



Réflexions sur l'efficacité des sanctions applicables à la sentence arbitrale

Farah Mechbal

► To cite this version:

Farah Mechbal. Réflexions sur l'efficacité des sanctions applicables à la sentence arbitrale. Revue Lexsociété, 2022, 10.61953/lex.2925 . hal-03611692

HAL Id: hal-03611692

<https://hal.science/hal-03611692>

Submitted on 17 Mar 2022

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Réflexions sur l'efficacité des sanctions applicables à la sentence arbitrale

in F. MECHBAL et V. MOREAU (dir.), *L'efficacité du droit et des politiques publiques*,
Université Côte d'Azur, 2022

FARAH MECHBAL

Doctorante

GREDEG

Université côte d'Azur

Résumé : L'annulation demeure, en droit français de l'arbitrage, la sanction normale et naturelle de la sentence entachée de vices. Or, cette issue est radicale et ses effets dévastateurs. Plus précisément, l'annulation altère l'efficacité des sentences arbitrales et crée, par son effet rétroactif, une immense perturbation que le Droit parvient mal à maîtriser. C'est pourquoi, le droit de l'arbitrage cherche à éviter cette sanction en la contournant et ce, pour assurer la qualité et l'effectivité de la sentence.

Mots-clés : Annulation ; Arbitrage ; Efficacité ; Sentence arbitrale ; Nullité partielle ; Régularisation

1. L'expression doctrinale est célèbre : la sanction est l'inconnue du droit¹. À première vue, la notion de sanction semble « ambigu »². Elle suscite « une mine insondable d'interrogations »³ : en tant qu'instrument de contrainte, la sanction est-elle le critère même du Droit ? Ce n'est pas le lieu de reprendre les termes de ce débat inexhaustible⁴, et l'on s'intéressera directement à la fonction principale de la sanction soit celle de « mettre le droit en prise sur le réel »⁵. On reprendra, à cet effet, la définition issue d'une étude de grande ampleur portant sur les sanctions en droit contemporain, selon laquelle la sanction doit être comprise comme « toute mesure par laquelle le droit répond à sa violation et aux désordres qui en résultent »⁶. Cette définition se réfère, semble-t-il, à la conception d'Ulpien qui percevait la sanction « comme la mesure permettant de rendre le droit efficace »⁷. La vision d'Ulpien est d'une actualité troublante puisqu'au terme de l'étude précitée, les auteurs avancent qu'une « unité semble se dégager à travers un impératif commun qui semble constituer la pierre de touche de la conception contemporaine de la politique de la sanction, à savoir l'efficacité fonctionnelle de la mesure ordonnée » et que « le droit semble désormais longuement peser la sanction qu'il convient de choisir et la manière dont elle doit être édictée »^{8 9}. Ainsi, la sanction est gardienne de l'efficacité et de l'effectivité de la règle de droit.

¹ PH. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197.

² CH. A-MORAND, « La sanction », *Travaux Cetel*, n°36, mars 1990 ; publié également in *APD*, t.35, 1990, p.312.

³ CH. JARROSSON, « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale », in *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015, p.331, spéc., n°1, p. 33

⁴ Sur cette question ; PH. JESTAZ, *op.cit.*

⁵ PH. JESTAZ, *op.cit.* Dans le même sens, V. par ex. J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 : « La norme juridique est faite pour régir le réel (...). L'instrument principal de cette mise en conformité du *sein* avec le *sollen*, du réel avec la norme, c'est la sanction ».

⁶ C. CHAINAIS ET D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique », in C. CHAINAIS ET D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol.1 : *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, coll. L'esprit du droit, p. XXII, n°13.

⁷ V. F. ROUMY, « Les origines romano-canoniques du concept moderne de sanction », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol.1, p.8, n°4.

⁸ C. CHAINAIS ET D. FENOUILLET, art. préc., n°31 et n°52 et s.

⁹ *Ibid.*, n°22

2. La politique contemporaine des sanctions est tournée vers la recherche de l'efficacité maximale de la mesure ordonnée. En droit français de l'arbitrage, l'efficacité est « la marque de fabrique » de la matière et s'inscrit dans sa devise¹⁰. Elle est un principe fondamental qui innerve l'ensemble de ce droit¹¹. Ainsi, l'efficacité maximale de la sentence doit être assurée sans pour autant sacrifier les droits fondamentaux des parties à la sentence. A défaut, la sentence violant la norme se voit appliquer une « peine capitale »¹² : son annulation par le juge étatique.

