

L'EXCLUSION DE L'ARBITRAGE : QUELLES MODALITÉS ?

Malik LAZOUZI

*Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas
Directeur du LL.M. Assas World Arbitration and Dispute Settlement*

Alors que le règlement Bruxelles I exclut, comme sa refonte, l'arbitrage de son domaine d'application, la Cour de justice de l'Union a au contraire mis en œuvre certaines de ses dispositions afin de critiquer le jugement d'un État membre ayant donné effet à une sentence arbitrale pour s'opposer à l'accueil d'un jugement rendu dans un autre État membre. L'indifférence affichée à l'égard de l'exclusion de l'arbitrage oblige à envisager les voies de sa reformulation dans une nouvelle refonte du règlement.

While Regulation Brussels I, like its recast, excludes arbitration, the European Court of Justice has, on the contrary, implemented some of its provisions in order to criticise the judgment of a Member State which has given effect to an arbitration award in order to oppose the enforcement of a judgment rendered in another Member State. The indifference shown towards the exclusion of arbitration makes it necessary to consider ways of reformulating it in a new recasting of the Regulation.

1. Le droit de l'Union européenne exerce désormais une forte emprise sur le droit national de l'arbitrage. À l'égard du droit matériel, il suffit d'évoquer l'arrêt *Achméa*¹ rendu par la Cour de justice et l'arrêt *PWC*² rendu par la Cour de cassation pour s'en convaincre. Avant cette irruption du droit matériel de l'Union, la question s'était posée des rapports entre le droit de l'arbitrage international et le droit international privé communautaire puis de l'Union européenne.

2. Le sujet qui m'a été confié porte sur un aspect essentiel de ces rapports : les modalités de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement Bruxelles I refondu et les perspectives de réforme. Comme pour les autres exclusions, celle de l'arbitrage ne donne lieu à aucune définition textuelle de cette notion. Mais alors que la Cour de justice a donné les critères de la matière administrative³, par exemple, elle n'a jamais défini l'arbitrage objet de cette exclusion.

3. La question des modalités de l'exclusion présente deux facettes pour lesquelles les difficultés ne sont pas du même ordre. La première concerne les frontières de la notion d'arbitrage lorsqu'une demande est présentée au juge d'un État membre sans concurrence avec la compétence arbitrale. Au regard de la jurisprudence, tel est le cas d'un litige portant sur les honoraires des arbitres internationaux ou sur leur responsabilité à l'égard d'une partie, par exemple. La seconde facette est plus délicate et porte sur l'applicabilité du règlement à des questions qui touchent à l'articulation entre le régime de l'arbitrage et le régime européen du conflit de juridictions.

4. Le traitement du premier aspect du sujet permettra de présenter l'état du droit et n'appelle pas d'évolution de la formulation de la règle d'exclusion. Il en va sans doute autrement du second aspect du sujet.

¹ CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Slowakische Republik c/ Achmea BV*, *Rev. crit. DIP* 2018. 616, note E. Gaillard ; *RTD eur.* 2018. 597, étude J. Cazala ; *ibid.* 649, obs. A. Hervé ; *ibid.* 2019. 464, obs. L. Coutron ; *CAPJIA* 2019, p. 21, obs. X. Boucobza ; *Rev. arb.* 2018, p. 424, chr. S. Lemaire ; *JDI* 2018, comm. 14, p. 903, obs. Y. Nouvel ; *CAPJIA* 2018, p. 73, obs. A. Pinna ; *RLDA* 2018, p. 58, obs. M. Combet, M. Lahouazi.

² Cass. civ. 1^{re}, 30 sept. 2020, n° 18-19.241, *D.* 2020. 2501, note D. Mouralis ; *AJCA* 2020. 485, obs. D. Mainguy ; *RTD civ.* 2020. 845, obs. L. Usunier ; *D. act.*, 19 oct. 2020, p. 1949, obs. J. Jourdan-Marques ; *JCP G* 2020, 311, note M. de Fontmichel ; *JDI* 2020. 1307, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP* 2021. 202, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 2021. 651, note Ch. Seraglini.

³ V. M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2020, p. 756.

Aussi, j'aborderai les modalités actuelles de l'exclusion fondées sur l'objet de la demande (I) pour me concentrer ensuite sur les clarifications qui me semblent souhaitables de l'exclusion (II).

