

Actualité

Vox et Hub : les réseaux sauvages

© ILL22 - Fotolia.com



Les avocats, forts utilisateurs de Facebook, disposeront bientôt de leur propre réseau social

Doctrine

- **Exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure contradictoire**
par Jean-Pierre MIGNARD et Benoît HUET
- **L'effet interruptif du commandement de payer avant saisie-vente : le temps presse !**
par Ludovic LAUVERGNAT
- **Le juge aux affaires familiales du XXI^e siècle**
par Marc JUSTON

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 24 RÉDACTION : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 16 00 / FAX 01 56 54 57 50 / COURRIEL redactiongp@lextenso-editions.fr
ABONNEMENTS : 33 RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL 01 56 54 42 10 / FAX 01 56 54 42 11 / COURRIEL abonnementgp@lextenso-editions.fr

CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02
INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : <http://www.jss.fr>

CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] 12, PLACE DU DAUPHINE 75001 PARIS STANDARD : 01 44 32 01 50
INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

ARBITRAGE

Exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure contradictoire ^{145f7}

L'essentiel

Deux ans après l'entrée en vigueur du décret n° 2011-48 portant réforme de l'arbitrage, il apparaît que la réduction *a minima* du contrôle exercé par le juge judiciaire sur les sentences arbitrales vide de sa substance la procédure d'exequatur, au point de menacer la crédibilité jusqu'ici attachée à l'arbitrage.



Étude par

Jean-Pierre MIGNARD
Avocat à la cour, barreau de Paris, docteur en Droit, maître de conférences à Sciences-Po Paris



et **Benoît HUET**
Avocat à la cour, barreau de Paris

Présenté comme une innovation majeure renforçant l'attractivité du droit français et la place de la France en matière d'arbitrage international, le décret du 13 janvier 2011 ⁽¹⁾ a modifié de manière substantielle les règles procédurales associées à l'exequatur des sentences arbitrales en France.

I. LA PROCÉDURE D'EXEQUATUR TELLE QUE MODIFIÉE PAR LE DÉCRET DU 13 JANVIER 2011

La procédure d'exequatur des sentences arbitrales comporte deux spécificités principales. D'abord, et c'est la mesure phare introduite par la réforme, l'appel formé contre une ordonnance prononçant l'exequatur n'est plus suspensif (A). Ensuite, et conformément à une solution jurisprudentielle ancienne, la procédure d'exequatur est introduite sur simple requête et n'est pas contradictoire. Ainsi le défendeur n'a connaissance de l'exequatur qu'*a posteriori*, une fois que l'ordonnance lui a été signifiée (B).

A. Le caractère non suspensif de l'appel formé contre l'ordonnance d'exequatur

La décision d'exequatur d'une sentence arbitrale est susceptible d'appel dans tous les cas lorsque la sentence a été rendue à l'étranger, et sous certaines conditions lorsque la sentence a été rendue en France. Depuis l'entrée en vigueur du décret du 13 janvier 2011, un nouvel article 1526, inséré dans le Code de procédure civile et

valable tant pour les sentences rendues en France que pour les sentences rendues à l'étranger, supprime l'effet suspensif de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur. Le rapport au Premier ministre relatif au décret du 13 janvier 2011 précise clairement qu'« une telle modification a été voulue pour éviter les recours dilatoires exercés par des parties de mauvaise foi » ⁽²⁾. Il s'agit donc de mettre fin à ce que la doctrine a pu qualifier d'« instrument dilatoire de premier ordre » ⁽³⁾.

L'exercice d'une voie de recours n'interrompt ainsi plus l'exécution de la sentence arbitrale. Tout au plus la partie qui souhaiterait obtenir la suspension de l'exécution peut-elle saisir le premier président de la cour d'appel ou le conseiller de la mise en état, afin que cette exécution soit arrêtée ou aménagée. Cette suspension ne peut être accordée qu'à condition que l'exécution de la sentence soit « susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties » (CPC, art. 1526, al. 2). La réforme de 2011 a ainsi verrouillé la procédure, pour empêcher les recours dilatoires et pour contraindre la partie qui succombe à exécuter la sentence arbitrale en toutes circonstances.

