

ARBITRAGE

Le rôle du juge judiciaire dans le développement de l'arbitrage : pratiques comparées russes, françaises et européennes en général

Antoine LEROSIER

Avocat au barreau de Paris

Foley Hoag LLP

Résumé :

L'objet du présent article est de préciser, par une approche transversale et comparée, l'interaction fondamentale entre le juge judiciaire et la pratique arbitrale.

Il serait aisé, sans procéder à une analyse plus avancée, d'admettre que l'institution judiciaire et l'institution arbitrale constituent deux entités incompatibles par leur nature et leur fonctionnement, que la première ne pourrait qu'interférer avec le bon fonctionnement de la seconde. Cependant, et la pratique le démontre, le fait de vouloir réduire à néant l'intervention du juge judiciaire dans la procédure arbitrale ne contribue pas au développement de cette dernière.

L'arbitrage n'est pas un système entièrement autosuffisant. Dès lors qu'une des parties au litige décide de ne pas honorer la clause compromissoire, le compromis, ou la sentence, la procédure arbitrale s'effondre. Dans ce cas, le recours au juge judiciaire est indispensable pour assurer l'efficacité de l'arbitrage.

En tant que soutien ou régulateur, le juge judiciaire est susceptible d'intervenir à différents stades de la procédure arbitrale. Ainsi, celui-ci peut officier en tant que juge d'appui pour résoudre les difficultés empêchant l'arbitrage de se dérouler, il peut aussi prononcer des mesures conservatoires ou provisoires, ou encore exercer les fonctions de juge du contrôle à l'occasion du recours en annulation ou de l'exequatur d'une sentence.

Suivant les différentes étapes procédurales susmentionnées, l'approche comparative du droit russe, français et de certaines spécificités provenant de différents systèmes juridiques européens, permettra de mettre en exergue la relation nécessaire entre le juge judiciaire et le tribunal arbitral.

I.- L'intervention du juge judiciaire en tant que juge d'appui

La mission principale du juge d'appui consiste à résoudre des situations de blocage et à surmonter les difficultés afférant au déroulement de la procédure arbitrale. Parfois, il arrive que les parties ne prévoient pas la procédure de nomination des arbitres ou de résolution des difficultés auxquelles elle donne lieu. Leur volonté peut être exprimée de manière équivoque ou le règlement d'arbitrage, auquel elles se sont référées, être inefficace à résoudre le problème. C'est dans ces multiples cas qu'intervient le juge d'appui.

Concernant le droit russe, depuis le 1^{er} septembre 2016 la législation arbitrale, relative tant à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international, prévoit un recours possible au juge étatique en tant que juge d'appui pour remédier à des situations de blocage résultant de la non-désignation d'un arbitre par une des parties au litige ou de la récusation d'un arbitre¹. Auparavant, sous l'empire de la loi du 7 juillet 1993, le législateur russe n'avait purement et simplement pas prévu la fonction de juge d'appui au profit du juge étatique, ce qui entraînait pratiquement la fin de la procédure arbitrale en cas de blocage².

S'agissant du droit français, l'article 1506 du Code de procédure civile (ci-après « CPC ») reprend simplement, et prévoit l'application à l'arbitrage international, des articles 1456 (récusation de l'arbitre), 1457 (litige né à propos de la désignation de l'arbitre), 1458 (litige né à propos de la révocation de l'arbitre), et 1463 (prorogation du délai de l'arbitrage) du même Code.

Par ailleurs, en matière d'arbitrage international, le juge d'appui français est compétent si le siège de l'arbitrage se trouve en France, si les parties ont choisi la loi française comme loi procédurale, mais aussi lorsque « *les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale* ». Ainsi, les parties à l'arbitrage, dans la clause compromissoire ou une fois le litige né, dans une convention spéciale, peuvent prévoir la compétence du juge d'appui français, alors que l'arbitrage ne se déroule pas en France et que l'arbitrage est régi par un droit de l'arbitrage étranger. De plus, le juge d'appui français est compétent « *si l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* ». L'article 1505 CPC reprend sur ce point l'arrêt *Société NIOC c/ État d'Israël*³. Toutefois, le législateur s'est montré ici plus audacieux que la Cour de cassation en ne retenant pas le

¹ Loi fédérale n° 382-FZ du 29 décembre 2015 sur l'arbitrage en fédération de Russie. Loi fédérale n° 409-FZ du 29 décembre 2015 portant modification de certains actes législatifs de la fédération de Russie. Voir également : code russe de procédure arbitrale, et code russe de procédure civile.

