

QUE RESTE-T-IL DU CONCEPT D'INARBITRABILITÉ ?

par

Laurence RAVILLON

Professeur à l'Université de Bourgogne

Directrice du CREDIMI

Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique de Dijon

La notion d'arbitrabilité n'est pas définie par les textes internationaux relatifs à l'arbitrage (même si une allusion est faite à la notion aux II. 1¹ et V.2 a)² de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et à l'article 36 (1) (b) (i)³ de la loi modèle CNUDCI) mais il n'est pas contesté qu'elle entraîne des restrictions au recours à l'arbitrage et détermine le périmètre de la soumission à l'arbitrage.

La notion, vue sous l'angle du droit français, désigne la possibilité de soumettre la matière à l'arbitrage (pour le volet arbitrabilité objective), ou la possibilité pour la personne de compromettre (pour le volet arbitrabilité subjective). La notion est « une condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres »⁴. Même si certains auteurs

1 « Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends (...) portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ».

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 constate : a) que, d'après la loi de ce 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 ».

3 « La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale (...) ne peut être refusée que : si le tribunal constate que : l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État ».

4 B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *RCADI*, 2002, t. 296, p. 39.

voient uniquement dans l'arbitrabilité objective le vrai concept d'arbitrabilité⁵, on constate que ces deux types d'arbitrabilité sont souvent abordés ensemble par les textes⁶ puisque, dans les deux cas, on s'interroge bien sur la possibilité pour l'arbitre de statuer valablement en fonction de la matière litigieuse ou de la qualité d'une partie au litige (laquelle peut d'ailleurs également toucher à la matière litigieuse, en présence d'un contrat d'État par exemple).

Dans certains droits, la notion d'arbitrabilité est appréhendée de manière plus large qu'en droit français : ainsi, en droit américain, elle désigne l'existence du consentement à l'arbitrage et le champ d'application de la clause d'arbitrage⁷. Englober l'existence et la validité du consentement ne correspond toutefois pas à la pratique internationale.

La notion d'arbitrabilité et son antonyme, l'inarbitrabilité, sont donc des notions à géométrie variable, variable selon le caractère interne ou international de l'arbitrage et selon l'État concerné, même si des constantes peuvent être dégagées.

Plus qu'une étude générale de l'arbitrabilité, déjà menée, notamment au cours des années 1990, c'est l'évolution de la notion que nous efforcerons de présenter afin d'identifier ce qu'il reste du concept d'inarbitrabilité, dans le cadre d'une vision orientée vers le droit international. Et nous verrons que, quel que soit le système juridique sous la loupe, l'évolution a été linéaire, vers l'extension systématique du champ de l'arbitrage, dans un mouvement parallèle à la *favor arbitrandum*, mouvement législatif mais aussi jurisprudentiel – et aussi, pour partie, doctrinal –. L'observation de cette extension s'est d'abord faite à partir de l'arbitrabilité subjective, rapidement considérée comme une règle matérielle de l'arbitrage commercial international, par les juridictions nationales françaises, dès l'arrêt Galakis⁸, mais aussi par les

5 Selon M. JARROSSON, « la seule et véritable arbitrabilité est celle dite objective : l'arbitrabilité est l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage. L'arbitrabilité subjective est un abus de langage et recouvre une autre notion, qui peut résider soit en une règle de capacité, soit en une règle matérielle relative à l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre. Les difficultés posées par ces deux types d'arbitrabilité n'ont pour ainsi dire rien en commun, si ce n'est que, de façon diffuse, se trouve en cause le recours à l'arbitrage », « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1995, pp. 1-2, n° 3.

6 Tel est le cas du Code judiciaire belge et de la loi suisse sur le droit international privé.

7 B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *op. cit.*, p. 43.

8 Cass., 2 mai 1966, *JDI* 1966, p. 648, note P. LEVEL : la Cour de cassation y approuve la Cour d'appel d'avoir jugé que l'interdiction, pour l'État, de compromettre,

juridictions arbitrales⁹. Elle a ensuite été sensible à l'égard de l'arbitrabilité objective. Matière après matière, les vannes de l'arbitrabilité se sont ouvertes (ou celles de l'inarbitrabilité se sont fermées, selon l'angle de vue adopté).

Cette arbitrabilité croissante a partie liée avec la place privilégiée actuellement occupée par l'arbitrage commercial international dans le paysage du règlement des différends du droit des affaires internationales, compagnon naturel du phénomène de mondialisation. Elle entre dans le cadre d'une gestion optimisée du contentieux par les entreprises¹⁰. L'arbitrage n'est d'ailleurs même plus uniquement la justice du monde des affaires, en raison de cette extension croissante de la notion d'arbitrabilité, qui fait dire à certains auteurs qu'« il semblerait donc que l'internationalité ait pour effet de rendre tout contrat arbitral »¹¹.

L'objectif de l'arbitrabilité, à savoir « un souci de protection de l'ordre public »¹², perd peu à peu de sa vigueur, en même temps que le périmètre de l'arbitrabilité s'étend. L'arbitrage grignote et est même très gourmand, gourmandise avalisée par les États.

Les incertitudes sont toutefois de mise, qu'elles soient relatives au concept – même si ses effets ne sont pas discutés – ou encore au droit applicable¹³.

n'est pas applicable « à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime ».

9 Voir par exemple la sentence *Framatome c. Atomic Energy Organisation of Iran*, CCI, n° 3896, *Clunet* 1984, p. 58 et l'article de Bruno OPPETIT, « Arbitrage et contrats d'État, l'arbitrage *Framatome* et autres c. *Atomic Energy Organisation of Iran* », *ibid.*, p. 37. Le tribunal arbitral a ainsi jugé que : « un principe général, aujourd'hui universellement reconnu tant dans les rapports interétatiques que dans les rapports internationaux privés (que ce principe soit considéré comme d'ordre public international, comme appartenant aux usages du commerce international ou aux principes reconnus tant par le droit des gens que par le droit de l'arbitrage international ou la *lex mercatoria*), interdirait de toute façon à l'État iranien – même s'il en avait eu l'intention, ce qu'il n'est pas le cas – de renier l'engagement d'arbitrage qu'il aurait souscrit lui-même ou qu'un organisme public comme l'AEOI aurait souscrit précédemment ».

10 V. A. BERNARD, D. 2009, chron. p. 1701 : « L'optimisation du contentieux par les entreprises » et Rapport FIDAL et American Arbitration Association, *Vers un management optimisé des litiges. – Améliorer les résultats économiques et non économiques de l'entreprise par une gestion avisée des conflits*, 2009.

11 I. BEYNEIX, L.-Cl. LEMMET, « L'arbitrage international est-il encore un mode alternatif de règlement des différends ? », *RTD com.*, 2012, p. 236.