“ *La légèreté du filtre fait peser le risque grave qu'une sentence viciée soit exécutée sur le territoire français* ”

Cette situation pourrait être satisfaisante si le juge disposait d'éléments contradictoires au moment de l'exequatur, et s'il pouvait exercer un contrôle véritable sur la conformité de la sentence à l'ordre public international. Or, tel n'est pas le cas. Le juge de l'exequatur doit en effet statuer en se fondant sur les seuls éléments fournis par le demandeur, ce qui l'empêche notamment de vérifier si la sentence arbitrale n'a pas été rendue dans des conditions frauduleuses.

B. Le caractère non contradictoire de la procédure d'exequatur

L'article 1516, alinéa 2, du Code de procédure civile, introduit par le décret du 13 janvier 2011, dispose que « la procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire ». Le troisième alinéa du même article

(1) D. n° 2011-48, 13 janv. 2011 : JO 14 janv. 2011, p. 777.

(2) Voir également la réponse du garde des Sceaux à la question parlementaire n° 18814 publiée au *Journal Officiel* le 2 février 2013.

(3) J. Béguin et a., « Un second souffle pour l'arbitrage – Arbitrage international – À propos du décret du 13 janvier 2011 » : JCP G 2011, p. 467.

précise que la demande est introduite par une simple requête déposée au greffe de la juridiction. Cette disposition du décret confirme une modalité procédurale ancienne et déjà rappelée par la Cour de cassation, notamment dans un arrêt *Noga c/ Fédération de Russie* ⁽⁴⁾.

Il est en effet admis que le débat contradictoire a déjà eu lieu devant le tribunal arbitral et qu'il serait contre-productif de mener une seconde fois une discussion sur le fond devant le juge de l'exequatur. Cela reviendrait à faire perdre à la procédure d'arbitrage les avantages qui ont motivé son choix par les parties : célérité, flexibilité, confidentialité, choix de l'arbitre par les parties selon ses compétences dans la matière litigieuse.

Il est, en revanche, plus discutable qu'un débat contradictoire ne puisse avoir lieu, à ce stade, sur la seule question de la conformité de la sentence à l'ordre public international. Le rôle du juge de l'exequatur est en effet de s'assurer que la sentence arbitrale n'est pas « manifestement contraire à l'ordre public international » (CPC, art. 1514). La notion d'ordre public international renvoie à l'existence de principes auxquels il paraît impossible de déroger, tels que l'intervention d'une fraude ou le dévoiement des règles essentielles de la procédure (violation du contradictoire ou des droits de la défense, par exemple ⁽⁵⁾).

En pratique, les décisions de refus d'exequatur sont très rares, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, le tribunal arbitral est censé avoir déjà veillé à ce que la sentence ne heurte pas l'ordre public international. Ensuite, la rédaction de l'article 1514 est très limitative, puisqu'elle ne concerne que l'hypothèse où la sentence arbitrale est « manifestement » contraire à l'ordre public international. La jurisprudence a déjà été amenée par le passé à préciser que le refus de l'exequatur ne pouvait avoir lieu qu'en cas de violation « flagrante, effective et concrète » de l'ordre public international ⁽⁶⁾.

Enfin, et c'est le point le plus important, le caractère non contradictoire de la procédure rend illusoire tout contrôle véritable par le juge de l'exequatur. Ce dernier, gardien de l'ordre public national et international et prisonnier de l'argumentation d'une seule partie, doit statuer à l'aveuglette. Il ne peut en effet se fonder que sur les éléments transmis par le demandeur à l'appui de sa requête. Or, ce n'est certainement pas celui qui sollicite l'exécution de la sentence arbitrale qui va communiquer au juge les éléments permettant de démontrer l'existence d'une violation de l'ordre public international.

Avant l'adoption du décret du 13 janvier 2011, cette automaticité de l'exequatur des sentences arbitrales était tempérée par le caractère suspensif de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur. C'était parce que le contrôle pouvait être opéré par la cour d'appel avant toute exécution que la procédure de première instance pouvait déroger à la règle du contradictoire. L'article 17 du Code de procédure civile précise d'ailleurs qu'une mesure ne peut être ordonnée à l'insu d'une partie que dans l'hypothèse où celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief.