² Loi fédérale n° 5338-1 du 7 juillet 1993 sur l'arbitrage commercial international. Loi fédérale n° 102-FZ du 24 juillet 2002 sur les tribunaux arbitraux en fédération de Russie.

³ Civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, Rev. arb. 2005. 693, note H. MUIR WATT ; RCDIP 2006. 540, note T. CLAY.

critère du lien avec l'ordre juridique français pour que la théorie du déni de justice s'applique. Le juge d'appui français accède de ce fait à une véritable compétence universelle, se plaçant en sauveur des procédures arbitrales internationales.

Le statut de juge d'appui est aussi consacré, avec des pouvoirs et des champs de compétences variables, par d'autres législations européennes en matière d'arbitrage. À titre d'exemple, l'article 185 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 prévoit que les parties peuvent recourir au juge judiciaire si nécessaire. De même, l'article 1050 du Code de procédure civile allemand autorise les parties à demander au juge judiciaire de prendre toute mesure que le tribunal arbitral n'a pas le pouvoir de prendre. Ou encore, la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, en son article 42, permet au juge judiciaire de contraindre par ordonnance une partie récalcitrante aux instructions du tribunal arbitral ou faisant obstruction au déroulement de la procédure⁴. Cependant, il est important de souligner que, contrairement au juge judiciaire français, les autorités judiciaires suisses et anglaises ne sont pas compétentes en tant que juge d'appui pour des arbitrages ayant leur siège à l'étranger, sauf en matière d'obtention de preuves pour le seul juge judiciaire anglais⁵.

II.- Le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires par le juge judiciaire

À l'exception notable du droit italien de l'arbitrage qui interdit au tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires⁶, les principales législations européennes permettent au tribunal arbitral, et évidemment au juge judiciaire, de prononcer de telles mesures. Dès lors, le véritable enjeu réside dans l'étendue de la compétence du juge judiciaire et du tribunal arbitral pour adopter des mesures provisoires ou conservatoires. Précisément, une distinction se dessine entre compétence concurrente du juge judiciaire et de l'arbitre, à savoir le pouvoir pour le juge judiciaire d'ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire alors même que la procédure arbitrale est initiée, et compétence subsidiaire du juge judiciaire par rapport à l'arbitre, correspondant au pouvoir limité de juge judiciaire d'ordonner des mesures conservatoires ou provisoires dès lors que le tribunal arbitral est constitué.

Ayant adopté le principe d'une compétence concurrente entre le juge judiciaire et le tribunal arbitral, le droit russe permet aux parties à une procédure

⁴ Pour une analyse complète de la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 voir B. HARRIS, R. PLANTEROSE, J. TECKS, *The Arbitration Act 1996 (A Commentary)*, 5^e édition, Wiley Blackwell, 2014.

⁵ Loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : articles 2(3), 43 et 44.

⁶ Code de procédure civile italien : article 818.

arbitrale de demander soit au tribunal arbitral⁷, soit au juge judiciaire⁸, d'ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire. Néanmoins, caractéristique regrettable qui n'a pas été réformée par la loi fédérale du 29 décembre 2015 sur l'arbitrage, le tribunal arbitral devra prendre soin d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en la forme d'une sentence partielle, une simple ordonnance en la matière n'étant pas susceptible d'exécution devant les tribunaux russes, le cas échéant⁹.

Avec moins de complexités procédurales, notons que le droit allemand¹⁰ et le droit suédois¹¹ de l'arbitrage consacrent également une compétence concurrente entre le juge judiciaire et le tribunal arbitral.

Partisan du principe de compétence subsidiaire du juge judiciaire dans la mesure où le tribunal arbitral est déjà constitué, le droit français de l'arbitrage reconnaît au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il estime nécessaire, à l'exception des saisies conservatoires et sûretés judiciaires qui relèvent de la seule compétence des juridictions étatiques¹². Cette exception s'explique par la nature de la fonction arbitrale : l'arbitre étant un juge privé, il ne rend pas la justice au nom de l'État et ne peut donc disposer des attributs dévolus par l'État au juge judiciaire, c'est-à-dire, du pouvoir de coercition nécessaire à l'exécution des deux mesures conservatoires précitées¹³. Par conséquent, avant la constitution du tribunal arbitral, le juge judiciaire a seul compétence pour ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire, puis, après la constitution du tribunal arbitral, ce même juge judiciaire ne pourra qu'ordonner des saisies conservatoires ou sûretés judiciaires.

À l'instar du droit français de l'arbitrage, la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, en son article 44, prévoit que la compétence des juridictions étatiques est subsidiaire par nature, et que les pouvoirs du juge judiciaire en matière de mesures provisoires ou conservatoires sont limités aux cas suivants : (i) le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué ; (ii) le tribunal n'est pas en mesure d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ; (iii) certaines situations d'urgence.

