

L'ORDRE PUBLIC ET L'ARBITRAGE¹

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 5 MARS 2018

PAR ÉRIC LOQUIN*

Le sujet¹ offert est très certainement l'un des plus difficiles qui soit. L'ordre public est une notion protéiforme, très difficile à identifier et à décrire : ordre public de protection, ordre public de direction, ordre public international, ordre public transnational et même ordre public d'ordres juridiques privés, si l'on en croit certaines sentences. Toutes ces manifestations de l'ordre public réagissent sur le droit de l'arbitrage. Pour le moment, nous retiendrons une définition empruntée à Ph. Malaurie dans sa thèse célèbre² selon laquelle l'ordre public exprime le principe que l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt privé. Sa confrontation à l'arbitrage accroît encore la difficulté. L'arbitre, juge privé, peut-il être confronté à l'ordre public ? Est-il un juge légitime pour juger l'ordre public ? Quelle est l'intensité du contrôle opéré par les juges étatiques sur l'application par les tribunaux arbitraux de l'ordre public ?

A priori, l'ordre public et l'arbitrage ne font pas bon ménage. La notion d'ordre public est intimement liée à l'État qui est en charge de l'intérêt général. L'arbitrage est une justice privée et l'on peut concevoir qu'un État répugne à confier à des juges privés la charge de veiller au

respect de l'ordre public et donc à la sauvegarde de l'intérêt général.

Si l'on se limite aux textes du droit français qui traitent des rapports existant avec l'arbitrage, on ne peut qu'être frappé par l'incompatibilité qu'ils paraissent créer entre l'arbitrage et l'ordre public. L'article 2060 du code civil, pris dans sa lettre, interdit de compromettre « dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Quant à l'article 2059 du même code, il énonce que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». Cet article limite ainsi l'objet de la convention d'arbitrage aux litiges portant sur les seuls droits disponibles, excluant qu'elle puisse porter sur des litiges concernant des droits indisponibles, c'est-à-dire des droits que l'ordre public interdit aux parties de disposer.

Ainsi, ces textes lient très étroitement l'arbitrabilité à l'ordre public. Un litige est arbitral lorsqu'il peut être jugé par des juges privés. Mais la loi peut interdire ou restreindre l'accès à l'arbitrage, en particulier lorsque des considérations liées à l'intérêt général, voire même la protection de certains intérêts privés, imposent qu'un litige soit porté exclusivement devant des juridictions étatiques. De tels litiges sont non arbitrables ou encore inarbitrables. Dans ce cas, la convention d'arbitrage, qui exclut la compétence du juge étatique au profit du tribunal arbitral est nulle, car son objet même est contraire à l'ordre public.

Si l'on s'en tient à l'analyse textuelle de ces articles du code civil français, l'arbitrage est étouffé par l'ordre public, lequel lui interdit de naître.

On peut alors presque s'étonner, qu'en plus, le code de procédure civile énonce, à l'actuel

* Éric Loquin est professeur émérite de l'Université de Bourgogne, doyen honoraire de la faculté de droit de Dijon.

1 - Sur le sujet, v° JB. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999 – W. Abdelgawad, *Arbitrage et droit de la concurrence*, préface Éric Loquin, LGDJ 2001 – É. Loquin et S. Manciaux (sous la direction de), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014.

2 - *Les contrats contraires à l'ordre public*, Thèse Paris, Ed. Matot-Braine, Reims, 1953.

article 1492-5 pour l'arbitrage interne que la sentence doit être annulée « *si elle est contraire à l'ordre public* » et à l'article 1520-5° pour l'arbitrage international, que la sentence doit être annulée si « *la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international* ». Ces textes pourraient apparaître inutiles, dès lors que le litige intéressant l'ordre public n'est pas arbitral. Le seul fait qu'il ait été arbitré, indépendamment de la décision des arbitres, rend nulle la sentence.

Ainsi, le système paraît bien verrouillé pour ne laisser à l'arbitre aucun espace pour juger des litiges concernant l'ordre public et s'il s'aventure dans cette voie, la convention d'arbitrage est nulle et il en résulte que le tribunal arbitral est incompétent. Et s'il persiste et juge, toute violation de l'ordre public entraîne la nullité de la sentence.

Si tel était le droit positif réel, je pourrais m'arrêter là et vous seriez bien déçus. En réalité, les textes précités énoncent un droit du XIXe siècle, qui n'a plus rien à voir avec le droit français du XXIe siècle. Le malheur est qu'ils n'ont pas été modifiés et qu'ils ne rendent compte en aucune manière des rapports qu'entretient l'arbitrage moderne avec l'ordre public.

Ce décor obsolète doit donc être levé. La jurisprudence a fait des textes une lecture très éloignée de leur sens apparent et cela tant dans l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international. Les États ont progressivement fait confiance à l'institution de l'arbitrage et ont accepté qu'elle devienne une justice autonome de la justice étatique. Cette confiance a été tellement magnifiée que progressivement il a été admis que les tribunaux arbitraux pouvaient juger les litiges intéressant l'ordre public et même sanctionner les violations de l'ordre public, de telle sorte que l'arbitrage n'est plus seulement au service des parties, mais aussi au service de la communauté des États.

Le phénomène n'est pas propre au droit français et peut être constaté dans la plupart des lois étrangères sur l'arbitrage.

Plus encore, en France, la jurisprudence a considérablement atténué le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public. Constatant que l'évolution du droit de l'arbitrage avait secrété un principe dit de non-révision des sentences, les juridictions françaises ont renoncé à vérifier la conformité de la sentence à l'ordre public, en ne sanctionnant que les seules violations flagrantes de l'ordre public par la sentence arbitrale. N'était-ce pas aller trop loin ? La confiance manifestée par les

États à l'égard de l'arbitrage n'est-elle pas aveugle ? Si l'arbitrage déçoit les attentes des États, il risque de perdre l'extrême faveur dont il bénéficie de par le monde. Aussi ne doit-on pas s'étonner que des frémissements agitent l'actualité jurisprudentielle, annonciateurs peut-être d'un contrôle plus serré des sentences au regard de l'ordre public.

I - Les effets de l'ordre public sur la convention d'arbitrage

L'article 2060 du code civil établit un lien entre les règles d'ordre public applicables au litige et l'arbitrabilité. Ce texte a été progressivement privé d'effet par la jurisprudence, car il condamnait l'arbitrage (A). L'article 2059 du code civil établit un lien entre la libre disponibilité des droits et l'arbitrabilité. Ce texte, destiné à écarter « *les parties faibles* » de l'arbitrage, a résisté à l'évolution du droit de l'arbitrage (B).

A - L'éviction progressive de l'article 2060 du code civil

En interdisant aux parties de compromettre « *dans les matières qui intéressent l'ordre public* », l'article 2060 du code civil exprime l'idée qu'un litige devrait être exclu de l'arbitrage chaque fois que des règles d'ordre public sont dans la cause. Telle a été l'interprétation donnée du texte par la jurisprudence pendant un siècle et demi.

Ainsi par exemple a été annulée en 1954 par la cour d'appel de Paris³ la sentence rendue par un tribunal arbitral appelé à juger un litige portant sur la vente de marchandises taxées, donc soumise à une réglementation d'ordre public, au motif « *que les dispositions légales ou réglementaires relatives à la taxation de marchandises intéressant l'ordre public, aucune contestation concernant l'interprétation ou l'application de ces dispositions ne peut être réglée par voie d'arbitrage* ».

Au niveau des principes, on pourrait à la rigueur admettre qu'il y ait une telle coïncidence entre l'exclusion de l'arbitrage et l'ordre public de fond, au motif que l'arbitre, juge privé ne pouvant s'occuper que d'intérêts privés, le juge étatique, juge public, était seul gardien de l'ordre public. Mais, cette vision procède cependant d'une méfiance extraordinaire à l'égard de l'arbitrage : l'exclusion de l'arbitrage est alors justifiée par la volonté « *d'empêcher l'arbitre*

3 - Paris, 9 février 1954, D. 1954, 192, J.C.P. 55, II, 8483, note Motulsky.

d'appliquer les règles d'ordre public », car l'on craint que l'arbitre « n'assure pas inconditionnellement le respect des règles impératives »⁴. C'est oublier que l'arbitre statue sous le contrôle de la justice étatique, qui pourra toujours vérifier que le tribunal arbitral a bien respecté l'ordre public, et cela, soit dans le cadre de l'exequatur, soit surtout dans le cadre des voies de recours. Et précisément, le fait que les textes donnent mission au juge étatique de vérifier la conformité de la sentence à l'ordre public, distinctement de la validité du compromis, ne postule-t-il pas que l'arbitre peut légitimement appliquer cet ordre public ?

Les effets de la règle sont détestables. Elle aboutit à « tuer l'arbitrage » à une époque où tout le droit des contrats est enveloppé des règles d'ordre public. Plus encore, à la suivre, il suffit à l'une des parties, dans la conception exposée, d'invoquer la nullité du contrat pour obliger l'arbitre à se dessaisir. On comprend que cette conception de l'inarbitrabilité ait été critiquée par une doctrine unanime.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt Tissot du 28 novembre 1950⁵ a rompu avec cette interprétation. Cet arrêt avait à statuer sur la validité d'un compromis portant sur une vente d'orge, marchandise taxée. La Cour de cassation juge qu'il fallait rechercher, en l'espèce, si le prix excédait le cours fixé, « ce qui, en rendant la vente contraire à l'ordre public, eût interdit qu'elle fit l'objet d'un compromis ».