La réforme portée par le décret du 13 janvier 2011 instaure ainsi un cadre procédural dans lequel la conformité à l'ordre public international ne pourra plus être effectivement vérifiée par un magistrat avant l'exécution de la sentence. La légèreté du filtre fait dès lors peser le risque grave qu'une sentence viciée soit exécutée sur le territoire français. Il s'agit notamment de l'hypothèse où une sentence aurait été rendue dans des conditions frauduleuses, ou par un arbitre dépourvu d'impartialité. On pourrait également imaginer que des décisions, rendues dans un pays signataire de la Convention de New York ⁽⁷⁾ mais choquantes du point de vue de l'ordre public international, puissent connaître une exécution en France (appropriation sans titre des biens d'une partie, violation flagrante du droit à un procès équitable, etc.). Remarquons à ce sujet l'analogie possible entre paradis législatifs et paradis fiscaux, s'agissant de procédures arbitrales pour lesquelles le droit applicable est celui d'États aussi exotiques que méconnus.

“ Quand bien même la cour d'appel saisie par la société française annulerait l'ordonnance d'exequatur, cela n'affecterait en rien la validité de cette sentence dans les autres pays du monde ”

Ainsi, et même si ce cas reste rare, plusieurs exemples récents ont montré que l'hypothèse d'un arbitrage entaché de vice n'avait rien d'inévitable. Le risque que des personnes malhonnêtes cherchent à instrumentaliser l'arbitrage à des fins frauduleuses est réel, rendant d'autant plus nécessaire l'existence d'un contrôle judiciaire sur les sentences arbitrales.

II. LA NÉCESSITÉ DE RÉTABLIR UN CONTRÔLE EFFECTIF DE CONFORMITÉ DE LA SENTENCE ARBITRALE À L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

La réforme de la procédure d'exequatur des sentences arbitrales introduite par le décret du 13 janvier 2011 a pour conséquence de rendre quasi automatique la décision d'exequatur, et de vider de sa substance toute contestation formée contre une telle décision (A). Dès lors, un équilibre doit être retrouvé en donnant, dès la première instance, au juge de l'exequatur les prérogatives lui permettant de véritablement contrôler la régularité de la sentence (B).

A. Une procédure vidée de sa substance

Une récente ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris, rendue le 23 avril 2013 ⁽⁸⁾, vient illustrer le caractère potentiellement dévastateur de la procédure d'exequatur tel que modifiée par le décret du 13 janvier 2011. L'appel contre l'ordonnance ayant accordé l'exequatur n'a en effet plus aucune efficacité s'il

(4) Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, n° 01-13341 : Bull. civ. I, n° 250.

(5) B. Moreau, « Arbitrage international » : Rép. civ. Dalloz 2004, § 207.

(6) Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, n° 06-15320.

(7) Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

(8) Premier président de la cour d'appel de Paris, ord. n° 13/02612, 23 avr. 2013.

n'intervient qu'après l'exécution de la sentence. Et ce tout particulièrement dans l'hypothèse où la sentence a été rendue à l'étranger, et où le demandeur peut transférer hors de France les montants reçus en exécution de la condamnation.

Dans cette affaire, une société de construction française avait perdu un arbitrage qui se tenait en Suisse et qui l'opposait à une société tchèque. La sentence arbitrale avait ensuite été exécutée devant le tribunal de grande instance de Paris. La société française avait interjeté appel contre la décision d'exequatur, mais conformément au décret du 13 janvier 2011, son appel n'était pas suspensif, et la sentence était donc immédiatement exécutoire.

La société française a, par conséquent, souhaité faire suspendre l'exécution de la sentence, et a saisi le premier président de la cour d'appel de Paris.

