

La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours

par

Jean-Denis Bredin,

*Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Rennes.*

1. — Après d'autres, nous avons exprimé la crainte (1) que la multiplication des voies de recours à l'encontre des sentences arbitrales étrangères, dont la jurisprudence contemporaine porte témoignage, ne compromette l'efficacité de l'arbitrage, et par là son avenir. Les plus récentes décisions judiciaires ne font qu'accroître notre inquiétude. Il est étrange et dangereux qu'à l'heure où s'organise l'arbitrage international, et où les États consentent, pour assurer sa vitalité, des sacrifices non négligeables à leurs conceptions propres, les tribunaux tolèrent un système de voie de recours qui soit capable de paralyser l'effet des sentences étrangères. Si la jurisprudence n'en prend conscience, c'est un grand péril qui menace en France l'arbitrage international.

2. — A vrai dire, le désarroi des tribunaux, face au problème des voies de recours à l'encontre des sentences arbitrales étrangères tient, pour une large part, à l'incertitude des notions que ce problème met en cause.

3. — D'une part, nous l'avons déjà remarqué (2), les voies de recours qui peuvent être exercées contre les sentences arbitrales dites nationales, ne se rattachent pas à un système cohérent et qui puisse fournir un instrument utile. MM. Raynaud et Hébraud ont justement parlé de « l'atmosphère de confusion dans laquelle se côtoient les divers recours » (3). Cela tient sans doute au caractère mixte ou hybride, si souvent décrit, de la sentence arbitrale elle-même, monstre à deux visages, contrat ou jugement selon le point de vue dont on la considère, ou qui, plus précisément, n'est jamais ni tout à fait contrat, ni tout à fait jugement. Le Code de procédure civile la désigne plusieurs fois du terme de « jugement

(1) *Clunet* 1959, 1142.

(2) *Rev. Arbitrage* 1958, 55.

(3) *Rev. trim. dr. civ.* 1960, 347.

arbitral » et la soumet aux voies de recours dirigées contre les jugements (appel et requête civile) mais il traduit, à sa manière, l'incertitude qui marque originellement la sentence, en ouvrant à son encontre l'action en nullité de l'article 1028 qui, en dépit de son nom, est une limitation à cinq cas de l'action en nullité normalement ouverte à l'encontre des contrats. La jurisprudence française, jusque dans ses plus récentes décisions, atteste cette dualité de visage (4) et l'équivoque qui en résulte. Quand à la doctrine, si pénétrante qu'ait été son analyse de la vraie nature de la sentence arbitrale (5), elle n'a pu que constater la difficulté, et peut-être, insistant sur son importance, l'accentuer.

4. — Pas davantage n'a pu être précisée la nature de l'ordonnance d'exequatur à laquelle l'article 1021 du Code de procédure civile soumet le jugement arbitral pour qu'il puisse être exécuté. M. Jean Robert (6) estime que « dès l'instant que le Président du Tribunal a le pouvoir d'examiner la conformité de la sentence « avec l'ordre public, ou qu'il peut encore refuser l'exequatur », son ordonnance « en prend un caractère *contentieux* » (7). Telle paraît bien être l'opinion de la Cour d'Orléans (8), qui expose que « cette ordonnance d'exequatur,, encore bien qu'elle soit rendue « sur simple requête a pour effet d'attribuer la formule exécutoire « à une sentence arbitrale qui en est dépourvue ; que s'il est vrai « que le Président du Tribunal ne peut examiner le fond de l'affaire, « il jouit pourtant de pouvoirs importants puisqu'il doit s'assurer « de la régularité formelle de l'acte qui lui est soumis et vérifier « qu'il ne heurte pas l'ordre public ; que sa décision va entraîner « des faits d'exécution définitifs, pouvant préjudicier gravement « aux droits et intérêts de la partie contre laquelle l'exécution est « poursuivie... ». D'où la Cour d'Orléans déduit le caractère contentieux de l'ordonnance d'exequatur, et emportée par la logique de son raisonnement, la faculté pour la partie menacée d'exécution, d'interjeter appel de cette ordonnance. Et pourtant l'ordonnance d'exequatur est ailleurs couramment qualifiée de décision *gracieuse*, et la jurisprudence, malgré quelques hésitations (9) admet très géné-

(4) *Cass. com.*, 22 déc. 1959 : *D.* 1960, 685, note Jean Robert ; Paris, 17 mars 1960 : *D.* 1960, 699 ; cf. Jean Robert : *Arbitrage civil et commercial*, 3^e éd., n° 186, p. 193-94.

(5) Cf. notamment Vivioz, *Nature de la sentence arbitrale et de l'ordonnance d'exequatur* : *Rev. trim. dr. civ.* 1943, p. 58, et les remarquables travaux de M. Motulsky.

(6) *Op. cit.*, n° 204, p. 215.

(7) En ce sens Paris, 12 janv. 1937 : *S.* 1937, 2, 51 ; *D.H.* 1937, 138 ; *Gaz. Pal.* 1937, 1, 729.

