

**Le contrôle par le juge étatique français
des sentences arbitrales :
l'ordre public international**

Par M^r GERARD PLYETTE,
Doyen de la première chambre civile
de la cour de cassation française

Arrêt 4 Juin 2008

Ordre public international

Cour de cassation - chambre civile 1 - N° de pourvoi: 06-15320
M. Bargue, président - Mme Pascal, conseiller apporteur - M. Domingo,
avocat général

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu
l'arrêt suivant :

Attendu que la société française SNF SAS (société SNF) a conclu en 1991 avec la société néerlandaise Cytec industries BV (société Cytec) un contrat d'approvisionnement en acrylamide monomère ; qu'un nouvel accord était passé en 1993, comportant une clause compromissoire ; que la société SNF ayant dénoncé le contrat, la société Cytec a mis en oeuvre la procédure d'arbitrage à Bruxelles ; que dans une première sentence du 5 novembre 2002, le tribunal arbitral a dit que le contrat de 1993 était nul dès son origine en application de l'article 81 du Traité CE et que les parties en étaient coresponsables ; que par une seconde sentence du 28 juillet 2004, le tribunal a condamné la société SNF à indemniser la société Cytec, rejetant les demandes de celle-là ; que l'exequatur des sentences a été accordé par ordonnances du 15 septembre 2004 dont la société SNF a relevé appel ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches, ci-après annexé :

Arbitrage

Attendu que la société SNF fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 23 mars 2006) d'avoir rejeté la demande de sursis à statuer en l'état d'une plainte avec constitution de partie civile déposée auprès du doyen des juges d'instruction de Saint-Etienne ;

Attendu que l'arrêt relève, d'abord, que la règle de l'article 4 du code de procédure pénale est envisagée dans un contexte d'identité de faute civile et pénale ; ensuite, que la société SNF, après avoir saisi les arbitres d'une demande de nullité du contrat pour contrariété aux articles 81 et 82 du Traité CE s'efforce de persuader le juge pénal que l'arbitrabilité au regard de ces articles 81 et 82 était sujette à caution et que l'arbitrage était utilisé de manière frauduleuse pour empêcher la saisine des juridictions judiciaires ; enfin, que l'appréciation des faits et de leurs conséquences par les arbitres ne sera pas remise en cause, l'article 1502 du code de procédure civile ne le prévoyant pas, et le contrôle de la sentence ne portant jamais sur le mal jugé par l'arbitre ou son interprétation éventuellement erronée du droit ; que, dès lors que la demande de sursis à statuer sur le fondement de l'article 4 du code de procédure pénale dans sa rédaction antérieure à la loi du 5 mars 2007 ne peut être accueillie que si les faits dénoncés comme constituant l'infraction ont une incidence directe sur la cause d'annulation de la sentence et si la décision pénale à intervenir est susceptible d'influer sur la décision civile, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Sur le second moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que la société SNF fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé l'exequatur des sentences des 5 novembre 2002 et 28 juillet 2004, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour saisie de l'appel d'une ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale doit vérifier la bonne application par l'arbitre des règles communautaires de droit de la concurrence ; qu'ainsi, en se bornant à relever que le tribunal arbitral avait fait application du droit communautaire de la concurrence, que son aptitude à comprendre les questions de droit de la concurrence n'était pas discutée et que l'arbitre s'était expliqué sur la conformité du contrat de 1993 aux prescriptions des articles 81 et 82 du Traité CE, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1502-5 du code de procédure civile, ensemble les articles 81 et 82 du Traité CE ;

2°/ que subsidiairement, le contrôle de la conformité à l'ordre public de la réception d'une sentence arbitrale dans l'ordre juridique doit, en toute hypothèse, porter, en vertu du principe de l'appréciation concrète de l'ordre public international, sur le résultat concret de la réception de la sentence, laquelle ne doit pas valider ou refuser de sanctionner une pratique contraire à l'ordre public international ; qu'ainsi, en se bornant à relever que le tribunal arbitral avait fait application du droit communautaire de la concurrence et s'était expliqué sur la conformité du contrat de 1993 aux prescriptions des

Arbitrage

articles 81 et 82 du Traité CE, sans contrôler si la réception de la sentence ne conduisait pas à consacrer une pratique anticoncurrentielle contraire à l'ordre public international concrètement entendu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1502-5 du code de procédure civile ;

3°/ qu'en jugeant que l'exposante ne faisait pas la démonstration d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international lorsqu'il résulte des conclusions d'appel de cette dernière que le tribunal arbitral a relevé tous les éléments de l'abus de position dominante mais a refusé d'en tirer les conséquences ; que cette violation est immédiatement constatable à la lecture des sentences litigieuses et emporte un effet direct et immédiat, la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions, opérantes, qui lui étaient soumises, en violation des articles 455 et 1502-5 du code de procédure civile ;