3. L'objet des présentes réflexions doit, dès à présent, être déterminé. De prime abord, il s'intéresse aux sanctions, hors l'appel, applicables aux sentences arbitrales dans le siège où elles sont rendues. L'éviction de l'appel est justifiée : cette voie de réformation, ouverte exclusivement en matière interne et à condition d'avoir été prévu par les parties, est reléguée au second plan¹⁴. De même, la sentence étrangère dont l'exécution est sollicitée dans un autre État peut se voir appliquer une sanction spécifique à savoir le refus d'exequatur. Il est vrai que des rapprochements peuvent exister avec le recours en annulation (en ce que le refus d'exequatur est fondé sur les mêmes motifs d'annulation de la sentence) mais cette hypothèse ne sera pas envisagée. En effet, le refus d'exequatur n'atteint pas réellement l'effectivité de la sentence arbitrale¹⁵. Autrement dit, la sentence qui se heurte à un refus d'exequatur dans un État donné peut se le voir conférer dans un autre. De même, on écartera l'hypothèse exceptionnelle de l'appel autonome ouvert en présence d'une renonciation au recours en annulation (art.1522 CPC).

¹⁰ TH. CLAY, « Liberté, Égalité, Efficacité ». La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article, *Clunet*, 2012, p.443 et 815.

¹¹ PH. FOUCARD, *Ecrits, Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*. Ed. Du Comité français de l'arbitrage, 2007.

¹² *Ibid.*

¹³ CH. JARROSSON, « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale », *op. cit.* n°2, p.332.

¹⁴ C. CHAINAIS, « Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 2018, n°1, p. 177, spéc. n° 18, p.187.

¹⁵ CH. JARROSSON, « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale », *op. cit.*, spéc. n° 3, p.332.

La présente étude se limite strictement, comme son titre l'indique, aux sanctions affectant la sentence arbitrale. Dès lors, on écartera toutes les autres mesures intéressant le droit de l'arbitrage telle la responsabilité judiciaire de l'arbitre ou celle des centres d'arbitrage. Enfin, il ne s'agit pas de repenser l'architecture des voies de recours laquelle est, au demeurant, convenable¹⁶. Il sera surtout question d'exposer le renouvellement en la matière de l'esprit de la nullité lequel est fortement imprégné par la recherche de l'efficacité de la sanction.

4. Au regard des textes et de la jurisprudence, l'annulation apparaît comme la sanction principale de la sentence entachée de vices. Or, cette issue est radicale et ses effets dévastateurs. Ainsi, il a été très exactement, soulevé que : « *les annulations de sentences entachées d'un vice, mais par ailleurs fondées en droit, justes et équitables sur le fond, risquent de ne constituer que des victoires éphémères et inutiles* »¹⁷. Dès lors, ne serait-il pas souhaitable, à des fins d'efficacité, de dépasser la logique du tout ou rien et de mettre en place des alternatives à l'annulation de la sentence ? L'annulation, en tant que sanction normale et naturelle de la sentence arbitrale mérite d'être analysée (I) ce qui laissera entrevoir l'impérieuse nécessité de mettre en œuvre des alternatives à son prononcé (II).

I. L'annulation, sanction naturelle de la sentence arbitrale

5. L'annulation, sanction principale de la sentence arbitrale (A) ne peut se comprendre sans appréhender l'ingérence du juge du contrôle dans le processus de l'annulation de la sentence (B).

¹⁶ J.-B RACINE, « Réflexions sur les droits de recours en droit de l'arbitrage. Propos introductifs », *Rev. arb.* 2018, p.3

¹⁷ J. PELLERIN, " L'instance au fond devant la cour d'appel après annulation de la sentence ", *Rev. arb.* 1993, p.199, spéc, n° 4, p. 202.

A) L'annulation, une sanction de principe

6. L'annulation en tant que sanction première de la sentence arbitrale (1) laisse apparaître sa rigidité excessive (2).

1) Le principe

7. L'annulation demeure, en droit de l'arbitrage, la sanction normale et naturelle de la sentence entachée de vices. En la matière, le droit français de l'arbitrage ne se distingue guère de la majorité de ses homologues étrangers et considère l'annulation comme première¹⁸. Elle est alors « la sanction de référence »¹⁹, la mesure qui, quoique délicate, s'impose par sa logique²⁰.

