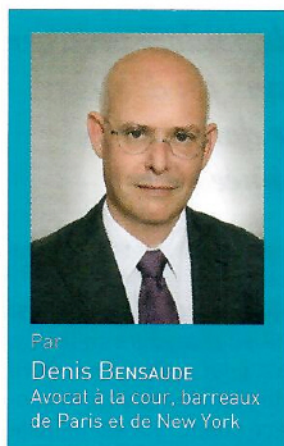


Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage 35712



Par
Denis BENSAUDE
Avocat à la cour, barreaux
de Paris et de New York

L'essentiel

Les arrêts sélectionnés et résumés dans cette 34^e chronique concernent des sujets aussi variés que le point de vue de la Cour de justice de l'Union européenne sur les spécificités de l'arbitrage et des prestations d'avocat liées en matière de passation de marchés publics (*Ministerraad*), ou encore l'effet de la gestion centralisée des trésoreries au sein d'un groupe sur l'exigence d'urgence en référé (*ZH*). Comme toujours, la mise en œuvre du principe de compétence-compétence par le juge est à l'honneur (*Commitrade*). On trouvera aussi d'intéressantes décisions sur la compétence de l'arbitre pour statuer sur les conséquences financières de la violation d'une clause d'arbitrage (*Valuefirst*), l'intervention volontaire au recours en annulation (*SGLPB*), l'interprétation attendue du Traité sur la charte de l'énergie en matière de compétence (*République de Moldavie*), la mise en œuvre des règles matérielles d'interprétation de la clause d'arbitrage en arbitrage international (*M. Z*), l'immunité d'exécution dont bénéficient les États (*Al-Kharafi*) et... le décalage entre RPVA et réalités procédurales (*Financière Vauban* et *AREAS*).

PLAN

I. ARBITRAGE INTERNATIONAL p. 18	II. ARBITRAGE INTERNE p. 25
A. Généralités p. 18	A. Généralités (néant)
B. Mise en œuvre de la procédure p. 20	B. Mise en œuvre de la procédure (néant)
C. Recours en annulation p. 20	C. Recours en annulation p. 25
D. Recours contre l'ordonnance d'exequatur..... p. 23	D. Exécution de la sentence p. 26
E. Exécution de la sentence..... p. 24	

I. ARBITRAGE INTERNATIONAL

A. Généralités

Point de vue de la CJUE sur les spécificités de l'arbitrage et des prestations d'avocat liées en matière de passation de marchés publics 363x7

L'essentiel Les caractéristiques de l'arbitrage et de la relation avocat-client permettent aux États membres d'exclure l'arbitrage et les services d'avocat liés du champ d'application de leurs règles sur la passation des marchés publics.

CJUE, 5^e ch., 6 juin 2019, n° C-264/18, M. M. et a. c/ Ministerraad, M. Regan, prés., MM. Lycourgos, Juhász, Ilesic et Jurakaitis, juges, M. Bobek, av. gén. ; M^{es} Vande Castele, D'Hooge, Mathieu et Wytinck, av.

Note

Des juristes belges demandaient en 2017 à leur cour constitutionnelle (*Ministerraad*) de dire certaines dispositions de leur loi de transposition de la directive (UE) n° 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, non conformes à la constitution belge. Cette directive excluait l'arbitrage et les services d'avocat liés de son champ d'application, mais permettait aux États membres de ne pas le faire. Pour ces juristes, l'exclusion prévue par la loi belge de transposition contrevenait au principe d'égalité selon lequel, en droit belge, les mêmes situations doivent être traitées de la même manière, sauf raison objective.

Le Ministerraad demandait alors à la CJUE si l'exclusion permise par la directive était compatible avec : (i) les principes d'égalité et de subsidiarité en droit européen, et (ii) les libertés européennes d'établissement et de prestation de services. Des États membres disaient la question

irrecevable car sans pertinence pour résoudre le litige en Belgique. Pour eux, la question posée au Ministerraad portait sur la conformité de la loi à la constitution belge, alors que celle posée à la CJUE, portait sur la conformité de la directive au droit européen.

La CJUE dit d'abord la question recevable car pertinente, puisque sa décision affectera la validité de la directive et donc de la loi belge de transposition. Rappelant ensuite qu'en vertu du principe de subsidiarité, l'Union n'intervient dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive que si ses objectifs seraient mieux réalisés à son niveau qu'à celui de chaque État membre, la Cour constate qu'en laissant les États membres décider d'exclure ou non ces services des règles de passation de marché, le législateur européen ne peut se voir reprocher d'avoir violé ce principe. Elle ajoute que la directive, qui vise à coordonner

les procédures de passation des marchés publics et à supprimer les entraves aux libertés d'établissement et de prestation de services à l'occasion de leur passation, ne porte pas atteinte à ces libertés en ne contraignant pas les États membres à soumettre ces services à ces règles. En outre, pour la Cour, l'exclusion des services en cause ne porte pas atteinte au principe d'égalité, car ils ne sont pas comparables aux autres services visés par la directive. En effet, pour la Cour, (i) l'arbitre « doit être désigné et accepté par toutes les parties et ne peut être imposé unilatéralement », (ii) les relations avocat-clients sont le fruit d'une relation *intuitu personae* qui rend difficile la description objective des services en cause, et (iii) la confidentialité de ces relations serait menacée par l'obligation de préciser les conditions d'attribution du marché.

