonté des parties (A.) ainsi que leur équivalence à certains principes nationaux (B.) sont particulièrement à même de garantir une sécurité juridique de la sentence dans laquelle un moyen a été relevé d'office.

A. Efficacité quant au fondement contractuel de la mission de l'arbitre

L'arbitrage commercial, notamment international, est reconnu comme soutien à l'activité des marchands. De ce fait, les principes appliqués à cette activité, appelés *lex mercatoria* ou principes transnationaux, peuvent être rattachés à l'accord initial des parties de se soumettre à un arbitrage. Il est possible de considérer qu'implicitement, les parties ont entendu intégrer la *lex mercatoria* à leur *lex causae*.

Sauf manifestation contraire expresse de la part des parties, un moyen relevé *sua sponte* fondé sur la *lex mercatoria* semble pouvoir être rattaché à la clause compromissoire conclue entre commerçants. Par conséquent, ce rattachement évite l'atteinte au principe dispositif. Le respect du principe du contradictoire apparaît tout de même à conseiller.

B. Efficacité quant à l'équivalence entre les principes relevés d'office et les principes nationaux

Les principes tirés de la *lex mercatoria* ont pour beaucoup leur équivalent dans les ordres juridiques internes. Dans la sentence CCI n° 8891 étudiée *supra*²⁰⁵, c'est ainsi

²⁰⁴ C. NAIRAC – E. ALEYNKOVA – M. THADIKKARAN, « To What Extent Do Arbitral Tribunals Take into Account Public Policy in the Jurisdictions of Prospective Enforcement of an Award? An Analysis of ICC Awards », *ICC International Court of Arbitration Bulletin* n° 2016-1, préc., pp. 6-7.

²⁰⁵ Par exemple, sent. CCI n° 8891, 1998, *Clunet* 2000.1076, n. D. HASCHER.

aisément que les arbitres ont pu trouver à la fois un fondement interne et un fondement international à l'interdiction de la fraude et de la corruption.

Ce double rattachement peut assurer une stabilité supplémentaire lorsqu'il vient au soutien d'un moyen relevé d'office. En effet, les juridictions nationales auront moins de réticences à reconnaître le fondement juridique de la sentence.

Ainsi, la Cour de cassation a en ce sens confirmé l'application la *lex mercatoria* par un arbitre, après avoir pu constater la reconnaissance par les juridictions des principes dont elle est constituée : « *Mais attendu qu'en se référant à l' « ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales », l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission* »²⁰⁶.

Conclusion du Chapitre 1 : la limite du « conflit d'ordres publics »

Par conséquent, à mesure que l'arbitre a construit sa place dans les relations commerciales internationales, il a affirmé *de facto* sa prérogative de relever d'office les moyens qu'il estime nécessaires.

Le fondement d'un moyen, sur la *lex mercatoria* assure, entre commerçants, un rattachement du moyen relevé d'office à la clause compromissoire, en considérant que les parties ont implicitement voulu s'y soumettre. En ce cas, il n'y a pas d'atteinte au principe dispositif.

Le double fondement d'un moyen, à la fois sur des principes internationaux (*lex mercatoria*) et sur des règles internes, permet à la fois de sécuriser la sentence vis-à-vis de la clause compromissoire, et à la fois de faciliter la reconnaissance et l'exécution de la sentence dans les ordres internes dont les règles sont proches ou équivalentes.

²⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c/ Sté Primary Coal, Clunet* 1992.177, n. B. GOLDMAN.

CHAPITRE 2 : CONDITIONS D'ADMISSION QUANT A LA FORME DU RELEVÉ D'OFFICE DES MOYENS

Forts désormais des principes fondamentaux et de la jurisprudence arbitrale, nous pouvons désormais envisager les conditions formelles assurant l'admission d'un moyen relevé d'office par l'arbitre.

Le principe du contradictoire est le seul absolument nécessaire à l'admission du moyen relevé d'office dans la procédure (A.), les autres principes étant secondaires (B.).

A. La seule condition *sine qua non* : le respect du principe du contradictoire

1. Principe du contradictoire et moyens relevés d'office

Pour n'avoir pas assez protégé le principe du contradictoire, la tentative française d'introduire un fondement juridique général à la prérogative de relever un moyen d'office fut anéantie par le Conseil d'État.

L'ancien article 12 al. 3 du Code de procédure, dans sa version de 1975, disposait :

(Le juge) peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties.

Dans une décision 12 octobre 1979²⁰⁷, le Conseil d'État statuant en Assemblée annulait cette disposition au motif que :

Dès lors, en laissant au juge la faculté de relever d'office des moyens de pur droit et en le dispensant alors de respecter le caractère contradictoire de la procédure, le gouvernement a apporté à ce principe des limitations illégales ;

Aucune nouvelle tentative d'introduire un fondement juridique général à cette prérogative n'a été envisagée, bien qu'elle pourrait être admise dans les conditions posées par le Conseil d'État. Cette question est de moindre intérêt cependant.

Nous retiendrons que le droit français de la procédure civile soumet l'admission d'un moyen relevé d'office à une condition formelle : le respect d'une procédure contradictoire. En cela, il rejoint l'ensemble des systèmes romano-germaniques, et s'impose à toute procédure²⁰⁸. Le contradictoire a été conçu, dans le procès romain,

²⁰⁷ CE, Ass., 12 octobre 1979, n° 01875 01905 01948 à 01951.

²⁰⁸ Notamment : H. VIZIOZ, *Études de procédure*, préc., p. 446.

comme la condition d'existence du procès. Les parties par lui définissaient le litige, et par lui s'obligeaient, devant le magistrat, à respecter le jugement qui leur serait donné. De principe général du procès concomitant à celui du principe dispositif²⁰⁹, le principe du contradictoire est devenu une garantie de principes substantiels protecteurs des parties, regroupés sous le vocable « droits de la défense »²¹⁰, d'où deux développements successifs.

1. D'un point de vue procédural : le contradictoire permet de réintroduire dans le litige le moyen initialement absent

La première implication du respect d'une procédure contradictoire sur la prérogative de relever un moyen d'office est d'ordre procédural. Puisque l'objet et la cause du litige sont en principe défini par les parties²¹¹, l'arbitre – comme le juge, en soumet son nouveau moyen par une procédure contradictoire, réintroduit *a posteriori* ce moyen dans la cause. *In fine*, en dépit d'une inflexion du principe dispositif, le contradictoire permet de rétablir l'équilibre du procès en redonnant aux parties la maîtrise (ici, relative) de l'objet du litige.

2. D'un point de vue substantiel : le contradictoire garantit le respect des droits fondamentaux des parties

Le principe du contradictoire dépasse aujourd'hui le simple équilibre procédural de la définition du litige. Comme nous l'avons vu, il est pleinement intégré aux principes du droit de la défense, et partant, compte parmi les garanties accordées aux justiciables.

En outre, il assure le respect d'autres principes, tel le principe de l'égalité des armes²¹².

3. Application à tout moyen

Pour ces deux raisons, le respect du contradictoire s'impose envers tous les moyens proposés *sua sponte* par l'arbitre : autant ceux qu'il peut incidemment rattacher à la volonté des parties, que les moyens extérieurs au cadre du litige.

²⁰⁹ H. VIZIOZ, préc., pp. 441 s.

²¹⁰ L. CADIET *et al.*, *Théorie générale du procès*, préc., p. 632.

²¹¹ *Cf. supra*, Partie 1, Chapitre 1.

²¹² J. NORMAND, « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6-1) », *RTD Civ.* 1996.689

Le contentieux de la reconnaissance et de l'annulation des sentences, que nous avons déjà esquissé, oblige effectivement l'arbitre à soumettre au contradictoire tout moyen relevé d'office²¹³.