C'était poser clairement que l'existence d'une réglementation d'ordre public, applicable à l'opération soumise à l'arbitrage, ne suffisait pas à entraîner la nullité de la convention d'arbitrage. La cour d'appel de Paris⁶, tirant les conséquences de l'arrêt Tissot, a ainsi jugé en 1989 que « 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 ». À la suite de l'arrêt Tissot, ce qui interdit le recours à l'arbitrage, n'est pas le lien du litige avec l'ordre public, mais l'existence d'une violation de l'ordre public par les parties et sur laquelle le tribunal arbitral doit

juger, soit à titre principal, soit à titre incident. Ce qui est interdit aux arbitres, c'est de sanctionner la violation de l'ordre public qu'ils ont constatée.

Cette solution a été critiquée en raison de son absence de logique. Certes, elle préserve la viabilité de l'arbitrage, puisque l'arbitre peut constater le caractère dilatoire de l'exception de violation de l'ordre public et le cas échéant poursuivre l'arbitrage. Mais comme l'a fort bien écrit M. Pierre Mayer⁷, « il est franchement curieux, qu'ayant fait ce qui est le plus difficile, constater l'illicéité, l'arbitre ne puisse aller jusqu'au bout et prononcer la nullité ».

Une étape décisive a été franchie, en matière d'arbitrage international, par la cour d'appel de Paris⁸, qui a jugé le 29 mars 1991 que « dès lors, hors les cas où la non arbitrabilité relève de la matière en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage, l'arbitre international, dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international », en particulier « l'imputation de fraude ou de spoliation ». Dans une espèce encore plus éclairante, la cour d'appel de Paris⁹ a jugé, le 19 mai 1993, que « si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard de règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause ».

L'ordre public n'est donc plus un obstacle à l'arbitrage international¹⁰. Il n'intervient plus a priori pour interdire l'arbitrage. Les arbitres sont jugés aptes à préserver l'ordre public et à le sanctionner après avoir constaté sa violation et

4 - E. Mezger, « L'arbitrage et l'ordre public », RTD. com. 1948, p. 611.

5 - Cass. com., 28 novembre 1950, Bull. civ. III, n. 355; D. 1951, 170; S. 1951, 120, note J. Robert.

6 - 16 février 1989, Rev. arb. 1989, 711, note L. Idot.

7 - « Le contrat illicite », Rev. arb. 1984, 212.

8 - Rev. Arb. 1991, 478, note Laurence Idot.

9 - Paris, 19 mai 1993, Rev. arb. 1993, 645, note Charles Jarrosson; RTD. com. 1993, 494, obs. Loquin; 30 septembre 1993, Rev. arb. 1994, 359, note D. Bureau, RTD. com. 1994, 703, obs. E. Loquin; également, Paris, 20 septembre 1995, Rev. Arb. 1996, 82, note D. Cohen; 10 septembre 1997, Rev. arb. 1999, 121, obs. D. Bureau et A. Hory; 1^{er} mars 2001, Rev. arb. 2001, 584, obs. JB. Racine.

10 - V^o L. Ravillon, Que reste-t-il de l'inarbitrabilité ?, in L'ordre public et l'arbitrage, *op. cit.*, p. 57.

cela sous le contrôle des juges de l'annulation de la sentence.

Le fondement de ces décisions a été l'internationalité du litige et l'affirmation que l'article 2060 du code civil, fait pour les relations internes, n'était pas applicable aux relations internationales. Pour ces dernières relations, l'arbitrabilité du contrôle de l'ordre public par les arbitres résultait d'une règle matérielle internationale applicable à l'arbitrage international. Cette règle matérielle est applicable du seul fait que l'arbitrage est international, indépendamment de la loi applicable à l'arbitrage, fût-elle une loi étrangère. Dans l'arrêt *Labinal* du 19 mai 1993, la cour d'appel de Paris admet l'arbitrabilité des litiges de droit communautaire de la concurrence au regard du droit français de l'arbitrage commercial international sans s'interroger sur l'application d'une quelconque loi étrangère choisie par les parties pour régir le contrat ou la procédure arbitrale.

Il restait une dernière étape à franchir : admettre l'arbitrabilité de l'ordre public dans l'arbitrage interne. La cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 12 septembre 2002¹¹, rendu en matière interne, « qu'après avoir rappelé que l'arbitrabilité du litige n'était pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable, les arbitres ont pu tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause ». Puis, la Cour de cassation, dans un arrêt *Toulousy*, du 9 avril 2002¹², a jugé « qu'il appartient à l'arbitre, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation ». Cette fois, l'affirmation est purement prétorienne et non soutenue par un motif particulier, sinon, ce qui a été appelé, la « *favor arbitrandum* ».

De nombreux droits étrangers ont suivi la même évolution et ont déconnecté l'arbitrabilité de l'ordre public. Certaines législations posent comme principe celui de l'arbitrabilité en utilisant le critère du caractère patrimonial du litige, l'inarbitrabilité étant alors l'exception, car réservé aux seuls litiges portant sur des droits extra patrimoniaux. Tel est le cas du droit suisse, du

droit belge et du droit allemand. La Cour suprême des États-Unis, dans le célèbre arrêt *Mitsubishi*¹³ du 2 juillet 1985 a reconnu en matière internationale l'arbitrabilité du droit de la concurrence, de même que la Cour de justice des communautés européenne, dans l'arrêt *Eco SWISS* du 1^{er} juin 1999¹⁴.

L'article 2060 du code civil n'a pas été totalement vidé de sa substance. L'ordre public rend le litige inarbitrable dans deux hypothèses.

D'une part, la convention d'arbitrage est illicite car elle donne à l'arbitre mission de contrevenir à l'ordre public. Par exemple, le tribunal arbitral reçoit mission de juger si un contrat d'entente illicite ou un contrat de corruption a bien ou mal été exécuté. Un bon exemple de cette nullité est donné par les arrêts *JC. Decaux*¹⁵, qui énoncent que « *dés lors qu'une répartition d'activité au sein d'une société en participation formée par des entreprises concurrentes constituait une entente ayant pour objet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, et était prohibée, l'objet du litige exprimé dans la convention d'arbitrage obligeait les arbitres à rechercher s'il avait été fait une exacte application d'une disposition du règlement intérieur d'une société en participation contraire à une réglementation d'ordre public ; il en résulte que le compromis est nul et, par voie de conséquence, la sentence doit être annulée* ».

D'autre part, l'article 2060 du code civil soustrait à l'arbitrage expressément des questions appartenant à l'ordre public : « *on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques* ».

Dans le cas des litiges exclus par nature de l'arbitrage, le caractère automatique de l'exclusion est en quelque sorte « compensé » par la limitation de son domaine.

S'agissant d'ailleurs de l'inarbitrabilité des contestations intéressant les collectivités publiques, le fondement de cette prohibition réside essentiellement dans le caractère d'ordre public de la compétence des juridictions administra-

11 - 12 septembre 2002, Rev. arb. 2003, 173, note M. E. Boursier.

12 - Cass. com., 9 avril 2002, Rev. arb. 2002, som. 777, RTD Com. 2003, 62, obs. Éric Loquin.

13 - Rev. arb. 1986, 273. V^o J. Robert, « Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt *Mitsubishi* c. *Soler* », Rev. arb. 1986, 173.

14 - 1^{er} juin 1999, Rev. Arb. 1999, 631, note L. Idot.

15 - Paris, 22 mai 1980 et Cass. com., 21 octobre 1981, Rev. Arb. 1982, 264, note JB. Blaise.

tives. Pour cette raison, depuis l'arrêt INSERM¹⁶ rendu le 17 mai 2010 par le Tribunal des conflits, il est permis de recourir à l'arbitrage pour les litiges portant sur des contrats administratifs constituant des opérations du commerce international, car la juridiction administrative française n'est plus dans ce cas compétente.

B - La résistance de l'article 2059 du code civil

L'article 2059 du code civil énonce que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». A contrario, les droits indisponibles ne sont pas arbitrables. L'article 2059 se rattache à ce qu'il est convenu d'appeler l'ordre public de protection : ici, les intérêts qui sont en cause sont des intérêts privés, des « *droits subjectifs* », mais il s'agit de droits qui sont garantis par une réglementation impérative, parce que l'on craint que leurs titulaires ne soient pas suffisamment armés pour les défendre eux-mêmes. Ici, si l'arbitrage est exclu, ce n'est pas, comme dans le cadre de l'article 2060, en raison de la simple antinomie entre le public et le privé, c'est en raison de la méfiance traditionnelle envers la manière dont jugent les arbitres, méfiance qui conduit à une assimilation entre la convention d'arbitrage et la renonciation aux droits qu'elle concerne.