8. La suprématie de l'annulation est confortée par le constat de la nature objective de la sanction²¹ : contrairement au droit des contrats, on ignore la privatisation des sanctions²², en ce sens que les parties ne peuvent convenir, dans la convention d'arbitrage ou autres, de la sanction frappant la sentence qui est déterminée par les textes²³. Ils ne peuvent étendre conventionnellement les cas de recours (par exemple, en ajoutant une annulation pour « erreur de droit »)

¹⁸ CH. JARROSSON, « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale, *op.cit.* spéc., p. 333- 334.

¹⁹ B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, Coll. Manuel, 11^e éd., 2021.

²⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, « *La formation du contrat* », tome 2, n°2005, p.703.

²¹ CH. JARROSSON, « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale », *op. cit.*, n°9, spéc. p.334.

²² Sur lesquelles v. D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, p.235, n° 8 et s.

²³ CH. JARROSSON, *op. cit.*

ou encore, y renoncer^{24 25}. Autrement dit, « la liste des cas d'annulation ne peut être allongée ou restreinte par la volonté des parties »²⁶. La seule option ouverte est celle convenue en matière d'arbitrage international consistant à écarter en bloc tout recours en annulation. Cette solution est justifiée par la crainte de la mise en place d'un recours en annulation « à la carte »²⁷.

9. La primauté de l'annulation est assurée par le législateur. La liste des cas d'ouverture du recours, strictement limitative, figure dans les textes (art. 1492 et 1520 CPC). Le contrôle se veut minimal avec pour seul but d'invalidier les sentences violant la norme. Il est communément admis que les sentences qui s'écarteraient des critères de « bonne justice arbitrale » sont celles rendues par un tribunal arbitral incompétent²⁸, ou dont la constitution est irrégulière, par un tribunal arbitral qui ne s'est pas conformé aux termes de sa mission, ou qui n'a pas respecté le principe de la contradiction ou encore ait violé l'ordre public. En arbitrage interne (art. 1492-6 CPC), la sentence s'expose à l'annulation si elle « n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix ». Le législateur a combiné ces différents vices pour y appliquer une sanction commune à savoir l'annulation de la sentence arbitrale.

10. Pourtant, l'analyse des causes d'annulation de la sentence fait apparaître qu'ils sont de nature et de degrés différents. Certains touchent à la forme de la sentence alors que d'autres relèvent du fond, certains sont attachés à la nature

²⁴ La solution a été retenue en droit américain : cf. Cour Suprême des États-Unis, 25 mars 2008, *Hall Street Associates, Rev. arb.*, 2008.519, note C. S. DORGAN ; V. aussi, Cour d'appel des États-Unis (9^e circuit), 17 décembre 2013, *In re Wal-Mart, RDAI*, 2014.264.

²⁵ Paris, CME, 3 avril 2014, *Cah. arb.*, 2014, 783, note J. PELLERIN ET L. DE MARIA ; *LPA*, 28 oct. 2014, n°215, p. 19, note I. LEGER ; PH. LEBOULANGER, « Arrêt de l'exécution d'une sentence arbitrale internationale et risque de lésion grave », *Rev. arb.* 2015, p. 115.

²⁶ E. GAILLARD, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. arb.*, 1^{er} avril 2011, n°2, spéc. n°77.

²⁷ E. GAILLARD, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *op. cit.*, spéc., n°118.

²⁸ J.-B. RACINE, « Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage -Propos introductifs », *op. cit.*, spéc. p. 9.

juridictionnelle de la mission de l'arbitre alors que d'autres tiennent à sa nature contractuelle. Il en ressort également que les intérêts protégés par les textes divergent et leur importance varie. Certains motifs d'annulation visent la protection des intérêts privés des parties et d'autres servent à la protection des intérêts publics de l'État.