B. L'ineffectivité des autres principes sur la validité du relevé d'office d'un moyen

La jurisprudence judiciaire, rompue à l'application de ces principes, mais aussi la dernière réforme française du droit de l'arbitrage, nous permettrons d'évaluer la portée secondaire des autres principes de procédure *a priori* intéressés par le relevé d'office d'un moyen : les principes d'indépendance et d'impartialité (1.) et le nouveau principe de loyauté imposé à l'arbitre (2.).

1. Ineffectivité des principes d'indépendance et d'impartialité

Le principe d'indépendance signifie, selon la CEDH, que le juge ne doit avoir aucun lien juridique avec une partie ou avec un autre pouvoir de l'État²¹⁴ ; cette question relève de l'indépendance des pouvoirs, et est *a priori* peu effective en arbitrage²¹⁵. Nous avons montré combien l'arbitre profitait de son indépendance vis-à-vis des États.

Le principe d'impartialité est l'absence de parti pris ; il se compose, traditionnellement, d'une définition objective et d'une définition subjective²¹⁶. Ce principe s'impose à l'arbitre en vertu de la *lex arbitrii* ; toutefois, relever d'office un moyen n'est pas considéré, même théoriquement, comme mettant à mal le principe d'impartialité. Le Conseil d'État saisi de ce moyen n'a en ce sens pas relevé d'atteinte au principe d'impartialité par l'article 12 al. 2 du CPC. Les moyens proposés pour éviter la partialité de l'arbitre sont d'ailleurs d'un ordre différent, portant sur la transparence²¹⁷. Or le contradictoire est justement un élément de transparence de la procédure.

²¹³ E. LOQUIN, « De l'obligation faite au tribunal arbitral de faire discuter contradictoirement par les parties les moyens de droit qu'il introduit dans la cause », *RTD Com.* 2010.545.

²¹⁴ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ RU* série 1, n° 80.

²¹⁵ L. CADIET *et al.*, préc., p. 600.

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 602 s.

²¹⁷ P. CHEVALIER, *Dall.* 2014.1981.

2. Caractère a priori inutile du principe de loyauté

Enfin, le principe de loyauté, imposé à l'arbitre depuis la réforme du droit de l'arbitrage de 2011, a pu poser la question de son éventuelle application envers l'arbitre relevant un moyen d'office²¹⁸.

Ces développements restent, à l'heure actuelle, de prospection. Cependant, nous rejoignons M. Yves DERAÏNS sur cette question « *Je ne pense pas que la loyauté ait beaucoup à voir dans cette affaire* »²¹⁹. Nous avons montré que la prérogative pour l'arbitre de relever un moyen d'office était avant tout mise en œuvre de manière pragmatique, en considération de l'effectivité de la sentence. Cela seul, à condition d'admettre la bonne foi des arbitres, garantit la loyauté de l'arbitre dans l'exercice de sa mission.

Le principe du contradictoire est donc le seul que l'arbitre doit respecter de manière objective, pour assurer une sécurité à sa sentence, lorsqu'il relève un moyen d'office.

²¹⁸ *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, d. Thomas CLAY, Lextinso, 2011, p. 106.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 106 (reproduction d'une discussion).

CONCLUSION GENERALE : PROPOSITION D'UNE LIGNE DE CONDUITE A DESTINATION DES ACTEURS DU PROCES ARBITRAL

Les principes du procès et leur application en la matière permettent d'achever ce travail sur une proposition de ligne de conduite à destination des acteurs du procès arbitral, en cas de problème posé à l'arbitre par un moyen apparemment extérieur aux prétentions des parties.

Il a été démontré que l'arbitre tire des parties son pouvoir juridictionnel ; d'elles émane aussi les limites de sa mission.

Par conséquent, la sécurité juridique la plus sûre sera assurée par une bonne définition du litige par les parties (1^o) ; ensuite, l'arbitre dispose de moyens de faire admettre en cours d'instruction le relevé d'office d'un moyen extérieur aux prétentions des parties (2^o).

1^o) A priori : définition efficace de la substance litige par les parties

La plus grande sécurité de la sentence trouvera sa source dans celle du pouvoir de l'arbitre : la volonté des parties. Par conséquent, il convient d'amener les parties à prévenir les questions délicates²²⁰, en définissant suffisamment leur litige, et de manière efficace²²¹. Il convient particulièrement d'attirer leur attention sur les lois de police des États auxquels leurs activités sont liées.

Il est possible de leur proposer, dans les litiges internationaux susceptibles de mettre en jeu plusieurs systèmes juridiques, d'intégrer dans la clause d'arbitrage une ouverture aux principes d'ordre public de ces systèmes. Cette clause aura pour effet d'investir l'arbitre expressément et *a priori* du pouvoir de relever d'office les moyens d'ordre public tirés de ces systèmes, s'ils sont pertinents.

En contrepartie, établir une procédure de contrôle des moyens relevés d'office (par exemple, en définissant comment sera respecté le principe contradictoire) peut être utile au contrôle de l'activité de l'arbitre.

²²⁰ « ICC Suggestions », *ICC Bull.* 2007-1, pp. 36-37, proposition 45.

²²¹ Th. CLAY, « The Role of the Arbitrator in the Execution of the Award », *ICC Bull.* 2009, vol. 20/1, p. 43.

2°) En cours d'instruction

S'il ne ressort pas expressément de la clause compromissoire ou de l'acte de mission que les parties ont investi l'arbitre de la compétence de relever d'office un moyen particulier, alors l'arbitre pourra se poser deux questions (**A. et B.**), avant d'introduire son moyen en respect du principe du contradictoire (**C.**).

A. Le moyen peut-il être rattaché aux termes du litige présentés par les parties ?

Premièrement, l'arbitre peut être obligé de relever un moyen d'office tiré de la loi choisie par les parties (la *lex contractus* ou la *lex arbitrii*), mais non expressément présent dans leurs prétentions. Alors, l'arbitre ne fait qu'application, implicitement, de la convention d'arbitrage. Il est donc fondé à relever le moyen d'office.

Si le moyen peut être rattaché, incidemment, aux prétentions des parties (par exemple, à travers le concept de *lex mercatoria*) il n'y a pas, à proprement parler, de nouveau moyen apporté à la cause. L'arbitre, en se justifiant ainsi, est donc fondé à relever le moyen d'office.

Le respect du contradictoire est à recommander dans les deux cas.

B. En cas de réponse négative : « test » de la nécessité du moyen à l'effectivité de la sentence

Si l'arbitre, *in fine*, ne parvient pas rattacher le moyen nouveau à la volonté explicite ou implicite des parties, alors il peut « tester » la nécessité de ce moyen dans la solution du litige, notamment en prenant en compte son exécution dans des systèmes nationaux.

Le moyen lui apparaissant important, peut être soumis aux parties selon une procédure contradictoire. Si elles y renoncent expressément, alors l'arbitre ne sera pas compétent pour statuer sur ce moyen ; en fonction du litige, il pourra choisir soit de se dessaisir, soit de statuer en écartant le moyen en question.

C. Garantie du respect d'une procédure contradictoire

Dans tous les cas, l'arbitre relevant d'office un moyen doit le soumettre au contradictoire. Cela assure une sécurité à sa sentence, pour deux raisons :

- D'un point de vue procédural : la contradiction réintroduit le moyen dans la cause ;

- D'un point de vue substantiel : la contradiction garantit le respect des droits procéduraux des parties.