(8) 15 mai 1961 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, 779, note Mezger ; *J.O.P.* 1961, II, 12356, note J. A. ; *Clunet* 1962, 140, note Goldman.

(9) Aix, 25 fév. 1958 : *Clunet* 1959, 1132, note Bredin ; *Rev. Arbitrage* 1958, 94.

ralement que soit recevable à son encontre la procédure d'opposition, qualifiée à tort de tierce opposition, construction prétorienne qui permet de critiquer, devant leur auteur, les décisions gracieuses (10).

5. — A vrai dire, il n'est guère aisé de décider si l'ordonnance d'exequatur est un jugement contentieux, ou une décision gracieuse, car le critère de la distinction n'est pas lui-même indiscutable. Si l'on cherche un critère dans la forme de l'acte introductif de la procédure, dans le choix de la juridiction compétente, ou dans la procédure suivie, l'ordonnance rendue sur requête, par le Président du Tribunal, en dehors des formes ordinaires de l'instance, présente les caractères d'une décision gracieuse. Si l'on s'attache à l'absence de litige ou d'adversaire (11), critère que consacre la loi du 15 juillet 1944 sur la compétence de la Chambre du Conseil et qui paraît recueillir l'approbation de la majorité de la doctrine (12), l'hésitation demeure permise. Sans doute n'y a-t-il devant le Président du Tribunal, ni litige ni adversaire, dès lors que le magistrat est saisi sur requête. Mais l'adversaire n'est qu'absent et le litige, comme le fait remarquer la Cour d'Orléans (13), existe, s'il est maintenu hors du Cabinet du Président. Incontestablement l'ordonnance d'exequatur est bien susceptible de « faire grief ». Cela est si vrai que le juge, saisi d'une demande d'exequatur, pourrait renvoyer en référé afin d'instaurer immédiatement ce débat contradictoire qu'élude la procédure sur requête (14) ; que l'on approuve ou non le « renvoi exceptionnel en référé », il confirme l'incertitude des juges sur la nature de l'ordonnance d'exequatur, et l'inconvénient qu'il peut y avoir à tenir à l'écart d'une procédure dite gracieuse la partie contre laquelle l'exécution sera poursuivie. En réalité se trouve ici mise en cause la distinction elle-même des décisions gracieuses et des jugements contentieux, dont l'apparence rigidité ne résiste pas à l'épreuve des faits, et peut être aussi le choix, pour l'octroi de l'exequatur, d'une procédure sur requête qui ignore l'existence d'une partie susceptible d'être lésée. Mais que l'on qualifie l'ordonnance d'exequatur de décision gracieuse ou contentieuse, il est en tous cas singulier de lui prêter tous les visages, et de cumuler à son

(10) Cass. civ., 3 avril 1895 : *S.* 1895, 1, 221 ; *D.P.* 1896, 1, 5, note Glasson ; 13 avril 1897 : *S.* 1897, 1, 401 ; Cass. civ., 30 nov. 1927 : *Gaz. Pal.* 1927, 1, 143. Pour l'ordonnance d'exequatur : Paris, 12 janv. 1937 précité. Pour l'ordonnance d'exequatur des sentences étrangères v. *infra* n° 14.

(11) Cass. civ., 19 juin 1923 : *S.* 1923, 1, 376 ; Cass. civ., 7 nov. 1933 : *S.* 1934, 1, 15.

(12) Solus, Cours de droit judiciaire privé, 1956-57, p. 653 et s. ; Hébraud : *D.* 1946, 334 ; Cuche et Vincent, p. 69 et s.

(13) 15 mai 1961 précité.

(14) Douai, 8 juill. 1954 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1955, 172, note Mezger.

encontre les voies de recours qui frappent les jugements contentieux et celles généralement accordées contre les décisions gracieuses.

6. — La notion de sentence arbitrale étrangère n'est pas non plus sans difficulté à préciser. L'on comprend dès lors que l'on ait tenté d'en faire l'économie en affirmant que les sentences arbitrales n'avaient pas de patrie, et que devaient être assimilées toutes les sentences, à quelque loi qu'elles se rattachent, pour les soumettre au même régime (15). Si la théorie de l'assimilation a manifestement séduit la jurisprudence et n'est pas restée sans résultat (16), elle s'est précisément brisée sur la question des voies de recours, parce qu'en ce domaine, elle pouvait conduire à des conséquences absurdes. L'appel et la requête civile participent d'un système de juridiction nationale. Ils permettent d'attaquer la sentence, en son aspect juridictionnel. Or on ne peut, sans heurter le bon sens, soumettre aux voies de recours du système juridictionnel français, un jugement arbitral lié à un système étranger. Telle est l'évidence. L'appel frapperait un jugement, et ce jugement n'est pas français. L'accord est unanime pour écarter ici les effets de l'assimilation. Mais il n'est pas pour déterminer le critère de la distinction entre sentences françaises et étrangères.