Clause d'arbitrage, référé, trésorerie centralisée et urgence 363x8

L'essentiel La gestion centralisée de la trésorerie au sein d'un groupe peut faire obstacle devant le juge des référés, à ce que ses filiales puissent se prévaloir utilement de leurs propres difficultés financières.

CA Paris, 1-3, 26 juin 2019, n° 19/02646, 2H Energy c/ GE Energy, M^{me} Roy-Zenati, prés., M^{mes} Dias Da Silva et Grall, cons. ; M^{es} Lagrange, Tonin, Cheviller et Boccon-Gibod, av.

Note

Par contrat qui contenait une clause d'arbitrage, conclu pour les besoins d'une construction au Texas, GE Energy avait utilisé les services de 2H Energy (2H), une filiale du groupe CNH Industrial (CNH). En 2018, 2H assignait GE Energy en référé provision devant le tribunal de commerce de Créteil en paiement d'environ 4 millions d'euros de factures et intérêts. Par ordonnance du 30 janvier 2019, le juge se déclarait compétent et disait ensuite « n'y avoir lieu à référé à raison de l'existence d'une contestation sérieuse ».

En appel, 2H faisait notamment valoir que l'urgence était ici caractérisée, puisque ses capitaux propres étaient inférieurs à la moitié de son capital, ce qui démontrait sa situation financière délicate. Elle ajoutait que la situation financière précaire de GE Energy contribuait également à la caractériser. Elle disait enfin que sa propre situation financière était « tendue », puisque le retard de paiement en cause avait aggravé en 2018, à hauteur du montant de la facture en cause, son décalage négatif de trésorerie

déjà existant de 6,4 millions d'euros, tel que résultant de ses créances et dettes à court terme comptabilisées pour 2017, de respectivement 19 millions et plus de 25 millions d'euros.

Pour dire qu'il n'y a pas urgence, la cour constate d'abord que ces créances ont augmenté à 21 millions d'euros en 2018, et constituent 64 % de son chiffre d'affaires en excluant la créance en cause ici. La cour en déduit que le non-paiement en cause ne peut être la conséquence directe de l'aggravation des difficultés financières alléguées. Elle déduit ensuite, et selon elle, à l'évidence, du chiffre d'affaires de CNH pour 2018 d'environ 27 milliards de dollars US, comme de la progression de son résultat net d'environ 300 millions à 1 milliard de dollars US entre 2017 et 2018, que ce groupe qui détient aussi FIAT, IVECO et Heuliez Bus et auquel appartient 2H, serait parfaitement sain et ne souffrirait d'aucune difficulté financière. Elle ajoute que 2H est financé par ce groupe et que ses dettes étaient « intragroupe » à 50 %, à hauteur de 12,2 millions d'euros en 2017 et de 13,3 millions en 2018. Elle remarque surtout que si les liquidités disponibles de 2H apparaissent limitées, le rapport financier de CNH montre que la trésorerie du groupe est centralisée ; ce qui veut dire que ses filiales transfèrent leurs liquidités vers un compte central et que le groupe retransfère les fonds vers ses filiales, en fonction de leurs besoins. Enfin, la cour estime que la précarité financière de GE ne peut justifier l'urgence puisqu'elle aussi est soutenue par son groupe, comme le démontre un extrait du rapport de ses commissaires aux comptes.

B. Mise en œuvre de la procédure

Subtilités de la mise en œuvre du principe de compétence-compétence ^{363x9}

L'essentiel Il ne peut y avoir inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage que si, en l'absence de toute interprétation nécessaire de ses termes pour en apprécier la portée ainsi que toute analyse juridique de la nature des relations entre les parties, à l'évidence, cette clause ne régit pas le litige entre les parties.

CA Paris, 1-3, 12 juin 2019, n° 19/08056, *Commitrade c/ Sovarex*, M. Ancel prés., M^{mes} Dias Da Silva et Grall, cons. ; M^{es} Nicolas, Simon, de Corbière et Bouzidi-Fabre, av.

Note

Par contrat d'avril 2018, *Commitrade* achetait du blé à *Sovarex*. Ce contrat stipulait : « Tout litige né à l'occasion ou en vertu du présent contrat entre l'acheteur, le vendeur ou/et le(s) courtier(s) partie(s) à ce contrat, y compris concernant son existence ou sa validité doit être tranché par un arbitrage en accord avec les règles d'arbitrage GAFTA n° 125 à Londres ». Par contrat de mai 2018, *Sovarex* achetait le blé à *Ameropa* qui l'expédiait, mais refusait de le décharger à défaut d'en avoir été payée par *Sovarex*. En juillet 2018, et à la demande de *Commitrade*, une société tierce, *Intrade*, payait *Ameropa* pour le compte de *Sovarex*. *Commitrade* sollicitait ensuite du juge des référés du tribunal de commerce de Paris que *Sovarex* lui rembourse le solde lui restant dû au titre du paiement ainsi réalisé au nom et pour le compte de cette dernière. Le juge se déclarait incompétent au profit du « Tribunal arbitral de Londres » par ordonnance du 11 avril 2019.