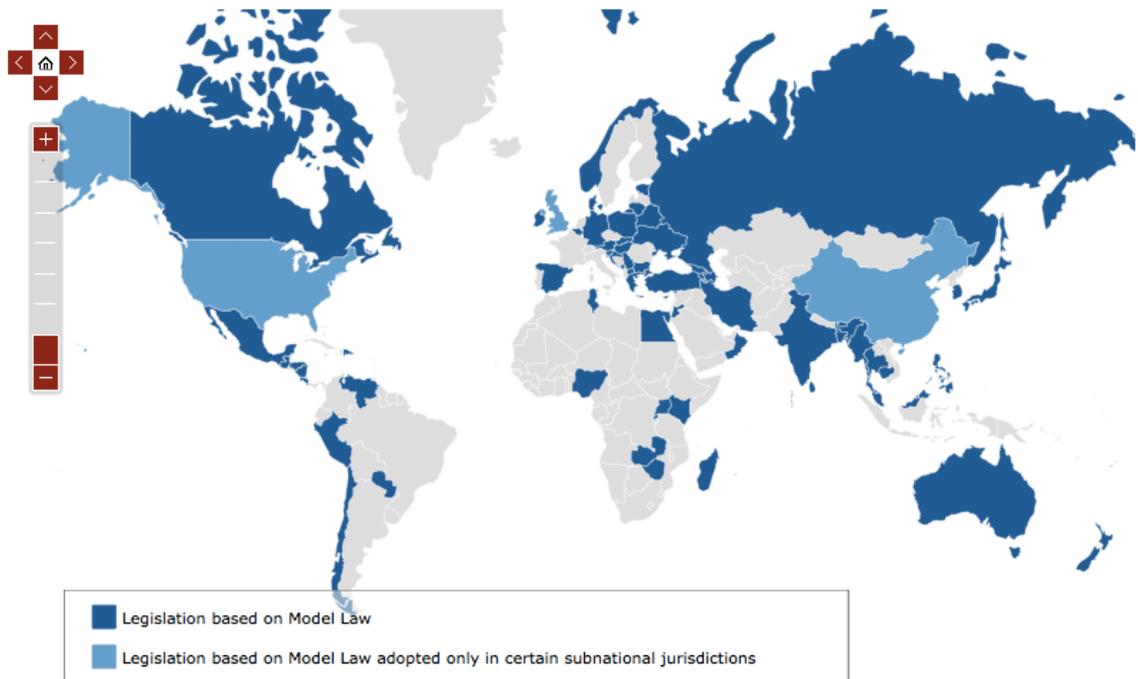
En fonction des systèmes juridiques considérés par l'arbitre, des « conflits de lois de procédure » peuvent apparaître. Il est reconnu qu'en Suisse, par exemple, un moyen peut être relevé d'office sans être soumis au contradictoire, s'il est de notoriété publique. En pareils cas, il est recommandable au tribunal d'« arbitrer » entre les différentes législations, en choisissant la plus contraignante.

ANNEXES

Annexe 1 : Carte des États dont la loi nationale d'arbitrage est établie sur le modèle la loi-type CNUDCI, au 24 août 2016

Status map

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985)



JS map by amCharts

Source : site internet de la CNUDCI, au 24 août 2016 :

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status_map.html

Annexe 2 : Liste des États dont la loi nationale d'arbitrage est établie sur le modèle de la loi-type CNUDCI, au 24 août 2016

State		Notes
Armenia	2006	
Australia	2010	(a), (c)
New South Wales	2010	(a)
Northern Territory	2011	(a)
Queensland	2013	(a)
South Australia	2011	(a)
Tasmania	2011	(a)
Victoria	2011	(a)
Western Australia	2012	(a)
Austria	2006	
Azerbaijan	1999	
Bahrain	2015	(a), (c)
Bangladesh	2001	
Belarus	1999	
Belgium	2013	(a)
Bhutan	2013	(a)
Brunei Darussalam	2009	(a)
Bulgaria	2002	(c)
Cambodia	2006	
Canada	1986	
Alberta	1986	
British Columbia	1986	
Manitoba	1986	
New Brunswick	1986	
Newfoundland and Labrador	1986	
Northwest Territories	1986	
Nova Scotia	1986	

Nunavut	1999	
Ontario	1987	
Prince Edward Island	1986	
Quebec	1986	
Saskatchewan	1988	
Yukon	1986	
Chile	2004	
China		
Hong Kong, China	2010	(a), (c)
Macao, China	1998	
Costa Rica	2011	(a)
Croatia	2001	
Cyprus	1987	
Denmark	2005	
Dominican Republic	2008	
Egypt	1994	
Estonia	2006	
Georgia	2009	(a)
Germany	1998	
Greece	1999	
Guatemala	1995	
Honduras	2000	
Hungary	1994	
India	1996	
Iran (Islamic Republic of)	1997	
Ireland	2010	(a), (c)
Japan	2003	
Jordan	2001	
Kenya	1995	
Lithuania	2012	(a), (c)
Madagascar	1998	

Malaysia	2005	
Maldives	2013	
Malta	1996	
Mauritius	2008	(a)
Mexico	1993	
Montenegro	2015	
Myanmar	2016	
New Zealand	2007	(a), (c)
Nicaragua	2005	
Nigeria	1990	
Norway	2004	
Oman	1997	
Paraguay	2002	
Peru	2008	(a), (c)
Philippines	2004	
Poland	2005	
Republic of Korea	2016	(a), (c)
Russian Federation	1993	
Rwanda	2008	(a)
Serbia	2006	
Singapore	1994	(d)
Slovakia	2014	
Slovenia	2008	(a)
Spain	2003	
Sri Lanka	1995	
Thailand	2002	
The former Yugoslav Republic of Macedonia	2006	
Tunisia	1993	
Turkey	2001	
Uganda	2000	
Ukraine	1994	

United Kingdom of Great Britain and Northern
Ireland

Bermuda	1993	(b)
British Virgin Islands	2013	(a), (b)
Scotland	1990	

United States of America

California	1988	
Connecticut	1989	
Florida	2010	(a)
Georgia	2012	
Illinois	1998	
Louisiana	2006	
Oregon	1991	
Texas	1989	
Venezuela (Bolivarian Republic of)	1998	
Zambia	2000	
Zimbabwe	1996	

Notes

(a) Indicates legislation based on the text of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration with amendments as adopted in 2006.

(b) Overseas territory of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

(c) The legislation amends previous legislation based on the Model Law.

(d) This legislation has been further amended in 2001, 2003, 2005, 2009 and 2012.

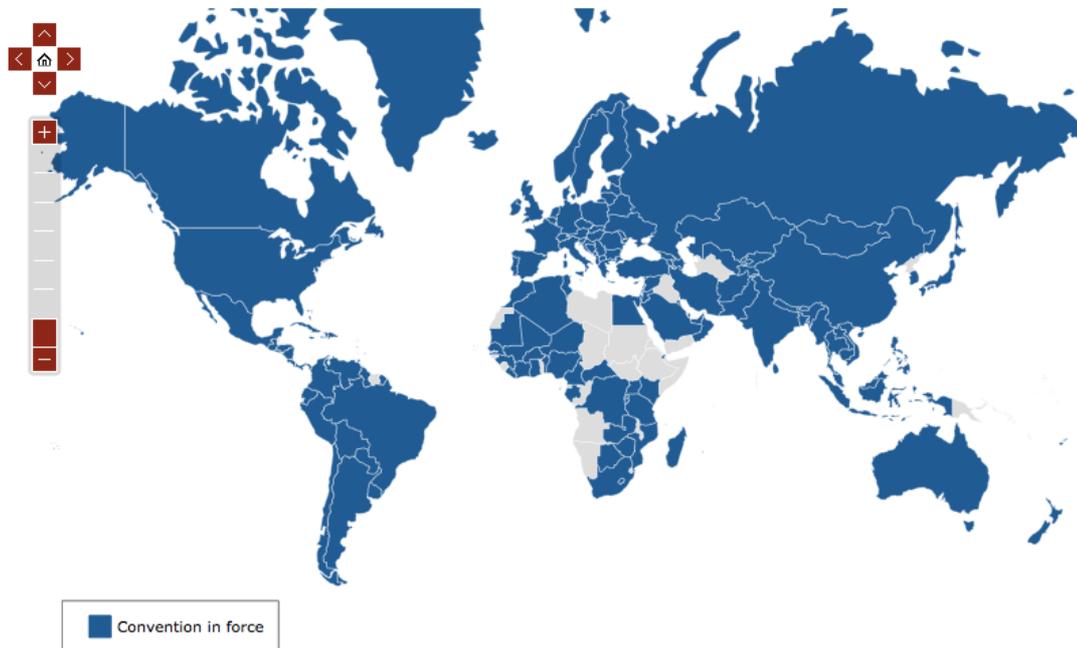
Source : Site internet de la CNUDCI, au 24 août 2016 :

http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

Annexe 3 : Carte des États signataires de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958

Status map

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards
(New York, 1958)



JS map by amCharts

Source : Site internet de la CNUDCI :

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status_map.html

Annexe 4 : État chronologique des ratifications de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958

Addendum : l'Angola a engagé en 2016 un processus de ratification de la Convention. Elle en deviendra le 157^e État partie (Résolution N° 38/2016, *Gazette Officielle d'Angola*, 12 août 2016).