7. — Il a été aisément admis que la nationalité des arbitres, qui peut être un élément d'appréciation, n'est certainement pas un critère d'extranéité d'une sentence (17). En revanche, le lieu de l'arbitrage, et surtout le lieu où la sentence a été rendue, ont pu sembler déterminants. « Rendre la justice », écrivait Niboyet, « est toujours l'émanation de la souveraineté locale » (18), et il en concluait que « l'élément à prendre en considération est celui du pays où les arbitres ont statué » (19). De cette thèse, nous trouvons un écho, à vrai dire nuancé, dans l'opinion de M. Jean Robert (20) pour qui « il ne demeure comme critère de différenciation que celui du lieu où elle (la sentence) a été rendue. L'on tiendra donc pour « sentence étrangère celle qui a été rendue hors du pays du for ».

(15) Aubry et Rau, 5^e éd., t. VIII, § 769 *ter*, p. 508.

(16) Compétence du Président du Tribunal pour accorder ou refuser l'exequatur, Cass. req., 27 juill. 1937 : *J. C. P.* 1937, II, 449. Exclusion de la révision au fond des sentences arbitrales, Cass. req., 8 déc. 1914 : *Clunet* 1916, 1218.

(17) Paris, 25 mars 1937 : *Rev. crit. dr. int.* 1939, 488.

(18) T. VI, 2, 134.

(19) *Op. et loc. cit.*

(20) *Rev. Arbitrage* 1957, 123.

8. — Mais le critère territorial est aujourd'hui rejeté par la plupart des auteurs (21). On remarque d'abord que le lieu de l'arbitrage, plus encore le lieu où la sentence arbitrale est rendue, peut tenir à des circonstances fortuites, ensuite que si les arbitres délibèrent par correspondance, le rattachement proposé n'est plus qu'une fiction. On objecte plus gravement qu'un jugement judiciaire étranger n'est pas étranger parce qu'il a été rendu en pays étranger, mais parce qu'il a été rendu par un juge investi du pouvoir de juger par l'Etat étranger, « investiture qui manque toujours et par définition « à l'arbitre » (22).

9. — C'est à la loi d'autonomie que s'attache généralement la doctrine : l'arbitrage est soumis à la loi qu'ont choisie les parties. M. Mezger a fort bien démontré (23) que cette loi n'est pas forcément celle qui gouverne la convention dite principale d'où peut être issue la convention arbitrale. C'est, semble-t-il, la désignation de la loi de procédure qui exprimera le plus clairement le système de droit auquel les parties ont entendu se rattacher. Ce pourra être la loi choisie pour être appliquée au fond du litige et, le plus souvent, celle-ci coïncidera avec la loi de procédure. Le lieu où a été rendue la sentence ne sera pris en considération que comme un élément, parmi d'autres, capable d'éclairer l'intention des parties, et qui ne devient prépondérant qu'à défaut d'autres indices. En résumé, nous ne croyons pas que la démarche du juge soit spécifiquement différente selon qu'il localise un contrat ou une procédure arbitrale, ni que la difficulté soit plus grande en ce dernier cas : l'expérience atteste que, hors les cas pathologiques, dont il est vrai qu'ils sont la matière ordinaire de réflexion des juristes, cette localisation est aisée, et quasi instinctive.

10. — Telle paraît bien être la position de la jurisprudence. Est anglaise une sentence rendue conformément à la procédure anglaise (24), anglaise aussi une sentence rendue en France selon la loi anglaise (25). Il est facile de prévoir que la solution, en dépit

(21) Mezger : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1957, 693, note sous Cour fédérale allemande, 3 oct. 1956 ; La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé : Mélanges Maury, p. 273 et s. ; Klein, Autonomie de la volonté et arbitrage : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1958, 256 ; Motulsky : *Rev. Arbitrage* 1959, 3 ; Batiffol, *Traité*, 3^e éd., n° 747 ; Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, n° 428 ; Hébraud, obs. : *Rev. trim. dr. civ.* 1958, 667 ; Bredin : *Rev. Arbitrage* 1958, 139 ; *Chunet* 1959, 1136 et s.

(22) Mezger : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1957, 693.

(23) Mélanges Maury, *op. cit.*, p. 282 et s.

(24) Cass. req., 9 juill. 1928 : *S.* 1930, 1, 17 : que la sentence ait été rendue en Angleterre renforce mais ne justifie pas cette localisation.

(25) Paris, 5 juill. 1955 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1956, 79, note Mezger. Comp. cependant, sur la présomption d'*electio juris* qui s'attacherait à la localisation de l'arbitrage, Cass. com., 14 oct. 1957 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1957, 684, note Mezger.

de difficultés épisodiques d'application, ira se confirmant. Elle est conforme à l'évolution générale du droit de l'arbitrage. La Convention de New York du 10 juin 1958 abandonne au droit du pays où l'exécution est demandée la détermination de ses motifs d'extranéité. Mais elle affirme la primauté de la loi d'autonomie en disposant à l'article V que l'exécution de la sentence pourra être refusée si la preuve est rapportée que la convention n'est pas valable « en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée, ou à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue » (26). L'article 6 de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 (27) stipule de même que, quand ils auront à se prononcer sur l'existence ou la validité d'une convention d'arbitrage, les tribunaux des Etats contractants statueront... « selon la loi à laquelle les parties ont soumis la convention d'arbitrage » et « à défaut d'une indication à cet égard, selon la loi du pays où la sentence doit être rendue » (art. 6, § 2). L'article 9 (§ 1 a) affirme également la prépondérance de la loi d'autonomie, et le caractère subsidiaire du rattachement territorial.