I. LES MODALITÉS ACTUELLES DE L'EXCLUSION

5. Il convient de rappeler les justifications qui ont conduit la Cour de justice à s'appuyer sur l'objet du litige pour exclure l'arbitrage en tant que matière du domaine du système de Bruxelles (A), avant d'examiner cette modalité d'exclusion à propos de questions particulières (B).

A. — *Les justifications de l'exclusion et le rôle de l'objet du litige*

6. L'article 1^{er} du règlement refondu exclut l'arbitrage sans aucune réserve. À l'origine, en 1968, l'exclusion était justifiée par l'existence de conventions internationales spécifiques, telles la Convention de New York du 10 juin 1958 et la Convention de Genève du 21 avril 1961, mais aussi par la négociation envisagée d'un instrument européen⁴. Aujourd'hui, la principale justification affichée tient à l'existence de la Convention de New York, instrument très efficace de circulation des sentences arbitrales, alors, faut-il le rappeler, que le système de Bruxelles a été imaginé afin de faciliter la circulation des jugements entre États parties à la Convention de Bruxelles, les règles de compétence uniformes servant cet objectif premier.

7. Mais cette première justification ne doit pas faire oublier la prise en compte d'une justification *ex post* : le système de Bruxelles n'ayant pas été conçu pour répondre aux questions de compétence internationale propres à la matière arbitrale, pas plus qu'à la circulation des sentences ou des jugements étatiques les contrôlant, cette donnée ne peut pas être méconnue⁵. La mise en garde de l'avocat général Darmon à l'occasion de l'affaire *Marc Rich*⁶ doit être rappelée : « *en appliquant la convention de Bruxelles aux litiges en matière d'arbitrage, le risque est grand de conduire à des solutions sans doute harmonisées, mais totalement inadéquates aux besoins propres de l'arbitrage international* »⁷.

8. Une raison de donner à l'exclusion la compréhension la plus large tient au fait que le règlement ne pose pas de règles conçues en fonction des particularités de l'arbitrage, alors que ces dernières ont justifié certaines solutions spécifiques dans les droits nationaux. Lors de la refonte du règlement, la proposition de supprimer purement et simplement l'exclusion de l'arbitrage, préconisée par certains⁸ a été très vivement combattue. L'exclusion a été maintenue et a été renforcée, à juste titre.

9. Mais le caractère absolu de l'exclusion, à la lecture de l'article 1^{er}, ne doit pas masquer une réalité bien plus complexe. L'exclusion de l'arbitrage détermine l'applicabilité matérielle du règlement. Il appartient

⁴ Sur l'ensemble de la question, v. *Juriscl. droit international*, « Fasc. 584-120 : Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale. Champ d'application », 2017, §§ 57-71, et les références citées.

⁵ Pour un rappel récent, v. P. Mayer, note sous CJUE, 20 juin 2022, *London Steam-Ship*, *Cah. arb.* 2023, p. 97, spéc. § 2.

⁶ CJCE, 25 juill. 1991, aff. C-190/89, *Marc Rich*, *Rev. arb.* 1991, p. 697, note D. Hascher ; *JDI* 1992, p. 488, note A. Huet ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 316, note P. Mayer.

⁷ Concl., 19 févr. 1991, *Rec. CJCE* 1991, I, p. 3865, pt 77.

⁸ B. Hess, Th. Pfeiffer, P. Schlosser, « *Report on the Application of the Regulation Brussels I in the Member States* », (*Study JLS/CA/2005/03*), sept. 2007, §§ 105-135.

légitimement à la Cour de justice d'en fixer les contours, afin de délimiter les hypothèses auxquelles le règlement s'applique, à savoir ce qui n'est pas l'arbitrage⁹.

10. Plutôt que de définir l'arbitrage, la Cour de justice a préféré, dans l'arrêt *Marc Rich*, faire dépendre l'exclusion de l'objet du litige ou de la demande soumis au juge d'un État contractant¹⁰ sans tenir compte de l'objet d'une question préalable.