12 Ph. FOUCARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, n° 532, p. 329.

13 B. HANOTIAU, « La loi applicable à l'arbitrabilité », *RDAI*, 1998, n° 7, pp. 755-779.

Les frontières de l'arbitrabilité sont difficiles à tracer, la notion étant qualifiée d'« abstraite, délicate, mal cernée, fuyante et qui suscite un certain nombre de malentendus, voire de contresens »¹⁴, ou encore de question parmi les plus complexes du droit de l'arbitrage¹⁵. Ces difficultés sont liées, en ce qui concerne l'arbitrabilité objective, à l'absence de critères d'arbitrabilité des litiges, hormis la référence à l'article 2060 al. 1 du Code civil, aux « matières qui intéressent l'ordre public ».

La question du droit applicable, également incertaine, sera appréhendée de manière différente selon que le juge étatique ou le juge arbitral est saisi¹⁶.

L'examen de l'amont et de l'aval de l'arbitrabilité permettra d'analyser le caractère distendu des liens entre l'ordre public et l'arbitrabilité (I) et les conséquences de la place résiduelle de l'ordre public dans l'appréciation de l'arbitrabilité (II) :

I – LE CARACTÈRE DISTENDU DES LIENS ENTRE L'ORDRE PUBLIC ET L'ARBITRABILITÉ

La faveur faite à l'arbitrage résulte de la modification des critères de l'arbitrabilité (A) et d'un mouvement de fond plus général (B) :

A – La modification des critères de l'arbitrabilité

À propos de la référence aux « matières qui intéressent l'ordre public », contenue à l'article 2060 al. 1 du Code civil, longtemps considérée comme un rempart à l'arbitrabilité et référence justement à l'origine de l'ambiguïté relative à la notion, la jurisprudence française en a fait une lecture toute différente de la lettre du texte, inadapté à l'ordre public économique puisqu'il aurait largement affecté la place de l'arbitrage dans le droit du commerce international.

14 « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1995, p. 1, n° 1.

15 F. HENRY, « Les progrès de l'arbitrage : existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l'arbitrage/arbitrabilité ? », in *Hommage à Guy Keutgen, pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, CEPANI, Bruylant, 2013, p. 191.

16 C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, Lextenso Éditions, 2013, pp. 531 et s., n° 628 et s.

La jurisprudence affirme en effet, avec beaucoup de vigueur et de manière constante, que « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux »¹⁷. La jurisprudence française a en outre jugé, dès les années 1960, dans les arrêts San Carlo et Galakis, que l'article 2060 du Code civil n'était pas applicable en matière internationale.

Ce mouvement favorable à l'arbitrage, faisant fi de la référence, dans les textes, à l'ordre public, n'est pas propre à la France, mais a pu être observé de manière plus générale en droit comparé (en droit américain ou en droit suisse par exemple).

Dès lors, et dans la mesure où la notion d'ordre public, qui peut toutefois limiter l'accès à la justice arbitrale, est un ordre public international, seules les matières qui touchent de très près à cet ordre public (le droit pénal¹⁸ ou l'état des personnes) ne seront pas susceptibles d'échapper à la compétence des juges étatiques. Aujourd'hui, il est donc largement admis que l'arbitre peut appliquer les règles relevant de l'ordre public international et en sanctionner la méconnaissance, sous le contrôle du juge étatique, les contours de ce contrôle restant toutefois à tracer.

La notion d'ordre public se déportera au stade de l'exequatur et du contrôle de la sentence : nous sommes donc dans l'*a posteriori* et non plus dans l'*a priori*. Les arbitres vont ainsi recevoir compétence très largement, puisqu'on ne la leur retirera que si la clause d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable, mais leur sentence fera l'objet d'un contrôle de la part des juges étatiques, afin de vérifier qu'elle est conforme à l'ordre public.

17 Labinal, Paris, 19 mai 1993, *RTD com.* 1993, p. 492, obs. DUBARRY et É. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note Ch. JARROSSON ; *JDI* 1993, p. 957, note L. IDOT : les arbitres « peuvent tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant directement être appliquées aux relations des parties en cause » ; « en matière internationale, l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent, ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation »).

18 C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., pp. 551 et s., n° 649.

B – L'influence de la *favor arbitrandum*¹⁹

L'arbitrabilité large résulte d'une interprétation jurisprudentielle *in favorem* des textes du droit de l'arbitrage, libéralisme lié à l'adéquation de l'arbitrage au monde des affaires en raison de la technicité des matières, de la confidentialité, du choix des arbitres, de la crainte d'être attrait, dans certains cas, devant des juridictions américaines avec un risque d'indemnisation démesurée, du rôle des usages²⁰...

L'arbitrabilité large est donc le pendant du principe d'autonomie applicable à la clause d'arbitrage en droit international, principe au demeurant repris dans l'article 1506 du Code de procédure civile renvoyant à l'article 1447, ce qui n'affecte pas le caractère matériel de la règle²¹.

Nous entrons en réalité dans une sorte de chaîne d'autonomie, qui commence par l'autonomie de la volonté, et qui continue par l'indépendance de la clause par rapport au contrat principal et par rapport à toute loi étatique²², depuis l'arrêt Hecht du 4 juillet 1972 posant cette règle matérielle²³, réaffirmée à plusieurs reprises depuis, notamment dans l'arrêt Dalico, précisant qu'« [e]n vertu de la règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence ou son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français de l'arbitrage et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique »²⁴. Ce principe a encore été amplifié par l'arrêt Zanzi, affirmant qu'« il résulte du principe de validité de la clause d'arbitrage internationale, sans condition de commercialité (...) que l'article 2061 du code civil est sans application dans l'ordre international »²⁵.

19 B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI* 1994, pp. 899 et s.

20 Pour un exemple en droit de la réassurance, v. F. Turgné, « La clause compromissoire dans la convention de réassurance », *Responsabilité civile et assurances*, février 2012, n° 2, form. 2.

21 Ch. JARROSSON, J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011, p. 63.

22 Ph. LEBOULANGER, « Le principe de validité de la clause compromissoire », in *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, Actes du Colloque du Mans, 15 décembre 2011, Éditions L'Épilogue – Lextenso, 2012, pp. 21 et s.

23 Cass. civ. 1ère, *Rev. arb.*, 1974, p. 89.

24 Cass. civ. 1ère, 20 décembre 1993, *JDI* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, et p. 690, note É. LOQUIN.

25 Cass. civ. 1ère, 5 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 260, note Ph. FOUCHARD ; *RTD com.*, 1999, p. 380, obs. É. LOQUIN.