11. — On comprend, à l'évocation de ces difficultés, que la jurisprudence ait été tentée par la théorie simplificatrice de l'assimilation. Mais dans l'exercice des voies de recours, l'assimilation est impossible, et la distinction des sentences françaises et étrangères s'impose à l'évidence. Or, si le système de voies de recours à l'encontre des sentences françaises se « déploie dans une certaine confusion » (28), il s'édifie à l'encontre des sentences arbitrales étrangères, dans l'incohérence et la complexité.

12. — L'unanimité n'est guère faite que pour rejeter l'appel direct contre les sentences arbitrales étrangères (29). Rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Caen (30), la Cour de Cassation, par arrêt du 3 novembre 1960 (31), a fixé le principe, constatant « que la Cour d'appel a légitimement admis qu'une sentence « arbitrale étrangère ne pourrait être soumise par la voie de l'appel « aux juges français ». Telle est la position de l'ensemble de la

(26) Cf. notre étude sur la Convention de New York du 10 juin 1958 : *Clunet* 1960, 1002.

(27) Cf. l'étude de M. J. Robert : *D.* 1961, chr., p. 173 et s.

(28) Hébraud et Raynaud, *op. et loc. cit.*

(29) Mezger : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, 793 ; Carabiber, *L'arbitrage international* : *Juris-Classeur de droit international*, Fasc. 587, n° 40 ; Jean Robert : *Rev. Arbitrage* 1957, 122 et s.

(30) 22 oct. 1959 : *Clunet* 1961, 142, note Jean-Denis Bredin.

(31) *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, 564, note Mezger ; *Clunet* 1961, 782.

jurisprudence (32), et sans doute le seul point bien acquis parmi tant d'incertitudes.

13. — Théoriquement inadmissible pour les raisons déjà évoquées (33), l'appel paraît au surplus inutile : pour que la partie menacée d'exécution et privée de l'appel puisse, dans le cadre d'une procédure contentieuse, faire valoir les moyens dont elle dispose, la jurisprudence soumet l'ordonnance d'exequatur d'une sentence étrangère à cette voie de recours qu'elle a admise en droit interne contre les ordonnances rendues sur requête, c'est-à-dire une opposition devant leur auteur, improprement qualifiée de tierce opposition (34).

14. — Si contestable que soit le fondement d'une telle voie de recours (35), son existence est aujourd'hui trop fermement assurée pour être discutée. Pour l'ensemble de la doctrine (36), cette procédure est ouverte à l'encontre de l'ordonnance accordant l'exequatur à une sentence arbitrale étrangère, comme substitut nécessaire de l'appel. Mais dès lors que le fondement juridique que l'on prétend assigner à l'existence d'une telle voie de recours est indifférent au caractère national ou non de la sentence qui a reçu l'exequatur — l'acte critiqué étant dans un cas ou dans l'autre une ordonnance sur requête — la contagion est inévitable du droit international privé au droit interne (37). Or la solution, qui se justifiait en fait, sinon en droit, à l'égard des sentences étrangères, par la nécessité de susciter un débat contradictoire, apparaît beaucoup moins opportune s'il s'agit de sentences françaises, la partie menacée d'exécution disposant, ou ayant pu disposer, de l'appel.

(32) Caen, 22 oct. 1959, précité; Aix, 25 fév. 1958 : *Clunet* 1959, 1132, note Jean-Denis Bredin; Toulouse, 29 janv. 1957 : *Rev. Arbitrage* 1957, 96 et depuis l'arrêt de la Cour de Cassation, Orléans, 15 mai 1961 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, 778; *J.C.P.* 1961, II, 12356; *Clunet* 1962, 140.

(33) *Supra*, n° 6.

(34) V. réf. citée, *supra*, n° 4; en ce qui concerne plus spécialement les sentences arbitrales étrangères V. Paris, 22 janv. 1954 : *J.C.P.* 1955, II, 8566, note Motulsky; *D.* 1955, 385, note J. Robert; Paris, 9 déc. 1955 : *D.* 1956, 217, note J. Robert; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1956, 523, note Motulsky; Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de la Seine, 20 fév. 1961 : *Clunet* 1961, 1128, note B. G.; Orléans, 15 mai 1961 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, 778, note Mezger. *Contra*, mais sans justification, Aix, 25 fév. 1958 : *Clunet* 1959, 1132, note Jean-Denis Bredin; *Rev. Arbitrage* 1958, 94.