En appel, *Commitrade* disait que la clause d'arbitrage était manifestement inapplicable à ses demandes, puisque sans rapport avec le contrat d'avril 2018. Celles-ci visaient en effet le remboursement de son paiement pour autrui, objet d'un accord distinct, matérialisé par un échange de courriels intervenu en juillet 2018.

Pour confirmer l'ordonnance, la cour rappelle qu'il « ne peut y avoir inapplicabilité manifeste que si, en l'absence de toute interprétation nécessaire de ses termes pour en apprécier la portée ainsi que toute analyse juridique de la nature des relations contractuelles entre les parties, elle ne régit à l'évidence pas le litige entre les parties ». Puis, après avoir rappelé les termes de la clause, la cour relève que *Commitrade* demande remboursement de la somme payée à *Ameropa* pour le compte de *Sovarex* au titre du contrat de mai 2018. Mais la cour dit aussi ensuite que ce paiement a permis à *Sovarex* de remplir ses obligations au titre de celui d'avril. Dès lors, pour la cour, le litige « trouve bien son origine » dans le contrat d'avril dont la cargaison a été livrée avec retard et pour « des raisons » qu'elle dit aussi « appartenir au tribunal de trancher ». La cour ajoute enfin que la clause couvre « expressément » les litiges nés à l'occasion ou en vertu du contrat d'avril, dans des termes suffisamment larges pour « être susceptibles de couvrir le litige », et « ne peut donc, avec l'évidence requise, être déclarée manifestement inapplicable ».

La description du litige suivie du rappel des termes de la clause aurait peut-être suffi à conclure que dans les circonstances, son inapplicabilité au litige n'était pas manifeste, et qu'il appartenait en conséquence à l'arbitre de « se prononcer [par priorité] sur sa compétence ».

C. Recours en annulation

Compétence pour statuer sur les conséquences financières de la violation d'une clause d'arbitrage ^{363y0}

L'essentiel La méconnaissance de l'autorité de la chose jugée n'est pas d'ordre public international, sauf dans le cadre d'une même instance.

CA Paris, 1-1, 10 sept. 2019, n° 17/10639, *Valuefirst c/ Visionael*, M^{me} Guihal, prés. de ch., M^{me} Beauvois, prés. cons., M. Lecaroz, cons. ; M^{es} Péricaud, de Maria, Mee, Naud et Lapunzina Versonelli, av.

Note

En 2010, *Valuefirst* saisissait vainement le juge de demandes fondées sur un contrat qu'elle disait conclu avec *Visionael* en septembre/octobre 2007 et qui contenait une clause attributive de juridiction. Elle faisait ensuite tout aussi vainement appel de la décision d'incompétence de ce juge (CA Versailles, ch. 13, 27 juin 2013, n° 12/07880 : *Gaz. Pal.* 28 sept. 2013, n° 148a0, p. 15). Enfin, elle se « fourvoyait » en cassation, puisque la Cour rejetait son pourvoi en janvier 2015 (Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2015, n° 13-23806). Par sentence rendue à Paris en 2016, et après avoir constaté que le prétendu contrat de septembre/octobre 2007 n'avait jamais été conclu, un arbitre se disait compétent pour statuer sur ce litige au vu de la clause d'arbitrage *ad hoc* du contrat effectivement conclu entre les parties en mars 2007. *Valuefirst*, qui ne contestait pas cette sentence dans les délais, était ensuite

condamnée par une seconde sentence du 2 mai 2017, corrigée le 29 mai 2017, à payer les frais de l'arbitrage ainsi que les frais judiciaires encourus par Visionael de 2010 à 2015, mais non couverts par les condamnations prononcées par les juges à ce titre.

À l'appui de son recours à l'encontre de cette dernière sentence, Valuefirst maintenait que le litige découlait du prétendu contrat de septembre/octobre 2007 et qu'ainsi, non seulement l'arbitre n'avait pas compétence pour statuer sur les frais exposés devant les juges, qui étaient sans rapport avec la clause d'arbitrage contenue au contrat de mars 2007, mais qu'il avait aussi violé sa mission en statuant sur des frais judiciaires qui découlaient de demandes formées devant le juge, et qui ne concernaient que le contrat de septembre/octobre 2007, alors que l'arbitre s'était déclaré compétent sur le seul fondement de celui de mars. Valuefirst disait enfin et notamment que la sentence violait l'ordre public international parce qu'elle était inconciliable avec les décisions antérieures des juges sur les frais judiciaires.

Sur la compétence, et avant de souligner que la sentence sur compétence est entrée en force de chose jugée, la cour

relève que Valuefirst n'a non seulement jamais soulevé ce moyen devant l'arbitre, mais qu'elle a elle-même sollicité le remboursement des frais judiciaires devant lui, comme cela résulte de la sentence corrective. Elle relève ensuite et notamment que pour les mêmes motifs, Valuefirst a renoncé à se prévaloir d'une violation de la mission en application de l'article 1466 du Code de procédure civile (CPC). À propos de l'ordre public international, la cour constate que la sentence condamne en fait Valuefirst à indemniser Visionael des conséquences de la violation de la clause d'arbitrage contenue au contrat de mars 2007. Pour la cour, cette condamnation n'entraîne aucune conséquence juridique qui exclurait celles des condamnations déjà prononcées par les juges au titre de l'article 700 du CPC. En effet, ces juges n'ont statué que sur les dépens et frais irrépétibles encourus dans les procédures judiciaires, ce qui n'est pas incompatible avec la sentence qui statue sur « l'ensemble des frais ». La cour ajoute surtout qu'en réalité, ce moyen invoque la méconnaissance de l'autorité de chose jugée, qui n'est pas d'ordre public international sauf dans le cadre d'une même instance.