⁷ Loi fédérale n° 5338-1 du 7 juillet 1993 sur l'arbitrage commercial international : article 17. Confirmé par la loi fédérale n° 382-FZ du 29 décembre 2015 sur l'arbitrage en fédération de Russie.

⁸ *Id.*

⁹ Cour suprême de la fédération de Russie, chambre arbitrale (formation plénière), Résolution du 5 octobre 2010 n° 6547/10 concernant l'affaire n° A56-63115/2009.

¹⁰ Code de procédure civile allemand : article 1041.

¹¹ Loi suédoise sur l'arbitrage de 1999 : article 4(3). Code de procédure judiciaire suédois : article 5.

¹² Code de procédure civile français : articles 1468 et 1506.3°.

¹³ Sur la question de l'*imperium* et des mesures provisoires et conservatoires : C. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 245 ; P. MAYER, « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires », in *Mélanges J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 437.

III.- L'intervention du juge judiciaire en tant que juge du contrôle de la sentence

Le juge judiciaire est généralement amené à contrôler la conformité d'une sentence à deux occasions : lors du recours en annulation à l'encontre d'une sentence rendue dans son pays, et à la suite d'une demande de reconnaissance et d'exécution dans son pays d'une sentence rendue à l'étranger.

À propos du recours en annulation, les cas d'ouverture de ce recours dans la plupart des législations évoquées dans cet article sont similaires à ceux du droit français de l'arbitrage, donc de l'article 1520 CPC¹⁴. Quelques particularités locales méritent cependant d'être mentionnées.

En droit russe, le droit des sociétés n'est pas une matière arbitrable. Partant, toute sentence connaissant de problématiques ou d'aspects de droit russe des sociétés est annulée par les juridictions de contrôle en cas de recours en annulation.¹⁵ Néanmoins, cette spécificité sera partiellement gommée à partir du 1^{er} février 2017, le législateur russe ayant défini une liste limitative de litiges relatifs au droit des sociétés qui pourront être soumis à l'arbitrage¹⁶.

Concernant la possibilité d'exercer le recours en annulation, les droits français¹⁷, russe¹⁸, suisse¹⁹, néerlandais²⁰ et anglais²¹ permettent aux parties de renoncer à ce recours. Toutefois, cette faculté est à considérer avec précaution, eu égard au risque pour les parties de subir les conséquences d'une sentence manifestement illégale sans pouvoir remédier à cette situation auprès du juge judiciaire.

Enfin, dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, les différents juges nationaux cités précédemment appliquent le test de l'article 5 de la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences

¹⁴ Code de procédure civile français, article 1520 : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si :*

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ».

¹⁵ Cour suprême de la fédération de Russie, chambre arbitrale, *Metallurgical Company c. Maximov*, 15 août 2012 (VAS-15384/11).

¹⁶ Loi fédérale n° 382-FZ du 29 décembre 2015 sur l'arbitrage en fédération de Russie.

¹⁷ Code de procédure civile français : article 1522.

¹⁸ Loi fédérale n° 382-FZ du 29 décembre 2015 sur l'arbitrage en fédération de Russie.

¹⁹ Loi fédérale suisse sur le droit international privé : article 192.

²⁰ Code de procédure civile néerlandais : article 1064.

²¹ Loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : article 69 (il n'est possible de renoncer qu'au recours en annulation concernant la révision des points de droit de la sentence).

arbitrales étrangères de 1958²². Reste le singularisme du juge judiciaire français qui accepte de reconnaître en France une sentence annulée par les juridictions du siège de l'arbitrage (cas de refus de reconnaissance d'une sentence selon l'article 5 de la convention de New York, mais possibilité permise en application de l'article 7 de la même convention)²³.

À la lumière de cette analyse, il est permis d'affirmer que l'efficacité de l'arbitrage ne dépend pas uniquement du fonctionnement du système arbitral mais aussi du rôle et de l'implication du juge judiciaire. Si l'intervention ponctuelle du juge étatique dans la procédure arbitrale est nécessaire, celle-ci doit être encadrée par une législation favorable à l'arbitrage et par une sensibilisation et une formation accrues du corps judiciaire aux subtilités et spécificités de l'institution arbitrale.

²² Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.

²³ Civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Putrabali*, Bull. civ. I, n° 250. Rev. Arb. 2007, p. 499, J.-P ANCEL et E. GAILLARD ; *JDI*, 2007, p. 1236, obs. T.CLAY ; *RCDIP*, 2008, p. 109, S. BOLLÉE.