Par une décision remarquable, ce dernier a autorisé la société française à consigner le montant de la condamnation dans l'attente d'une décision de la cour d'appel. Le premier président a, en effet, estimé qu'« il sera très aléatoire pour [la société française] d'obtenir restitution des sommes payées à une société tchèque, en vertu d'une sentence rendue à Lausanne dont l'efficacité, hors du territoire national, ne sera pas affectée par les décisions de justice française ». Ce raisonnement est particulièrement instructif, dans la mesure où il peut être tenu dans le cadre de toute procédure d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger contre une société française.

“ L'arbitrage, en dépit de toutes les qualités qu'on peut lui attribuer, n'est pas destiné à s'affranchir du contrôle des États ”

En vertu de l'ordonnance d'exequatur, la société française, qui a perdu devant le tribunal arbitral, doit payer le montant auquel elle a été condamnée au titre de la sentence. Même si cette société française estime qu'elle est victime d'une violation de l'ordre public international, et qu'elle interjette appel contre l'ordonnance, elle doit s'exécuter – puisque l'appel n'est pas suspensif. Or, il suffit ensuite à la société étrangère bénéficiaire de cette sentence de transférer l'argent dans un autre pays pour sortir du champ d'application du droit français. Quand bien même la cour d'appel saisie par la société française annulerait l'ordonnance d'exequatur, cela n'affecterait en rien la validité de cette sentence dans les autres pays du monde. La société, qui se serait exécutée sur le fondement d'une sentence viciée, ne pourrait donc plus recouvrer les sommes versées.

Ainsi, la décision commentée n'est pas fondée sur un motif particulier tiré du cas d'espèce, mais sur une faille affectant le droit français de l'arbitrage en général. Le raisonnement du premier président de la cour d'appel de Paris peut être tenu pour toute sentence arbitrale rendue à l'étranger et exécutée en France. Le nouvel article 1526, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, qui dispose que l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur n'est pas suspensif, est ainsi vidé de sa substance s'agissant d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger. Des solutions doivent donc être trouvées pour rétablir la

confiance quant à la sécurité et la fiabilité du droit français de l'arbitrage.

B. Renforcer le contrôle judiciaire sur l'exécution des sentences arbitrales

Dans sa représentation la plus fréquente, la justice apparaît sous les traits d'une femme aux yeux bandés, tenant dans sa main droite un glaive et dans sa main gauche une balance. Les deux plateaux de la balance font référence à l'idée d'équilibre et de mesure. Le glaive romain rappelle, quant à lui, que la Justice n'est rien sans la force qui permet de la faire appliquer. Le glaive est d'ailleurs à double tranchant, car la Justice peut frapper en faveur ou en défaveur de chacune des parties au litige.

Si, en matière d'arbitrage, le tribunal arbitral tient les plateaux de la balance, le glaive reste l'apanage de l'État souverain, détenteur du monopole de la violence légitime. Seul l'État dispose de l'*imperium* et peut donner une force exécutoire à une décision de justice. L'arbitre est dépourvu de cette faculté. Il doit rendre la décision qui lui semble la plus appropriée, mais il ne peut en aucun cas forcer une partie à l'exécuter. L'exigence d'exequatur est ainsi la conséquence de l'absence d'*imperium* de l'arbitre⁽⁹⁾.

En rendant non suspensif l'appel contre l'ordonnance d'exequatur, tout en maintenant le caractère non contradictoire de la procédure, le décret du 13 janvier 2011 instaure une automaticité dans l'exequatur des sentences arbitrales. L'arbitre devient de fait l'égal du juge. Si l'État ne peut plus effectivement contrôler la sentence arbitrale avant qu'elle soit exécutée, alors l'*imperium* est transféré entre les mains de l'arbitre. Il s'agit là d'un glissement non négligeable et d'un changement de paradigme particulièrement dangereux.

Or l'arbitrage, en dépit de toutes les qualités qu'on peut lui attribuer, n'est pas destiné à s'affranchir du contrôle des États. Henri Motulsky, un des premiers théoriciens de l'arbitrage, écrivait ainsi que « l'arbitre n'entrera jamais dans l'orbite de la fonction publique ». Faisant preuve de prudence, il précisait par ailleurs : « Nous n'entendons pas (...) faire une « apologie systématique » de l'arbitrage ; nous avons dit et répétons que cette institution (...) a besoin d'être pratiquée à bon escient, comme elle a besoin d'être dirigée et contrôlée »⁽¹⁰⁾.