11. Lorsque l'objet du litige est exclu du champ d'application de la Convention de Bruxelles, telle la question de la désignation d'un arbitre, il importe peu qu'une question préalable puisse, elle, en relever. Dans l'arrêt *Marc Rich*, la question centrale était celle du rôle de la Convention de Bruxelles de 1968 en présence de la contestation de l'existence d'une convention d'arbitrage, alors que la demande principale soumise au juge anglais portait sur la désignation d'un arbitre. Alors que l'une des parties invoquait une interprétation stricte de l'exclusion de l'arbitrage, la Cour constate qu'aux termes de l'article 220 du Traité CE, il appartient aux États d'engager des négociations pour faciliter la circulation des sentences arbitrales et qu'il leur appartient de déterminer l'étendue de leur accord. Or, la justification première de l'exclusion de l'arbitrage étant l'existence d'autres accords internationaux, en particulier la Convention de New York de 1958, la Cour a retenu que « *les parties contractantes ont entendu exclure l'arbitrage en tant que matière dans son ensemble, y compris les procédures introduites devant les juridictions étatiques* », ce qui concerne au premier chef « *une mesure étatique destinée à mettre en œuvre une procédure d'arbitrage* »¹¹ telle que la désignation d'un arbitre.

12. L'aspect le plus important de l'arrêt *Marc Rich* concerne le sort de l'exception directe d'arbitrage, à savoir le rôle de la Convention de Bruxelles lorsque la convention d'arbitrage est invoquée à titre préalable devant le juge étatique. L'une des parties, mais aussi la Commission européenne, soutenait que l'exclusion de l'arbitrage ne devait pas s'appliquer dans un tel cas parce qu'il suffirait alors à une partie à un procès d'invoquer une convention d'arbitrage pour échapper à l'application de la Convention de Bruxelles. La Cour de justice a réfuté cette interprétation en appuyant l'exclusion de l'arbitrage sur le seul critère de l'objet du litige soumis au juge étatique : « *Si, par son objet, telle la désignation d'un arbitre, un litige est exclu du champ de la convention, l'existence d'une question préalable, sur laquelle doit statuer le juge pour trancher ce litige, ne peut, quel que soit le contenu de cette question, justifier l'application de la convention* » (§ 26). La Cour a ajouté que la sécurité juridique doit exclure la prise en compte d'une question préalable pour déterminer le domaine d'application de la Convention. En conclusion, selon la Cour, « *la circonstance qu'une question préalable porte sur l'existence ou sur la validité de la convention d'arbitrage est sans incidence sur l'exclusion, du champ d'application de la convention, d'un litige dont l'objet est la désignation d'un arbitre* ».

13. L'arrêt *Marc Rich* laissait toutefois entendre que la question de la validité d'une convention d'arbitrage ne devait pas nécessairement être comprise comme relevant de l'exclusion de l'arbitrage. La Cour indiquait que « *la circonstance qu'une question préalable porte sur l'existence ou sur la validité de la*

⁹ V., sur la jurisprudence de la Cour de justice délimitant le domaine matériel du système de Bruxelles, et en particulier à l'égard de l'arbitrage : *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 584-120, préc., spéc. §§ 57 s.

¹⁰ A l'époque, un État contractant, partie à la Convention de Bruxelles de 1968.

¹¹ CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-190/89, préc., § 19.

convention d'arbitrage est sans incidence sur l'exclusion, du champ d'application de la convention, d'un litige dont l'objet est la désignation d'un arbitre »¹². Cette modalité d'exclusion a été forgée à l'aune de questions présentées au seul juge étatique. Il faut l'examiner plus avant à la lumière de questions actuelles.

B. — L'objet du litige en présence de questions relevant du seul juge étatique

14. Deux questions peuvent être évoquées. Celle des règles de compétence internationale applicable au régime des honoraires des arbitres, d'une part, et à la responsabilité des arbitres d'autre part, la réponse étant dépendante de l'exclusion de l'arbitrage.

15. Sur le premier point, la Cour de cassation a jugé en 2017 que le paiement des honoraires des arbitres relève d'un régime de solidarité qui n'a pas à être fondé sur une loi étatique¹³. La question n'a pas été abordée sous l'angle du droit international privé, le conflit de lois n'étant pas dans le débat. Mais il me semble assez évident que si la Cour de cassation estime possible d'affirmer l'absence de soumission de la question à un droit étatique, elle l'extrait par là même du domaine d'application des règles de conflit de lois et donc du domaine d'application du règlement Rome I. Or, ce dernier règlement n'exclut de son domaine matériel que la convention d'arbitrage et non pas l'arbitrage en tant que matière. Dès lors, l'inapplicabilité du règlement Rome I, qui n'est pour l'heure que suggérée dans cet arrêt, devrait s'accompagner de l'inapplicabilité du règlement Bruxelles I refondu à cette même question, du point de vue des juridictions françaises. Le paiement des honoraires des arbitres internationaux, résultant de ce que la Cour de cassation nomme le contrat d'arbitre, relève-t-il de l'arbitrage en tant que matière ? Il ne m'appartient pas de me prononcer. Seul importe à cette place le fait que le critère mis en œuvre par la Cour de justice dans l'arrêt *Marc Rich* est ici opérationnel : si le paiement des honoraires des arbitres internationaux se rattache bien à la matière de l'arbitrage, comme l'un des éléments indissociables de toute procédure arbitrale internationale, le règlement Bruxelles I refondu est inapplicable. Si la Cour de justice devait avoir un avis divergent, celui-ci pourrait être critiqué. Dans ce cas, ce ne serait pas le critère qui serait en cause, mais son interprétation.