Intervention volontaire au recours en annulation ^{363y1}

L'essentiel L'examen du recours en annulation de sentences rendues en arbitrage d'investissement se fait dans les limites de l'abandon de souveraineté consenti par l'État hôte.

CA Paris, 1-1, 24 sept. 2019, n° 17/14143, État de Libye c/ M. E., sté Germano-Libyenne pour la Production de Briques (SGLPB) et M. H., intervenants volontaires, M^{me} Guihal, prés., M^{mes} Beauvois et Castermans, cons. ; M^{re} Montigny, Cohen, Boukhari-Saou et Cheviller, av.

Note

Par sentence *ad hoc* rendue à Paris en 2016 dans le cadre d'un arbitrage fondé sur le traité bilatéral d'investissement Germano-libyen, la Libye était condamnée à payer 120 millions de dollars US à M. E., actionnaire allemand de la société libyenne SGLPB dont l'usine avait été détruite en Libye en 2011. En juin 2018, SGLPB et son autre actionnaire, M. H., un libyen, intervenaient volontairement au recours en annulation formé par la Libye en juillet 2017 à l'encontre de cette sentence.

La Libye disait ces interventions irrecevables à défaut d'intérêt et de qualité à agir, puisque les intervenants n'étaient pas parties à cet arbitrage.

Pour dire ces interventions irrecevables, la cour considère que l'examen des recours en annulation de sentences

rendues en matière d'arbitrage d'investissement se fait dans les « limites de l'abandon de souveraineté consenti par l'État hôte dans le traité ». Puis elle rappelle que seuls les investisseurs nationaux des autres États parties à ce traité bénéficient du « consentement à l'arbitrage » donné par l'État. Relevant que les intervenants n'ont pas la nationalité allemande, la cour conclut qu'ils n'ont pas qualité pour agir, car si ce « consentement à l'arbitrage » peut résulter d'une loi interne, ils n'en ont pas démontré l'expression dans la loi libyenne.

La question portant seulement sur l'intervention volontaire et la qualité à agir des demandeurs à l'intervention, le seul fait que ceux-ci n'étaient pas parties à l'arbitrage aurait pu suffire à justifier la solution retenue. Il n'y avait peut-être rien à ajouter, sinon au risque de créer ou de maintenir une confusion relative voire implicite, entre l'immunité de juridiction des États, la compétence des arbitres à la lumière de l'expression par un État de son consentement à l'arbitrage et la qualité à agir des demandeurs à l'intervention. Si les sentences internationales peuvent être opposables aux tiers, et la tierce opposition leur être fermée, permettre l'intervention volontaire au stade de l'annulation ne semble pas être le remède. La relativité de l'autorité de chose jugée entre les parties pourrait suffire.

Notion d'investissement au sens du TCE, et interprétation uniforme préalable du droit de l'Union ^{363y2}

L'essentiel La CJUE est compétente pour interpréter le Traité sur la charte de l'énergie et assurer ainsi l'application uniforme du droit de l'Union.

CA Paris, 1-1, 24 sept. 2019, n° 18/14721, République de Moldavie c/ Komstroy, M^{me} Guihal, prés. de ch., M^{me} Beauvois, prés., M^{me} Schaller, cons. ; M^{cs} Ostrove, Naud, Salem, Le Bars, Boccon-Gibod et Lazimi, av.

Note

En octobre 2013, une sentence *ad hoc* rendue à Paris sur le fondement du Traité sur la charte de l'énergie (TCE), avec opinion dissidente de son président sur la compétence, condamnait la Moldavie à payer plus de 500 millions de lei moldaves à Energoalians, au droit de laquelle Komstroy était venue en octobre 2014. La cour d'appel de Paris annulait la sentence le 12 avril 2016 à défaut de compétence du tribunal (CA Paris, 1-1, 12 avr. 2016, n° 13/22531 : Gaz. Pal. 12 juill. 2016, n° 270b4, p. 25) et, le 28 mars 2018, la Cour de cassation disait que la cour d'appel avait violé l'article 1520-1 du Code de procédure civile en ajoutant une condition de compétence non visée par le TCE qui ne précisait pas les critères de l'investissement mais en énumérait seulement une liste non limitative [Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2018, n° 16-16568 : Gaz. Pal. 24 juill. 2018, n° 329g4, p. 21]. Elle renvoyait à cette occasion les parties devant la même cour.

Devant celle-ci, la Moldavie continuait de dire le tribunal incompetent en se reposant notamment sur les termes

de l'arrêt de la cour d'appel de 2016, comme sur ceux de l'opinion dissidente.