2) La rigidité de l'annulation

II. On reproche aujourd'hui à l'annulation d'altérer l'efficacité des sentences arbitrales et de créer, par son effet rétroactif, une immense perturbation que le droit parvient mal à maîtriser. Certes, l'annulation permet d'écarter de l'ordre juridique français la sentence violant la norme mais le chemin n'est qu'à moitié parcouru. Autrement dit, la sentence viciée est détruite mais le litige originel demeure. Il conviendra donc de le trancher définitivement. C'est pourquoi, un nouvel examen de l'affaire aura généralement lieu, avec ce que cela induit en termes de temps et de coûts. Le mal peut, néanmoins, être évité. La sanction peut être écartée en recourant à un « mécanisme salvateur » consistant à renvoyer la sentence devant l'arbitre pour régularisation²⁹. Ce dernier effacera le vice initialement contenu dans sa décision. En effet, il a été remarqué, à très juste titre, que « comparé à l'annulation de la sentence, le renvoi s'il est possible, va permettre de gagner du temps et limiter considérablement les coûts »³⁰. À titre d'exemple, si le tribunal arbitral a statué *ultra petita*, il a été avancé que : « il est hautement préférable que la sentence puisse être rectifiée plutôt que d'être annulée en totalité. Si la rectification est possible, la sentence sera épargnée tout comme le temps et l'argent qu'il aura fallu dépenser en intentant un nouvel arbitrage »³¹. Le mécanisme du renvoi devant l'arbitre pour régularisation est très convoité dans les pays de Common Law. Le droit anglais dans son article 68, alinéa 3, point a de l'*Arbitration Act 1996* prévoit que : « la sentence n'est

²⁹ VAN DAI DO, « Plaidoyer pour la reconnaissance effective du renvoi de la sentence à l'arbitre pour éviter l'annulation dans les pays de civil Law », *Rev.arb.*, 2018, p. 337, spéc, n°1, p.338.

³⁰ A. TWEEDDALE ET K. TWEEDDALE, *Arbitration of commercial disputes*, Oxford, 2005, n°12. p.79.

³¹A. REDFERN, M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international* (traduit en français par R. Robine), LGDJ, 1994, p. 352.

annulée ou son exécution refusée, en totalité ou en partie, que si le juge estime préférable de ne pas renvoyer les questions litigieuses aux arbitres pour un nouvel examen ». En pratique, le juge anglais est propice à la régularisation par renvoi devant l'arbitre³². Dans les pays de tradition civiliste, ce système moins connu, commence néanmoins à s'instaurer. Nous citerons l'exemple issu du droit belge notamment l'article 1717, alinéa 6 du Code judiciaire belge lequel dispose : « lorsqu'il lui est demandé d'annuler une sentence arbitrale, le tribunal de première instance peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation ». L'annulation de la sentence peut donc s'avérer « contre-productive » ou « néfaste »³³.

B) Le rôle actif du juge dans le processus d'annulation

12. Au fil des espèces qui lui ont été soumises, la jurisprudence s'est vue attribuée une « double tâche »³⁴ : la première, consiste à limiter strictement les cas d'annulation pour assurer l'efficacité des sentences arbitrales, la seconde, à motiver ses décisions de façon claire et intelligible pour répondre au besoin de prévisibilité des justiciables. C'est là un exercice délicat et difficile auquel elle s'y soumet.

La jurisprudence a fixé les conditions de son intervention lors du contrôle de la sentence. Elle a ainsi appliqué, de façon classique, le principe de non-révision du fond du litige. La formule est constante : « Il n'appartient pas au juge de l'annulation de contrôler le fond de la décision attaquée »³⁵. L'objectif étant « d'interdire au juge de tenir compte du bien-fondé des sentences qui lui sont déferées et de leur refuser l'exequatur ou de les annuler au motif qu'il éprouve

³² Pour un exemple de renvoi aux arbitres : High Court, Com. Court, 7 mai 2014, *Brockton Capital vs Atlantic Pacific Capital*, 2014, ewhc 1459 Comm.

³³ CH. JARROSSON, *op.cit.*, n°13 p. 337

³⁴ CH. JARROSSON, *op.cit.*, n° 11, p. 335.

³⁵ Civ. 1^{re}, 14 nov.2006, n°05-12.395 P.

un désaccord ou qu'elles lui paraissent erronées »³⁶. Dès lors, plusieurs griefs se trouvent automatiquement rejetés³⁷ tels : la dénaturation du contrat par les arbitres³⁸, le raisonnement juridique dénué de pertinence³⁹, le défaut de réponse à conclusions⁴⁰, la motivation et la contradiction des motifs ou encore le non-respect de la règle de l'estoppel^{41 42}.