Ainsi, l'interdiction de renoncer à un droit entraînerait l'impossibilité de renoncer à la juridiction étatique compétente pour donner effet au droit indisponible. Le législateur interdisant à un sujet de droit de renoncer à certains de ses droits subjectifs, parce qu'il craint qu'il ne le fasse sans être en mesure d'apprécier raisonnablement ses intérêts, ce souci de protection de la personne contre elle-même conduirait à exclure la convention d'arbitrage, dans la mesure où l'on peut assimiler la renonciation aux garanties qu'offre le tribunal étatique à la renonciation du droit lui-même. Le critère de la libre disponibilité rattache directement l'arbitrabilité à l'ordre public de fond. Ici encore, l'argument, qui résulte d'un glissement de la

pensée, peut être discuté¹⁷. Accepter que le litige soit jugé par un tribunal arbitral ne peut être interprété comme une renonciation aux droits que l'on tient de la loi. La meilleure preuve en est que l'arbitre doit respecter, à peine de nullité de la sentence, l'ordre public de protection.

Le texte a résisté à l'évolution du droit français de l'arbitrage. Il continue de lier l'ordre public et l'arbitrabilité. Le régime de cette inarbitrabilité est singulier.

Depuis la loi du 18 novembre 2016, qui a modifié l'article 2061 du code civil, en précisant que « *lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* », la clause compromissoire est valable si, stipulée dans un contrat de consommation ou dans un contrat de travail, le consommateur ou le salarié accepte, une fois le litige né, d'aller à l'arbitrage.

Mais ce texte laisse intacte la question de l'arbitrabilité de tels litiges, dès lors que pour le consommateur ou le salarié, les droits litigieux ne sont pas disponibles. En l'absence d'une renonciation expresse à ces droits par ces parties une fois le litige né, l'arbitre ne peut se déclarer compétent qu'après un examen approfondi de la cause. Celle-ci est régie par des règles qui sont tantôt des règles d'ordre public de protection, tantôt des règles non impératives. Si l'on prend l'exemple d'un litige opposant un consommateur à un professionnel, dès lors que le critère retenu de l'arbitrabilité est celui de l'indisponibilité des droits litigieux, il est alors nécessaire de rechercher si, en l'espèce, les droits litigieux du consommateur sont disponibles ou indisponibles. Or cette démarche suppose une analyse complète du litige. En effet, d'une part, l'indisponibilité des droits est relative dans le temps. Les droits protégés par l'ordre public de protection deviennent disponibles lorsque la personne protégée a acquis le droit protégé. D'autre part, le litige peut mettre en cause à la fois des droits indisponibles et des droits disponibles, de telle sorte qu'un tri est nécessaire pour apprécier et découper la compétence de l'arbitre. C'est au cours de l'instance arbitrale que progressivement se déterminera la compétence du tribunal arbitral au fur et à mesure du débat contradictoire.

Le même constat doit être fait dans l'arbitrage international. La Cour de cassation a

16 - Rev. arb. 2010, 308 - RTD. com. 2010, obs. É. Loquin - cf. E. Gaillard, « Le tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage », JCP 2010, 1096 ; Th. Clay, « Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage » ; M. Audit, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux », Rev. arb. 2010, 253 ; É. Loquin, « Retour dépassionné sur l'arrêt INSERM », JDI 2011, pp. 841-861.

17 - Cf. É. Loquin, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », Trav. Comité français DIP, 2004-2006, Pédone, 2008, p. 135.

admis la validité de la clause compromissoire dans le contrat international de consommation depuis un arrêt du 30 mars 2004¹⁸, mais en réservant la question de l'arbitrabilité : « la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre sous la conduite du juge de l'annulation, pour vérifier leur propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ».

L'ensemble de la question mérite d'être re-fondé. Il ne s'agit pas de supprimer l'inarbitrabilité de protection, mais, bien au contraire de la renforcer en modifiant ses fondements. Le fondement de l'inarbitrabilité de protection n'est pas dans la nature des règles applicables au fond du litige, mais dans la procédure arbitrale elle-même, qui n'est pas adaptée aux litiges intéressant une partie dite faible. Pour nous, la non-arbitrabilité des litiges du droit de la consommation, du droit du travail ou des droits alimentaires n'est pas liée au caractère impératif des règles qu'ils mettent en cause, mais trouve son fondement dans la volonté d'un ordre juridique de soustraire la partie faible à une procédure qui n'est pas jugée apte à garantir son droit d'ester en justice et cela en raison de son coût et de l'occasion qu'elle offre de délocaliser la procédure en l'éloignant de la résidence habituelle de la partie faible. L'inarbitrabilité doit être établie en considération de la personne de la partie faible et non en considération de la matière jugée. Il s'agit de protéger la partie faible en lui permettant de saisir un juge de proximité, celui de son domicile, qui soit un juge étatique qu'il n'est pas nécessaire de rémunérer. Le faible, dans l'arbitrage, est celui qui n'a pas les moyens financiers suffisants pour supporter le coût d'une procédure d'arbitrage. Aussi, ce n'est pas l'arbitre qui est suspecté, mais l'arbitrage lui-même. L'arbitrage peut être une procédure dangereuse pour la partie faible. Dès le 19^e siècle, la Cour de cassation condamna la clause compromissoire pour protéger un modeste assuré, obligé de traverser la France pour plaider à Paris sa cause contre son assureur devant un arbitre. L'évolution du droit français interne de

l'arbitrage prend toute sa signification au regard de cette observation. La clause compromissoire est réservée aux parties « fortes », non suspectées de faiblesse, dans un premier temps les commerçants, puis depuis la loi du 15 mai 2001, ceux qui contractent à raison d'une activité professionnelle, (article 2061 C. civ.), à ceux qui « savent », qui agissent entre eux à titre professionnel. Ceux-ci sont présumés connaître à la fois les délices et les dangers de l'arbitrage. Si la loi du 18 novembre 2016 a supprimé la nullité des clauses compromissoires conclues par des non-professionnels, elle continue de protéger ces derniers en prévoyant l'inopposabilité de cette clause à leur égard, sauf volonté de la partie protégée d'aller à l'arbitrage une fois né le litige.

II - Les effets de l'ordre public sur la sentence arbitrale

La rupture du lien entre l'arbitrabilité et l'ordre public a eu pour conséquence de faire de l'arbitre le juge de l'ordre public. Dans l'arbitrage interne, cette nouvelle fonction de l'arbitre a rapproché le juge privé du juge étatique, sous la réserve cependant que l'arbitre, en raison des pouvoirs d'amiable compositeur, qui lui sont parfois conférés, pourra disposer, sous certaines conditions, de l'ordre public de protection. En revanche, dans l'arbitrage international, la problématique de l'application par l'arbitre de l'ordre public est très particulière. De quel ordre public un tribunal arbitral est-il le gardien alors qu'il rend la justice au nom d'aucun État ? La nature privée de sa mission a-t-elle une incidence sur les pouvoirs qui lui sont reconnus pour juger l'ordre public ? (A).

Quel sera enfin le contrôle des juridictions étatiques exercé sur le respect de l'ordre public par les tribunaux arbitraux. La difficulté sera de faire coexister un tel contrôle avec le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales admis par l'ensemble des droits étatiques sur l'arbitrage (B).

A - L'office de l'arbitre à l'égard de l'ordre public.

L'identification de l'ordre public par les tribunaux arbitraux est particulièrement complexe. De quel ordre juridique sont-ils les gardiens ?

1 - Variétés des ordres publics s'imposant aux arbitres

A priori, rendant la justice au nom d'aucun État, le tribunal arbitral n'est le gardien d'aucun

18 - Rev. arb. 1997, 537, note É. Gaillard ; RCDIP 2007, 87, note V. Heuzé ; RTD Com. 1997, 330, obs. É. Loquin – V°. É. Loquin, « Les illusions perdues du contrôle de l'inarbitrabilité du litige international », in Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand, Litec, 2003, 339 et s.

ordre public. En réalité, les choses sont plus complexes. La sentence arbitrale est confrontée à une pluralité d'ordres juridiques étatiques, qui ont une légitimité à imposer le respect de leur ordre public : l'ordre juridique du siège de l'arbitrage, mais aussi tous les ordres juridiques étatiques dans lesquels la sentence sera présentée à l'exequatur. À la différence du juge étatique, le juge arbitral est confronté à une pluralité d'ordres publics.

La Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères rend bien compte de cette difficulté. D'une part, la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sont refusées si celle-ci a été annulée dans le pays où d'après la loi duquel la sentence a été rendue. Il en résulte que le tribunal arbitral doit rendre une sentence conforme à l'ordre public du pays du siège de l'arbitrage et à celui du pays dont la loi est applicable au fond du litige. D'autre part, la même Convention prévoit que la reconnaissance ou l'exécution sont refusées si elles sont contraires à l'ordre public du pays où l'exécution de la sentence est requise. Or une sentence internationale est susceptible d'être présentée à l'exequatur dans tous les pays où le débiteur a des actifs sur lesquels l'exécution de la sentence peut porter.

On rassurera peut-être les candidats à la fonction d'arbitre international en précisant que l'ordre public dont il s'agit est l'ordre public international et non l'ordre public interne de chacun des États concernés. Cet ordre public international est formé des valeurs considérées comme fondamentales par le droit de l'État où la sentence est rendue ou par le droit de l'État où la sentence doit être exécutée. Il s'oppose à l'application d'une loi ou à l'exécution d'une décision de justice étrangère ou d'une sentence arbitrale, qui lui porterait atteinte et dont les effets seraient constatés dans l'ordre juridique porteur de ces valeurs. Mais l'ordre public international absorbe également les lois de police de l'État concerné¹⁹, ce qui en élargit considérablement le contenu et le complexifie.