À ce sujet, comme le relevait M. E. GAILLARD, « [l]a règle n'était destinée à l'origine qu'à prendre le contrepied du principe posé par l'ancien article 2061 du Code civil selon lequel une convention d'arbitrage n'était valable que par exception. Le principe est aujourd'hui inverse (tant en raison de la réforme de ce texte par la loi du 15 mai 2001 que de la position de la jurisprudence, réaffirmée après la réforme, par la Cour de cassation »²⁶).

Ce principe, qualifié de règle matérielle et même de règle matérielle à fonction validante par M. J.-B. RACINE²⁷, puisqu'il permet aux juridictions françaises d'affirmer la validité de la clause hors de toute référence à un système de conflit de lois, est complété par le principe compétence-compétence²⁸ – dont il résulte que peu d'arbitres rendent des déclarations d'incompétence –. Ce principe est envisagé en droit français sous sa forme radicale puisque le juge étatique s'efface d'une manière qualifiée par certains auteurs de spécifique voire d'idéologique²⁹. De cette combinaison, à laquelle on ajoute une conception économique extensive de l'internationalité de l'arbitrage (dès lors que les intérêts du commerce international sont mis en jeu dans l'opération économique appréhendée dans son ensemble et sa finalité³⁰), et les décisions jugeant que les questions d'ordre public sont arbitrables, il résulte une forte pression en faveur de l'arbitrabilité, laquelle est « dissoute dans la *favor arbitrandum* »³¹.

L'arbitrabilité large est justifiée par la notion d'efficacité du règlement des différends, recherchée et prouvée par l'adhésion large à la Convention de New York, et de la clause d'arbitrage en matière internationale, renforcée par l'application de règles matérielles à tout litige soumis aux juridictions françaises hors de toute référence à un système de conflit de lois. Elle est

26 E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2007, p. 709.

27 *Jurisclasseur Contrats – Distribution*, Fasc. 191, Convention d'arbitrage : formation, 2009, § 16.

28 « Le seul tempérament à l'effet négatif du principe est la nullité manifeste de la convention d'arbitrage, et encore faut-il que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi du litige », É. LOQUIN, « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international », in *Études offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux*, Litec, pp. 342-343.

29 G. KHAIRALLAH, « Le principe compétence-compétence peut-il faire abstraction de la loi étrangère ? », in *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, op. cit., p. 16.

30 Cass. civ. 1ère, 12 mai 2010, El Assidi c. Sté Nest, *Rev. arb.*, 2010, pp. 392-393.

31 É. LOQUIN, « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international », in *Études offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux*, Litec, p. 341.

considérée comme le « fruit de la reconnaissance par les États de l'importance de l'autonomie des parties, dont le rôle ne cesse de croître en droit international privé, ainsi que des exigences de la mondialisation. Tout ceci implique une décentralisation du système d'application des lois et de solution des différends, et donc une forme d'*outsourcing* de l'interprétation et de l'application des règles de droit, qui rend illusoire l'idée que l'État puisse prétendre à un monopole à cet égard. Le tout se traduit inévitablement par la reconnaissance d'une équivalence de fond entre les fonctions des juridictions étatiques et de l'arbitrage »³².

Le libéralisme du droit de l'arbitrage est d'ailleurs incarné, après les créations prétoriennes, dans le décret du 13 janvier 2011³³ consacrant plusieurs grands principes de souplesse, de manifestations de la faveur faite à l'arbitrage et d'aplanissement des obstacles, ainsi que dans l'efficacité qui résulte mécaniquement du nombre d'États ayant ratifié la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Le droit français de l'arbitrage se conforme à cette philosophie de faveur à l'arbitrage³⁴, sensible en matière de clauses pathologiques, de circulation de clauses d'arbitrage, de clauses par référence mais aussi dans les principes destinés à assurer l'efficacité de la sentence, dès lors que « la pertinence du raisonnement échappe au juge de l'annulation »³⁵, ce qui fait automatiquement reculer le contrôle de la violation de l'ordre public international :

II – LES CONSÉQUENCES DE LA PLACE RÉSIDUELLE DE L'ORDRE PUBLIC DANS L'APPRÉCIATION DE L'ARBITRABILITÉ

Comme indiqué précédemment, la notion d'ordre public interviendra au stade de l'exequatur et du contrôle de la sentence dès lors que les arbitres ne peuvent bénéficier d'un blanc-seing. En réalité, l'approche relâchée du contrôle de la sentence par les juges étatiques dans des pays comme la France

32 L.G. RADICATI DI BROZOLO, « L'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.*, 2005, p. 539.

33 E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, 1er avril 2011, pp. 263 et s., § 4.

34 E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 703.

35 Cass. 1ère, 29 janvier 2002, Hudault c. SGS, cité par E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *ibid.*, p. 714.

atténuée la force de cette affirmation. En effet, le contrôle approfondi de la sentence, prôné par certains³⁶, n'est pas envisageable compte tenu de l'interdiction de révision au fond. D'autres affirment qu'une telle révision confinerait à l'absurdité puisque « l'État finirait par reprendre d'une main (le contrôle de la sentence) ce qu'il paraît avoir concédé de l'autre (la reconnaissance de l'arbitrabilité) »³⁷.

L'approche pragmatique du droit de l'arbitrage entraîne une extension presque irrésistible du champ de l'arbitrabilité (A), les limites à l'arbitrabilité étant de plus en plus réduites à la portion congrue (B) :

A – L'extension croissante du champ de l'arbitrabilité en amont : l'approche pragmatique du droit de l'arbitrage

Au titre de l'extension des matières arbitrables, certaines législations posent comme principe celui de l'arbitrabilité en posant comme critère celui du caractère patrimonial du litige, l'inarbitrabilité étant alors l'exception. Tel est le cas du droit suisse³⁸ et du droit américain. Le libéralisme du droit américain, par exemple, est important, dans la mesure où les litiges du commerce international sont considérés comme arbitrables en droit fédéral, y compris si les législations étatiques interviennent pour limiter l'accès à l'arbitrage. Cette limitation ne s'appliquera alors qu'en droit interne. Les exceptions sont vraiment très peu nombreuses (c'est le cas notamment du droit des assurances et du droit de la faillite).