(35) Cf. les critiques de M. Solus, *op. cit.*, p. 623 et s. pour qui toute décision gracieuse peut être attaquée par voie de nullité principale, ce qui rendrait inutile cette invention jurisprudentielle.

(36) Mezger : *Nouv. Rev. dr. int. pr.* 1948, 70 et s.; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, 791; Mélanges Maury, *op. cit.*, p. 278 et s.; Motulsky, *op. et loc. cit.*; Jean Robert : *Rev. Arbitrage* 1957, 124 et s.; Carabiber, *op. cit.*, n° 36.

(37) V. Paris, 12 janv. 1937, précité, qui a admis la procédure de tierce opposition à l'ordonnance d'exequatur d'une sentence française.

15. — La Cour de Douai, conduite par la logique du système (38), a estimé que le juge saisi d'une demande d'exequatur pouvait renvoyer en référé, et, pour éviter la procédure de tierce opposition, imposer dès l'origine un débat contradictoire. De même le demandeur pourrait-il instaurer immédiatement ce débat saisissant le juge des référés, par voie d'assignation, de la demande d'exequatur (en ce sens l'opinion précitée de M. Mezger). La solution peut surprendre : elle aurait, se généralisant, l'avantage de lever l'équivoque sur la nature de l'ordonnance d'exequatur, et de restreindre un peu le désordre des voies de recours.

16. — En présence d'une création prétorienne non réglementée, il n'est pas interdit de se demander si le Président du Tribunal, statuant sur l'opposition formée par la partie menacée à son ordonnance d'exequatur, statue en tant que juge des référés, ou selon une procédure exclusive des formes et des conditions de la procédure des référés. La discussion n'est pas exercice d'école. Le choix est lourd de conséquences. D'éminents auteurs en ont vu la portée : « Ce n'est pas question de mots, mais de faits ; le magistrat aura des pouvoirs tout différents selon qu'il statue comme juge des ordonnances, et non comme juge des référés » (39) et plusieurs décisions judiciaires ont entrevu la difficulté (40). Si le juge statue sur la tierce opposition en tant que juge des référés, doit-il constater l'urgence ? Doit-il s'interdire de préjudicier au principal et le pourrait-il, alors que l'ordonnance sollicitée de lui épuise le débat, la formule du renvoi au principal étant ici vide de sens ? La partie assignée pourra-t-elle l'être d'heure à heure, la procédure sera-t-elle la procédure simplifiée des référés, le système des voies de recours celui qui frappe les ordonnances de référé ? Mais si la procédure de référé écarte les délais et la forme du droit commun, n'est-ce pas parce qu'elle répond à une nécessité urgente, et qu'en tout état de cause, l'ordonnance qui en est issue ne peut préjudicier au principal ? Peut-on étendre cette procédure exceptionnelle et dangereuse, hors des prévisions des articles 806 et suivants du Code de procédure civile ?

La question a été soumise à Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de la Seine (41). Sa décision admet que le juge peut être saisi par voie d'assignation en référé, et statue selon les formes du référé. Or il ne nous paraît pas certain que cette affirmation recouvre une évidence. Sans doute remarquera-t-on qu'il

(38) 8 juill. 1954 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1955, 172, note Mezger. V. *supra*, n° 5.

(39) César-Bru et Hébraud, *Ordonnances sur requête*, t. II, n°s 68 et s.

(40) Besançon, 15 nov. 1905 : *Le Droit*, 17 déc. 1905 ; Poitiers, 26 janv. 1949 : *J.C.P.* 1949, IV, ed. A, No. 1248, obs. Madray.

(41) 20 fév. 1961, précité : *Olunet* 1961, 1128, note B. G.

n'existe d'autre mode de débat contradictoire devant le Président du Tribunal que le référé, et qu'il faudrait sans doute innover une procédure destinée au débat contradictoire devant le juge des ordonnances. Mais pourquoi l'imagination jurisprudentielle, assez audacieuse pour appliquer aux ordonnances sur requête une voie de recours sans fondement juridique, ne le serait-elle pas assez pour soumettre cette voie de recours à une procédure adaptée à ses besoins? C'est trop inventer ou trop peu. Et le résultat de cette carence est seulement d'attester les défauts de la construction prétorienne, et de fournir argument à qui estime que l'arrêt de la Chambre civile du 3 avril 1895, s'écartant de la rigueur des principes, a, comme il est d'usage en ce cas, ouvert la voie à des difficultés inaperçues.

17. — L'ordonnance contradictoire accordant l'exequatur, ou se prononçant sur la tierce opposition formée par la partie menacée d'exécution peut, elle-même, être frappée d'appel. La solution est incontestable, dans la logique du système jurisprudentiel. La Cour d'Orléans l'a admise (42), et elle est approuvée en cela par M. Mezger dont l'opinion rejoint celle de l'ensemble de la doctrine qui, résignée à la procédure de tierce opposition, l'est aussi aux voies de recours que celle-ci porte avec elle. Mais le système des voies de recours s'en trouve prolongé et compliqué.