16. S'agissant de la responsabilité des arbitres mise en cause par une partie, chacun le sait, la Cour d'appel de Paris a jugé en 2021¹⁴ que la question échappe au règlement refondu, parce qu'elle relève de l'arbitrage en tant que matière. La cour n'a pas mis en œuvre des règles de compétence internationale spécifiques, mais bien le seul article 46 du code de procédure civile étendu à l'ordre international, règle qui n'est pas très différente de l'article 7 du règlement Bruxelles I refondu. Ce qui est spécifique tient à la mise en exergue par la Cour d'appel de Paris du siège de l'arbitrage comme chef de compétence internationale. Autrement dit, la justification de l'exclusion de l'arbitrage tenant au fait que le règlement refondu ne contient pas de règles adaptées à la matière arbitrale ne peut qu'être affaiblie au constat que, sur certains points considérés comme relevant de l'arbitrage, les droits nationaux n'en contiennent pas davantage.

¹² CJCE, 25 juillet 1991, préc., pt 28.

¹³ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687, *RTD civ.* 2017. 394, obs. H. Barbier ; *ibid.* 421, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP* 2017.339, note S. Bollée ; *Rev. arb.* 2017.483, obs. Ch. Jarrosson ; *RDC* 2017. 299, note M. Laazouzi.

¹⁴ Paris, 22 juin 2021, n°21/07623, *JCP E* 2021, 1450, note D. Mainguy. - B. van Zelst, D. van Besouw, « *Private International Law Aspects of Arbitrator Liability: A European Perspective Post-Brexit* », *Journ. of Intern. Arb.* 2021, p. 723 ; *JCP E* 2022, 1241, obs. F. Mailhé.

17. Par ailleurs, ni la question de la responsabilité des arbitres ni celle du paiement des honoraires ne relèvent de la Convention de New York. Il faut donc insister sur le critère même mis en avant par la Cour de justice pour souligner que les modalités de la responsabilité des arbitres exercent une influence majeure sur la manière dont ils s’acquittent de leur mission et sont donc indissociables de la constitution du tribunal arbitral et de la conduite de la procédure arbitrale. Ainsi que l’a retenu la cour d’appel, la question se rattache à l’arbitrage en tant que matière. Dans une telle hypothèse, le critère de l’objet de la demande est opératoire.

18. Le critère de l’objet de la demande soumise au juge étatique fonctionne lorsqu’il n’existe pas de concurrence entre la justice étatique des États membres et le recours à l’arbitrage international. Dans ce cas, la mise en œuvre uniforme du règlement et de l’exclusion de l’arbitrage conduira la Cour de justice à délimiter plus précisément cette exclusion.

19. Lorsqu’aucune des justifications au soutien de l’exclusion de l’arbitrage (la Convention de New York, l’absence de règle spécifique) ne peut être avancée pour convaincre du nécessaire renvoi au droit national de l’arbitrage, le risque existe d’une interprétation restrictive de l’exclusion par la Cour de justice. Mais la modalité actuelle d’exclusion de l’arbitrage fonctionne et il revient aux juges nationaux et à la doctrine de montrer que telle ou telle question relève bien de l’arbitrage en tant que matière. C’est ce que font les juridictions françaises. L’intervention du législateur européen ne paraît pas, à cette heure, requise sur ce point.

20. En revanche, les difficultés les plus sérieuses se constatent dès que la demande objet du litige soumis à une juridiction d’un État membre est susceptible de relever de la compétence d’un tribunal arbitral. Sur ce point, les modalités de l’exclusion appellent une clarification.

II. LA CLARIFICATION DE L’EXCLUSION DE L’ARBITRAGE

21. Le critère de l’objet de la demande avait été identifié dès son adoption en 1991 comme porteur de difficultés lorsque le juge d’un État membre est saisi d’un litige en matière civile ou commerciale et que l’arbitrage n’intervient qu’à titre de question préalable, sous la forme d’une exception d’arbitrage¹⁵.