La sentence sera privée d'effet dès lors, comme l'indique la Convention de New York ou le droit français de l'arbitrage international, que sa mise en œuvre heurte l'ordre public international du pays requis, et non pas si le contenu de la sentence, indépendamment de la mesure d'exécution sollicitée, heurte cet ordre public international. Même si l'on peut concevoir qu'il existe un ordre public international minimum commun à la plupart des ordres juridiques, force est de constater qu'il existe, quant au contenu de l'ordre public international, non pas un ordre public international unique, mais une pluralité d'ordre public international, variant selon les États. Pour ne prendre qu'un exemple concret, la sentence rendue sous l'égide de la Cour d'arbitrage de la CCI, condamnant une partie à exécuter un contrat de vente de glandes d'origine humaine prélevées dans les morgues des hôpitaux hongrois, ne pourrait pas être exécutée dans l'ordre juridique français, dès lors que le droit français proclame comme un principe d'ordre public international l'extracommercialité des organes du corps humain, mais trouverait exécution en Allemagne, en Grande Bretagne ou aux États-Unis, dont l'ordre juridique ne retient pas ce principe.

L'arbitre doit également respecter certaines lois de police, c'est-à-dire les règles de droit qu'un État affirme comme d'ordre public dans les relations internationales qui présentent un lien avec l'État d'où procèdent ces lois de police. Par exemple, la Cour de cassation française²⁰, dans un arrêt du 20 avril 2017 a qualifié de loi de police française la loi du 31 décembre 1975 protégeant les sous-traitants et a jugé qu'elle était applicable par le juge français, quelle que soit la loi applicable au contrat de sous-traitance internationale, dès lors que le lieu d'établissement du sous-traitant, ou le lieu d'exécution de la prestation ou la destination des produits sous-traités est localisable sur le territoire français.

Les juges des États membres de l'Union européenne doivent appliquer leurs lois de police

19 - La Cour de cassation a ainsi jugé que « les principes de l'arrêt des poursuites des créanciers, du dessaisissement du débiteur et de l'interruption de l'instance en cas de faillite, (ouverte en France), sont à la fois d'ordre public interne et international », (1^{re} civ., 8 octobre 2009, Cah. arb. 2010, p. 889, note Loquin). La cour d'appel de Paris a également jugé que « les règles relatives au contrôle des pouvoirs publics sur les investissements étrangers résultant de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 expriment par des dispositions impératives, la conception d'un ordre public économique

international, en ce qu'elles tendent à assurer, dans l'intérêt de la collectivité, l'équilibre des relations économiques et financières avec l'étranger par la maîtrise des mouvements de capitaux à travers les frontières », 5 avril 1990, Rev. arb. 1992, 110, note H. Synvet. La même solution a été donnée par la cour d'appel de Paris à propos du droit communautaire de la concurrence : « en matière d'arbitrage international, la méconnaissance par l'arbitre d'une règle de droit communautaire porte atteinte à la conception française de l'ordre public international », 16 avril 1996, D. aff. 1996, p. 569.

20 - Cass. com., 20 avril 2017, pourvoi n° 15-16.922.

nationales, mais aussi les lois de police européennes et enfin les lois de police étrangères du pays où les obligations découlant du contrat doivent être exécutées, dans la mesure où « *les dites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale* »²¹.

De ce qui a été dit, le tribunal arbitral doit se positionner à l'égard de cette pluralité d'ordre public et doit veiller à ce que sa sentence ne heurte pas une pluralité d'ordres publics potentiels, dès lors que la sentence est susceptible d'exécution dans une pluralité d'ordres juridiques. Les arbitres sont conscients de cette exigence. La sentence CCI n° 3281²² énonce que « *seul le droit français est applicable, mais que, toutefois la décision du tribunal arbitral sera prise sous réserve des dispositions d'ordre public qui, en Espagne, pourraient s'opposer à son exécution, s'il y a lieu* ».

Il est vrai que la détermination du lieu d'exécution peut être problématique et décourageante. La sentence CCI n° 6106²³ a ainsi jugé que « *ce serait pour les arbitres une tâche impossible et stérile que de déterminer l'arbitrabilité en fonction des divers droits des possibles lieux d'exécution de la sentence, car la sentence peut virtuellement se faire en tout lieu où sont situés les actifs de la partie condamnée. Cette localisation des actifs n'est pas nécessairement permanente et donc, au moins en théorie, elle est imprévisible* ».

Il apparaît cependant que le tribunal arbitral doit respecter l'ordre public du pays du siège de l'arbitrage dès lors que la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères fait de l'annulation de la sentence dans le pays du siège un cas de refus de reconnaissance de cette même sentence dans les États ayant ratifié la Convention de New York²⁴. Il doit également respecter l'ordre public des pays où l'exécution de la sentence est prévisible, à savoir l'ordre public des États où les parties ont leurs établissements principaux.

Une réponse dogmatique est proposée par certains auteurs²⁵ qui préconisent que le tribunal arbitral respecte cumulativement toutes les lois de police, venant de différents ordres juridiques, lorsque la relation juridique litigieuse entre dans le champ d'application de ces lois. Cette approche, certes, est exigeante, mais a le grand mérite de faire de l'arbitre le juge de la légalité internationale.

Le paradoxe du droit français de l'arbitrage international est que l'ordre public du droit applicable au fond du litige est étranger au contrôle de la validité de la sentence, ou à son exécution, dès lors que cette loi n'est ni celle du siège de l'arbitrage où le recours en annulation peut s'exercer, ou celle du pays où la sentence doit être exécutée. Le principe de la non-révision au fond des sentences arbitrales s'y oppose. Si l'arbitre peut veiller au respect de cet ordre public, sa méconnaissance n'est pas sanctionnée.

Il faut encore ajouter à l'ordre public des États ce que la doctrine a appelé l'ordre public transnational. Le professeur Jacquet²⁶ a défini l'ordre public transnational comme « *un ordre public qui impose ses exigences sans souci nécessaire d'un rattachement d'une espèce à un ordre juridique déterminé* ». Cet ordre public sera le réceptacle des valeurs communes qui sont fondamentales pour la communauté internationale. Les auteurs constatent que « *la pratique arbitrale paraît très séduite par cette idée et l'on peut d'ores et déjà dégager certains grands principes de l'ordre public véritablement international, qui peuvent être qualifiés de fondamentaux dans l'ensemble des systèmes juridiques étatiques et difficilement contestables : la prohibition de l'esclavage, la protection du patrimoine commun de l'humanité, l'interdiction de la corruption ou du trafic de drogue* ». La cour d'appel de Paris²⁷ se réfère parfois à l'ordre public transnational pour contrôler les sentences arbitrales : un contrat ayant pour objet un trafic d'influence est jugé contraire « *à l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale* ». Le Tribunal

21 - Règlement « Rome 1 » du 17 juin 2008, article 9-3.

22 - JDI 1982, 899.

23 - Bull. CCI, novembre 1994, p. 44.

24 - Les États signataires peuvent cependant écarter ce motif d'annulation sur le fondement de l'article VII de la Convention, qui prévoit que « *les dispositions de la présente Convention ne privent pas aucune parties intéressées du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée* ». Tel est le cas en France, (voir article 1520 CPC).

25 - V° en particulier, Chr. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale*, Dalloz 2001.

26 - L'ordre public transnational, in *L'ordre public et l'arbitrage*, Lexis Nexis, 2014, p. 101, *op. cit.*

27 - 30 septembre 1993, RCDIP 1994, 349, note V. Heuzé.

fédéral suisse²⁸ a également jugé selon « une notion universelle de l'ordre public, en vertu de laquelle est incompatible avec l'ordre public la sentence qui est contraire aux principes juridiques ou moraux fondamentaux reconnus dans tous les États civilisés ». Le concept d'ordre public prendrait ainsi une dimension véritablement internationale adaptée à l'arbitrage. Il est remarquable que les sentences arbitrales se déterminent au regard de cette conception de l'ordre public international. Nombreuses sont par exemple les sentences qui ont annulé des contrats de trafic d'influence au nom d'un « ordre public transnational » exprimant « les valeurs partagées par la plupart des législations ».

L'ordre public transnational oblige le tribunal arbitral à faire un tri, afin d'écarter les règles de la loi applicable au fond du litige ou les lois de police non légitimes, car contraires aux valeurs développées par la communauté internationale des États. Le tribunal arbitral, juridiction internationale, serait alors le gardien d'un ordre public qui lui serait propre, d'un ordre public arbitral. Juge d'aucun for, seul cet ordre public le concerne. B. Goldman avait soutenu que les tribunaux arbitraux étaient les gardiens des intérêts du commerce international, eux-mêmes défendus par le vecteur d'un ordre public réellement international. Dans la même approche, l'ordre public arbitral, pour J.-M. Jacquet²⁹, serait l'ordre public transnational, compris comme l'ordre public de la communauté internationale, non rattaché à l'ordre juridique d'un État plutôt que d'un autre. Il exprimerait les exigences sociales et éthiques qui s'imposeraient dans les relations internationales. L'arbitre serait ainsi au cœur de l'ordre public. Il sélectionnerait les normes constituant l'ordre public arbitral.