18. — En revanche, la Cour d'Orléans s'égare quand elle admet l'appel direct frappant l'ordonnance d'exequatur rendue sur requête, sans examen contradictoire, concurremment avec la procédure de tierce opposition éventuellement suivie d'un appel (43). La doctrine consent généralement que le requérant, en cas de refus du magistrat saisi, refus exprimé en forme d'ordonnance, peut interjeter appel de l'ordonnance rejetant sa requête (44). Mais si la partie menacée d'exécution entend critiquer l'ordonnance d'exequatur rendue sur requête, on ne saurait le lui permettre par la voie de l'appel, et pour plusieurs raisons. La première est que notre droit ignore traditionnellement l'appel des ordonnances sur requête interjeté par la partie à laquelle il est fait prétendument grief, et qu'innover en ce domaine serait ajouter à la confusion générale. On remarquera ensuite que la jurisprudence a précisément admis l'opposition à ordonnance sur requête, pour permettre à la partie lésée d'instaurer un

(42) 15 mai 1961, précité.

(43) En ce sens, Paris, 12 janv. 1937 : *D. H.* 1937, 138; *S.* 1937, 2, 51; Douai, 10 juill. 1947 : *S.* 1949, *Chr.*, 24.

(44) Douai, 4 mars 1953 : *J.C.P.* 1953, IV, éd. A, n° 2124; *Rev. trim. dr. civ.* 1953, 598, obs. Hébraud; Lyon, 26 avril 1954 : *D.* 1954, som., p. 60; Colmar, 9 juill. 1954 : *D.* 1954, 650; Cûche et Vincent, p. 78. Pour l'ordonnance d'exequatur d'une sentence; Jean Robert, *Traité de l'arbitrage civil et commercial*, 3^e éd., n° 204, p. 214.

débat contradictoire qu'elle peut éventuellement, en cas d'insuccès, porter devant la Cour, et qu'il serait illogique d'instituer, en dehors de tout support légal, deux procédures tendant aux mêmes fins et dont le chevauchement pourrait entraîner les plus fâcheuses conséquences. M. Mezger (45) remarque qu'en outre l'appel direct fait perdre à l'autre partie le bénéfice de l'instance contradictoire que la procédure d'opposition lui ménage. L'argument n'est sans doute pas déterminant : si la partie qui a sollicité l'exequatur était effectivement privée d'un débat, elle se trouverait néanmoins placée, sur appel de la partie menacée d'exécution, dans la position la plus favorable où elle puisse être à l'issue du débat contradictoire, celle qui résulterait du maintien de l'ordonnance d'exequatur. C'est bien plutôt la partie menacée d'exécution qui se priverait, par l'appel direct, d'un débat, donc d'une chance de faire réformer l'ordonnance. La meilleure raison pour laquelle la voie de l'appel direct peut être exclue, c'est que cette procédure, injustifiable en théorie, grossirait en pratique l'accumulation déjà déplorable des voies de recours ouvertes à l'encontre des sentences étrangères.

19. — Une dernière controverse doit être évoquée, qui concerne l'admission de l'opposition en nullité de l'article 1028 du Code de procédure civile. La majeure partie de la doctrine considérant que cette voie de recours, quoique qualifiée d'opposition à l'ordonnance d'exequatur, est en réalité dirigée contre la sentence elle-même et concerne son aspect contractuel, la tient pour recevable (46). M. Jean Robert, au contraire (47), est hostile à l'admission de cette voie de recours, qu'il tient pour théoriquement inadmissible et pratiquement sans objet, parce que susceptible de faire double emploi avec la procédure de tierce opposition à l'encontre des sentences étrangères. Insensible à ces arguments, la jurisprudence dominante accueille l'opposition de l'article 1028 à l'encontre des sentences étrangères (48). Nous nous sommes autrefois ralliés à l'opinion dominante (49) parce que les arguments théoriques opposés à l'admission de l'opposition en nullité ne nous semblaient pas convaincants — elle est, par nature, une

(45) *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, 793.

(46) Batiffol, *op. cit.*, n° 747; Motulsky, notes précitées, et *Rev. Arbitrage* 1959, 8; Hébraud : *Rev. trim. dr. civ.* 1958, 670; Mezger : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1956, 112; 1957, 701; 1961, 292; Loussouarn : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1958, 120; Carabiber, *op. cit.*, n° 38.

(47) Le recours en France contre la sentence étrangère : *Rev. Arbitrage* 1957, 122 et s.; 1958, 11 et s.

(48) Paris, 22 janv. 1954, précité; 9 déc. 1955, précité; Toulouse, 29 janv. 1957 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1957, 699, note Mezger; *Rev. Arbitrage* 1957, 91; Orléans, 15 mai 1961, précité; Vice-Président du Tribunal civil de la Seine, 20 fév. 1961 : *Clunet* 1961, 1128; Comp. Cour de Cass. Belgique, 16 janv. 1958 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1959, 122, note Mezger.