22. Depuis, et malgré l’exclusion de l’arbitrage, la question préalable a été jugée soumise aux dispositions du règlement, c’est-à-dire obéir à la détermination de la compétence internationale du juge sur le fondement du système de Bruxelles. La refonte du règlement a seulement conduit le législateur européen à opérer une série de précisions dans le fameux considérant liminaire numéro 12. Mais celui-ci est loin d’avoir réglé toutes les difficultés, lesquelles se sont accrues lorsque le régime de l’arbitrage est opposé à la circulation d’un jugement dans l’Union.

23. Dans le premier cas, le problème surgit en présence d’une exception d’arbitrage soulevée devant le juge d’un État membre. Dans le second, l’invocation de l’arbitrage joue dans le cadre de la circulation d’un

¹⁵ V. sur ce point D. Hascher, note préc., *Rev. arb.* 1991, p. 697, spéc. p. 701 : « *Inversement, la contestation de la clause d’arbitrage à titre incident ne serait pas exclue dès lors que le litige principal relève de la Convention de Bruxelles* ».

jugement en matière civile ou commerciale, pour y faire exception. Le premier cas étant connu sous le nom d'exception d'arbitrage, on examinera ici successivement l'exception directe (A) puis l'exception indirecte (B) d'arbitrage.

A. — *L'exception directe d'arbitrage*

24. En 2009, l'arrêt *West Tankers*¹⁶ avait souligné clairement les limites du critère de l'objet du litige soumis au juge, comme neutralisant totalement l'exception d'arbitrage invoquée à titre incident. Lors de la refonte du règlement, le législateur européen n'a pas retenu la proposition de la Commission d'inclure dans le texte une règle de litispendance confiant à la juridiction de l'État membre du siège ou au tribunal arbitral le soin de trancher la question de la validité ou de l'efficacité de la convention d'arbitrage invoquée pour faire exception à la compétence du juge d'un État membre saisi d'un litige en matière civile et commerciale.

25. L'exclusion de l'arbitrage a été maintenue au sein de l'article 1^{er}, la refonte apportant certaines clarifications liminaires. Le long considérant 12 détaille la manière dont devrait être comprise l'exclusion de l'arbitrage. Dans le cadre de l'instance directe, ce texte indique dans son premier alinéa que l'exception d'arbitrage ne devrait relever que du droit national du juge qui en est saisi et non pas des solutions du règlement. L'alinéa 4 précise que le règlement ne devrait pas s'appliquer, en particulier, à la constitution d'un tribunal arbitral, aux compétences des arbitres et à tous les aspects de la procédure arbitrale, pas plus qu'au contentieux des sentences.

26. Mais sur le plan des modalités de l'exclusion, l'apport essentiel du considérant 12 a été d'écarter le critère de distinction reposant sur l'objet de la demande soumise au juge d'un État membre. Le premier alinéa indique en effet que le droit national devrait seul régler la question de l'exception d'arbitrage, laquelle n'est, par définition, pas l'objet de la demande, le texte indiquant bien que la juridiction d'un État est saisie d'une demande faisant l'objet d'une convention d'arbitrage.

27. De même, s'agissant de la liste non exhaustive des questions auxquelles le règlement ne devrait pas s'appliquer, l'alinéa 4 du même considérant indique que l'exclusion devrait concerner les actions ou les demandes accessoires.

28. Le règlement refondu a fait le choix de laisser intacte l'exclusion de l'arbitrage et d'en préciser la signification, tout d'abord, dans l'instance directe. En confiant la question du régime de l'exception d'arbitrage au seul droit national, le considérant 12 a écarté toute obligation pour le juge d'un État membre de s'appuyer sur les solutions de compétence ou les règles de conflit de procédures posées par le règlement refondu pour trancher l'exception d'arbitrage.

29. Seul le droit national devrait être appliqué ou, en tout cas : « rien dans le (...) règlement ne devrait empêcher la juridiction d'un État membre » de décider la question « conformément à son droit national »¹⁷.

¹⁶ CJCE, 10 févr. 2009, aff. C-185/07, *JCP* 2009, p. 227, obs. P. Callé; *D.* 2009, p. 981, note C. Kessedjian; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 373, note H. Muir Watt; *RTD com.* 2009, p. 644, obs. P. Delebecque, et 2010, p. 529, obs. E. Loquin; *JDI* 2010, p. 1281, note B. Audit; *Rev. arb.* 2009, p. 407, note S. Bollée.