L'ordre public transnational pourrait être un ordre public émanant d'ordres juridiques privés. Les contemplateurs de la *lex mercatoria*³⁰ écrivent que les besoins du commerce international sont protégés par un ordre public de la *lex mer-*

catioria. Les spécialistes de droit sportif³¹ reconnaissent l'existence d'un ordre public sportif porté par une *lex sportiva* créée par les « pouvoirs sportifs ». A priori, la notion d'ordre public est intimement liée à l'État, qui est en charge de l'intérêt général. Mais cette vision est très certainement réductrice. L'idée que l'intérêt général l'emporte sur les intérêts particuliers transcende toutes les organisations humaines et donc aussi les sociétés non étatiques.

2 - Régime de l'ordre public devant le tribunal arbitral

a - Le pouvoir pour le tribunal arbitral de relever d'office la violation de l'ordre public

Le tribunal arbitral doit-il relever d'office les violations de l'ordre public qu'il constate dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle ? La question est posée lorsqu'aucune partie ne lui demande de constater la violation de l'ordre public pertinent par le contrat litigieux. Le litige porte sur l'interprétation ou l'exécution du contrat alors qu'aucune des parties ne soulève sa nullité. La difficulté se trouve dans le respect de l'objet du litige, qui est délimité par les prétentions des parties.

La question a été posée dans la célèbre affaire *Thales / Euromissiles*³². Devant le tribunal arbitral, l'une des parties demandait aux arbitres le constat de la résiliation fautive du contrat sans que l'autre partie n'invoque la nullité de celui-ci malgré l'existence de soupçons sérieux quant à sa non-conformité au droit européen de la concurrence. Le tribunal arbitral devait-il d'office s'emparer de la question de la violation du droit de la concurrence et de sa conséquence, à savoir son incompétence, dès lors qu'on lui demandait de juger de l'exécution d'une convention soupçonnée d'être illicite. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 18 novembre 2004, a jugé « qu'aucune annulation de la sentence n'est encou-

28 - 30 décembre 1994, Bull. ASA, 1995, 224.

29 - L'ordre public transnational, in « L'ordre public et l'arbitrage », sous la direction d'É. Loquin et S. Manciaux, Lexisnexis, 2014, 101.

30 - B. Goldman, « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*; Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241; É. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria* ? », *Mélanges Ph. Kahn, Litec*, 2000, p. 39.

31 - G. Simon, « Arbitrage et ordre public sportif », in *L'ordre public et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 129.

32 - Paris, 18 novembre 2004, RTD com 2005, 263, obs. Loquin; RCDIP 2006, 104, note Bollée; L.G. Radicati di Brozzolo, l'illicéité qui « crève les yeux », critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international, *Rev. arb.* 2005, 529, *JDI* 2005, 357, note A. Mourre; Ch. Séraglino, « L'affaire Thales et le non-usage de l'exception d'ordre public international ou les dérèglements de la déréglementation », *Gaz. Pal.* 2005, Les Cahiers de l'arbitrage, n° 194, 195, p. 5- également, Paris, 23 mars 2006, *Rev. arb.* 2007, 100; 24 juin 2010, *Rev. arb.* 2010, 676; 8 avril 2010, *Rev. arb.* 2010, 961.

« rue simplement parce que les arbitres n'ont pas soulevé d'office les questions de droit communautaire de la concurrence ».

Si l'on applique cette règle, la solution s'impose a fortiori lorsque les parties ont expressément donné mission au tribunal arbitral, d'un commun accord, de juger de la seule exécution ou de la seule interprétation du contrat illicite. Ils ne peuvent en conséquence d'office se déclarer incompétents au motif que la convention d'arbitrage est nulle, si cette nullité n'a pas été soulevée. La solution serait alors conforme à la règle selon laquelle l'arbitre ne peut, à peine *d'ultra petita*, juger d'une question qui ne lui pas été soumise par les parties.

Cette conclusion n'est pas admissible. Il convient de distinguer selon la nature de la nullité affectant la convention d'arbitrage. Si celle-ci est une nullité de protection, les parties, en renonçant à contester la nullité de la convention d'arbitrage, ont voulu confirmer la compétence du tribunal arbitral, à un moment où les droits protégés par la loi sont devenus disponibles. À l'inverse, si la nullité affectant la convention d'arbitrage est une nullité résultant de l'ordre public de direction, la nullité doit être d'office soulevée par le tribunal arbitral. En effet, d'une part, ce faisant, l'arbitre ne statue pas *ultra petita*, car il n'annule pas la convention d'arbitrage, chose qui ne lui a pas été demandée. En se déclarant incompétent, il tire seulement les conséquences de l'illicéité qu'il a constatée. Il ne fait que soulever d'office un moyen de droit qui a une incidence, en tant qu'exception, sur la demande dont il est saisi. Ce pouvoir est inhérent à la fonction juridictionnelle de l'arbitre qui est de trancher le litige conformément aux règles de droit. Le principe du contradictoire impose que ce moyen de droit introduit dans la cause par les arbitres soit discuté contradictoirement par les parties. Si la cour d'appel de Paris, avec l'arrêt Thales, n'impose aucune obligation au tribunal arbitral de mettre dans la cause la règle d'ordre public, la même juridiction avait décidé le contraire dans un arrêt du 16 mars 1995³³. Dans une formule excellente, la cour d'appel avait jugé que « les arbitres ne peuvent esquiver l'application des règles d'ordre public et que, même si les parties n'ont pas invoqué ces règles devant eux, il appartient aux arbitres d'en faire application d'office, sous réserve du respect du principe de la contradiction ».

Mais peut-on aller plus loin et soutenir que le pouvoir d'action d'office de l'arbitre pour mettre dans la cause les règles d'ordre public peut être mis en œuvre relativement à la solution au fond du litige? Autrement dit, un tribunal arbitral peut-il d'office invoquer une disposition d'ordre public, à titre d'exception, pour rejeter une demande tendant à l'exécution du contrat litigieux au motif que le contrat est nul? La doctrine s'oppose sur cette question. Certains auteurs³⁴ considèrent que le tribunal arbitral doit se déclarer incompétent, car le compromis ou l'acte de mission, qui tend à l'exécution du contrat est lui-même illicite. D'autres auteurs³⁵ considèrent que si un contrat est contraire à l'ordre public, alors qu'en est seulement demandée l'exécution, la question de sa validité est nécessairement dans la cause. Notre opinion est qu'il faut raisonner de la manière suivante. La nullité du contrat constatée par l'arbitre est un moyen de droit, que l'arbitre peut mettre dans la cause et qui fonde le rejet de la demande d'exécution du contrat. L'arbitre ne statue pas *ultra petita*, car il ne prononce pas la nullité du contrat. Il rejette la demande d'exécution dont il est saisi.

b - La solitude de l'arbitre dans l'appréciation de l'ordre public

L'arbitre est seul face à l'ordre public. Le caractère privé de la justice arbitrale interdit que certaines autorités administratives ou judiciaires puissent coopérer avec les arbitres. Il a été jugé³⁶ à plusieurs reprises que les arbitres ne peuvent solliciter l'interprétation du droit européen de la Cour de justice des communautés dans le cadre d'un recours préjudiciel sur le fondement de l'article 177 du Traité de Rome, au motif « qu'un tribunal arbitral n'était pas une juridiction nationale et que, pour cette raison, il ne pouvait se prévaloir des pouvoirs reconnus par le droit européen aux juridictions nationales ». Pourquoi interdire à l'arbitre, soucieux de respecter le droit communautaire, de demander à la Cour de justice son interprétation, dès lors que dans un litige d'ordre privé, il est autorisé, ne serait-ce que pour apprécier sa compétence, à vérifier la conformité du contrat à l'ordre public commu-

33 - Rev. arb. 1996, 146, note Derains.

34 - P. Mayer, « Le contrat illicite », Rev. arb. 1984, 205 – P. Level, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », Mélanges R. Perrot, Dalloz 1995, 259.

35 - JB. Racine, « L'arbitrage commercial international et l'ordre public », *op. cit.* n° 481 – É. Loquin, « L'arbitrage du commerce international », Joly 2015, n° 441.

36 - CJCE, 25 mars 1982, Rev. arb. 1982, 473 - 27 janvier 2005, Rev. arb. 2005, 765.

nautaire ? Dès l'instant où l'arbitre est devenu le juge naturel du droit de la concurrence, force est de lui donner la même assistance qu'aux juges des États membres, ne serait-ce que pour préserver l'unité de l'ordre juridique communautaire et éviter que deux interprétations de la même règle du droit de la concurrence ne se développent parallèlement devant les juges étatiques et les tribunaux arbitraux.

c - Les pouvoirs des arbitres amiables compositeurs à l'égard de l'ordre public

La clause d'amiable composition produit des effets sur les pouvoirs du tribunal arbitral à l'égard des règles d'ordre public. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 28 novembre 1996³⁷ a défini la clause d'amiable composition « *comme une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la loi, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige* ». D'un commun accord, les parties donnent aux arbitres le pouvoir de disposer des droits dont elles-mêmes ont la libre disposition.

Il en résulte que le tribunal arbitral investi par la volonté des parties de juger en amiable compositeur peut écarter au motif de l'équité des droits protégés par l'ordre public de protection, dès lors que lesdits droits ont été acquis par les parties à l'arbitrage³⁸. Les pouvoirs de ce tribunal sur l'ordre public de protection dépendent donc de la confrontation de la date de la renonciation concrétisée par la stipulation de la clause d'amiable composition et de celle de l'acquisition des droits protégés par la loi.