(49) *Rev. Arbitrage* 1958, 137.

instance en nullité de la sentence, ou une limitation à cinq cas de l'action en nullité normalement ouverte contre les contrats — et aussi parce qu'il ne nous paraissait pas qu'elle fit double emploi avec la procédure de tierce opposition. Nous estimons, en effet, que l'opposition de l'article 1028 peut être exercée, à titre préventif, avant que soit rendue l'ordonnance d'exequatur, ce que conteste M. Jean Robert (50), mais l'arrêt de la Section commerciale de la Cour de Cassation du 22 décembre 1959 (51) qui a jugé, à tort croyons-nous, que l'appel formé contre une sentence arbitrale non revêtue de l'exequatur n'est pas recevable, compromet sans doute la pratique de l'exercice anticipé de l'opposition de l'article 1028, car, ainsi que le constatent judicieusement MM. Hébraud et Raynaud (52) : « il serait paradoxal que « l'exequatur fut une condition de l'appel dirigé contre la sentence, et « ne le fut pas de l'opposition à l'ordonnance ». Voici donc un intérêt de l'admission de l'opposition de l'article 1028 à l'encontre des sentences étrangères qui se trouve fortement menacé. Nous en voyons pourtant un autre, et qui demeure : l'opposition en nullité de l'article 1028 a un caractère suspensif d'exécution — à moins que la sentence n'ait été déclarée provisoirement exécutoire (53). Or, tel ne peut être l'effet de la tierce opposition à l'ordonnance d'exequatur.

20. — En revanche, l'admission de l'opposition en nullité de l'article 1028 à l'encontre des sentences étrangères soulève au moins deux difficultés nouvelles et qui ne sont pas de solution aisée.

21. — D'une part, ne sauraient être retenus à l'encontre d'une sentence étrangère, les griefs, tirés de l'article 1028, qui correspondraient à des règles ignorées du droit étranger régissant la sentence, et dont la méconnaissance ne serait pas contraire à l'ordre public français au sens international (54). C'est ainsi, constate M. Carabiber (55), qu'on ne saurait demander l'annulation en France d'une sentence anglaise pour le motif que le tiers arbitre n'aurait pas conféré avec les arbitres partagés (art. 1028, 4°). Chaque fois qu'il est permis aux parties à l'arbitrage de renoncer en droit interne aux cas d'ouverture de l'opposition de l'article 1028 (cas 3 et 4), cette faculté leur appartient *a fortiori* en droit international privé. Mais certaines exigences de l'article 1028 (existence d'un compromis, validité d'un compromis,

(50) *Traité*, n° 217, p. 229 et réf. citées.

(51) *Gaz. Pal.* 1960, 1, 98; *Rev. Arbitrage* 1960, 17.

(52) *Rev. trim. dr. civ.* 1960, 346 et s.

(53) *Cass. req.*, 12 oct. 1941 : *Gaz. Pal.* 1941, 2, 252; *Cass. civ.*, 9 juin 1947 : *S.* 1947, 1, 196; *Cass. com.*, 12 avril 1948 : *S.* 1948, 1, 96; Paris, 18 juin 1948 : *S.* 1949, 2, 17, note Jean Robert.

(54) Carabiber, *op. cit.*, n° 39; Motulsky, *op. et loc. cit.*; Bredin : *Rev. Arbitrage* 1958, 137.

(55) *Op. et loc. cit.*

prononcé sur choses demandées) constituent, pensons-nous, les garanties essentielles d'un droit judiciaire, fut-il arbitral, sans quoi le règlement des litiges serait abandonné à l'arbitraire. L'ordre public international coïncide ici avec l'ordre public interne.

22. — Si l'opposition en nullité de l'article 1028 et la tierce opposition à l'ordonnance d'exequatur sont concurremment admises, il faut encore décider si leurs champs d'application doivent demeurer rigoureusement distincts, ou si, pour faire l'économie d'une procédure, la partie menacée d'exequatur peut, par la voie de la tierce opposition, faire aussi valoir les griefs dirigés contre la sentence elle-même, qui sont normalement du domaine de l'opposition de l'article 1028. Les auteurs qui écartent l'opposition de l'article 1028 souhaitent évidemment que la tierce opposition à l'ordonnance d'exequatur lui serve de substitut, comme elle sert de substitut à l'appel (56). Mais ceux qui admettent la coexistence de deux voies de recours ne sont pas en accord sur la délimitation de leurs domaines respectifs. M. Motulsky ne voit qu'avantage à ce que la tierce opposition serve concurremment avec l'opposition en nullité de l'article 1028 à faire valoir la nullité, l'expiration, ou encore la fausse application de la convention arbitrale (57). L'arrêt précité de la Cour d'Orléans du 15 mai 1961 paraît donner satisfaction à cette thèse, sans peut-être avoir aperçu la difficulté. Nous pensons au contraire, rejoignant l'opinion exprimée par M. Mezger (58) que ne peuvent coexister deux voies de recours servant aux mêmes fins, et que la tierce opposition ne peut, en bonne logique, être fondée sur l'un des moyens réservés par l'article 1028 à l'opposition en nullité. Sinon, mieux vaut, semble-t-il, renoncer à une coexistence qui organiserait un gaspillage. Tel est le système retenu par l'ordonnance précitée de M. le Président du Tribunal de grande instance de la Seine en date du 20 février 1961. La tierce opposition, constate cette décision « n'est recevable que dans la mesure « où la possibilité de rendre la sentence exécutoire en France est « contestée pour des motifs basés sur l'ordre public français, à l'exclusion de ceux des cas énumérés à l'article 1028 du Code de procédure « civile qui peuvent être applicables à une sentence étrangère ». Etant exclus les cas d'opposition en nullité, dont la connaissance est réservée par l'article 1028 au tribunal, le rôle du magistrat saisi de la tierce opposition se borne, selon les constatations de l'ordonnance précitée, à vérifier la régularité de la procédure d'exequatur, et d'autre part la conformité à l'ordre public français, au sens du droit inter-