Après avoir rappelé dans le détail les arguments des parties et le raisonnement du tribunal, la cour rappelle que le TCE a été conclu par les communautés européennes par une décision (CE) n° 98/81 du 23 septembre 1997 et qu'elle peut donc, indépendamment de la décision rendue dans la sentence, et en vertu de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), poser toute question relative à l'interprétation des traités qu'elle estime nécessaire pour trancher le litige à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ainsi pour la cour, afin de dire enfin si le litige en cause porte ou non sur un investissement au sens du traité, il convient d'interroger la CJUE et assurer l'application uniforme du droit de l'Union. La cour demande donc à la CJUE de statuer à sa place, en disant si (i) une créance issue d'un contrat de « vente d'électricité » peut constituer un investissement au sens de l'article 1, 6), du TCE en l'absence d'apport de l'investisseur dans l'État d'accueil, (ii) l'acquisition d'une créance constituée par un opérateur économique étranger aux États parties au TCE peut constituer un investissement au sens de l'article 26, 1, du TCE, et (iii) une créance appartenant à un investisseur et issue d'un contrat de « vente d'électricité » livrée à la frontière de l'État hôte peut constituer un investissement réalisé « dans la zone » d'une autre partie au TCE, en l'absence de toute activité économique exercée par l'investisseur sur le territoire de cette autre partie.

Renonciation visée par l'article 1466 du Code de procédure civile, devant le tribunal et/ou devant le juge de l'annulation ^{363y3}

L'essentiel La question de la capacité d'une partie à agir dans un arbitrage relève de la recevabilité de l'action devant le tribunal, qui n'est pas un cas d'ouverture du recours en annulation.

Le moyen d'incompétence du tribunal, dont une partie avait connaissance mais n'a pas soulevé en temps utile devant celui-ci, est irrecevable devant lui comme devant le juge de l'annulation.

Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2019, n° 17-20423, Damietta International Port Company SAE (DIPCO) c/ Archirodon-Arab Contractors Joint-Venture (AAC), Archirodon Construction (Overseas) CO. SA. (AC) et The Arab Contractors Osman Ahmed Osman & CO (ACO), PB (rejet pourvoi c/ CA Paris, 25 avr. 2017), M^{me} Batut, prés. ; SCP Ortscheidt, SCP Thouvenin, Coudray et Grévy av.

Note

En avril 2010, le « joint-venture » AAC, constitué d'AC et ACO, introduisait un arbitrage CCI à l'encontre de DIPCO. En 2011, le tribunal se déclarait compétent, rejetant l'argument de DIPCO selon lequel le mécanisme de règlement amiable préalable à l'arbitrage n'aurait pas été suivi. En 2012, DIPCO disait le tribunal incompetent pour des motifs tenant cette fois et en même temps au texte de la clause d'arbitrage comme à la nationalité des parties. Par sentence de 2013, le tribunal condamnait DIPCO à payer certaines sommes à AAC. Le recours en annulation formé par DIPCO à l'encontre des deux sentences était rejeté par arrêt du 25 avril 2017 (CA Paris, 1-1, 25 avr. 2017, n° 15/07642 : Gaz. Pal. 18 juill. 2017, n° 299b8, p. 33). À cette occasion, la cour relevait notamment sur la compétence, en réponse à l'argument de DIPCO selon lequel, c'était le « joint-venture » dépourvu de personnalité morale qui avait conclu la convention d'arbitrage en cause, que si la dénomination « joint-venture » portait l'existence d'un accord de coopération entre AC et ACO à la connaissance de DIPCO, c'était bien AC et ACO, chacune pourvue de la personnalité morale, qui avaient conclu en leur nom, le contrat contenant cette clause. Puis au vu de

L'article 1466 du Code de procédure civile (CPC), elle disait irrecevable devant elle, tant (i) le moyen tiré de la capacité à agir du « joint-venture », s'agissant d'un moyen de recevabilité de la demande devant le tribunal et non de compétence, que (ii) celui fondé sur le texte de la clause et la nationalité des parties, car tardivement soulevé par DIPCO.

Pour DIPCO, la cour d'appel avait ainsi violé l'article 1520, 1^o, du CPC, puisqu'elle avait relevé que c'est le « joint-venture » AAC, et non AC et ACO, qui avait engagé l'arbitrage, alors que la sentence portait condamnation au bénéfice du « joint-venture » non-partie à la convention d'arbitrage. DIPCO soutenait aussi que la cour n'avait pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1520, 1^o, du CPC, puisque la sentence portant ces condamnations au bénéfice du « joint-venture », elle n'avait pas constaté qu'il pouvait valablement se prévaloir de la clause d'arbitrage. Enfin, la cour aurait faussement appliqué les articles 1466 et 1506, 3^o, du CPC, puisque DIPCO avait soulevé son dernier moyen d'incompétence plus d'un an avant la sentence

de 2013 sur le fond, et presque un an avant la clôture de l'arbitrage.

La Cour estime d'abord que la cour d'appel a exactement déduit qu'AC et ACO étaient les cocontractantes de DIPCO et que la convention d'arbitrage avait été valablement conclue, de ce que la dénomination « joint-venture » portait (seulement) à la connaissance de DIPCO l'existence d'un contrat de coopération. La Cour confirme ensuite que la question de la capacité d'une partie à agir dans un arbitrage relève de la recevabilité de l'action devant le tribunal et n'est pas un cas d'ouverture du recours en annulation. Enfin, la Cour dit que la cour d'appel a à bon droit déduit que DIPCO n'était pas recevable à se prévaloir du moyen tiré du texte de la clause et de la nationalité des parties « lors des débats au fond devant le tribunal », faute d'avoir soulevé cette irrégularité en temps utile, puisqu'elle en avait connaissance dès la signature de l'acte de mission mais s'était abstenue de l'invoquer préalablement à la sentence sur compétence.