Lorsque la clause d'amiable composition est stipulée avant l'acquisition de ces droits, elle n'autorise pas l'arbitre à écarter ceux-ci, car les parties, à cette époque, ne pouvaient licitement renoncer à leur application. En revanche, si la clause d'amiable composition est postérieure à l'acquisition de ces droits, rien n'interdit aux arbitres d'écarter de telles règles et de composer sur les droits, les parties ayant pu valablement abandonner leur protection. Les conséquences de ce mécanisme sur le pouvoir des amiables

compositeurs peuvent être aisément établies. La clause d'amiable composition, insérée dans la seule clause compromissoire, ne permet jamais aux arbitres d'écarter les lois impératives de protection. La renonciation qu'elle formalise intervient, par hypothèse, à une époque où les parties n'ont pas acquis la libre disposition du droit protégé par l'ordre public. Celle-ci ne devient généralement effective qu'au jour où le droit protégé devient exigible. Aussi, la clause d'amiable composition confirmée une fois le litige né, soit dans le compromis, soit devant les arbitres, vaut toujours renonciation à l'application de ces règles, car celles-ci, à cette période, ont perdu leur impérativité. Intervenant à un moment où les parties ont la pleine disposition de leurs droits, ces actes juridiques donnent à la clause d'amiable composition ses pleins effets en étendant les pouvoirs des amiables compositeurs là où le caractère d'ordre public d'une règle s'y opposait antérieurement. Ces principes peuvent être illustrés par l'exemple des pouvoirs de l'amiable compositeur à l'égard de la prescription extinctive. L'article 2220 du code civil dispose que l'on ne peut renoncer par avance à la prescription. La clause d'amiable composition stipulée avant l'écoulement du délai de prescription, c'est-à-dire avant l'acquisition du droit de renoncer à celle-ci, ne peut conférer aux arbitres le droit d'écarter celle-ci. En revanche, confirmée une fois le litige né, à un moment où l'action est prescrite et où l'une des parties peut renoncer au bénéfice de cette prescription, elle autorise l'amiable compositeur à écarter la prescription. La cour d'appel de Paris³⁹ a jugé « *qu'en écartant une prescription acquise en droit à laquelle les parties pouvaient renoncer, l'arbitre amiable compositeur s'est très exactement acquitté de sa mission* ».

En revanche, le tribunal arbitral jugeant en amiable compositeur a l'obligation d'appliquer les règles d'ordre public de protection impératives de protection, lorsque celles-ci ne sont pas encore disponibles, et surtout les règles d'ordre public de direction qui ne souffrent aucune intervention des volontés particulières, car elles touchent l'ordre public fondamental qui sauvegarde l'intérêt général.

37 - Rev. arb. 1997, 380, note É. Loquin – Également, É. Loquin, « L'amiable composition en droit comparé et international », Litec1980, n° 425.

38 - « L'amiable composition en droit comparé et international », *op. cit.* n° 435.

39 - Paris, 28 nov. 2002 : RTD com. 2003, p. 478, obs. É. Loquin.

B - Le contrôle de la sentence arbitrale au regard du respect de l'ordre public

1 - Objet du contrôle

Le décret du 13 janvier 2011 a précisé l'objet du contrôle réalisé par le juge français sur le respect par le tribunal arbitral de l'ordre public.

Dans l'arbitrage interne, l'ancien article 1484 - 6° énonçait que la sentence était annulée « si l'arbitre a violé une règle d'ordre public ». Le nouvel article 1492 - 5° prévoit que « le recours en annulation est ouvert, si la sentence est contraire à l'ordre public ». Il ne s'agit pas d'une modification de forme. Le nouveau texte limite le contrôle du juge de l'annulation. La seule violation de l'ordre public ne suffit pas à fonder la nullité de la sentence. Il faut, pour que la sentence soit annulée, qu'en conséquence de la violation d'une règle d'ordre public, les effets de la sentence énoncés dans son dispositif soient contraires à l'ordre public. Cette formulation nouvelle interdit d'annuler une sentence qui méconnaît une règle d'ordre public, mais dont le dispositif n'est pas contraire à l'ordre public. Le décret de 2011 n'a fait en réalité qu'entériner les solutions données par la cour d'appel de Paris. Celle-ci avait jugé à partir de 1978 « qu'à supposer que l'interprétation donnée de la clause soit contraire à l'ordre public, la nullité de la sentence ne pourra être prononcée que dans la mesure où la solution adoptée sur le fond par les arbitres heurterait elle-même l'ordre public, étant observé que le juge n'a pas à apprécier le caractère exact ou convainquant des motifs retenus par la juridiction arbitrale à l'appui de sa décision »⁴⁰.

C'est en effet la solution donnée au litige qui est contrôlée à l'aune de l'ordre public et non sa motivation. Cet objet nouveau du contrôle explique que la jurisprudence recherche si la violation de l'ordre public est « effective et concrète ».

S'agissant de l'arbitrage international, l'ancien article 1502 CPC n'a pas été modifié par le décret du 13 janvier 2011 : « le recours en annulation n'est ouvert que si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ». L'idée est la même. Ce sont les conséquences de l'exécution de la sentence dans l'ordre juridique français qui sont

appréciées au regard de l'ordre public, étant entendu que, cette fois, il s'agit de l'ordre public international français.

Prenons un exemple concret : une sentence arbitrale internationale, rendue en France, fait l'objet d'un recours en annulation devant la cour d'appel de Paris. Il est soutenu par le requérant que le tribunal arbitral, qui a jugé conformément à la loi française, loi régissant le contrat, n'a pas respecté la loi française du 31 décembre 1975 protégeant le sous-traitant en refusant d'annuler le contrat de sous-traitance litigieux, bien que l'entrepreneur principal n'ait pas fourni une caution garantissant le paiement du sous-traitant comme l'exige cette loi à peine de nullité du contrat. Le tribunal arbitral a violé de manière certaine une règle d'ordre public. Mais, si le sous-traitant est établi en Italie, que son intervention est localisée en Italie, la sentence échappera à la nullité, car sa reconnaissance ou son exécution en France n'est pas contraire à l'ordre public international français.

2 - L'intensité du contrôle

C'est actuellement la question qui fait débat en doctrine comme en jurisprudence.

Dans un premier temps, la jurisprudence a développé un contrôle du respect de l'ordre public, qui a été qualifié de maximaliste. Le contrôle du respect par les arbitres de l'ordre public impose à la cour d'appel de vérifier la pertinence de tous les éléments qui conditionnent l'application de la règle d'ordre public. Le juge est alors tenu d'apprécier la pertinence de l'ensemble du processus intellectuel utilisé par l'arbitre pour justifier sa décision au regard de l'ordre public. La Cour de cassation, dans l'arrêt Plateau des Pyramides, avait jugé, le 6 janvier 1987⁴¹, de manière très générale que « si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du code de procédure civile, 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 ». La règle est applicable quel que soit le grief invoqué devant le juge du contrôle de la sentence. La Cour de cassation, le 30 septembre 1993, dans l'arrêt Westman⁴², confirmait l'exigence d'un contrôle plein, selon l'expression de la doctrine, de l'ordre public, en jugeant que « le contrôle de la cour d'appel doit porter en fait

40 - Paris, 12 déc. 1978 : Rev. arb. 1979, p. 372, note Boitard. - 28 avr. 1988 : Rev. arb. 1989, p. 164, note L. Idot. - 14 avr. 1993 : Rev. arb. 1994, p. 164, note Ch. Jarrosson. - 27 oct. 1994 : Rev. arb. 1994, 709 - 12 janv. 1995 : Rev. arb. 1996, p. 72.

41 - Rev. arb. 1987, JDI 1987, 638, note B. Goldman.

42 - Rev. arb. 1994, 359, note D. Bureau.

et en droit sur tous les éléments permettant de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public et dans l'affirmative d'apprécier au regard de celle-ci la licéité du contrat », dans une affaire où l'une des parties avait invoqué la nullité d'un contrat soupçonné d'avoir pour objet un trafic d'influence. Le tribunal arbitral avait condamné cette partie à payer le prix du contrat jugé valable par les arbitres au motif que la preuve de son caractère illicite n'avait pas été rapportée. La cour d'appel se livre à un examen très approfondi de la cause, en particulier « des indices et présomptions » soumis au tribunal arbitral par la partie requérante, pour juger que « que le tribunal arbitral avait à juste titre jugé que les indices produits ne permettaient pas de conclure à l'illicéité du contrat litigieux ».

Dans la même période de temps, d'autres arrêts de la Cour de cassation adoptaient une conception minimaliste du contrôle par le juge de l'annulation du respect par les arbitres de l'ordre public. Dans l'arrêt *Sica Veradour*, du 20 février 1991⁴³, rendu en matière interne, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi jugé que « le contrôle de la cour d'appel, saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur l'article 1486-6 du nouveau code de procédure civile, doit porter, non sur la qualification que les arbitres ont donné dans la convention liant les parties, même s'il est prétendu que celle-ci est régie par des dispositions d'ordre public, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public ». Dans cette affaire, les arbitres avaient écarté la qualification de contrat d'intégration agricole et donc l'obligation faite aux parties de respecter la loi du 6 juillet 1964. Selon l'arrêt, le juge de l'annulation n'a pas le pouvoir de vérifier cette qualification alors pourtant qu'elle conditionne l'application des règles d'ordre public et que l'erreur de qualification entraîne leur violation.