En droit français, l'arbitrabilité subjective a rapidement connu une extension au bénéfice des États, avec les arrêts *Myrtoon Steamship*, *San Carlo*, *Galakis* et *Gatoil*, grâce à l'élaboration d'une règle matérielle autorisant les personnes publiques à compromettre³⁹. Un mouvement similaire a pu être

36 W. ADELGAUWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 464 et s.

37 L.G. RADICATI DI BROZOLO, « L'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris) », *op. cit.*, p. 549.

38 Article 177 de la Loi sur le droit international privé : « Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage ».

39 La prohibition de compromettre applicable aux contrats internes n'est pas applicable « à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime », *Galakis*, Cass. 1ère civ., 2 mai 1966, *RCDIP* 1976, p. 533, note B. GOLDMAN.

observé en droit comparé et dans la jurisprudence arbitrale internationale⁴⁰, que l'on soit en présence de sentences rendues dans le cadre d'arbitrages institutionnels ou *ad hoc*. En revanche, la situation de l'arbitrabilité objective a été plus chaotique, avec l'identification de matières considérées comme sensibles, au carrefour de l'arbitrabilité et de l'inarbitrabilité, de matières dans lesquelles une des parties au contrat est considérée comme faible ou encore dans lesquelles l'arbitrage est culturellement difficile à admettre. Ainsi, dans les États comme la France (mais accompagnée en cela par beaucoup d'autres États), la situation est assez complexe en raison des ambiguïtés contenues dans les textes, qui ont donné lieu à de multiples écrits et interprétations.

Toutefois, de manière générale, de nombreuses matières sont peu à peu tombées dans l'escarcelle arbitrale. On songe au droit de la concurrence, emblématique de l'extension de l'arbitrabilité, puisque, des interactions du droit de l'arbitrage et du droit de la concurrence⁴¹, il ressort que, d'une situation de méfiance à l'égard de l'arbitrage (aux États-Unis, comme du côté des autorités européennes), on est passés à une situation d'arbitrabilité des litiges du droit de la concurrence⁴². Cette arbitrabilité résulte de l'arrêt Mitsubishi aux États-Unis⁴³ et de l'arrêt Eco Swiss en Europe⁴⁴, permettant aux arbitres de mettre en œuvre le droit de la concurrence⁴⁵, arrêt suivi en

40 Sentence CCI n° 1939 : « l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique traitant avec des personnes étrangères au pays puissent passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole », cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 342, n° 551.

41 L. IDOT, « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations », *Rev. arb.*, 2000, pp. 591 et s. – C. NOURISSAT, « L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique communautaire : une ère nouvelle ? », *RDAL*, 2003, n° 7, pp. 761 et s. – L. SIMONT, « Arbitrage et droit de la concurrence. Quelques réflexions d'un arbitre », *RDAL*, 1998, n° 4/5, pp. 547 et s.

42 Pour une vision globale de la question, v. *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, sous la dir. de P. MAYER, Travaux du CREDIMI, vol. 38, Paris, LexisNexis, 2012.

43 Cour suprême des États-Unis, 2 juillet 1985, *Rev. arb.*, 1986, p. 273, et le commentaire de J. ROBERT, p. 173.

44 CJCE, 1er juin 1999, C-126-97, *Rev. arb.*, 1999, p. 631, note L. Idot. – S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'ordre public international en droit communautaire ; À propos de l'arrêt EcoSwiss », *JDI* 2000 p. 299 ; « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *Travaux Comité français de droit international privé*, 2002-2004, pp. 65-106.

45 D. MATRAY, G. MATRAY, « Introduction. Arbitrage et concurrence – Concurrence et arbitrage », in *L'arbitrage et le droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 17-46.

Europe par le Règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévue aux articles 81 et 82 du Traité⁴⁶.

Ce constat de l'arbitrabilité du droit de la concurrence peut être fait, qu'elle soit « liée à la disponibilité des droits litigieux ou à l'ordre public »⁴⁷ (l'arbitre pourra donc appliquer l'article 101 § 3 du TFUE et octroyer une exemption individuelle, connaître des conséquences civiles d'une pratique anticoncurrentielle...), même si cette inarbitrabilité ne permet pas pour autant à l'arbitre d'intervenir comme le ferait une autorité de la concurrence, par exemple en condamnant une partie à des amendes en cas de violation des règles de la concurrence (la situation serait la même pour une juridiction étatique), dès lors que ce point relève d'une compétence exclusive d'une autorité de la concurrence, règle revêtant la nature d'une loi de police.

L'arbitrage a d'ailleurs non seulement pénétré le droit de la concurrence, mais il a aussi été introduit dans le cadre de *class actions*, par une Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le Livre blanc sur les actions en dommages-intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante⁴⁸, qui se prononce en faveur de ces mécanismes. Le recours à l'arbitrage, dans un pays comme les États-Unis, s'il a longtemps été vu comme un moyen d'éviter les *class actions*, ne l'est plus, sous l'impulsion des règlements d'arbitrage⁴⁹ et de la jurisprudence admettant les actions collectives fondées sur la violation du droit de la concurrence⁵⁰.

Toujours concernant l'extension de la compétence arbitrale, le droit de la propriété industrielle peut être mentionné : en effet, si le titre de propriété industrielle a longtemps été immunisé contre la compétence arbitrale, avec un partage de l'arbitrabilité en fonction de l'objet du contentieux⁵¹ – l'arbitrabilité

46 Les actuels articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

47 A. MOURRE, « L'arbitrabilité du droit de la concurrence et le contrôle judiciaire des sentences après le Règlement (CE) n° 1/2003 », in *L'arbitrage et le droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 70, n° 2.

48 JOUE, 6 mai 2010, C-117 E/161.

49 AAA, 8 octobre 2003, *Supplementary Rules on Class Arbitration*.

50 M. DE FONTMICHEL, « Arbitrage et actions de groupe – Les leçons nord-américaines », *Rev. arb.*, 2008, pp. 641-658.

51 F. PERRET, « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention », in *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Paris, LexisNexis, 2004, pp. 229-241.

visant l'action en contrefaçon, les litiges contractuels en matière de brevets⁵² et la copropriété, mais ne visant pas la nullité du titre –, l'entaille dans le principe d'inarbitrabilité de la validité des brevets⁵³ est venue de la jurisprudence avec l'arrêt *Liv Hidravlika* admettant l'arbitrabilité de la titularité du brevet examinée de manière incidente⁵⁴. On peut même parler de brèche puis d'inondation puisque la loi a suivi, posant expressément, dans la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, l'arbitrabilité de l'ensemble des différends relatifs à la propriété intellectuelle, y compris les litiges de propriété industrielle (marques, dessins et modèles, obtentions végétales), dont les questions connexes de concurrence déloyale⁵⁵, même si les obstacles tenant à l'existence des droits de propriété intellectuelle demeurent⁵⁶.

En droit de la propriété intellectuelle et industrielle, les avantages de la compétence arbitrale, outre les avantages classiques (confidentialité...), sont ceux qui sont liés à la possibilité de centraliser les procédures et d'éviter la saisine de différents tribunaux dans plusieurs États, problème fréquent dans les litiges de propriété intellectuelle⁵⁷.