State	Notes	Date of accession
Israel		05/01/1959
Morocco		12/02/1959
Egypt		09/03/1959
Syrian Arab Republic		09/03/1959
France		26/06/1959
Thailand		21/12/1959
Cambodia		05/01/1960
India		13/07/1960
Russian Federation		24/08/1960
Ukraine		10/10/1960
Belarus		15/11/1960
Norway		14/03/1961
Austria		02/05/1961
Japan		20/06/1961
Germany	(a)	30/06/1961
Romania		13/09/1961
Poland		03/10/1961
Bulgaria		10/10/1961

Ecuador	03/01/1962
Finland	19/01/1962
Hungary	05/03/1962
Sri Lanka	09/04/1962
Greece	16/07/1962
Madagascar	16/07/1962
Central African Republic	15/10/1962
Netherlands	24/04/1964
United Republic of Tanzania	13/10/1964
Niger	14/10/1964
Switzerland	01/06/1965
Trinidad and Tobago	14/02/1966
Philippines	06/07/1967
Tunisia	17/07/1967
Ghana	09/04/1968
Italy	31/01/1969
Nigeria	17/03/1970
United States of America	30/09/1970
Mexico	14/04/1971
Botswana	20/12/1971
Sweden	28/01/1972
Denmark	22/12/1972
Republic of Korea	08/02/1973
Benin	16/05/1974
Cuba	30/12/1974

Australia	26/03/1975
Holy See	14/05/1975
Belgium	18/08/1975
Chile	04/09/1975
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	24/09/1975
South Africa	03/05/1976
Spain	12/05/1977
Kuwait	28/04/1978
San Marino	17/05/1979
Colombia	25/09/1979
Jordan	15/11/1979
Cyprus	29/12/1980
Ireland	12/05/1981
Indonesia	07/10/1981
Monaco	02/06/1982
New Zealand	06/01/1983
Uruguay	30/03/1983
Djibouti	14/06/1983
Luxembourg	09/09/1983
Haiti	05/12/1983
Guatemala	21/03/1984
Panama	10/10/1984
Malaysia	05/11/1985
Canada	12/05/1986
Singapore	21/08/1986

China	22/01/1987
Burkina Faso	23/03/1987
Costa Rica	26/10/1987
Cameroon	19/02/1988
Bahrain	06/04/1988
Peru	07/07/1988
Dominica	28/10/1988
Antigua and Barbuda	02/02/1989
Algeria	07/02/1989
Kenya	10/02/1989
Argentina	14/03/1989
Lesotho	13/06/1989
Guinea	23/01/1991
Côte d'Ivoire	01/02/1991
Uganda	12/02/1992
Latvia	14/04/1992
Bangladesh	06/05/1992
Turkey	02/07/1992
Slovenia	06/07/1992
Barbados	16/03/1993
Slovakia	28/05/1993
Croatia	26/07/1993
Estonia	30/08/1993
Bosnia and Herzegovina	01/09/1993
Czech Republic	30/09/1993

The former Yugoslav Republic of Macedonia	10/03/1994
Saudi Arabia	19/04/1994
Georgia	02/06/1994
Mali	08/09/1994
Zimbabwe	29/09/1994
Senegal	17/10/1994
Portugal	18/10/1994
Mongolia	24/10/1994
Venezuela (Bolivarian Republic of)	08/02/1995
Lithuania	14/03/1995
Bolivia (Plurinational State of)	28/04/1995
Viet Nam	12/09/1995
Kazakhstan	20/11/1995
Uzbekistan	07/02/1996
Mauritius	19/06/1996
Brunei Darussalam	25/07/1996
Kyrgyzstan	18/12/1996
Mauritania	30/01/1997
Paraguay	08/10/1997
Armenia	29/12/1997
El Salvador	26/02/1998
Nepal	04/03/1998
Mozambique	11/06/1998
Lao People's Democratic Republic	17/06/1998
Lebanon	11/08/1998

Republic of Moldova		18/09/1998
Oman		25/02/1999
Azerbaijan		29/02/2000
Malta		22/06/2000
Saint Vincent and the Grenadines		12/09/2000
Honduras		03/10/2000
Serbia	(b)	12/03/2001
Albania		27/06/2001
Iran (Islamic Republic of)		15/10/2001
Iceland		24/01/2002
Zambia		14/03/2002
Dominican Republic		11/04/2002
Brazil		07/06/2002
Jamaica		10/07/2002
Qatar		30/12/2002
Nicaragua		24/09/2003
Afghanistan		30/11/2004
Pakistan		14/07/2005
Liberia		16/09/2005
United Arab Emirates		21/08/2006
Montenegro		23/10/2006
Gabon		15/12/2006
Bahamas		20/12/2006
Marshall Islands		21/12/2006
Rwanda		31/10/2008

Cook Islands	12/01/2009
Fiji	27/09/2010
Liechtenstein	07/07/2011
Tajikistan	14/08/2012
Sao Tome and Principe	20/11/2012
Myanmar	16/04/2013
Burundi	23/06/2014
Bhutan	25/09/2014
Guyana	25/09/2014
Democratic Republic of the Congo	05/11/2014
State of Palestine	02/01/2015
Comoros	28/04/2015
Andorra	19/06/2015

Notes :

(a) The former German Democratic Republic acceded to the Convention on 20 February 1975.

(b) Succession: the former Yugoslavia acceded to the Convention on 26 February 1982.

Source : Site internet de la CNUDCI, au 24 août 2016 :

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status_chronological.html

TABLE DES SOURCES

I. – Textes et législations

A. Textes antiques

Corpus iuris civilis, édition stéréotype, Vol. I, *Institutiones* (Paul KRÜGER) et *Digesta* (Theodor MOMMSEN), 16^e édition par Wolfgang KUNKEL, Berlin, Weidmann, 1954.

B. Textes internationaux

Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Genève, 26 septembre 1927.

Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958

Loi-modèle CNUDCI, 1985 (2006).

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, JOUE n° C 326 du 26/10/2012 pp. 0001 – 0390.

C. Textes internes

1. Angola

Résolution N° 38/2016 (Angola), *Gazette Officielle* d'Angola, 12 août 2016.

2. France

NB : les versions des Codes commentés ici sont celles en vigueur à la date d'impression du mémoire (fin août 2016).

Code civil.

Code de justice administrative.

Code de justice militaire

Code de l'organisation judiciaire

Code de procédure civile.

Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008.

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

3. Grande-Bretagne

Arbitration Act, 1996.

D. Textes d'origine privée (institutions d'arbitrage)

Collection of ICC Arbitral Awards. Recueil des sentences arbitrales de la CCI. 1974-1985, éd. S. JARVIN – Y. DERAÏNS, Paris – New York, ICC Publishing – Kluwer Law and Taxation, 1990, XLIX-581 p.

Collection of ICC Arbitral Awards. Recueil des sentences arbitrales de la CCI. 1986-1990, éd. S. JARVIN – Y. DERAÏNS - J.-J. ARNALDEZ, Paris – New York, ICC Publishing – Kluwer Law and Taxation, 1994, CXI-578 p.