¹⁷ Cons. n° 12, al. 1^{er}.

L'efficacité de cette modalité de clarification de l'exclusion n'a pas encore été testée devant la Cour de justice. Mais la teneur de l'arrêt *London Steam Ship*¹⁸, rendu en juin 2022 sous l'empire du règlement Bruxelles I, et non pas de sa refonte, incite à la plus grande prudence. En effet, en retenant qu'un jugement anglais reprenant les termes d'une sentence rendue à Londres, ne pouvait être considéré comme une décision susceptible de s'opposer, sur le fondement de l'inconciliabilité, à l'accueil d'un jugement espagnol, au motif que la sentence, et surtout le jugement la reprenant dans l'État d'accueil, avait méconnu deux règles fondamentales posées par le règlement, à savoir le régime de la litispendance européenne et l'effet relatif de la clause compromissoire stipulée dans un contrat d'assurance, la Cour de justice a adopté une décision qui est en contradiction avec l'idée qui s'évince des alinéas 1 et 4 du considérant n° 12.

30. Cet alinéa 1^{er} donne toute liberté au juge d'un État membre de se prononcer, dans l'instance directe, sur l'exception d'arbitrage selon son droit national. On ne voit pas pour quelle raison ce même juge ne devrait pas bénéficier de la même liberté pour apprécier la compétence des arbitres lorsqu'il est saisi de l'accueil de la sentence. L'alinéa 4 est à cet égard plus direct et sans ambiguïté : « *Le présent règlement ne devrait pas s'appliquer (...) à une action ou une décision concernant (...) la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale* ». Les termes de l'exclusion de l'arbitrage au sein de l'article 1^{er} n'ont pas été modifiés entre le règlement Bruxelles I et sa refonte. La Cour de justice aurait dû retenir l'exclusion dans sa compréhension la plus large, telle qu'explicitée par le considérant 12. Autrement dit, le règlement Bruxelles I aurait dû être interprété à la lumière du considérant 12.

31. Tout au contraire, la grande chambre de la Cour de justice a choisi de préempter l'interprétation du règlement refondu, à la lumière du règlement Bruxelles I. Selon la Cour, dans la mesure où le règlement refondu a remplacé le règlement Bruxelles I, qui a lui-même remplacé la Convention de 1968, « *l'interprétation fournie par la Cour en ce qui concerne les dispositions de l'un de ces instruments juridiques vaut également pour celles des autres, lorsque ces dispositions peuvent être qualifiées d'équivalentes* » ce qui est le cas de la disposition portant exclusion de l'arbitrage¹⁹. Ce que le législateur a voulu introduire dans le considérant n° 12 de la refonte afin de prémunir les droits nationaux contre les entreprises de la Cour de justice en matière d'arbitrage est gommé par cette dernière au motif qu'il faut maintenir la continuité d'interprétation de l'article 1^{er}. Le coup de force de la Grande chambre de la Cour de justice consiste ici à aligner l'interprétation du règlement refondu sur l'interprétation de son prédécesseur en faisant comme si le considérant 12 n'existait pas ou, allant au-delà, en faisant mine de ne pas en comprendre le sens, dans une hypothèse où se posait la question de l'exception d'arbitrage dans l'instance indirecte.

B. — L'exception indirecte d'arbitrage

32. Plusieurs principes ressortent de l'arrêt *London Steam Ship*. Selon le premier, certaines règles du règlement Bruxelles I s'imposent au juge d'un État membre lorsqu'il doit statuer sur la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence. D'après le deuxième, s'il méconnaît ces règles, sa décision d'exequatur ne sera

¹⁸ CJUE, 20 juin 2022, aff. C-700/20, D. 2022. 2330, obs. Th. Clay ; *ibid.* 2022. 1782, obs. E. Famoux ; *Europe* 2022, n° 309, note L. Idot ; *JCP G* 2022. 858, note D. Berlin ; *ibid.* 972, note J. Heymann ; *ibid.* 1345, obs. L. Larribère ; *ibid.* 2023. 221, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. arb.* 2022, p. 1541, note S. Bollée ; *JDI* 2023, p. 215, note D. Hascher, p. 959, obs. K. Mehtiyeva ; *Cah. arb.* 2023, p. 97, note P. Mayer ; *Journ. int. arb.* 2023, p. 155, note Y. Herinckx.