D. Recours contre l'ordonnance d'exequatur

Effets de l'autonomie juridique de la clause d'arbitrage sur la loi applicable à l'interprétation du contrat auquel la clause se réfère ^{363y4}

L'essentiel Sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, il n'est pas nécessaire de se référer à une loi étatique pour apprécier la commune intention des parties et se prononcer sur l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage.

CA Paris, 1-1, 14 mai 2019, n° 17/06397, M. Z c/ M. Y, M^{me} Guihal, prés., M^{me} Beauvois et M. Lecaroz, cons. ; M^{es} Dumoulin, Baratin, Boccon-Gibod et Guerre, av.

Note

Une sentence CCIG rendue à Genève en 2006 par un arbitre unique, condamnait M. Z, qui n'avait pas participé à l'arbitrage et était désormais sous curatelle, à rembourser (i) 80 mille francs suisses pour la souscription par M. Y au nom et pour le compte de M. Z, comme prévu par le contrat de fiducie comportant la clause d'arbitrage, d'actions d'une société plus tard placée en liquidation judiciaire, et (ii) plus d'un million de francs suisses de dépenses engagées par cette société et avancées par M. Y. Le 17 janvier 2008, la cour d'appel de Lyon confirmait l'ordonnance d'exequatur apposée sur la sentence en septembre 2006 (CA Lyon, 1^{re} civ. A, 17 janv. 2008, n° 06/06769). Le 6 juillet 2011, la Cour de cassation cassait cet arrêt pour violation de l'article 1502, 1^o, ancien du Code de procédure civile (CPC), car l'arbitre avait statué sans convention d'arbitrage sur le remboursement de dépenses parce qu'elles ne faisaient pas l'objet du contrat couvert par la clause d'arbitrage (Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2011, n° 08-12648 : Gaz. Pal. 15 nov. 2011, n° 17731, p. 18). L'arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 2 mars 2015 devant laquelle l'affaire avait été renvoyée (CA Grenoble, 1^{re} civ., 3 mars 2015, n° 11/03714) était ensuite lui aussi

cassé le 4 janvier 2017 (Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2017, n° 15-19070), à défaut pour la cour d'appel d'avoir répondu à un moyen tiré de l'estoppel, soulevé devant elle par M. Y.

À l'appui de son recours, M. Y maintenait notamment que la non-participation de M. Z à l'arbitrage pour se réserver des moyens d'annulation et disposer de délais pour organiser son insolvabilité, et dissimuler son placement sous curatelle, aurait caractérisé cet estoppel. Sur la compétence, et selon le droit suisse qu'il disait applicable à la clause d'arbitrage, « la lettre du contrat » aurait dû céder devant « l'intention des parties ».

La cour dit que l'article 1466 du Code de procédure civile ne peut s'appliquer à une partie qui ne participe tout bonnement pas à l'arbitrage, et rappelle que l'estoppel est un comportement procédural déloyal de la partie qui se contredit au détriment de son adversaire. Elle constate ensuite que la non-participation d'une partie à l'arbitrage, comme l'appel de l'ordonnance d'exequatur, ne montrent pas cette contradiction. Elle ajoute que l'organisation de son insolvabilité par M. Z est une circonstance extérieure à l'arbitrage qui ne peut être retenue, et que la dissimulation de sa curatelle n'est pas pertinente puisqu'aucun moyen n'en est tiré. Enfin, et pour confirmer l'incompétence de l'arbitre, la cour rappelle d'abord et notamment que sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, il n'est pas nécessaire de se référer à une loi étatique pour apprécier la commune intention des parties afin de se prononcer sur l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage. Relevant enfin que le contrat ne mandait M. Y que pour la souscription des actions, et après avoir rappelé le raisonnement de l'arbitre sur la compétence tel que formulé dans la sentence, la cour considère que « la lettre claire et précise du

contrat » exprime la commune volonté des parties « sans qu'il y ait lieu de l'interpréter suivant une loi nationale ». Elle en conclut que l'arbitre s'est prononcé sans compétence pour statuer sur les dépenses en cause.

Les règles matérielles françaises d'interprétation de la commune volonté des parties, qui permettent de déterminer le champ d'application d'une clause d'arbitrage dont

les termes se réfèrent à ceux du contrat qui la contient, s'imposent donc aussi à, ou déteignent sur, l'interprétation du contrat lui-même. Ici, et comme le souligne la cour de renvoi après 13 années de procédure, la lettre du contrat était « claire et précise » et dès lors (en droit français) aucune interprétation n'était nécessaire.

E. Exécution de la sentence

Émanation d'État, immunité d'exécution et biens saisissables 363y5

L'essentiel Il appartient à la partie qui prétend qu'une entité dont les biens sont saisis est une émanation d'un État, de démontrer qu'à la date de la saisie, cette entité était dépourvue d'autonomie structurelle, organique et décisionnelle par rapport à l'État, et que leurs patrimoines étaient confondus.