Malgré l'extension de l'arbitrabilité, certains droits ne font pas bon ménage avec l'arbitrage : tel est le cas du droit de la consommation, en raison du déséquilibre du rapport de forces, ou des relations individuelles du travail, par nature inégalitaires.

Toutefois, dès l'instant que les matières liées à l'ordre public de direction (comme le droit de la concurrence) sont arbitrables, on en déduit que les

52 J. de WERRA, « Arbitrage et propriété intellectuelle : (aussi) une question contractuelle », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2013, pp. 24-29.

53 V.-L. BENABOU, « Chronique de droit de l'arbitrage », *Petites affiches*, 3 octobre 2008, pp. 3-7.

54 Cour d'appel de Paris, 28 février 2008, *Rev. arb.*, 2009, p. 168, note T. AZZI, *JCP* 2008, I, 164, n° 6, obs. J. Béguin, *D.* 2008, p. 3111, n° I-E, obs. Th. Clay, *D.* 2008, p. 1325, note R. Meese, *RTD com.*, 2008, p. 516, obs. É. LOQUIN : « il est constant que les litiges portant sur des contrats relatifs à l'exploitation des brevets... sont arbitrables. Qu'au surplus, la question de la validité du brevet débattue de manière incidente à l'occasion d'un litige de nature contractuelle peut, ainsi que le relève l'arbitre, lui être soumise ».

55 Article L. 331-1 CPI pour la propriété littéraire et artistique, art. L. 521-3-1 pour les dessins et modèles, art. L. 722-8 pour les indications géographiques, art. L. 615-17 pour les brevets, art. L. 623-31 pour les obtentions végétales.

56 T. AZZI, « Les obstacles à l'arbitrage en droit de la propriété industrielle », *Comm. com. électr.*, février 2012, étude 4, n° 10 et s.

57 J. de WERRA, « Arbitrating International Intellectual Property Disputes : Time to think beyond the issue on (non)-arbitrability. L'arbitrage des litiges internationaux de propriété intellectuelle : la nécessité de réfléchir au-delà de la question de la (non)-arbitrabilité », *RDAL*, 2012/3, pp. 299-317.

litiges impliquant les parties réputées faibles – intéressées par l'ordre public de protection – sont arbitrables⁵⁸, et que leur protection est déplacée au stade de la mise en œuvre de la sentence.

Les affaires *Jaguar*⁵⁹ puis *Rado*⁶⁰ ont montré qu'en droit international de la consommation⁶¹, il convenait de donner effet à la clause compromissoire prévue au contrat, laissant à l'arbitre le soin de se prononcer sur sa propre compétence, solution au demeurant critiquée car impossible en droit interne mais possible en droit international – du fait de la non-application de l'article 2061 du Code civil –, alors que les risques sont plus importants pour le consommateur et les risques d'iniquité bien présents, compte tenu du coût de la procédure arbitrale susceptible de dissuader la partie faible de faire valoir ses droits en justice et donc de l'exposer à un déni de justice, et compte tenu d'une asymétrie d'information. On est donc loin des propos d'Henri Motulsky, soulignant le fait que « l'arbitrage suppose un équilibre des forces et que partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie »⁶².

L'impératif de protection peut être pris en compte par les arbitres, et « [l']arbitrage n'est pas *a priori* favorable à la partie forte »⁶³, mais on ne peut nier les difficultés liées à la mise en place d'un arbitrage, dans le cadre d'une procédure à laquelle la partie faible risque de consentir en méconnaissance de ses spécificités, éloignée de cette dernière en raison de la délocalisation de l'arbitrage, probablement menée sous l'égide d'un droit étranger et coûteuse⁶⁴. Le risque que la partie faible « soit systématiquement privée des garanties que lui offre la justice étatique, et que peut difficilement lui offrir l'arbitrage international, en termes d'accessibilité, de faible coût, de proximité, ou de bénéfice de dispositions impératives protectrices »⁶⁵, est bel et bien présent. Il

58 M. de FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, Paris, Economica, 2013.

59 Civ. 1ère, 21 mai 1997, *Rev. arb.*, 1997, p. 537, note E. GAILLARD ; *RDCIP*, 1998, p. 87, note V. HEUZE ; *RTD com.*, 1998, p. 330, obs. É. LOQUIN.

60 Civ. 1ère, 30 mars 2004, *RTD com.*, 2004, p. 447, obs. É. LOQUIN ; *JCP G* 2004, I, 134, n° 3, obs. C. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2005, p. 125 (1ère espèce), note X. BOUCOBZA ; *D.* 2004, p. 2458, note. I. NAJIAR ; *D.* 2005, p. 3050, obs. Th. CLAY.

61 É. LOQUIN, « L'arbitrage des litiges en droit de la consommation », in F. Osman, *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, 1998, pp. 357 et s., spéc. p. 365.

62 « L'arbitrage et les conflits de travail », *Écrits*, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage, Paris, Dalloz, 1974, p. 113.

63 É. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », in *Travaux du Comité français de droit international privé, 2004-2006*, Paris, Pedone, 2008, p. 137.

64 Toutefois, le parallèle peut être fait avec l'arbitrage de qualité, peu coûteux.

65 C. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », in *Les Cahiers de l'arbitrage*, sous la dir. d'A. MOURRE, vol. IV, Paris, Pedone, 2008, p. 54. – Sur cette notion de partie faible, v. aussi F. VALENCIA, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*,

a pu être fait remarquer que, « assurément, autoriser la clause compromissoire dans les rapports internationaux de consommation reviendrait à permettre aux professionnels, par la simple stipulation – qui deviendrait rapidement de pur style – d'un recours obligatoire à un arbitrage *ad hoc* aux Seychelles, à Singapour ou aux Bahamas pour le règlement des différends de se mettre définitivement à l'abri de toute réclamation de leurs clients »⁶⁶.

Ainsi, si l'arbitrabilité est une chose – ou la possibilité de donner effet à la clause, mais on joue sur les mots –, et qu'elle entre d'ailleurs dans un mouvement plus large de faveur aux modes alternatifs de règlement des différends en droit de la consommation, son opportunité en est une autre⁶⁷. Ce mouvement ne coïncide au demeurant pas avec les décisions très protectrices du consommateur de la Cour de Justice de l'Union européenne, notamment l'arrêt *Mostaza Claro*⁶⁸, ni avec le contenu du Règlement Rome I, qui prévoit que le choix de la loi applicable ne peut priver le consommateur de la protection que lui confèrent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. Mais il est vrai que ces dispositions ne s'imposent pas à l'arbitre. Ce mouvement ne correspond pas non plus aux dispositions de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, qui font entrer dans leur champ d'application uniquement les contrats avec les professionnels, de même que les usages du commerce international ne s'appliquent qu'à ces derniers. Enfin, la contrariété à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme d'une telle approche, qui peut faire craindre une moindre accessibilité de la justice, est parfois évoquée, la validité de la stipulation d'une clause d'arbitrage ayant été affirmée par la Cour européenne des droits de l'homme, à la condition que la renonciation à la justice étatique soit « libre, sans contrainte et sans équivoque »⁶⁹.