(56) Jean Robert, *op. et loc. cit.*

(57) Paris, 22 janv. 1954 : *J.O.P.* 1955, II, 8566, note Motulsky ; 9 déc. 1955 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1956, 523, note Motulsky.

(58) Note sous Paris, 22 janv. 1954 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1955, 165.

national, de la procédure d'arbitrage et de la décision qui en est issue. Telle est la répartition des tâches qui nous paraît effectivement raisonnable, si dans le principe on tolère la coexistence des deux voies de recours. Leur permettre de se chevaucher c'est réduire l'une d'elles à une efficacité trop médiocre pour compenser les inconvénients évidents de son maintien.

23. — Jean Robert (59) qu'a justement alarmé la multiplication des voies de recours à l'encontre des sentences arbitrales étrangères, a tiré argument, pour fortifier l'exclusion, les concernant, de l'appel et de l'opposition en nullité de l'article 1028, du texte des conventions internationales. L'article 5 de la Convention de New York du 10 juin 1958 dispose que l'annulation ou la suspension de la sentence ne s'impose au pays où l'exécution est demandée que si elle provient d'une « autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi « duquel la sentence a été rendue ». Jean Robert en déduit que les pays ainsi définis sont seuls compétents pour annuler une sentence, et que cette disposition retire au juge français compétence pour annuler, sur le fondement de l'article 1028 du Code de procédure civile, une sentence arbitrale étrangère. Nous croyons que c'est élargir le sens du texte, et que l'article 5 de la Convention de New York, ce qu'attestent ses travaux préparatoires, n'a pas entendu régler le problème des voies de recours internes. Le texte contraint nos tribunaux à respecter la décision d'annulation ou de suspension émanant d'un pays étranger : il ne leur refuse pas le droit d'annuler pour leurs propres motifs. Au surplus l'article 3 réserve la liberté du pays où l'exécution est demandée dans le choix de sa procédure d'exécution, et par conséquent, nous semble-t-il, des voies de recours qui s'y intègrent. Pas davantage l'article 9 de la Convention de Genève du 21 avril 1961 (60), qui décide dans quelle mesure l'annulation dans un Etat contractant pourra constituer une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre Etat contractant, ne compromet le droit, pour le pays où l'exécution est demandée, d'organiser ses propres voies de recours.

24. — Si l'on ne peut donc tirer argument de la lettre des conventions internationales, l'esprit qui les anime condamne d'évidence un système étouffant de voies de recours. En présence de l'effort que traduisent ces conventions, il est paradoxal que la jurisprudence française, construite, par tâtonnements successifs, un système de voies de recours dont la complication n'a pas même l'excuse de la cohérence, et qui offre

(59) *Rev. Arbitrage* 1957, 122 et s.; 1958, 80.

(60) Cf. Jean Robert, La convention européenne sur l'arbitrage commercial international : *D.* 1961, chr., 173 et s.

au plaideur pour paralyser l'effet des sentences étrangères un arsenal trop bien rempli pour que la mauvaise foi ne s'y fournisse (61).

Les arrêts précités de la Cour d'appel d'Orléans du 15 mai 1961 ont admis la recevabilité de cinq voies de recours au moins : l'appel de l'ordonnance d'exequatur, la tierce opposition à l'ordonnance d'exequatur, l'appel de l'ordonnance rendue sur tierce opposition, l'opposition en nullité de l'article 1028, et nécessairement l'appel du jugement rendu sur cette opposition. Or ces voies de recours paraissent bien, pour la Cour d'Orléans, se superposer et ne jamais s'exclure. Osera-t-on citer encore, parmi les séductions de l'arbitrage, la simplicité, la rapidité, et l'efficacité ? Entre la sentence étrangère et sa reconnaissance définitive en France peuvent désormais s'interposer des procédures lentes, compliquées, décourageantes, qui contrarient la vocation de l'arbitrage et compromettent son avenir. Si les tribunaux n'y prennent garde, il faudra bien que la loi intervienne, réglementant les voies de recours, pour préserver l'arbitrage menacé.

(61) V. en ce sens les observations de M. Goldman : *Clunet* 1961, 1130.