Il est clair que, si l'on suit cette jurisprudence, le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public est en réalité un contrôle de la conformité apparente. Le contrat est valable parce que les arbitres ont jugé qu'il n'était pas un contrat d'intégration agricole, alors que ce n'est pas sa réalité juridique. Si l'on ne révisé pas l'interprétation ou la qualification faite par les arbitres, la sentence, en apparence, est conforme à l'ordre public. Il n'empêche que la solution de cette sentence est contraire à

l'ordre public, dès lors qu'est reconnue dans l'ordre juridique français la validité d'un contrat dont le contenu est contraire aux dispositions d'ordre public de la loi française.

Le recul du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public est apparu de manière éclatante avec l'arrêt *Thales*⁴⁴ rendu par la cour d'appel de Paris le 18 novembre 2004 : « 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 en l'absence de fraude ou de violation manifeste, effectuer un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux ».

La Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence par l'arrêt *Soc. Cytec*⁴⁵, rendu le 4 juin 2008, qui a jugé que « 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 sa solution à l'ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ».

Ces décisions, d'une part, confirment que le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public ne peut conduire à une révision au fond de la solution donnée par la sentence.

44 - Paris, 18 novembre 2004, RTD com 2005,263, obs. Loquin ; RCDIP 2006, 104, note Bollée ; L.G Radicati di Brozzolo, « L'illicéité qui « crève les yeux », critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international », Rev. arb. 2005, 529, JDI 2005, 357, note A. Mourre ; Ch. Séraglino, « L'affaire Thales et le non-usage de l'exception d'ordre public international ou les dérèglements de la dérèglementation », Gaz. Pal. 2005, Les Cahiers de l'arbitrage, n° 194, 195, p. 5 – également, Paris, 23 mars 2006, Rev. arb. 2007, 100 ; 24 juin 2010, Rev. arb. 2010, 676 ; 8 avril 2010, Rev. arb. 2010, 961 – Sur les critiques soulevée par cette jurisprudence considérée comme laxiste, (outre les références *supra*), cf. Christophe Delanoy, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », Rev. arb. 2007, 177 ; Chr. Séraglino, « L'affaire Thales et le non-usage immodéré de l'exception de l'ordre public ou les dérèglements de la dérèglementation », Gaz. Pal.21-22 octobre 2005, n° 9 ; S. Bollée, « La place du principe de non-révision au fond dans le contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public », Rev. arb. 2007, 97 – Interventions de Chr. Delanoy, C. Kessedjian et FX. Train, « Table ronde, Faut-il modifier les règles de contrôle ? » in L'ordre public et l'arbitrage, sous la direction d'E. Loquin et S. Manciaux, Litec 2014, 221.

45 - Cass. 1° civ. , 4 juin 2008, D. 2008, 1684, note Xavier Delpech , RTD com 2008, obs. Loquin, Rev. arb. 2008, 473, note I. Fadlallah.

43 - Cass. 2° civ., 20 févr. 1991, Rev. arb. 1991, p. 447, note L. Idot.

L'arrêt *Cytec* énonce que « seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public ». Autrement dit, il ne s'agit pas pour le juge de l'annulation de vérifier si le contrat litigieux violait ou non le droit de la concurrence et si l'arbitre avait correctement appliqué cette réglementation impérative. Le contrôle ne porte que sur la conformité du dispositif de la sentence à l'ordre public concurrentiel. Déjà, le 14 novembre 2006⁴⁶, dans un domaine il est vrai moins sensible, la première chambre civile de la Cour de cassation avait aussi jugé, en matière interne, « qu'en soutenant que le tribunal arbitral avait violé les dispositions de l'article 2246 du code civil et, partant, l'ordre public, en rejetant une exception de prescription, une partie invite la Cour à vérifier la pertinence du raisonnement juridique par lequel les arbitres avaient rejeté cette exception et qu'il est ainsi demandé à la Cour d'exercer un contrôle au fond de la sentence qui échappe au juge de l'annulation ».

Le paradoxe de cette jurisprudence est qu'il suffit que l'arbitre ait jugé que le contrat n'est pas contraire à l'ordre public pour que le contrôle soit satisfait, alors que le contrôle du respect de l'ordre public suppose justement que le jugement de l'arbitre soit vérifié. Le juge de l'annulation ne peut aller au-delà et juger, qu'en réalité, le contrat est contraire à l'ordre public. Annuler la sentence pour ce motif serait la réviser. Le résultat est une parodie de contrôle. Seule peut être annulée une improbable sentence particulièrement mal motivée qui affirmerait la contrariété du contrat à l'ordre public et qui cependant condamnerait l'une des parties à l'exécuter, ou sanctionnerait cette partie pour ne pas l'avoir exécutée. Le contrôle est ainsi restreint à celui « de l'apparence de la conformité de la sentence à l'ordre public ».

D'autre part, la seconde limite, qui est d'ailleurs la conséquence de la première, tient dans le caractère *prima facie* du contrôle de la violation par la sentence de l'ordre public international. Le contrôle, énonce l'arrêt *Cytec*, « se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ». On retrouve la formule utilisée par l'arrêt *Thales* qui réservait la nullité de la sentence « aux seules violations flagrantes de l'ordre public international », avec cependant l'alibi, que l'on ne retrouve pas dans la présente espèce, que l'illicéité du contrat conclu par *Thales* et *Euromissile* n'avait jamais été soulevée

devant le tribunal arbitral, ce qui pouvait justifier le contrôle restreint retenu par la cour d'appel de Paris. Au contraire, en l'espèce, le débat avait eu lieu devant le tribunal arbitral et le juge de l'annulation était dans la situation d'apprécier si le tribunal arbitral avait correctement mis en œuvre le droit européen de la concurrence.

Les commentateurs de ces arrêts les ont très majoritairement désapprouvés et il n'est pas inutile de revenir sur les arguments qui ont été échangés.

Le Président Ancel⁴⁷, lors d'un colloque, organisé à la Faculté de droit de Dijon, en 2014, sous le titre « *Ordre public et arbitrage* » avait expliqué que « la position de la jurisprudence française est fondée sur l'idée que l'arbitre est le gardien de l'ordre public et qu'il n'y a pas lieu de revenir, sauf flagrance, sur la décision de l'arbitre qui considère que l'ordre public n'est pas violé ».

Cette explication, fondée sur la confiance légitime dans l'arbitre, est plus convaincante, même si elle reste discutable, nous y reviendrons en conclusion de cet exposé, que l'explication technique, donnée dans l'arrêt *Thales*, fondée sur le principe de non-révision des sentences arbitrales.

Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public n'est pas un contrôle de sa motivation et le débordement vers un pouvoir de révision. La révision au fond équivaut à un nouveau jugement du fond du litige par le juge qui pourrait ainsi substituer sa propre appréciation à celle préalablement effectuée par l'arbitre. Le mal jugé devient un motif d'annulation de la sentence ou de refus de reconnaissance ou d'exequatur. Cette révision a la nature d'une réformation et est unanimement exclue de l'arbitrage. La *révision-réformation* serait contradictoire avec le recours même à l'arbitrage et elle violerait l'esprit du recours en annulation qui comme son nom l'indique n'est pas une voie de réformation comme l'est l'appel, mais une voie d'annulation dont on souligne le caractère « *cassatoire* ».

Or, le réexamen des questions de fait et des questions de droit en vue de l'exercice du contrôle de l'ordre public est, dans tous les cas, exclusif de toute révision, y compris au fond, dès lors que ce réexamen n'a pas pour objet de

46 - Rev. arb. 2007, 98.

47 - *Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public : le point de vue du juge judiciaire*, *L'ordre public et l'arbitrage*, sous la direction d'É. Loquin et S. Manciaux, Litec 2014, p. 197.

vérifier le bien ou mal jugé du litige primaire, mais la satisfaction des conditions de régularité de la sentence et la possibilité dans un ordre juridique étatique de son exécution.

Dans cette perspective, la condition de la flagrance de la violation de l'ordre public posée par la jurisprudence pour justifier la nullité de la sentence est injustifiée. S'il appartient au juge de vérifier si la sentence a des effets nocifs dans son ordre juridique, qu'il y ait ou non flagrance, l'effet nocif de la sentence reste le même.

La cour d'appel de Paris⁴⁸ a gommé l'adjectif « *flagrant* » de la motivation de ses arrêts les plus récents pour le remplacer par l'adjectif « *manifeste* ». On peine à y voir un changement significatif dès lors que l'on considère que ce qui est manifeste est... flagrant. En revanche, d'autres décisions rendues par cette même juridiction se contentent de poser la condition d'une violation effective et concrète de l'ordre public, ce qui est plus satisfaisant. Cependant, au-delà des mots, tant que le juge de l'annulation ne se voit pas reconnaître le pouvoir d'examiner tous les éléments permettant de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public et dans l'affirmative d'apprécier au regard de celle-ci la licéité du contrat, le contrôle de la sentence relativement au respect de l'ordre public sera « *illusoire* ». Nous ne ferons que rappeler notre position qui tient en deux observations. La première est que nous recevons l'argument selon lequel l'ordre juridique d'un État peut accueillir sans dommage une sentence dont les effets ne heurtent pas l'ordre public, même si elle est fondée sur une mauvaise application de règles d'ordre public. Mais, nous pensons que le contrôle ainsi limité par la jurisprudence du respect de l'ordre public par la sentence est un leurre, dès lors que ce contrôle se réalise *prima facie*. Seule une analyse du fond du litige pourra révéler que la sentence a ou n'a pas d'effets contraires à l'ordre public.