13. L'intensité du contrôle des griefs d'annulation prévus par les articles 1492 et 1520 du CPC est variable. Le juge de l'annulation s'est arrogé un contrôle total de la compétence de l'arbitre et de la constitution du tribunal arbitral^{43 44}. Depuis l'affaire du *Plateau des Pyramides*, la formule est classique « si la mission de la cour d'appel est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question »⁴⁵. La Cour

³⁶ V. CHANTEBOUT, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, thèse dactyl., Paris II, 2007, n°2.

³⁷ Pour un exposé complet : V° J. JOURDAN MARQUES, « *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales* », LGDJ, 2017, n° 182 et s. spéc. p.101-102 et p. 202-204.

³⁸ Paris, 12 avril 1991, *Rev. arb.* 1991, p.667, obs. J. PELLERIN ; Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, *Fougerolle c/Butec Engineering*, *Rev. arb.* 1994, p. 126, note P. BELLET. Adde J. ROBERT, « La dénaturation par l'arbitre. Réalités et perspectives », *Rev.arb.* 1982, p.405.

³⁹ Civ. 1^{ère} 28 février. 1995, *Société Générale pour l'industrie*, *Rev.arb.* 1995. p. 597 note D. BUREAU.

⁴⁰ Paris, 21 juin 1990, *Honeywell Bull*, *Rev. arb.* 1991, p.96, note J.-L DELVOLLE.

⁴¹ Paris, 3 novembre 2005, *Rev.arb.* 2007, p.97 (4^e espèce) note S. BOLLEE ; Civ. 1^{ère} 11 mai 1999, *Société Rivers c/ Fabre*, *Rev. arb.* 1999, p.811, note E. GAILLARD ; *RTD com.* 2000, p.336, obs. H. LOQUIN ; H. LECUYER, « L'abandon du contrôle de la contradiction de motifs des sentences arbitrales », *Rev. arb.* 2001, p.741.

⁴² Civ. 1^{ère}, 19 décembre 2012, *Rev. arb.* 2013, p.147, note A. PINNA ; *RJC* 2013, n°1, p.49, note B. MOREAU ; *LPA* 2013, n° 86 p. 7, obs. J. MAIRE DU POSET.

⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2017, *Rev.arb.* 2017, p.1197 (1^{ère} esp.), note L. MAYER ; Paris, 18 nov. 2010, *Rev.arb.* 2010, p.985 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 2010, *Bull. civ.* I, n°185 ; *JCP G* 2010, II, 1028, note P. CHEVALIER ; *D.* 2010, Pan., p.2933 obs. TH. CLAY ; *RCDIP* 2011, p. 85, note F. JAULT SESEKE ; *JCP G* 2010, I, 1286, n°6, obs. J. ORTSCHIEDT ; *Cah.arb.* 2011, p.443, note J.-B RACINE ; *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X TRAIN.

⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, *Rev. arb.* 1995, p. 605, note A. HORY ; *D.* 1996 p. 79, note G. BOLARD ; Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1990, *Rev.arb.* 1991, p.81, note PH. FOUCHARD ; Paris, 21 avril 2005, *JCP G* 2005, I, n°5, obs. CH. SERAGLINI ; Paris, 1^{er} juill. 1997, *Rev. arb.* 1998, p. 131, note D. HASCHER ; V° J. JOURDAN MARQUES, « *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales* », *op. cit.*, n°468 et s. spéc. p. 248-252.

⁴⁵ Paris, 12 juillet 1984, *Egypte c/SPP*, *Rev. arb.*, 1986, p.75 ; *JDI*, 1985, p.129, note B. GOLDMAN.

recherche donc tous les éléments de fait et de droit pour statuer sur le grief allégué⁴⁶. En revanche, le contrôle est restreint lorsque le grief porte sur le non-respect du principe du contradictoire, sur la violation de l'ordre public ou sur le non-respect par l'arbitre de sa mission. Sur ce dernier point, le juge du recours se limite à rechercher la présence dans la sentence de « formules incantatoires » à savoir « équité » et « amiable composition »^{47 48 49}. C'est là un contrôle purement formel qui est opéré et qui se cantonne à la vérification de la présence de ces termes magiques. En somme, il apparaît que le contrôle des sentences est nettement différencié selon les alinéas des articles 1492 et 1520 du CPC.