2007, pp. 45-70, et notre article, « La vulnérabilité en droit du commerce international », in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, Études de droit français et de droit comparé*, sous la dir. de F. ROUVRIERE, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 273-296, not. pp. 274-278.

66 V. HEUZÉ, note sous Cass. 1ère civ., 21 mai 1997, *RCDIP* 1998, p. 87, spéc. p. 90.

67 À noter que le problème n'est pas le même dans l'arbitrage du droit de la consommation aux États-Unis, puisqu'il existe des centres d'arbitrage spécialisés.

68 Aff. C-168/05, 26 octobre 2006, *Rev. arb.*, 2007, p. 109, note L. IDOT ; *D.* 2006, p. 2562, obs. S. BOLLEE, et p. 3027, obs. Th. CLAY ; *JDI* 2007, p. 581, note A. MOURRE ; *JCP G*, 2007, I, 168, n° 1, obs. C. SERAGLINI ; *RTD civ.*, 2007, p. 113, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et p. 633, obs. Ph. THERY.

69 L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2006, p. 93, § 130.

En droit du travail, l'arbitrage dépend de la volonté du salarié. Ainsi, si l'article L. 511-1 du Code du travail fait obstacle à l'arbitrabilité du litige en droit interne, en droit international, le sort des clauses est « à peine enviable puisque la sanction de l'*inopposabilité* de la clause à la différence de la nullité offre au seul salarié la possibilité de s'en prévaloir. La solution est dans la logique protectrice de notre droit »⁷⁰, compte tenu de l'état de subordination du salarié. La Cour de cassation affirme ainsi que « la clause insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail »⁷¹. Dans ce domaine, l'inarbitrabilité est plutôt considérée comme culturelle.

Il résulte de cette philosophie d'ensemble pro-arbitrage une place prioritaire accordée à ce dernier, avec une articulation à établir entre différents grands principes dont la légitimité n'est pas mise en doute. On songe par exemple au libéralisme du droit de l'arbitrage et, dans le même temps, à l'impérialisme du droit de la faillite, qui nécessite une hiérarchisation (pour une fois, au profit du droit de la faillite puisque, dans ce domaine, le juge étatique reçoit compétence exclusive pour centraliser la procédure et connaître des litiges nés de la faillite, et cette règle est d'ordre public, ce qui n'affecte cependant pas la compétence arbitrale en ce qui concerne les litiges purement contractuels (par exemple, la demande en paiement d'une somme d'argent contre un débiteur faisant l'objet d'une procédure collective), l'arbitre devant respecter les principes fondamentaux du droit des procédures collectives (l'égalité des créanciers par exemple⁷²).

Cette arbitrabilité croissante a un pendant, celui du contrôle de la sentence par l'arbitre grâce la vérification du respect de l'ordre public résultant de la mise en œuvre de la doctrine du *second look* :

70 E. COURTOIS-CHAMPENOIS, « L'arbitrage des litiges en droit du travail : à la redécouverte d'une institution française en disgrâce. Étude comparative des droits français et américain », *Rev. arb.*, 2003, pp. 361-362.

71 Soc., 16 février 1999 et 4 mai 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 290, note M.-A. MOREAU ; *RCDIP* 1999, p. 745, F. JAULT-SESEKE. – Soc., 9 octobre 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 347, note Th. CLAY. – Soc., 28 juin 2005, *JCP G* 2005, I, 179, n° 2, obs. J. BEGUIN ; *D.* 2005, p. 3052, obs. Th. CILAY ; *D.* 2007, p. 111, n° III-A, obs. H. KENFACK ; *JDI* 2006, p. 616, note S. SANA-CHAILLE de NERE ; *RCDIP* 2006, p. 159, note F. JAULT-SESEKE.

72 Ph. FOUCARD, « Arbitrage et faillite », in *Écrits. Droit de l'arbitrage. Droit commercial international*, Paris, Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 180.

B – Les limites à l'arbitrabilité en aval

L'étude de l'étendue de l'arbitrabilité impose une réflexion sur le versant aval du contentieux arbitral, réflexion qui a été particulièrement alimentée par le contentieux du droit de la concurrence, à travers les décisions SNF⁷³ et Linde⁷⁴ dans lesquelles la violation du droit communautaire de la concurrence était invoquée pour la première fois devant le juge de l'annulation. Dans ces décisions, on remarque une convergence des solutions (même si l'approche de la juridiction belge est un peu différente de l'approche française, les juges belge vérifiant plus précisément la compatibilité de la sentence avec les articles 81 et 82 du Traité CE (101 et 102 TFUE désormais), et la tendance est la même en droit comparé, positions qui constituent « un indice de l'émergence d'un consensus sur la nature du contrôle des sentences au regard du droit de la concurrence et plus généralement des lois de police »⁷⁵. Ce consensus, en faveur d'une approche minimaliste, trouve sa source dans le caractère définitif des sentences arbitrales et dans l'absence de révision au fond. Toutefois, si les droits nationaux convergent vers une absence de révision au fond des sentences, le contrôle varie dans son intensité d'un droit à un autre : il oscille entre un contrôle « plein » en Allemagne, aux Pays-Bas ou en Italie, à un contrôle minimal dans un certain nombre de pays d'Europe, dont la France, comme aux États-Unis d'ailleurs⁷⁶.

En France, l'archétype de ce contrôle minimal est incarné par l'affaire Thalès. En effet, de cette décision, il résulte que le contrôle de l'arbitrabilité, qui intervient au moment du contrôle de la sentence et dans le cadre des cas

73 Cour d'appel de Bruxelles, 22 juin 2009, *Rev. arb.*, 2009, p. 574, note A. MOURRE – mais il y a aussi un versant français : Paris, 23 mars 2006, Sté SNF SAS c. Sté Cytec Industries BV, *Rev. arb.*, 2007, p. 97 (3ème espèce), obs. . BOLLEE : « s'agissant de la violation de l'ordre public international, la cour, qui n'est pas juge du procès, mais de la sentence, n'exerce (...) sur celle-ci qu'un contrôle extrinsèque » et que « le tribunal arbitral, dont l'aptitude à comprendre les questions de droit de la concurrence soulevées devant lui n'est pas disputée même si le résultat est combattu, s'est ainsi expliqué sur la conformité du contrat (...) aux prescriptions des articles 81 et 82 du traité CE, tant au regard de l'ensemble des faits et arguments de droit qui lui ont été présentés par les parties que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qu'en l'absence de toute démonstration par l'appelante d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international, il n'existe aucune raison de tenir pour insignifiant ce qui a été jugé par le tribunal arbitral aux termes d'une instruction, d'ailleurs parfaitement acceptable pour un arbitrage international de cette ampleur, et y substituer la propre appréciation de la Cour ».