Le contrôle plein par le juge de l'annulation de la conformité de la sentence à l'ordre public soulève des difficultés qu'il ne faut pas occulter.

Des auteurs ont voulu distinguer les espèces où la violation de l'ordre public a été déjà discutée devant le tribunal arbitral et celles où cette violation n'a jamais été dans le débat. L'arrêt *Thales* énonce que « *si le juge de l'annulation peut dans le cadre de ses pouvoirs de nature disciplinaire, porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à*

son contrôle, il ne peut pas statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais encore été ni plaidé, ni jugé devant un arbitre concernant la simple éventualité de l'illicéité de certaines stipulations contractuelles ». Il est exact que, dans cette hypothèse, il ne s'agit plus de contrôler la sentence, mais de rejuger le litige. Mais faut-il alors laisser la sentence produire ses effets nocifs supposés dans l'ordre juridique du for ? L'admettre aboutit, comme l'a écrit le professeur Ch. Jarrosson⁴⁹, à laisser sans sanction et à délivrer en quelque sorte un sauf-conduit à des sentences ignorant purement et simplement la règle d'ordre public dans des affaires où la question n'a pas été débattue devant les arbitres. Or, débattre ou non de la question résulte de la volonté de chacune des parties qui n'a pas voulu ou pensé à soulever le problème et de celle des arbitres qui ne l'ont pas soulevé d'office. On doit ainsi convenir que le contrôle de l'ordre public ne peut être abandonné à des volontés privées, fussent-elles concordantes.

Le professeur P. Mayer⁵⁰ a proposé de distinguer selon le contenu du dispositif de la sentence. Lorsque la sentence fait injonction à une partie d'exécuter le contrat illicite, le juge d'annulation ou de l'exécution doit vérifier en fait et en droit si l'exécution de la sentence produit des effets illicites. Au contraire, lorsque la sentence a méconnu l'ordre public et condamne à des dommages et intérêts la partie qui n'a pas exécuté le contrat en arguant de son illicéité, le dispositif de la sentence ne viole pas directement l'ordre public, même si la partie vertueuse est sanctionnée. La distinction est habile et presque convaincante. Il n'empêche que le juge, dans cette hypothèse, donne un signal fâcheux. Il encourage les parties à violer l'ordre public en décourageant l'une d'entre elles de refuser d'exécuter le contrat illicite.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence a cependant protégé un sanctuaire où le juge de l'annulation dispose du pouvoir d'apprécier la licéité des contrats en examinant tous les éléments de droit ou de fait de la cause. Depuis l'arrêt *Thales*, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation⁵¹ ont jugé, à plusieurs reprises, que

48 - Par exemple, 21 février 2017, RDC. 2017, 309

49 - L'intensité du contrôle de l'ordre public, *in* L'ordre public et l'arbitrage, *op. cit.*, p. 161.

50 - *Ibidem*, p. 223 (Table ronde).

51 - Paris, 9 avril 2009, Cah. arb. 2010/3, 889, note Loquin - 4 mars 2014, Rev. arb. 2014, 955, note J. Chr. Delanoy - 25 novembre 2014, Rev. arb. 2015, 555, note Cl. Fouchard - Cass. 1^o civ. 24 juin 2015, Rev. arb. 2016,

« lorsqu'il est prétendu qu'une sentence donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient au juge de l'annulation, saisi d'un recours fondé sur l'article 1520 5° du code de procédure civile, de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public international ». Cette solution a été ensuite étendue par la cour d'appel de Paris au grief de blanchiment d'argent par un arrêt du 21 février 2017⁵². Dans ce cas, la Cour juge que son appréciation n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni liée par les constatations et qualifications opérées par ceux-ci. Plus encore, dans certaines de ces affaires, le siège de l'arbitrage était le seul lien existant avec le territoire français. C'est dire que la sentence annulée n'était pas susceptible de produire des effets en France.

C'est la spécificité du grief de corruption ou de blanchiment d'argent qui justifie ce traitement dérogatoire. On peut d'abord relever que les faits relatés font l'objet d'incriminations pénales, ce qui pourrait justifier que l'ordre public en cause est un ordre public renforcé justifiant un contrôle renforcé. Cette première piste d'explication n'est cependant pas la bonne. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 21 février 2017 a pris soin de relever que « l'examen de ce grief n'est pas subordonné à l'intervention préalable d'une condamnation pénale du chef de blanchiment ». Plus encore, la cour juge « qu'il n'entre pas dans la mission de la cour de rechercher si une partie à l'arbitrage peut être déclarée coupable du délit de blanchiment en application des dispositions pénales d'un ordre juridique national ». La mission de la Cour est « d'assurer la défense de l'ordre public international ».

Il ne peut s'agir que de l'ordre public matériel international, c'est-à-dire d'un ordre public transnational et non de l'ordre public international français, dans sa fonction classique d'éviction d'une loi ou d'une décision étrangère. En effet, en l'espèce, la sentence n'était pas destinée à être exécutée en France.

Il n'est pas surprenant que la cour d'appel de Paris considère que la corruption ou le blanchiment d'argent heurte un ordre public transnational. Ces pratiques ont été prohibées et sanctionnées par des traités internationaux :

Convention OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents public étrangers ratifiées par 47 États ; Convention des Nations Unies de 2003 contre la corruption qui lie 182 États ou organisations internationales ; Conventions du Conseil de l'Europe de 1999 liant 48 État pour la Convention dite pénale et 35 États pour la Convention dite civile.

La prohibition de ces pratiques a été également affirmée en dehors de tous textes internationaux par la pratique arbitrale sur le seul fondement de l'ordre public transnational. Par exemple, la sentence CIRDI du 4 octobre 2006 a jugé que « la corruption était contraire à l'ordre public international de presque tous les États, en d'autres termes à l'ordre public transnational ». Dans la sentence CCI n° 3913 de 1981, le tribunal arbitral sanctionne la corruption sur le fondement « de l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît » et énonce qu'il est patent que la communauté internationale des affaires et la plupart des gouvernements s'opposent à toute pratique corruptive ». Dans la sentence Hilmarton du 19 août 1988, le tribunal arbitral juge que « la violation de la loi algérienne, qui sanctionnait la corruption, constituait en l'espèce une violation de l'ordre public sous l'angle transnational ».

L'appel à un ordre public transnational n'est pas réservé aux seuls tribunaux arbitraux. Certaines décisions émanant de juridictions étatiques y font appel. Le Tribunal fédéral suisse⁵³ a également jugé le 30 décembre 1994 selon « une notion universelle de l'ordre public » : « est incompatible avec l'ordre public la sentence qui est contraire aux principes juridiques ou moraux fondamentaux reconnus dans tous les États civilisés, tel que la prohibition de la corruption ». Et l'on a déjà dit que la cour d'appel de Paris avait jugé en 1993 « qu'un contrat ayant pour objet un trafic d'influence est contraire à l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale ».

On ne peut qu'être d'accord avec ces jurisprudences. Mais reste à savoir si la jurisprudence française est cohérente lorsqu'elle réserve à ces seules matières le contrôle plein de l'ordre public, brisant par là-même l'unité du régime du contrôle du respect de l'ordre public par les arbitres.

219, note L.Ch. Delanoy – *Contra* Cass. civ. 1°, 12 février 2014, Rev. arb. 2014, 389, note J. Chr. Delanoy.

52 - Rev. arb. 2017, 915, note S. Bollée et M. Audit.

53 - 30 décembre 1994, Bull. ASA, 1995, 224.

La suppression de l'unité du régime du contrôle de l'ordre public ne peut qu'être la source d'une totale insécurité juridique.

D'une part, le domaine de l'ordre public transnational ne peut être limité à l'interdiction de la corruption et du blanchiment d'argent. Il est admis qu'il concerne également le commerce illicite d'armes, d'objets d'art, les trafics d'êtres humains, de drogues et de bien d'autres illicéités.

D'autre part, faut-il hiérarchiser l'ordre public ? Le professeur J.-B. Racine⁵⁴ a soutenu l'idée d'une vision pyramidale des ordres publics, le sommet de la pyramide étant constitué par l'ordre public transnational. Mais cette hiérarchisation a pour seule finalité que de régler les conflits de normes pouvant exister entre les différents ordres publics et non de discriminer leur régime.

Conclusion

L'extension irrésistible de l'arbitrabilité fait, à juste titre, de l'arbitre le juge de l'ordre public. Ce faisant les États ont manifesté la confiance qu'ils mettaient dans la justice arbitrale. La contrepartie de cette confiance est que le juge de l'annulation de la sentence puisse contrôler que les arbitres sanctionnent effectivement l'ordre public.

À défaut, l'arbitrage risquerait d'apparaître comme un sanctuaire où les pratiques illicites ne sont pas contrôlées et sanctionnées. Favoriser une telle croyance serait le plus mauvais service à rendre à l'arbitrage. Il ne faudrait pas que le principe de la confiance dans l'arbitrage se transforme en un a priori de méfiance. L'avenir de l'arbitrage est concerné par ce débat.

54 - Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international, in *L'ordre public et l'arbitrage*, *op. cit.* p. 5.