Règlement d'arbitrage de la CAMP (2016).

Règlement d'arbitrage de la CCI (2012).

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2013).

Règlement d'arbitrage de la HKIAC (2013).

Règlement d'arbitrage de la SCC (2010).

Règlement d'arbitrage de la SIAC (versions de 2013 et de 2016).

Règlement d'arbitrage de la SIETAC (2014).

II. – Principales décisions commentées

A. Jurisprudence française

Cour de cass., Ass. plén., 7 juillet 2006, *JCP* 2006, I, 183 ;
JCP 2007, II, 10070 ;
Dall. 2006.2135.

Cour de cass., Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343.

Cour de cass., Civ., 12 janv. 1968, *Rev. arb.* 1969. 27, 1^{ère} espèce.

Cour de cass.,	Civ. 1 ^{ère} ,	6 mars 1996,	<i>Rev. arb.</i> 1997.69.
Cour de cass.,	Civ. 1 ^{ère} ,	22 octobre 1991, <i>Compania Valenciana de Cementos Portland SA c/ Sté Primary Coal,</i>	<i>Clunet</i> 1992.177.
Cour de cass.,	Civ. 1 ^{ère} ,	28 mai 2008,	<i>Bull. civ. I</i> , n° 153 ; <i>JCP</i> 2008. Actu. 411 ; <i>RDC</i> 2008.1143 ; <i>RTD Civ.</i> 2008.551 <i>RTD Com.</i> 2010.535.
Cour de cass.,	Civ. 1 ^{ère} ,	12 octobre 2011, n° 11- 11.058, <i>Elf Neftegaz,</i>	<i>Dall.</i> 2011.2483 ; <i>Dall.</i> 2011.3023 ; <i>RTD Com</i> 2012.522.
Cour de cass.,	Civ. 1 ^{ère} ,	15 janvier 2015, n° 11- 17.196,	<i>JCP G</i> 2014, n° 255.
Cour de cass.,	Civ. 2 ^e ,	14 février 1985,	<i>Bull. civ. II</i> , n° 38 ; <i>JCP</i> 1988, II, 21030 .
Cour de cass.,	Civ. 3 ^e ,	17 juin 2015, n° 14-14.372,	<i>JCP</i> 2015.788.
Cour de cass.,	Com.,	2 mai 1983,	n° 81-10.555.
Cour d'Appel,	Orléans,	15 mai 1961,	<i>Clunet</i> 1960.140.
Cour d'Appel,	Paris,	15 juin 1956,	<i>Dall.</i> 1956.587.
Cour d'Appel,	Paris,	29 mars 1991, <i>Ganz,</i>	<i>Rev. arb.</i> 1991.478.
Cour d'Appel,	Paris,	19 mai 1993, <i>Labinal,</i>	<i>Rev. arb.</i> 1993.645 ; <i>RTD Com.</i> 1993.494.
Cour d'Appel,	Paris, 1 ^{ère} ch.,	13 juillet 1989,	<i>Clunet</i> 1990.430.

Cour d'Appel, 1 ^{ère} ch.,	Paris,	18 novembre 2004, n° 2002/19606, <i>Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile et al.</i> ,	<i>Rev. arb.</i> 2005.751 ; <i>RTD Com.</i> 2005.263.
Cour d'Appel, 1 ^{ère} ch.,	Paris,	24 mars 2005,	<i>Rev. arb.</i> 2005.791.
Cour d'Appel, 1 ^{ère} ch.,	Paris,	22 mai 1991,	<i>Rev. arb.</i> 1996.476.
Cour d'Appel, 1 ^{ère} ch.,	Paris,	27 novembre 2008,	<i>Rev. arb.</i> 2009.229.
Cour d'Appel, 1 ^{ère} ch.,	Paris,	6 janvier 2011,	<i>Rev. arb.</i> 2011.171.
TGI,	Paris,	22 septembre 2010, <i>Elf Neftegaz c/ M. B.</i> ,	<i>Rev. arb.</i> 2011.171.
TGI,	Paris,	13 juin 1990,	<i>Rev. arb.</i> 1996.476.
TGI,	Paris, référé,	15 mai 1970, <i>Cie de Saint- Gobain c/ Fertilizer Corporation of India</i> ,	<i>Clunet</i> 1971.312.
Conseil d'État,	Assemblée,	15 février 1961, <i>Alfred- Joseph</i> ,	<i>Rec.</i> p. 114.
Conseil d'État,		13 juillet 1961, <i>Société d'entreprises générales et de travaux publics</i> ,	<i>Rec.</i> p. 473.
Conseil d'État,		12 octobre 1979,	n° 01875 01905 01948 à 01951.
Conseil d'État,		16 octobre 1992, <i>Mme Dupuis</i> ,	<i>Rec.</i> p. 371, <i>RFDA</i> 1992.1088.

B. Jurisprudence internationale

1. Cour Permanente d'Arbitrage, La Haye

12 juillet 2016, n° 2013-19, *Republic of the Philippines v People's Republic of China*.

2. Union européenne

CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International*, aff. C-126/97.

CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, RTD Civ. 2007.633, aff. C-168/05.

CJCE, 4 octobre 2007, *Max Rampion et al. c/ Franfinance SA et al.*, aff. C-429/05.

CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GMS*, aff. C-243/08, *Dall.* 2009.1960 ;
RTD Civ. 2009.684.

CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*,
aff. C-40/08, *Dall.* 2009.2548 ;
RTD Civ. 2009.684.

C. Jurisprudence étrangère

SUISSE Tribunal fédéral suisse, 19 avril 1994, *Westland*, *Clunet* 1996.743 ;
ATF 12°, II, 172.

SINGAPOUR Singapore High Court, 13 juillet 2016, [2016] SGHC 126, *VL Agro Industries v Agritrade International Pte Ltd*

GRANDE- High Court, 1954, *Christopher Brown Ltd. V. Genossenschaft Oesterreichischer Waldbesitzer*

BRETAGNE	Bench Division,		<i>Holzwirtschaftsbetriebe Registrierte GmbH</i> [1954] 1 QB 8.
AUSTRALIE	Full Court of the Federal Court of Australia	18 septembre 2013, <i>Dampskibsselskabet Norden A/S v Gladstone Civil Pty Ltd,</i>	[2013] FCAFC 107
	Federal Court of Australia,	<i>Dampskibsselskabet Norden A/S v Gladstone Civil Pty Ltd</i>	[2012] FCA 696.

D. Sentences arbitrales

1. Sentences CCI

2005-2006		n° 13139,	Sentences partielle et finale, <i>Clunet</i> 2010.1425.
1966		n° 1397,	<i>Clunet</i> 1974.878 ; <i>Collection of ICC arbitral awards 1974-1985</i> , p. 179.
1975	Paris,	n° 2404	<i>Clunet</i> 1976.995.
1978		n° 2811,	<i>Collection of ICC arbitral awards 1974-1985</i> , p. 241.
1979	Vienne,	n° 3131, <i>Ugilor (Norsolor)</i>	<i>Rev. arb.</i> 1983.525 ; <i>Clunet</i> 1989.321.
1988		n° 5103,	<i>Clunet</i> 1988.1206.
1990		n° 6503,	<i>Clunet</i> 1995.1022.
1990	Genève,	n° 5721,	<i>Clunet</i> 1990.1019.

1995 Paris, n° 7539, *Clunet* 1996.1030.

1998 n° 8891 *Clunet* 2000.1076.

2. Sentences CIRDI

3 mai 1985, *Klöckner c/ République du Cameroun*, *Clunet* 1987.163 ; P. RAMBAUD, « L'annulation des sentences Klöckner et Amco », *AFDI* 1986.259; D. A. REDFERN, « I.C.S.I.D. Losing its Appeal », 3 *Arbitration International*, 98 (1987).