CA Paris, 4-8, 5 sept. 2019, n° 18/17592, Al-Kharafi c/ Libyan investment authority (LIA) et Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO), M^{me} Lebé, prés., M^{me} de Lacaussade et M. Malfre, cons. ; M^{cs} Barousse et Basille, av.

Note

Par sentence CRACIC (Centre régional du Caire) rendue au Caire le 22 mars 2013, la Lybie était condamnée à payer près d'un milliard de dollars US avec intérêts à la société koweïtienne, Al-Kharafi. Cette sentence était déclarée exécutoire en France le 13 mai 2013, et l'exequatur confirmé par la cour d'appel de Paris le 28 octobre 2014. À l'été 2013, Al-Kharafi saisissait en France : (i) plus de 100 millions d'euros auprès d'une banque BIA, (ii) les fruits de titres de créance négociables à moyen terme libellés en euros pour plus de 150 millions d'euros ainsi que des garanties sur ceux-ci et garanties à première demande sur des contrats commerciaux, déposés auprès de la Société Générale, et (iii) des titres d'une filiale de LIA à 100 % qui détenait un immeuble parisien que cette filiale louait à une société française de distribution d'électroménager et d'objets culturels. Ces sommes, titres et garanties saisis, appartenaient à LIA et à sa filiale à 100 %, LAFICO. En juillet 2018, et après diverses décisions de radiation et rétablissement, le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Paris (JEX) saisi par LIA et LAFICO, ordonnait mainlevée des saisies, car comme le soutenait aussi le ministère public, la Libye n'avait pas expressément et spécialement renoncé à son immunité d'exécution.

En appel, Al-Kharafi soutenait notamment que LIA et LAFICO étaient des émanations de la Lybie, comme il résultait : (i) des indications mêmes de la sentence dont la force probante serait absolue, ou encore (ii) de ce que la loi libyenne avait créé le fonds souverain LIA pour investir à l'étranger les ressources de l'État libyen, sous le contrôle de celui-ci.

La cour relève d'abord que les indications de la sentence ne concernent ni LIA ni LAFICO, pour lui nier toute force probante. Elle souligne ensuite que pour lui permettre de conclure que LIA et LAFICO sont des émanations de l'État libyen, il appartient à Al-Kharafi de démontrer qu'à la date de la saisie en cause, (i) LIA était dépourvue d'autonomie structurelle, organique et décisionnelle par rapport à l'État Libyen, et (ii) il existait une confusion entre le patrimoine de LIA et celui de l'État. Après avoir rappelé de manière détaillée les éléments avancés par Al-Kharafi à ce propos, la cour estime ces deux conditions remplies en l'espèce, en tenant compte des termes de la loi libyenne et des décisions gouvernementales libyennes prises en application de celle-ci. Pour la cour, l'absence d'indépendance organique de LIA qui agit pour le compte exclusif de l'État et n'a pas de patrimoine propre, en fait une émanation dudit État. La cour constate ensuite et notamment que l'engagement de la Libye d'exécuter immédiatement la sentence et figurant à la clause d'arbitrage, ne vaut pas renonciation expresse ou spéciale à son immunité d'exécution. Elle infirme enfin le jugement du JEX au vu des articles L. 111-1-2 et L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution, après avoir relevé que : (i) la Cour de cassation a considéré que ces articles devaient s'appliquer rétroactivement (Cass. 1^{re} civ., 10 janv. 2018, n° 16-22494, v. aussi, Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2018, n° 16-16511 : Gaz. Pal. 24 juill. 2018, n° 309j7, p. 22), et (ii) les comptes et titres saisis sont ici saisissables, puisqu'ils appartiennent à des émanations de la Libye et entretiennent donc nécessairement un lien avec elle, et qu'il est démontré qu'ils ne sont pas spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés à des fins de service public non commerciales.

II. ARBITRAGE INTERNE

(...)

C. Recours en annulation

Le RPVA et le bon sens sont-ils conciliables ? ^{363y6}

L'essentiel Une convention conclue entre une cour d'appel et les Barreaux de son ressort, sur la mise en œuvre du RPVA, ne peut déroger à l'article 930-1 du Code de procédure civile.

Cass. 2^e civ., 26 sept. 2019, n° 18-14708, M. X et a. c/ M. V, Financière Vauban (SFV) et a., PB (cassation sans renvoi CA Douai, 17 mars 2016, n° 13/06684), M^{me} Flise, prés. ; SCP Rousseau et Tapie et SCP Delvolé et Trichet, av.

Note

M. V et SFV formaient recours en annulation sur support papier, d'une sentence rendue en novembre 2013. Le 17 mars 2016, la cour d'appel de Douai disait ce recours recevable, notamment parce que la convention alors conclue par cette cour et ses Barreaux sur la communication électronique entre la cour et les avocats n'imposait pas que les recours en annulation de

sentences soient transmis par RPVA, ce que confirmait une lettre du président de la « commission intranet et nouvelles technologie » du Conseil national des barreaux, selon laquelle « les tables de la chancellerie en l'état de l'utilisation de la plateforme e-Barreau » ne prévoyait pas la mention de « recours en annulation » et ne permettait pas de différencier les parties au recours.