Mais attendu 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 avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ; que l'arrêt retient, d'abord, qu'en annulant le contrat de fourniture de 1993, contraire à l'article 81 du Traité CE, et en décidant qu'en l'absence de position dominante, la société Cytec n'avait pas pu se rendre coupable d'un abus au sens de l'article 82 du Traité, le tribunal arbitral a fait application du droit communautaire de la concurrence ; ensuite, que la société SNF ne démontre aucune violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international ; enfin, que la société SNF ayant pu demander réparation selon ce que commande le principe d'effectivité du droit communautaire et ces réparations n'entrant pas dans le cadre du contrôle exercé au titre de l'article 1502-5° du code de procédure civile pour la protection des principes fondamentaux, les conclusions du tribunal arbitral dans la sentence du 28 juillet 2004 n'avaient pas à être rediscutées devant la cour d'appel ; que celle-ci, qui a procédé -dans les limites de ses pouvoirs, c'est-à-dire sans révision au fond de la sentence arbitrale- au contrôle des sentences au regard de l'application des règles communautaires de la concurrence, a exactement dit que leur reconnaissance et leur exécution n'étaient pas contraires à l'ordre public international ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société SNF aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société SNF à payer à la société Cytec industries BV la somme de 5 000 euros et rejette la demande de la société SNF ;

Arbitrage

L'ordre public international :

Selon l'article 1502-5° du nouveau code de procédure civile ;

"L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

- Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international".

La jurisprudence a en pratique gommé toute distinction entre arbitrage interne et international en ce qui concerne l'objet et l'étendue du contrôle du respect de l'ordre public (Revue de l'arbitrage 2001, p. 805, note Derains). Il n'y a aucune différence entre les arbitrages qui se sont déroulés en Algérie ou dans un autre pays.

Le contrôle de la cour d'appel ne porte, en matière d'arbitrage interne, que sur la solution donnée au litige" (civ. 2^{ème} 3 mai 2001, note Derains précitée). Il en est de même en matière internationale (Paris, 1^{ère} ch. C, 14 juin 2001, revue de l'arbitrage 2001 p. 805 note Derains).

En matière interne, l'ordre public comprend l'ensemble des règles auxquelles les parties ne peuvent déroger, c'est à dire toutes les règles impératives. En matière internationale, il s'entend de "la conception française de l'ordre public international" et comprend "l'ensemble des règles et valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international" (Paris 27 octobre 1994, rev. arb. 1994 p 709, Paris 14 juin 2001, précité).

En réalité l'exercice du contrôle du respect de l'ordre public par les arbitres se heurte à un principe fondamental du droit français de l'arbitrage : la juridiction étatique doit s'abstenir de toute révision au fond de la décision de l'arbitre (civ. 1^{ère}, 23 février 1994, rev. arb. 1994.683).

Arbitrage

La Jurisprudence est donc à la recherche d'un équilibre qu'exprime sa volonté de restreindre son contrôle à la solution du litige en limitant l'annulation aux cas où cette solution heurte l'ordre public. Les commentateurs ont pu faire le départage entre tendances minimalistes (Fouchard, Derains, Mourre, Radicati di Brozolo) et maximalistes (Loquin, Seraglini, Bollée, Barbier de la Serre, Delanoy).

M. Derains voit dans la jurisprudence une grande cohérence dans la limitation du contrôle à "l'apparence de la conformité de la sentence à l'ordre public"

Après avoir affirmé que l'arbitre porterait atteinte à l'ordre public international en méconnaissant une règle de droit communautaire impérative et effectivement applicable en la cause, la cour s'en remet à l'interprétation du contrat telle qu'elle a été effectuée par l'arbitre et à l'appréciation qu'il a donnée des faits.

Ce qui importe c'est que l'arbitre ait procédé à des constatations suffisantes au regard du droit de la concurrence applicable. Le bien fondé de ces constatations n'est pas soumis au contrôle de la cour d'appel, l'exclusion de toute révision au fond s'y opposant (Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, rev. arb. 2001 p. 805 note Derains précitée) En résumé, la matière étant arbitrale, l'arbitre est tenu d'appliquer le droit communautaire de la concurrence. A partir du moment où il l'a fait, le bien fondé de sa décision échappe au contrôle de l'autorité judiciaire.

La jurisprudence considère que la cour d'appel n'a pas à contrôler la qualification donnée par l'arbitre au contrat lorsque celle-ci commande l'applicabilité d'une règle d'ordre public (Paris 1^{ère} C 14 décembre 2000, Rev. arb. 2001 p.805 précité). En se refusant à contrôler l'interprétation par les arbitres des conventions des parties, en tenant pour acquis

Arbitrage

les éléments de fait ou de droit qu'ils ont retenus, les juridictions françaises s'abstiennent délibérément de vérifier qu'une règle d'ordre public éventuellement applicable a été correctement appliquée aux faits de l'espèce.