3. Autres sentences

Tribunal *ad hoc*, 14 avril 1986, *Atlantic Triton c/ République de Guinée*, *Rev. arb.* 1983.525

BULGARIE Cour d'arbitrage série de sentences sur la définition de la *lex arbitrii* 1970-1976 *Clunet* 1978.650.

Cour d'arbitrage aff. 32/62 *Clunet* 1967.158.

POLOGNE Cour d'arbitrage près la Chambre polonaise du commerce extérieur, 7 mai 1963, n° A105/61 *Clunet* 1970.405 ; *Pravo w handlu zagranicznym*, 1963, n° 3, p. 88.

PAYS-BAS Rotterdam, 4 juillet 1964 *Rev. arb.* 1965.28.

ROUMANIE Commission 23 février
 d'arbitrage de 1968
 Bucarest,

Clunet 1971.639.

TABLE BIBLIOGRAPHIQUE

I. – Ouvrages généraux

- AMBROSE (Clare) – MAXWELL (Karen) – PARRY (Angharad), *London Maritime Arbitration*, 3^e éd., London, Informa, 2009, XLIX-611 p.
- AMRANI-MEKKI (Soraya), *Théorie générale du procès* : v. CADIET (Loïc).
- AUBRY (Charles) – RAU (Charles), *Droit civil français. XIII : Action et exceptions – Preuve – Autorité de chose jugée*, 6^e éd., éd. P. ESMEIN, Paris, Librairies Techniques, 1958, 479 p.
- BATTIFOL (Henri), *Les tendances actuelles en droit international privé. Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1948-I*, vol. 72, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949, 673 p.
- CADIET (Loïc) – NORMAND (Jacques) – AMRANI-MEKKI (Soraya), *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, XVII-997 p.
- CHAPUS (René), *Droit du contentieux administratif*, 12^e éd., Montchrestien, Paris, 2006, 1489 p.
- CHEDLY (Loïc), *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2002, XV-671 p.
- CHITTY (David) – BEALE (H. G.), *Chitty on Contracts*, 28^e éd., 2 vol., London, Sweet & Maxwell, 1999, CCCXXVI-1659 p. (et Index : 79 p.).
- CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2007, XX-986 p.
- DAVID (René), *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, 613 p.
- FOUCHARD (Philippe) – GAILLARD (Emmanuel) – GOLDMAN (Berthold), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, 1225 p.
- GAILLARD (Emmanuel), *Traité de l'arbitrage commercial international* :
v. FOUCHARD (Philippe).
- GOLDMAN (Berthold), *Traité de l'arbitrage commercial international* :
v. FOUCHARD (Philippe).
- HERON (Jacques) – LE BARS (Thierry), *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2015, 998 p.

- LE BARS (Thierry), *Droit judiciaire privé* : v. HERON (Jacques).
- LOQUIN (Éric), *L'arbitrage du commerce international*, Issy-les-Moulineaux, Joly Éditions – Lextenso Éditions, 2015, 460 p.
- MOTULSKY (HENRI), *Écrits, études et notes de procédure civile*, I, Paris, Dalloz, 1973, réimpr. 2009, VII-392 p.
- NORMAND (Jacques), *Théorie générale du procès* : v. CADIET (Loïc).
- ORTSCHEIT (Jérôme), *Droit de l'arbitrage interne et international* : v. SERAGLINI (Christophe).
- POUDRET (Jean-François) – BESSON (Sébastien), *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant – L.G.D.J. – Schulthess, Zurich – Bâle – Genève, 2002, XI-1179 p.
- RAU (Charles), *Droit civil français* : v. AUBRY (Charles) – RAU (Charles).
- SERAGLINI (Christophe) – ORTSCHHEIT (Jérôme), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, 948 p.

II. – Thèses et mémoires

- CASTEELE (Laure BERNHEIM VAN DE), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 824 p.
- CLAY (Thomas), *L'arbitre*, préf. Ph. FOUCHARD, Paris, Dalloz (*Nouvelle Bibliothèque des thèses*), 2001, XXV-930 p.
- DAVID (René), *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, 613 p.
- GAUCHER (Natalia), *Rigueur et pragmatisme du procès romain. Considérations sur la litis contestatio*, mémoire dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2014, 81 p. (exemplaire disponible à la Bibliothèque Cujas).
- JARROSSON (Charles), *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987 (*Bibliothèque de droit privé*, 198), XVIII-407 p.
- LOQUIN (Eric), *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, Librairies techniques, 1980, 380 p.
- MOURY (Jacques), *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau code de procédure civile*, thèse dactyl., Université Paris II-Panthéon Assas, 1986, 253 p.

RACINE (Jean-Baptiste), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ (*Bibliothèque de droit privé*, 309), 1999, XV-623 p.

SERAGLINI (Christophe), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz (*Nouvelle Bibliothèque des Thèses*, 10), 2001, XIV-571 p.

VIZIOZ (Henry), *Études de procédure*, Bière, 1956, réimpr. Paris, Dalloz, 2011, XXIV-667 p.

YILDIZ (Irfan), *La priorité chronologique reconnue à l'arbitre en droit maritime français : Particularisme ou Universalisme ? Le principe dit de compétence – compétence*, mémoire dactyl., Aix-Marseille Université, 2012, 109 p.

III. – Périodiques et actes de colloques

ICC International Court of Arbitration Bulletin n° 2016-1 : *Public policy and the enforceability of arbitral awards*, Paris, ICC Services, 2016, 76 p.

Le nouveau droit français de l'arbitrage, Thomas CLAY (Dir.), Paris, Lextenso, 2011, 266 p.

L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013, éd. E. LOQUIN – S. MANCIAUX, Paris, Lexis Nexis (*Travaux du CREDIMI*, 42), 2014, 258 p.

IV. – Articles

ANCEL (Jean-Pierre), « Le point de vue du juge judiciaire », *L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013*, éd. E. LOQUIN – S. MANCIAUX, Paris, Lexis Nexis (*Travaux du CREDIMI*, 42), 2014, pp. 197-204.

BEREGOI (Adrian), « Arbitrage commercial » : v. MOREAU (Bertrand).

BOISSESON (Matthieu DE), « La nouvelle convention d'arbitrage », *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, Lextenso éditions, 2011, pp. 81-89.

CLAY (Thomas), « The Role of the Arbitrator in the Execution of the Award », *ICC Bull.* 2009, vol. 20/1, p. 43.

COURDIER-CUISINIER (Anne-Sylvie) – GRAYOT-DIRX (Stéphanie), « Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public », *L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013*, éd. E. LOQUIN – S. MANCIAUX, Paris, Lexis Nexis (*Travaux du CREDIMI*, 42), 2014, pp. 79-97.

- DEGOS (Louis), « L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation », *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, éd. Th. CLAY, Paris, Lextenso éditions, 2011, pp. 25-56.
- DERAINS (Yves), « Détermination de la *lex contractus* », *L'Arbitrage Commercial International. L'apport de la jurisprudence arbitrale. Séminaire des 7 et 8 avril 1986*, Paris, ICC Publishing S.A., 1986, pp. 7-30.
- ID., « L'ordre public et le droit applicable au fond en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, pp. 375-413.
- ID., « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *Travaux du comité français de droit international privé. 1984-1985*, Paris, CNRS, 1987, pp. 81-92.
- DESCOURS-KARMITZ (Romy), « Arbitrage commercial » : v. MOREAU (Bertrand).
- FERRAND (Frédérique), « Appel », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2012 (actualisation : janvier 2016), n° 963 s.
- FOUCHARD (Philippe), « Le règlement d'arbitrage », *Clunet* 1979, pp. 816-845.
- GRAYOT-DIRX (Stéphanie), « Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public » : v. COURDIER-CUISINIER (Anne-Sylvie).
- IDOT (Laurence), « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence. Analyse du système », *Arbitrage et droit de l'Union Européenne. Actes du colloque du 4 novembre 2011*, éd. P. MAYER, Paris, Lexis Nexis, 2012, pp. 113-144.
- KAHN (Philippe), « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *Clunet* 1989, pp. 305-327.
- LEVEL (Patrice), « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 259-276.
- LOQUIN (Éric), « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *Clunet* 1983, pp. 293-345.
- ID., « L'application des règles nationales dans l'arbitrage commercial international », *L'Arbitrage Commercial International. L'apport de la jurisprudence arbitrale. Séminaire des 7 et 8 avril 1986*, Paris, ICC Publishing S.A., 1986, pp. 67-122.
- ID., « Une synthèse attendue du droit de l'arbitrage commercial international : le Traité de l'arbitrage commercial international de Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman », *Clunet* 1996, pp. 909-920.