14. En sus, comme le rapportait le professeur Thomas Clay, la cour d'appel se livre à de « nouvelles pratiques » en matière de contrôle de la compétence des arbitres et de l'ordre public international. Dans l'arrêt *Belkon*⁵⁰, la cour de Paris opère un contrôle approfondi du respect des exigences de l'ordre public (*en l'espèce, il était question d'une allégation de corruption*) et ne se sent pas liée par les constatations, appréciations et qualifications du tribunal arbitral. On estime que, dès lors que l'ordre public pénal est en jeu, un contrôle plein est justifié. Le juge de l'annulation est, dans une telle hypothèse, légitime pour mener une recherche approfondie des éléments de preuve sans se limiter à ceux produits devant les arbitres. En matière de compétence du tribunal arbitral, la Cour de cassation a reconnu aux plaideurs le pouvoir d'invoquer devant le juge du recours des moyens ou arguments non débattus devant l'arbitre. Elle a admis, dans l'arrêt *Schooner* rendu le 02 décembre 2020, que : « lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit

⁴⁶ Paris, 19 mars 2013, n° 11/22077, Alain Chaperon ; *Rev.arb.* 2013, p.449, note D. VIDAL ; *D.* 2013, p. 2938, obs. TH. CLAY ; Paris, 24 juin 2014, n° 12/21397, *Bin Kamil*, *Rev. arb.* 2015, p.515, note S. AKHOUD ; *RTD com* 2016, p.701, note E. LOQUIN.

⁴⁷ CH. JARROSSON, « L'amiable composition dans la jurisprudence française », *La Revue libanaise de l'arbitrage*, 2011, n°57, p.3, spéc. p.6.

⁴⁸ Cass.civ.2^e, 26 juin 2003, *Gena dit Melnik c/ Azran et Consultaudit*, 01-17.630, Bull., II, n°208, p.174 ; *Rev.arb.*, 2004, p.138 (somm.).

⁴⁹ V. sur la question : L. BERNHEIM -VAN DE CASTEELE *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Larcier 2013, spéc. n° 942.

⁵⁰ CA Paris, 21 février 2017, *Rev. Arb.*, 2017, p. 915, note B. AUDIT ET S. BOLLEE.

d'invoquer sur cette question, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve, devant le juge de l'annulation »⁵¹.

II. La recherche de l'efficacité de la sentence arbitrale

15. La sentence violant la norme ne conduit pas nécessairement le juge à prononcer sa nullité. Cette issue brutale, peut être tempérée en ne sanctionnant que partiellement la sentence (A) ou en différant son annulation (B). Le recours à ces alternatives permet d'assurer la primauté de l'efficacité de la sentence arbitrale.

A) La sanction partielle

16. La rigidité excessive qu'affiche la nullité intégrale a conduit à rechercher d'autres voies qui permettent de satisfaire la faveur très contemporaine pour la survie de la sentence arbitrale. Dans certaines hypothèses, le juge est contraint d'annuler intégralement la sentence viciée. L'annulation est alors totale lorsque le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent⁵², s'il a été irrégulièrement constitué ou encore en matière d'arbitrage interne lorsque la sentence n'indique pas la date, le nom des arbitres ou n'est pas signée par eux (art 1492 al 1 ; 2 ; 3 et 6 CPC ; article 1520, al. 1 et 2 CPC)⁵³. Mais il peut arriver que la nullité n'atteigne que certains points litigieux tranchés par l'arbitre : la sanction peut alors être partielle⁵⁴. Il en est ainsi en cas de violation du principe du contradictoire, en cas de défaut de motif, de méconnaissance par l'arbitre de la mission qui lui avait été conférée ou encore en cas de violation d'une règle

⁵¹ Civ. 1^{re}, 2 déc. 2020, n° 19-15.396, *Dalloz actualité*, Chronique d'arbitrage : compétence et corruption – le recours en annulation à rude épreuve, 24 déc. 2020.

⁵² Civ. 1, 30 oct. 2006, *Rev. arb.* 2008, p.307, note D. COHEN.

⁵³ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op.cit, p. 460.