La première chambre civile, décide que, pour être sanctionnée, la violation de l'ordre public doit être **flagrante, effective et concrète**.

Lorsque le moyen n'avait pas été soulevé devant les arbitres, le juge de l'annulation est contraint de faire un examen des éléments de fait et de droit beaucoup plus approfondi mais il s'abstient toujours d'entrer dans un processus de révision (Paris 14 juin 2001, rev. arb. 2001 p. 773 note Seraglini).

La plupart des éléments dont il est fait état ci-dessus sont repris dans l'arrêt Thales de la cour d'appel de Paris du 18 novembre 2004 qui a été très abondamment commenté (Gaz. Pal 22 octobre 2005, n° 295 p. 5 note Seraglini; Rev crit DIP 2006 p. 104 note Bollée; Rev. Lamy de la concurrence 2005 note barbier de la Serre; JCPG 2005, il 10038 note Chabot.; Dalloz 2005 p. 3058 ; JDI 2005, p. 357, note Mourre; l'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thales de la cour d'appel de Paris) Radicati di Brozolo Revue de l'arbitrage 2005 p. 527) qui dit en substance que :

Le recours à la clause d'éviction d'ordre public international de l'article 1502-5° du Nouveau Code de Procédure Civile n'est concevable que dans l'hypothèse où l'exécution de la sentence heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique, l'atteinte devant constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental, ce qui est le cas de la

Arbitrage

méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81 CE pour le fonctionnement du marché intérieur car il est indéniable que l'ordre public international des États membres a également une source communautaire.

La violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502-5° du Nouveau Code de Procédure Civile doit être flagrante, effective et concrète; si le juge de l'annulation peut certes, porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déferée 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 n'y a donc aucune raison de permettre à la demanderesse de bénéficier des lacunes, volontaires ou non, dans la défense de ses intérêts devant les arbitres, soit qu'elle ait estimé à l'époque vraisemblable ou acquise la compatibilité des clauses contractuelles litigieuses avec les règles du droit communautaire de la concurrence, ou, tout au contraire, voulu échapper aux sanctions de la Commission, dans tous les cas afin de réserver ses arguments au stade du procès en annulation de la sentence qui la condamne,

En définitive, 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, effectuer en l'absence de fraude ou, comme il a été dit, de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux, aucune annulation n'étant d'ailleurs encourue simplement parce que les arbitres n'ont pas soulevé d'office les questions du droit communautaire de la concurrence.

Arbitrage

La CJCE reconnaît elle-même (arrêt Eco Swiss) le caractère limité du contrôle des sentences, le droit communautaire devant seulement bénéficier, aux termes d'une analyse qui met en balance la nécessité de son application avec les principes de la sécurité juridique et le respect des règles fondamentales de l'arbitrage, de la même attention et protection que les règles impératives de droit d'origine nationale.

Les tenants du contrôle minimaliste ont salué cette décision dans la mesure où :

- la cour d'appel s'est appuyée sur l'interdiction d'une révision au fond des sentences arbitrales par le juge étatique, pour refuser toute annulation (Chabot, commentateur du Dalloz, Mourre, Radicati di Brozolo).

- l'analyse économique du droit de la concurrence ne peut être effectuée par une juridiction n'exerçant qu'un contrôle sommaire de la validité du titre (Mourre).

- la cour d'appel saisie d'un recours en annulation **ne juge pas l'affaire mais la sentence attaquée** (commentateur du Dalloz, Mourre, Derains)

le contrôle est limité à la solution adoptée par les arbitres (Mourre) et la violation de l'ordre public doit résulter de la décision même prise par les arbitres dans leur sentence. Il s'en déduit que **le juge ne peut**, en conséquence, **contrôler la qualification donnée par l'arbitre au contrat** (Mourre, Derains, Radicati di Brozolo).

- la violation de l'ordre public doit être flagrante, effective et concrète (Mourre, Derains, Radicati di Brozolo), l'illicéité doit "**crever les yeux**".

- l'arrêt relève plus de l'exigence de loyauté procédurale et des questions propres aux pouvoirs des uns et des autres

Arbitrage

que de la question de l'application ou non des règles d'ordre public (commentateur du Dalloz).

- l'acceptation de l'arbitrabilité élargie en présence de lois de police se traduit inévitablement par la reconnaissance d'une équivalence de fond entre les fonctions des juridictions étatiques et de l'arbitrage (Radicati di Brozolo).