¹⁹ CJUE, 20 juin 2022, aff. C-700/20, préc., pt. 42.

pas considérée comme une décision au sens du règlement et ne pourra pas être invoquée pour fonder une exception européenne d'inconciliabilité. Le troisième, enfin, veut que ces règles expriment des « dispositions et des objectifs fondamentaux du règlement »²⁰ et, au cas particulier, celles portant sur l'effet relatif de la clause compromissoire dans un contrat d'assurance et sur la litispendance.

33. La Cour de justice a rappelé que, selon le considérant 12, le règlement ne s'applique pas à une action ou une décision concernant la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale. La Cour de justice décide pourtant très précisément le contraire lorsqu'elle indique au juge anglais qu'il ne devrait pas rendre exécutoire une sentence qui ne respecte pas certaines règles fondamentales du règlement. L'arrêt est ainsi marqué d'une contradiction : l'exception indirecte d'arbitrage ne peut pas à la fois relever et ne pas relever du règlement.

34. Outre ce vice, la Cour énonce son objectif : empêcher un contournement des règles européennes de compétence protectrices de la victime exerçant l'action directe contre l'assureur et de litispendance par le recours à l'arbitrage. L'interprétation donnée par la Cour vise donc, de son propre aveu, à rendre applicable le règlement à des questions qui devraient relever de l'exclusion de l'arbitrage. Or, sur ce point, les conclusions de l'Avocat général Darmon raisonnent là encore d'une manière toute particulière, lui qui mettait la Cour en garde, dès 1991, contre « *la remise en cause de principes bien acquis* » risquant de perturber « *pour une période indéterminée les attentes en la matière* »²¹.

35. L'on peut désormais se demander si tel n'est pas précisément l'objectif de la Cour de justice. Pour cela, il faut examiner plus précisément les conséquences de l'arrêt *London Steam Ship* sur les modalités de l'exclusion de l'arbitrage. Il y a ici deux possibilités.

36. La première est de se plier aux vues de la Cour de justice. Il conviendrait alors de corriger la discordance entre la lettre du règlement et son interprétation par le juge européen. Pour ce faire, il faudrait formuler une série de règles au sein du texte. La première indiquerait que la victime peut agir devant l'un des fors compétents pour connaître de son action contre l'assureur du responsable, sans que le juge saisi puisse donner effet à la convention d'arbitrage stipulée au contrat d'assurance et invoquée contre la victime. Introduire une telle règle dans la section en matière d'assurance obligerait à ajouter une réserve au sein de l'article 1^{er} pour limiter la portée de l'exclusion de l'arbitrage. Cette limite priverait la convention d'arbitrage d'efficacité et neutraliserait l'effet du principe compétence-compétence.

²⁰ Une incertitude ressort de l'arrêt *London Steam Ship* quant à la confrontation du droit de l'arbitrage avec la teneur du règlement Bruxelles I. En effet, la version française de l'arrêt, mais aussi la version espagnole par exemple, laisse planer une ambiguïté en se référant au « respect des dispositions et des objectifs fondamentaux du règlement » Bruxelles I²⁰, avant de mettre en exergue « deux règles fondamentales » (pts 54, 71, ainsi qu'au sein du « dit pour droit » décisoire) et l'un des objectifs fondamentaux (pt 77) en jeu en l'espèce. Dans la version française, revêtraient le caractère fondamental permettant de susciter cette confrontation avec l'arbitrage non seulement les « objectifs », mais aussi les dispositions, les règles du règlement. C'est bien en se référant aux « règles fondamentales » que ses commentateurs ont compris l'arrêt (S. Bollée, note préc., § 13 ; D. Hascher, note préc., p. 219 ; K. Mehtiyeva, obs. sous l'arrêt préc., *JDI* 2023.959, spéc. p. 961, § 3). Pourtant, la version anglaise de l'arrêt *London Steam Ship* retient une formule très différente du point de vue grammatical en visant « *the provisions and the fundamental objectives of that regulation* »²⁰. Une telle formulation vise certes les « objectifs fondamentaux » du règlement, mais aussi ses « dispositions » et non pas ses seules dispositions ou règles fondamentales. Or, la procédure ayant conduit à l'arrêt *London Steam Ship* rendu par la Grande chambre de la Cour de justice était conduite en langue anglaise. Dès lors, l'arrêt, tel qu'il est rédigé en anglais ne semble pas limiter pas la recherche de la confrontation de la sentence aux seules « règles fondamentales » du règlement, élargissant d'autant les risques de violation de l'exclusion de l'arbitrage. L'usage de la Cour de justice veut toutefois que le délibéré y soit conduit en Français, donnant d'autant plus d'importance à la formulation restrictive de l'arrêt en français comparée à sa version en anglais.