⁵⁴ Exp. v. Paris, 28 juin 1988, *Rev. arb.* 1989, p. 328 ; Civ 2, 28 fév. 1990, *Rev. arb.* 1991, p.654, obs. J. PELLERIN ; Civ. 1, 18 mars 2015, *Rev. arb.* 2015, p. 632

d'ordre public. La nullité partielle suppose la divisibilité des chefs de décision de la sentence⁵⁵. Ce qui est implicitement consacrée à la fois par les articles 1498 al. 2 et 1527 al. 2 du CPC : ces derniers confèrent l'exequatur à la partie de la sentence non affectée par le motif d'annulation. La sanction est intelligente en ce qu'elle permet d'évincer le vice affectant la sentence. Enfin, la question de la systématisation des cas d'annulation partielle se pose avec une grande acuité.

B) La réparation de la sentence

17. La régularisation contribue à garantir l'efficacité des sentences arbitrales et partant celle de l'arbitrage. Elle permet d'assurer le respect de la règle de droit plus précisément que ne le ferait l'annulation. Dans ces circonstances, n'est-il pas judicieux de consacrer la prééminence de la réparation⁵⁶ ? L'annulation, sanction sévère, sera alors réservée aux seules sentences violant des intérêts jugés supérieurs. La solution est partagée dans d'autres branches du droit notamment en matière contractuelle où, est limité l'effet dans le temps et dans l'espace, de la clause de non-concurrence abusive⁵⁷. En droit de l'arbitrage, la réparation hors l'arbitre (1) et la réparation par renvoi devant l'arbitre (2) permet d'éviter l'annulation.

1) La réparation hors l'arbitre

18. La réparation de la sentence irrégulière sans renvoi à l'arbitre est consacrée par certaines dispositions spécifiques du code de procédure civile. En arbitrage interne, la méconnaissance de la règle d'imparité n'entraîne pas nécessairement l'annulation de la sentence. Le législateur a, dans cette hypothèse, prévu un mécanisme de correction. L'article 1451, alinéa 2 CPC permet de compléter le tribunal « si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en

⁵⁵ Paris, 13 nov. 1997, *Lemur contre SARL Les cités invisibles*, *Rev. arb.*, 1998, p. 709, obs. Y. DERAÏNS ; Civ. 2^e 28 févr. 1990, *Rev. arb.* 1991, p. 654, obs. J. PELLERIN.

⁵⁶ Sur la formulation de cette question, v. CH. JARROSSON, « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale », *op. cit.*, n°25, p.343.

⁵⁷ D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, n°11 et s. p.

nombre pair ». En matière internationale, la parité prévue dans la convention d'arbitrage est autorisée sauf si la loi applicable à l'arbitrage ou le règlement d'arbitrage l'exclut. De la même manière, le législateur ouvre la porte à la régularisation anticipée ⁵⁸ : c'est ce que permet l'article 1450, alinéa 2, du CPC lequel répare la violation contenue dans la convention d'arbitrage désignant une personne morale comme arbitre en prévoyant qu'elle n'est dotée que du pouvoir d'organiser l'arbitrage.

2) La réparation par renvoi devant l'arbitre

19. Lorsque l'arbitre ne s'est pas confié aux termes de sa mission et a statué *infra petita*, un recours en complément est prévu par les textes (art. 1485 CPC). L'arbitre dispose du « pouvoir de compléter sa sentence s'il a omis de statuer sur un chef de demande »⁵⁹. Il se prononcera, à l'occasion du recours en complément, sur la demande dépourvue d'examen. L'omission de statuer ne constitue pas un motif d'annulation. Le défaut existe certes mais ne conduira pas à l'annulation de la sentence. Sur ce point, un auteur a soulevé, à juste titre, que : « *l'infra petita* n'est, ni pour l'arbitrage interne ni pour l'arbitrage international, une cause d'annulation de la sentence »⁶⁰. Les juges déclarent donc le recours en annulation irrecevable motif pris de la possible réparation de la violation. De la même manière, l'article 1485 du CPC consacre le recours en rectification. À l'occasion de ce recours, « seuls les oublis et incorrections purement matériels (comme par exemple, l'orthographe défectueuse d'un nom propre, l'erreur dans la dactylographie du manuscrit rédigé par les arbitres) peuvent être réparés par la procédure de rectification »⁶¹.