- le contrôle approfondi des sentences est en contradiction avec l'acceptation de l'arbitrabilité et est inconciliable avec l'interdiction de la révision au fond (Radicati di Brozolo),

- **la solution n'est pas contraire au droit communautaire**, la CJCE ayant, dans l'affaire Renault c/ Maxicar du 11 mai 2000, dit, en matière de reconnaissance de décisions étrangères, qu'afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit considéré comme fondamental dans cet ordre juridique.

Ce qui n'est pas contradictoire avec l'arrêt Eco Swiss (CJCE 1^{er} juin 1999) dans la mesure où "dès lors qu'une éventuelle contrariété d'une sentence à l'ordre public communautaire n'empêche pas la Commission ainsi que les autorités et juridictions nationales d'intervenir d'office ou à la requête de tiers, il n'existe pas de raison d'imposer aux Etats de bouleverser les principes de leur droit de l'arbitrage pour assurer un contrôle de fond des sentences" (Mourre, Radicati di Brozolo),

- Compte tenu de la nature de l'ordre public, la non application d'office des lois de police ne saurait à elle seule entraîner l'annulation, l'annulation pour violation de l'ordre public ne pouvant être encourue que si -abstraction faite de

Arbitrage

la non application des lois de police - le résultat concret de la sentence est manifestement contraire aux valeurs fondamentales (Radicati di Brozolo).

En revanche, **les partisans du contrôle maximaliste** critiquent cette décision.

- la jurisprudence française passe à une **confiance aveugle et sans garde-fou en l'arbitre** (Seraglini). En refusant d'exercer son contrôle, la cour d'appel risque de donner effet à un contrat contraire à des dispositions d'ordre public concurrentiel (Barbier de la Serre). La mauvaise foi dans l'exercice des recours peut être combattue autrement que par une évaporation du contrôle.

- l'obstacle opposé au contrôle par la cour d'appel de Paris est l'interdiction de la révision au fond des sentences arbitrales (Seraglini) qui fait en réalité **échec à tout contrôle réel de l'ordre public**, alors que le contrôle de l'ordre public n'est pas de la même nature que la révision au fond (Delanoy) et ravale le juge de l'annulation au rang de "juge des évidences en matière d'ordre public" (Bolée). Le contrôle est cantonné à une **apparence de conformité** de la sentence à l'ordre public (Delanoy) alors qu'il convient d'effectuer un contrôle réel et efficace de la conformité des sentences à l'ordre public comme dans les arrêts Westman (Paris, 30 septembre 1993, Rev. arb 1994 p.359 note Bureau) et Thomson (Paris 10 septembre 1998 rev. arb 2001 p 583 note Racine).

- la conformité de cette jurisprudence à la jurisprudence Eco Swiss est douteuse :

l'absence de révision au fond devrait trouver sa limite dans le respect de l'ordre public communautaire selon le principe défini dans l'affaire du Plateau des pyramides (civ 1^{ère}, 6 janvier 1987, rev. arb. 1987, p. 469 note Le boulanger).

Arbitrage

- Elle consacre une **solution inopportune au regard de l'équilibre nécessaire** entre les intérêts de l'arbitrage et ceux attachés au respect de l'ordre public (Seraglini). La reconnaissance de l'arbitrabilité de certaines questions d'ordre public doit logiquement s'accompagner d'un contrôle plus étendu de la sentence rendue au fond (Barbier de la Serre).

- l'exigence d'une violation flagrante, réelle et concrète n'exclut pas en elle-même la possibilité d'un contrôle approfondi de l'ordre public par un **examen approfondi de l'ensemble des faits pertinents** : l'arbitre a le droit de se tromper dès lors que son erreur ne met pas concrètement et de façon sérieuse à mal les objectifs poursuivis par la loi de police.

- un contrôle effectif ne serait pas gravement préjudiciable au développement de l'arbitrage et ne favoriserait pas le développement de moyens dilatoires (Seraglini).

La cour de cassation, a dû choisir entre les deux formes de contrôles.

Il est à signaler, bien que cela n'ait pas d'incidence sur la solution du litige (Civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, Bull. I 250), que les deux sentences des 5 novembre 2002 et 28 juillet 2004 ont été annulées dans leur pays d'origine, par un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 8 mars 2007 (Rev. arb. 2007 p. 303 note critique Mourre et Radicati di Brozolo) qui a opté clairement et délibérément pour le contrôle maximal.

Analyse de l'arrêt du 4 juin 2008 :

Par cet arrêt, la première chambre civile de la cour de cassation a adopté la solution d'un contrôle minimaliste de l'ordre public international c à d, celle d'un contrôle du caractère flagrant, effectif et concret de la violation.

(A lire l'arrêt du 4 juin 2008)