La cour se voyait donc reprocher d'avoir refusé d'appliquer les articles 930-1 et 1495 du Code de procédure civile (CPC), qui impose que cette transmission soit effectuée par RPVA.

La Cour casse donc l'arrêt en relevant qu'une convention entre une cour d'appel et les Barreaux de son ressort, qui précise les modalités de mise en œuvre de la transmission des actes de procédure par voie électronique, ne peut déroger à l'article 930-1 du CPC.

Le bon sens et le RPVA sont conciliables ^{363y7}

L'essentiel L'irrecevabilité d'un recours en annulation du fait de son enregistrement au RPVA sous l'onglet « déclaration d'appel », porte une atteinte disproportionnée au droit au recours, si cet enregistrement est accompagné d'une mention selon laquelle il s'agit d'un recours en annulation, sous la rubrique « objet » de la déclaration d'appel correspondante.

CA Paris, 1-1, 8 oct. 2019, n° 19/02239, AREAS c/ GSA, M^{me} Guihal, prés., M^{me} Castermans et M. Lecaroz, cons. ; M^{es} Bernard, Gaftarnik, Grappotte-Benetreau et Guyonnet, av.

Note

Le 20 août 2018, AREAS saisissait par RPVA la cour d'appel de Paris d'une « déclaration d'appel » à l'encontre d'une sentence rendue à Paris le 25 juillet 2018. AREAS mentionnait « recours en annulation d'une sentence arbitrale » sous la rubrique « Objet/portée de l'appel » de cette déclaration. Par ordonnance du 10 janvier 2019, le conseiller de la mise en état déclarait l'appel

irrecevable, disant sans importance les mentions qui y figuraient.

En déféré, AREAS disait son recours recevable, car en annulation.

Constatant qu'il résultait clairement des mentions relatives à l'objet de l'acte que la volonté d'AREAS était d'introduire un recours en annulation, la Cour en conclut que l'irrecevabilité résultant de son enregistrement sous l'onglet « déclaration d'appel » au lieu de celui « autres recours à la diligence des parties », porte une atteinte disproportionnée au droit au recours.

D. Exécution de la sentence

Exécution forcée et opposabilité de la sentence dans le cadre d'une action en référé à l'encontre d'un tiers à l'arbitrage ^{363y8}

L'essentiel Les difficultés relatives à l'exécution forcée d'une sentence relèvent de la compétence exclusive du juge de l'exécution.

CA Paris, 1-3, 11 sept. 2019, n° 19/04988, Bouygues Travaux Publics Régions France (Bouygues) c/ BNP Paribas, Zwahlen & Mayr (Z & M) et Matière, M^{me} Roy-Zenati, prés., M^{mes} Dias Da Silva et Grall, cons. ; M^{es} De Maria, Bauch-Labesse, Gasmi, Ortolland et Grappotte-Benetreau, av.

Note

Une sentence AFA rendue en 2017 fixait et répartissait les montants à payer entre les membres d'un groupement d'entreprise constitué de Bouygues, Z & M et Matière qui avaient ensemble ouvert en 2012, un compte commun auprès de la BNP destiné à recevoir les sommes à payer par le maître d'ouvrage. Z & M sollicitait l'annulation de la sentence en janvier 2018, puis l'exequatur était apposé sur celle-ci le 15 février 2018 et son exécution provisoire ordonnée le 25 octobre 2018. Le recours de Z & M était déclaré irrecevable le 21 février 2019 et, en mars 2019, celle-ci introduisait un déféré, toujours pendant. Matière, pour sa part, faisait saisir le compte en novembre 2018, et sa mainlevée prononcée en juin 2019 faisait l'objet d'un appel, également pendant. En novembre et décembre 2018, Bouygues demandait en référé au tribunal de commerce de Paris, d'ordonner sous astreinte à la BNP de lui verser les sommes lui revenant

comme indiqué à la sentence. Par ordonnance du 30 janvier 2019, le juge se déclarait compétent et disait n'y avoir lieu à référé.

En appel, Bouygues soutenait que la sentence, opposable à la BNP, était toujours exécutoire par provision, et que la résistance de la BNP constituait un trouble manifestement illicite d'autant que son obligation n'était pas sérieusement contestable puisque la sentence fixait les droits de chacun des titulaires du compte. Matière ajoutait que les conditions étaient réunies pour débloquer les sommes en compte. La BNP disait que n'étant pas partie à l'arbitrage, seul un ordre conjoint des indivisaires lui permettrait de les débloquer, et sinon, s'en remettait à justice non sans observer que malgré la sentence, l'opposition systématique de Z & M constituait un trouble manifestement illicite.

Considérant que cette demande tendrait en réalité à ce que la BNP « exécute la sentence », et estimant que ce contentieux ne serait rien d'autre qu'une difficulté relative à des « mesures d'exécution forcée engagées » sur le fondement de la sentence, au sens de l'article L. 213-6, alinéa 1^{er}, du Code de l'organisation judiciaire, la cour en conclut que ce litige relève de la compétence exclusive du juge de l'exécution, et infirme l'ordonnance sur ce point.

On remarquera que le litige devant le juge des référés comme devant la cour, visait à obtenir un ordre à l'encontre d'un tiers à l'arbitrage, et ne pouvait donc, en toute logique, concerner l'exécution forcée de la sentence.