⁵⁸ v. CH. JARROSSON, « Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale », *op. cit.* ; VAN DAI DO, Plaidoyer pour la reconnaissance effective du renvoi de la sentence à l'arbitre pour éviter l'annulation dans les pays de civil law, *op. cit.* ; VAN DAI DO, « Le rôle de la volonté des parties dans les recours à l'encontre des sentences arbitrales internationales », *Revue internationale de droit économique*, 2019, vol. t. XXXIII, issue 2, 141-164.

⁵⁹ E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly, 2015

⁶⁰ J.-B RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, n°864, p. 546.

⁶¹ E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, *op. cit.*, n°474.

20. Généralement, le renvoi de la sentence irrégulière devant l'arbitre est considéré comme « un remède important dans les pays de *Common Law* »⁶². À titre d'exemple, pour le droit anglais « annuler la sentence est considérée comme une mesure grave, au vu des conséquences d'une telle action, et peut être justifiée seulement si le renvoi – la première méthode d'intervention judiciaire en vertu de la Loi sur l'arbitrage de 1996, n'a pas abouti à un résultat juste »⁶³. Quid de la réception de ce mécanisme novateur par les pays de tradition civiliste ? On soulèvera que cette pratique n'est pas répandue de façon exponentielle. En effet, « le concept est relativement nouveau dans la majorité des pays de Civil Law »⁶⁴. Toutefois, son adoption s'opère progressivement. Nous soulèverons les exemples tirés du droit belge et du droit portugais lesquelles ont introduit une « innovation majeure » par l'intégration de la disposition présente à l'article 34^{65 66 67}, paragraphe 4 de la loi type de la CNUDCI, selon laquelle : « lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation ».

Le législateur français ne prévoit pas de disposition générale prévoyant la régularisation par renvoi devant l'arbitre. Il semble même que la délégation française, lors des travaux préparatoires de l'article 34 de la Loi type, ait affiché une hostilité certaine à l'égard de ce mécanisme⁶⁸.

⁶² J. LEW, A. MISTELIS ET S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer law international 2003, n° 25-65.

⁶³ J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International Construction Arbitration Law*, Kluwer law international, 2006, p. 293 et 294.

⁶⁴ J. LEW, A. MISTELIS ET A. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, n° 25-64.

⁶⁵ G. KEUTGEN, « la réforme 2013 du droit de l'arbitrage », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2014.104.

⁶⁶ C. FOUCARDET F. VAZ PINTO, « La nouvelle loi portugaise sur l'arbitrage », *Rev. arb.* 2013, p.367, spéc. n°50.

⁶⁷ CH. JARROSSON, *op.cit.*, n°29, p.343.

⁶⁸ United States Commission in international trade law, *Yearbook*, 1985, vol. XVI, united nations, 1988, p.453 et 454 cité par VAN DAI DO, « Le rôle de la volonté des parties dans les recours à l'encontre des sentences arbitrales internationales » p.358-359.

21. Toutefois, la doctrine française tenant compte des indéniables avantages que présente la réparation par renvoi devant l'arbitre, encourage sa consécration⁶⁹. Ainsi, comme l'a remarqué la Professeure Cécile Chainais : « la régularisation de la sentence par renvoi devant l'arbitre pourrait assurément être développée » et que « on pourrait imaginer d'aller au-delà du cas particulier actuellement prévu par le droit français pour mettre en œuvre une disposition générale » qui implique qu'« une collaboration originale se nouerait entre le juge et l'arbitre, au service de la sentence arbitrale »⁷⁰.

Du moins, et pour pallier cette lacune, il a été proposé d'accorder aux parties la liberté de prévoir par convention expresse la régularisation par renvoi devant l'arbitre et ce, pour régler le sort de la sentence litigieuse⁷¹.

⁶⁹ V. pour l'ensemble de ce mouvement, CH. JARROSSON, *op.cit.*, C. CHAINAIS, art. préc., spéc. n°52. ; VAN DAI DO, « Plaidoyer pour la reconnaissance effective du renvoi de la sentence à l'arbitre pour éviter l'annulation dans les pays de civil law », *op.cit.*, VAN DAI DO Le rôle de la volonté des parties dans les recours à l'encontre des sentences arbitrales internationales », *op.cit.*

⁷⁰ C. CHAINAIS, art. préc., « Réflexions prospectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage », *op.cit.* n° 52, p.210.

⁷¹ VAN DAI DO Le rôle de la volonté des parties dans les recours à l'encontre des sentences arbitrales internationales », *op.cit.* p. 151.