74 Cour d'appel de Paris, 22 octobre 2009, *Rev. arb.*, 2009, pp. 925-926.

75 L. RADICATI DI BROZOLO, « Arbitrage et droit de la concurrence : vers un consensus », *Cah. Arb.*, 2010, n° 1, pp. 181 et s., n° 5.

76 Baxter International Inc. c. Abbott Laboratories, US Court of Appeals, 7th Circuit, 16 January 2003.

d'ouverture de l'appel ouvert contre l'ordonnance d'exequatur doit être, selon la Cour d'appel de Paris puis la Cour de cassation, minimaliste : « s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de la solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée »⁷⁷.

L'élargissement du domaine de l'arbitrabilité ne s'accompagne donc plus vraiment du contrepoids du contrôle des sentences dès lors que la seule violation sanctionnée sera celle qui « crève les yeux », donc celle qui ressort de la motivation de la sentence.

On joue l'équilibre : tout est en effet question d'équilibre, entre les exigences du droit de la concurrence et l'obligation de sanctionner la sentence qui mettrait en danger la politique de la concurrence en raison, par exemple d'une répartition de marchés et le droit de l'arbitrage, entre l'obligation de s'assurer qu'on n'a pas eu recours à l'arbitrage pour contourner le droit de la concurrence et l'obligation de le faire sans réviser la sentence au fond.

Cette question d'équilibre est à l'origine de tensions doctrinales. Une partie de la doctrine voit, dans les exigences posées par la jurisprudence étatique pour s'opposer à l'exécution d'une sentence, à savoir la violation flagrante de l'ordre public international, de la part du juge français, un refus de remplir son rôle⁷⁸. L'autre partie de la doctrine insiste sur le caractère pragmatique du droit de l'arbitrage et la recherche d'efficacité (une fois n'est pas coutume pour un droit civiliste)⁷⁹ : efficacité de la clause d'arbitrage et de la sentence, en raison, outre l'absence d'appréciation au fond des sentences arbitrales, des difficultés d'un tel contrôle dans des affaires complexes.

77 Paris, 18 novembre 2004, *JCP G*, 2005, II, 10038, note G. CHABOT, et I, 134, n° 8, obs. C. SERAGLINI ; *JDI* 2005, p. 357, note A. MOURRE ; *D.* 2005, pan. 3058, obs. Th. CLAY ; *RTD com.* 2005, p. 263, obs. É. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2005, p. 529, note L. G. RADICATI DI BROZOLO ; *RCDIP* 2006, p. 104, note S. BOLLEE. V. aussi C. SERAGLINI, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public ou les dérèglements de la déréglementation », *Cah. arb.*, vol. III, Gaz. Pal., éd. 2006, p. 87. – Civ. 1ère, 4 juin 2008, *D.* 2008, p. 1684, obs. X. DELPECH ; *D.* 2008, p. 2560, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *D.* 2008, p. 3111, obs. T. Clay ; *RTD com.*, 2008, p. 518, obs. É. LOQUIN, confirmant l'arrêt Thalès.

78 V. HEUZÉ, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, p. 2880.

79 J.-B. RACINE, « L'arbitrage : propos liminaires sur un droit pragmatique », in *L'arbitrage. Questions contemporaines*, sous la dir. d'Y. STRICKLER et J.-B. RACINE, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 11-12.

L'efficacité vise même, en France, la sentence annulée dans le pays du siège, la sentence étant anationale et « rattachée à aucun ordre juridique »⁸⁰.

M. A. MOURRE, à propos de l'observation de la situation du droit de la concurrence, insiste sur « la confiance que l'arbitrage doit inspirer lorsqu'il s'agit de l'application de règles d'ordre public. On ne saurait en effet admettre que l'arbitrage puisse être perçu comme un instrument de contournement de règles impératives ayant un titre légitime à s'appliquer même dans des relations internationales – ce qui n'est certainement pas le cas de toutes les lois de police. En matière de concurrence, l'arbitre ne saurait fermer les yeux sur les violations les plus graves – restrictions horizontales, voire cartels – même si aucune partie ne les invoque »⁸¹, sous peine d'annulation de la sentence.

Plusieurs y voient là un danger pour l'arbitrage dans la mesure où le principe de l'arbitrabilité large a été consacré parce « qu'il y a lieu de faire confiance, au moins dans un premier temps, à l'arbitre pour faire respecter les exigences de l'ordre public international, celui-ci statuant sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou de l'exécution. Le contrôle est ainsi concentré sur la sentence dans un double souci d'économie de moyens et de faveur à l'arbitrage »⁸². Or, limiter le contrôle à la violation flagrante « revient en pratique à supprimer le contrôle étatique du respect de l'ordre public économique dont la violation est, par nature, rarement flagrante »⁸³. M. Seraglini, constatant l'évolution vertigineuse entre les dispositifs des arrêts, dans les années 80 (« le caractère contractuel et privé de l'arbitrage interdit à la juridiction arbitrale, dans les matières régies par des dispositions impératives, de sanctionner une violation de l'ordre public, une telle prérogative appartenant aux seuls tribunaux de l'État »⁸⁴) et celui de l'arrêt Thalès, se demande quant à lui « si les États en admettant l'arbitrabilité des litiges impliquant des

80 Cass. 1ère civ., 29 juin 2007, Putrabali, *Bull. civ.*, I, n° 250 ; D. 2008, chron., p. 1429, note L. DEGOS ; D. 2008, pan., p. 180, obs. Th. CLAY ; *RTD com.*, 2007, p. 682, obs. É. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2007, p. 499, rapp. J.-P. ANCEL et note E. GAILLARD ; *JDI* 2007, p. 1236, obs. Th. CLAY ; *Petites affiches*, 2007, n° 192, note M. de BOISSESON ; *Cah. arb.*, vol. IV, Pedone, 2008, p. 110, note Ph. PINSOLLE ; *JCP G* 2007, I, 216, n° 7, obs. C. SERAGLINI ; *RJDA*, 2007, p. 883, obs. J.-P. ANCEL ; *RCDIP* 2008, p. 109, note S. BOLLEE ; *Bull. ASA*, 2007, p. 826, note P.-Y. GUNTER.