- ID., « De l'obligation faite au tribunal arbitral de faire discuter contradictoirement par les parties les moyens de droit qu'il introduit dans la cause », *RTD Com.* 2010.545.
- ID., « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. arb.* 2010-2, pp. 201-233.
- ID., « L'application par les tribunaux arbitraux internationaux des règles de droit qu'ils estiment appropriées », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, éd. V. HEUZE – R. LIBCHABER – P. de VAREILLES-SOMMIERES, Issy-les-Moulineaux, LGDJ – Lextenso Éditions, 2015, pp. 533-545.
- ID., « Statut de l'arbitre et conditions d'exercice », *JCl. proc. civ.*, fasc. 1015, 2015 (mise à jour : février 2016).
- MAYER (Pierre), « L'interprétation des lois de police », *L'Arbitrage Commercial International. L'apport de la jurisprudence arbitrale. Séminaire des 7 et 8 avril 1986*, Paris, ICC Publishing S.A., 1986, pp. 31-66.
- ID., « Le contrat illicite », *Rev. arb.* 1984, p. 205.
- ID., « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.*, 1994, IV, pp. 615-652.
- MOREAU (Bertrand) – BEREGOI (Adrian) - DESCOURS-KARMITZ (Romy) *et al.*, « Arbitrage commercial », *Répertoire de droit commercial*, septembre 2013 (actualisation : janvier 2016), n° 379 s.
- NAIRAC (Charles) - ALEJNIKOVA (Elina) – THADIKKARAN (Manu), « To What Extent Do Arbitral Tribunals Take into Account Public Policy in the Jurisdictions of Prospective Enforcement of an Award? An Analysis of ICC Awards », *ICC International Court of Arbitration Bulletin* n° 2016-1, pp. 3-10.
- NORMAND (Jacques), « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6-1) », *RTD Civ.* 1996.689.
- PERREAU (E. H.), « De la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat passé à l'étranger », *Clunet* 1919, pp. 787-794.
- PINNA (Andrea), « L'autorité des règles d'arbitrage choisies par les parties », *Les Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, LGDJ – Lextenso Editions, 2014-1, pp. 9-28.

- RACINE (Jean-Baptiste), « Le nouvel arbitre », *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, Lextenso éditions, 2011, pp. 117-142.
- ID., « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », *L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013*, éd. E. LOQUIN – S. MANCIAUX, Paris, Lexis Nexis (*Travaux du CREDIMI*, 42), 2014, pp. 7-35.
- RAMBAUD (P.), « L'annulation des sentences Klöckner et Amco », *AFDI* 1986.259.
- VAN DEN BERG (Albert Jan), « New York Convention of 1958 : Refusals of Enforcement », *ICC Bulletin* 2007-2, pp. 15-47.
- WEILLER (Laura), « Principes directeurs du procès », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2015.
- ZWEIGERT (Konrad) – PUTTFARKEN (Hans-Jürgen), « Pratique et droit comparé. Remarques comparatives sur la procédure civile française, allemande et européenne », *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 355-364.

V. – Notes, Conclusions

- AMRANI-MEKKI (Soraya), *JCP G*, 2007, II, 10070, n. sous Cass. Ass. plén., 7 juillet 2010, *Cesareo*.
- ARNALDEZ (J.-J.), *Rev. arb.* 1997.69, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1996.
- AUDIT (Mathias), « Qui du tribunal arbitral ou des tribunaux étatiques es compétent pour connaître de la validité d'un contrat d'arbitre ? », *Rev. arb.* 2011.171, n. sous TGI de Paris, 22 septembre 2010, *Elf Neftegaz c/ M. B.* et CA de Paris, 6 janvier 2011, *M. B. C. c/ Elf Neftegaz*.
- CLAY (Thomas), *Dall.* 2009.2548, n. sous CJCE 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08.
- DERAINS (Yves), *Clunet* 1974.887, note sous sent. CCI n° 1422, 1966.
- ID., *Clunet* 1976.995, n. sous sent. CCI n° 2404, Paris, 1975.
- ID., *Clunet* 1990.1019, n. sous sent. CCI n° 5721, Genève, 1990.
- ID., *Clunet* 1995.1022, n. sous sent. CCI n° 6503, 1990.
- ID., *Clunet* 1996.1030, note sous sent. CCI, Paris, n° 7539, 1995.

GOLDMAN (Berthold), *Clunet* 1966.140, note sous CA d'Orléans, 15 mai 1961, *Société Jean Tardis c/ Korn Og Foderstof Kompagniet*.

ID., *Clunet* 1990.430, note sous CA de Paris, 13 juillet 1989.

ID., *Clunet* 1992.177, n. sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c/ Sté Primary Coal*.

IDOT (L.), *Rev. arb.* 1991.478, n. sous CA Paris, 29 mars 1991, *Ganz*.

JARROSSON (Charles), *Rev. arb.* 1993.645, n. sous CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*.

KAHN (Philippe), *Clunet* 1971.312, n. Ph. KAHN, note sous TGI de Paris, référé, 15 mai 1970, *Cie de Saint-Gobain c/ Fertilizer Corporation of India*.

LOQUIN (Eric), *RTD Com.* 1993.494, n. sous CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*.

ID., *RTD Com.* 2005.263, n. sous CA Paris, 1^{ère} ch., 18 novembre 2004, n° 2002/19606, *Thalès Air Défence c/ GIE Euromissile et al.*

ID., *RTD Com.* 2010.535, n. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008.

ID., *RTD Com.* 2012.522, n. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 2011, *Elf Neftegaz*.

MAYER (Pierre), « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.*, 1994, IV, pp. 615-652.

MOTULSKY (Henri), *JCP* 1963, II, 13191, note sous Cass. civ. 2^e, 6 juin 1962.

POISSONNIER (G.), *Dall.* 2009.1960, n. sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GMS*, aff. C-243/08.

RADICATI DI BROZZOLO (Luca), *Rev. arb.* 2005.751, n. sous CA Paris, 1^{ère} ch., 18 novembre 2004, n° 2002/19606, *Thalès Air Défence c/ GIE Euromissile et al.*

REDFERN (D. A.), « I.C.S.I.D. Losing its Appeal », 3 *Arbitration International*, 98 (1987).

REMY-CORLAY (Pauline), « L'influence du droit communautaire sur l'office du juge », *RTD Civ.* 2009.684, n. sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GMS*, aff. C-243/08, et CJCE 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08.

ROBERT (J.), *Dall.* 1956.587, n. sous CA Paris, 15 juin 1956.

SERINET (Yves-Marie), *JCP* 2015.788, n. sous Cass. civ. 3^e, 17 juin 2015, n° 14-14.372.

THERY (Philippe), *RTD Civ.* 2007.633, n. sous CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*.

TRUONG-NGUEN (Corinne), *Clunet* 2010.1425, n. sous sentences partielle et finale dans l'affaire CCI n° 13139, rendues en 2005 et 2006.

WEILLER (Laura), *Dall.* 2006.2135, n. sous Cass. Ass. plén., 7 juillet 2010, *Cesareo*.