Tout l'enjeu consiste dès lors à rétablir un contrôle du juge judiciaire sur les sentences arbitrales, sans pour autant entamer les avantages, et notamment la célérité associée à l'arbitrage. À cet égard, la solution consistant à rétablir le caractère suspensif de l'appel formé contre l'ordonnance d'exequatur ne semble pas pertinente. Ce mécanisme encourage en effet les recours dilatoires, et a pour conséquence de déplacer le contrôle étatique du tribunal de grande instance vers la cour d'appel, allongeant d'autant la procédure, et faisant par ailleurs inutilement perdre au justiciable le bénéfice du double degré de juridiction.

(9) T. Clay, « « Liberté, Égalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage, Commentaire article par article » : JDI 2012, doctr. 4 (1^{re} partie) et JDI 2012, doctr. 8 (2^e partie).

(10) Cité par C. Jarrosson, « L'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage » : Procédures 2012, dossier 13, § 7 et 22.

Au contraire, c'est le caractère non contradictoire de la procédure d'exequatur devant le tribunal de grande instance qu'il semble falloir modifier. L'idée n'a d'ailleurs rien de révolutionnaire. La doctrine rappelle ainsi qu'il existait, avant l'arrêt *Noga* ⁽¹¹⁾, une pratique au tribunal de grande instance de Paris selon laquelle « le juge de l'exequatur se reconnaissait la faculté [qu'en principe il n'exerçait guère] d'appeler à la cause l'autre partie s'il estimait devoir recueillir de cette manière des informations, notamment sur l'éventuelle contrariété manifeste à l'ordre public international » ⁽¹²⁾.

“ *L'existence d'une procédure contradictoire dès la première instance permettrait de soulager la cour d'appel, dont la saisine serait rendue moins nécessaire* ”

Certains auteurs ont pu pointer que l'obligation de recourir à l'assignation pour former une demande d'exequatur risquerait d'entraîner un débat sur la validité ou le bien-fondé de la sentence, interférant ainsi avec un recours en annulation ⁽¹³⁾. Mais l'objectif n'est pas ici d'étendre les prérogatives du juge de l'exequatur. Le pouvoir dont dispose le juge de l'exequatur doit rester limité au seul

contrôle de conformité de la sentence à l'ordre public international, étant précisé qu'une conception très restrictive de cet ordre public international serait suffisante pour permettre un contrôle efficace.

Car il ne s'agit pas d'ouvrir une nouvelle procédure arbitrale devant le juge de l'exequatur. Jacqueline de Romilly notait avec sagacité que la multiplicité des voies de recours dans le droit grec avait agi comme autant de toxines privant la loi de tout effet. Ce qui est préconisé ici est simplement de permettre au juge de l'exequatur d'exercer ses prérogatives de manière effective. La procédure d'exequatur serait contradictoire et offrirait la possibilité au défendeur de produire des observations et des pièces sur la seule question de la conformité de la sentence à l'ordre public international. La procédure serait encadrée dans des délais très stricts, de l'ordre de quelques semaines, et le défendeur ne pourrait produire aucune observation sur le fond du litige.

Dans un tel cadre procédural, le juge de l'exequatur pourrait ainsi porter une appréciation éclairée sur la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public international. L'existence d'une procédure contradictoire dès la première instance permettrait en outre de soulager la cour d'appel, dont la saisine serait rendue moins nécessaire. Une telle réforme ne ferait dès lors que renforcer la crédibilité attachée au droit français de l'arbitrage, et ne pourrait que rassurer les professionnels dans leur choix de recourir à ce mode alternatif de résolution des conflits.

(11) Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, n° 01-13341 : Bull. civ. I, n° 250.

(12) P. Fouchard et a., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1572, cité par G. Weiszberg, « Exequatur par le président du tribunal de grande instance d'une sentence arbitrale internationale » : D. 2004, p. 1055.

(13) P. Théry, « À la recherche du juge de l'exequatur : de l'intérêt de distinguer compétence et procédure... » : RTD civ. 2004, p. 547.