81 A. MOURRE, « L'arbitrabilité du droit de la concurrence et le contrôle judiciaire des sentences après le Règlement (CE) n° 1/2003 », in *L'arbitrage et le droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 84, n° 28.

82 E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, 2007, p. 717.

83 *Ibid.*, p. 717.

84 Cour d'appel de Paris, 20 janvier 1989, *Rev. arb.*, 1989, p. 280, note L. Idot.

règles d'ordre public, n'ont pas finalement conclu un marché de dupes »⁸⁵ en passant de la défiance à la confiance aveugle en les arbitres dès lors qu'il faudra « contrôler le concret à partir du vide »⁸⁶ !

Ces polémiques et tensions doctrinales indiquent qu'« on touche peut-être ici aux limites du libéralisme acceptable en la matière »⁸⁷ et qu'il convient de prendre garde à ne pas nuire à la crédibilité de l'institution pour éviter l'asphyxie de l'arbitrage évoquée par Motulsky.

Conclusion

La linéarité de l'évolution (avec une coïncidence de l'approche des droits nationaux et des sentences arbitrales internationales, à l'exception de quelques accrocs très marginaux avec de-ci de-là une jurisprudence divergente⁸⁸) nous entraîne vers une certaine forme de présomption d'arbitrabilité (ou vers un mort annoncée de l'inarbitrabilité⁸⁹, toujours en fonction de l'angle de vue adopté), sans doute accentuée en France par une approche et un parti pris favorables à l'arbitrage compte tenu du contexte et de la recherche d'attractivité. Les îlots de résistance à l'arbitrage sont de moins en moins nombreux, ce qui témoigne de la confiance placée dans l'arbitrage.

Dans la conception moderne de l'arbitrage, les matières patrimoniales sont arbitrables, y compris celles qui sont considérées comme sensibles, y compris même celles qui sont considérées comme emblématiques de la compétence du juge étatique, comme le droit fiscal⁹⁰ et même peut-être bientôt celles qui touchent aux contrats publics d'affaires⁹¹ ; le droit de la consommation et

85 C. SERAGLINI, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) », *Gaz. Pal.*, 22 octobre 2005, pp. 5 et s., § 1.

86 *Ibid.*, § 17.

87 E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 715.

88 M. WEINIGER, « Mandatory Rules, Arbitrability and the English Court Gets it Wrong », *Cahiers de l'arbitrage*, 1er janvier 2010, pp. 201 et s.

89 K. YOUSSEF, « The Death of Inarbitrability », in *Arbitrability : International and Comparative Perspectives*, Ed. L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis, Wolters Kluwer, 2009, p. 55.

90 « Apanage par excellence de la puissance publique, (il) n'échappe pas nécessairement à la compétence des arbitres », Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 362, n° 579. – V. aussi C. SERAGLINI, J. ORSTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, pp. 554-555, n° 650.

91 S. BRACONNIER, « Arbitrage et contrats publics d'affaires : vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », *Droit et patrimoine*, octobre 2005, pp. 59-69.

le droit du travail sont, avec les spécificités évoquées ci-dessus, arbitrables. L'inarbitrabilité congénitale n'existe pratiquement plus. Seules restent inarbitrables les matières extrapatrimoniales, qui constituent le noyau dur de l'inarbitrabilité, exclusivement soumises à la compétence des juridictions étatiques, l'arbitre éventuellement saisi devant constater la nullité manifeste de la clause d'arbitrage à l'issue d'un examen *prima facie*. L'arbitrabilité n'est donc plus guère consertée.

L'arbitrage ne vit plus dans l'ombre du juge étatique : on est même plutôt proches de la situation inverse désormais puisque le juge français est même présenté comme étant au service de l'arbitrage⁹² concernant les mesures provisoires ou conservatoires ou encore concernant le juge d'appui⁹³ – le terme est éloquent –, qui intervient y compris quand l'arbitrage n'a pas de rattachement avec l'ordre juridique français, l'article 1505-4° du Code de procédure civile prévoyant la compétence universelle du juge français en le rendant compétent dès lors que l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice.

On parle même parfois de « répudiation du cadre étatique »⁹⁴, terme à connotation délibérément peu flatteuse. Les points d'achoppement concernant l'extension de l'arbitrabilité sont relatifs à l'arbitrabilité des contentieux impliquant des parties faibles et au contrôle de la sentence, qui ont du mal à résister à l'examen.

Les tensions notionnelles, entre l'arbitrabilité et l'ordre public, sont fortes et croissent au fur et à mesure que l'émancipation de l'arbitrage par rapport à l'ordre public est marquée et que l'ordre public ne joue plus son rôle limitatif voire perturbateur. Le curseur s'est complètement déplacé du côté de l'arbitrabilité à tel point qu'on parle tantôt d'un vestige du passé, tantôt, à propos de la réserve de l'ordre public, d'un ornement⁹⁵, qui « ravale le juge de l'annulation au rang du juge des évidences. Le contrôle se trouve donc vidé de la presque totalité de sa substance »⁹⁶. Assurément, il n'est pas interdit de

– G. CLAMOUR, « Dérogations en cascade dans les contrats publics pour l'Euro 2016 », *Contrats et marchés publics*, juillet 2011, n° 7, comm. 190.

92 E. GAILLARD, « Les principes fondamentaux dans le nouvel arbitrage », in *Le nouveau droit de l'arbitrage*, sous la dir. de Th. CLAY, Paris, Lextenso, 2011, pp. 64 et s.

93 P. CHEVALIER, « Le nouveau juge d'appui », *ibid.*, pp. 143-161.

94 B. AUDIT, « Préface », in *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, op. cit., p. V.

95 B. HANOTIAU, « Faut-il abandonner le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public ? », *Petites affiches*, 11 octobre 2010, p. 6.

96 B. HANOTIAU, « Favor arbitrandum », in *Hommage à Guy Keutgen, pour son action de promotion de l'arbitrage*, op. cit., p. 243.

s'étonner que les nécessaires valeurs qui doivent faire contrepoids à la contractualisation, justement à travers l'ordre public, ne soient devenues à certains égards que l'ombre de valeurs dans le domaine de l'arbitrage⁹⁷ dès lors que l'arbitrage s'est presque complètement émancipé ou évadé par rapport à l'ordre public. Il convient de prendre garde à une telle évolution qui pourrait faire naître ou renaître la défiance par rapport à l'arbitrage commercial international, comme c'est le cas, en matière de droit des investissements, avec le retrait de certains États du système CIRDI. L'avenir de l'arbitrage est en jeu.

97 V. LASERRE, « Propos introductifs », in *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, op. cit., pp. 9-12, not. pp. 11-12.