WIEDERKEHR (Georges), *JCP* 2007, II, 10070, n. sous Cass. Ass. plén., 7 juillet 2010, *Cesareo*.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	3
SOMMAIRE	5
ABREVIATIONS	6
INTRODUCTION	8
PARTIE 1 : EXISTENCE DE LA PREROGATIVE	11
Chapitre 1 : Nature de la prérogative : une intervention dans l'exercice de l'action	12
Section 1 : D'un point de vue procédural : une perturbation de l'exercice de l'action	12
§1. - Intervention dans l'exercice de l'action	12
A. Nature de la demande d'arbitrage : une action exercée devant un juge privé	12
B. Le moyen relevé <i>sua sponte</i> : une intervention dans l'exercice de l'action	16
1. Rejet de la thèse de la requalification des faits	17
2. Solution proposée : une intervention dans l'exercice de l'action	18
§2. – Une redéfinition de la substance du litige	18
A. La définition du litige incombe aux parties	19
1. La solution de <i>leges arbitrii</i> nationales	19
2. L'arbitrage international et les règlements d'arbitrage	21
B. L'intervention de l'arbitre en cas de défaut dans la définition du litige par les parties	22
1. Accord des parties et défaut procédural : le moyen tiré de l'incompétence de l'arbitre	22
2. Accord des parties et défaut substantiel : définition de la <i>lex causae</i>	23
Section 2 : D'un point de vue substantiel : dépassement du cadre du litige initial	26
§1. – L'initiative de l'arbitre face au « contrat d'arbitre »	26
A. L'antagonisme entre le relevé <i>sua sponte</i> et la définition contractuelle de la mission de l'arbitre	26
B. Le rattachement incident du moyen relevé d'office à la volonté des parties	28
1. Rattachement à la volonté explicite des parties	28
2. Rattachement à la volonté implicite des parties	28
§2. – L'autorité relative de la définition du litige par les parties	30
A. Le moyen relevé d'office et l' <i>ultra petita</i>	30
1. Le principe dispositif	30
2. Le risque de sanction de la sentence pour <i>ultra petita</i>	31
B. Les limites à l'autorité de la définition du litige par les parties	32
Conclusion du chapitre 1 : Antagonisme entre le relevé d'office et la source contractuelle du pouvoir de l'arbitre	35
Chapitre 2 : L'obligation de l'arbitre d'exercer la prérogative	36
Section 1 : Ordre public et volonté des parties : l'arbitre garant de l'effectivité de la sentence	37
§1. – L'absence d'obligation légale de relever un moyen d'office	38

A.	Rejet de l'idée d'un « arbitre gardien de l'ordre public »	39
B.	L'incidence <i>a posteriori</i> des institutions étatiques sur le relevé d'office	40
§2.	– La censure des juridictions sur les sentences rendues au mépris des dispositions d'ordre public	41
A.	La censure de l'atteinte à des principes d'ordre public dans le contentieux de la reconnaissance et de l'exécution des sentences	42
1.	Le respect de l'ordre public dans la Convention de New York du 10 juin 1958	42
2.	Le refus de reconnaissance des sentences pour non-conformité à l'ordre public	44
B.	La censure pour violation manifeste des principes d'ordre public dans le contentieux de l'annulation des sentences	45
1.	L'obligation théorique de juger en respect de l'ordre public communautaire	45
2.	La sanction limitée du manquement à cette obligation : un contrôle de la violation manifeste	46
C.	L'obligation tirée de la <i>lex causae</i> ou de la <i>lex arbitrii</i>	47
Section 2 :	La responsabilité de l'arbitre de relever un moyen d'office	48
§1.	– Existence d'une obligation contractuelle vis-à-vis des parties	48
A.	L'obligation contractuelle de l'arbitre de relever un moyen d'office	48
B.	Limites contractuelles à l'exercice de la prérogative	49
1.	Le refus exprès des parties	49
2.	Une prérogative réservée aux moyens de pur droit	51
3.	L'interdiction de suppléer à un manquement des parties	52
C.	Responsabilité et immunité de l'arbitre	53
§2.	– Existence d'une obligation juridictionnelle de l'arbitre - statut	54
Conclusion du chapitre 2		54
Conclusion de la partie 1 : Propositions utiles à l'harmonie des principes		56
PARTIE 2 : REGIME DE LA PREROGATIVE		57
Chapitre 1 : Conditions d'admission quant à la source des moyens relevés d'office		58
Préliminaire :	Sur l'incompétence matérielle de l'arbitre	58
Section 1 :	Les moyens tirés des règles étatiques d'ordre public	58
§1.	– L'admission de l'arbitre à statuer sur des règles internes d'ordre public	58
A.	L'arbitre « autorisé » à appliquer les règles nationales d'ordre public	59
B.	L'arbitre et le droit communautaire de la concurrence.	59
§2.	Les moyens tirés de l'ordre public des États	60
A.	Nullité de la clause compromissoire : l'exemple du droit maritime	61
B.	Ordre public de protection et droit de la consommation	63
Section 2 :	Les moyens tirés d'un nouvel ordre public	64
§1.	– L'expansion de moyens relevés d'office sur le fondement du droit international	65
A.	La pertinence de la <i>lex mercatoria</i>	65
B.	Exemples de moyens relevés d'office sur le fondement du droit international	66
§2.	– L'efficacité des moyens tirés de principes internationaux	67
A.	Efficacité quant au fondement contractuel de la mission de l'arbitre	67
B.	Efficacité quant à l'équivalence entre les principes relevés d'office et les principes nationaux	67
Conclusion du Chapitre 1 :	la limite du « conflit d'ordres publics »	68

Chapitre 2 : Conditions d'admission quant à la forme du relevé d'office des moyens	69
A. La seule condition <i>sine qua non</i> : le respect du principe du contradictoire	69
1. Principe du contradictoire et moyens relevés d'office	69
1. D'un point de vue procédural : le contradictoire permet de réintroduire dans le litige le moyen initialement absent	70
2. D'un point de vue substantiel : le contradictoire garantit le respect des droits fondamentaux des parties	70
3. Application à tout moyen	70
B. L'ineffectivité des autres principes sur la validité du relevé d'office d'un moyen	71
1. Ineffectivité des principes d'indépendance et d'impartialité	71
2. Caractère a priori inutile du principe de loyauté	72
Conclusion générale : proposition d'une ligne de conduite à destination des acteurs du procès arbitral	73
1°) <i>A priori</i> : définition efficace de la substance litigieuse par les parties	73
2°) En cours d'instruction	74
A. Le moyen peut-il être rattaché aux termes du litige présentés par les parties ?	74
B. En cas de réponse négative : « test » de la nécessité du moyen à l'effectivité de la sentence	74
C. Garantie du respect d'une procédure contradictoire	74
ANNEXES	76
Annexe 1 : Carte des États dont la loi nationale d'arbitrage est établie sur le modèle la loi-type CNUDCI, au 24 août 2016	76
Annexe 2 : Liste des États dont la loi nationale d'arbitrage est établie sur le modèle de la loi-type CNUDCI, au 24 août 2016	77
Annexe 3 : Carte des États signataires de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958	81
Annexe 4 : État chronologique des ratifications de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958	82
TABLE DES SOURCES	90
I. – Textes et législations	90
A. Textes antiques	90
B. Textes internationaux	90
C. Textes internes	90
1. Angola	90
2. France	90
3. Grande-Bretagne	91
D. Textes d'origine privée (institutions d'arbitrage)	91
II. – Principales décisions commentées	91
A. Jurisprudence française	91
B. Jurisprudence internationale	94
1. Cour Permanente d'Arbitrage, La Haye	94
2. Union européenne	94
C. Jurisprudence étrangère	94
D. Sentences arbitrales	95

1. Sentences CCI	95
2. Sentences CIRDI	96
3. Autres sentences	96

TABLE BIBLIOGRAPHIQUE **98**

I. – Ouvrages généraux	98
II. – Thèses et mémoires	99
III. – Périodiques et actes de colloques	100
IV. – Articles	100
V. – Notes, Conclusions	103

TABLE DES MATIERES **106**