²¹ Concl. préc., pt 5.

37. Selon la deuxième règle, un juge d'un État membre saisi de cette action directe n'aurait pas à tenir compte d'une convention d'arbitrage stipulée au contrat d'assurance, quand bien même il serait saisi après le tribunal arbitral. Là encore, il faudrait insérer dans le règlement une limite à l'exclusion de l'arbitrage, laquelle conduirait à écarter l'effet négatif absolu du principe compétence-compétence, lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi.

38. Aux termes de la troisième règle, un juge d'un État membre du siège de l'arbitrage ne pourrait pas donner effet à une sentence qui aurait méconnu la deuxième règle au détriment de la compétence d'une juridiction d'un État membre saisie ou la première règle au détriment du juge d'un État membre qui aurait pu l'être.

39. Enfin, selon la quatrième règle, le jugement rendu par une juridiction de l'État membre du siège du tribunal arbitral et qui donnerait effet à une sentence dans cet État membre en méconnaissance de la troisième règle ne serait pas une décision au sens du règlement et ne pourrait pas fonder le refus d'accueil d'un jugement rendu dans un autre État membre en matière civile ou commerciale.

40. Ces quatre règles me semblent ressortir de l'arrêt *London Steam Ship*²². Il paraît impossible de les formuler sans ajouter par là même une ou plusieurs exceptions à l'exclusion de l'arbitrage. Toutes ces règles méconnaissent donc l'exclusion de l'arbitrage. Elles indiquent aux juridictions des États membres comment traiter certaines conventions, procédures ou sentences arbitrales en application des dispositions et objectifs du règlement. Ce faisant, elles imposent aux juges des États membres de méconnaître leur droit national dont la question devrait pourtant relever, faute pour le règlement d'être applicable²³.

41. Le problème n'est pas la mise en œuvre du règlement pour régir l'accueil d'un jugement espagnol en matière civile et commerciale dans un autre État membre. Cette question précise doit bien relever du règlement. Il surgit de son application afin de déterminer le contenu de la décision d'un État membre opposée à l'accueil du jugement espagnol, alors que cette décision nationale relève entièrement de la matière de l'arbitrage, exclue par le règlement.

42. Cela étant, faut-il retenir l'une ou l'autre de ces règles et modifier le règlement à cette fin ? S'agissant de l'effet indirect de la règle de la litispendance obligeant un juge à refuser de donner effet à une sentence rendue alors qu'un juge d'un État membre avait déjà été saisi ou refusant à ce jugement relatif à la sentence la qualité de décision, la solution ne paraît pas acceptable. Elle impose à la sentence et à son accueil dans un État membre une sanction, sous la forme de la disqualification en tant que décision, qui n'est pas même imposée aux jugements rendus par les juridictions des États membres, le bon usage de la litispendance n'étant pas contrôlé lors de la circulation du jugement²⁴. En outre, mais cette considération relève en réalité du droit national, elle méconnaît aussi bien l'effet positif que l'effet négatif du principe compétence-compétence.

²² Une cinquième règle me paraît en découler de manière prospective : le juge d'un État membre autre que celui du siège ne pourrait pas donner effet à une sentence qui aurait méconnu la première ou la deuxième règle au détriment de la compétence d'une juridiction d'un autre État membre dès lors que le tribunal arbitral doit être considéré comme incompétent.

²³ P. Mayer, note préc. sous CJUE, 20 juin 2022, § 17.

²⁴ V. en ce sens, S. Bollée, préc., spéc. p. 1548.

43. La solution proposée par la Commission européenne lors de la refonte du règlement ne paraît pas beaucoup plus acceptable. Cette proposition de litispendance visait, on l'a rappelé, à donner au juge du siège aussi bien qu'à l'arbitre la compétence pour statuer sur la validité de la convention d'arbitrage. Or, au regard du droit français, seul le tribunal arbitral peut statuer sur les objections à sa compétence. Le juge français ne peut statuer que sur les vices manifestes et à condition d'avoir été saisi d'une demande principale au fond et d'une exception d'arbitrage. La proposition de la Commission conduisait à multiplier les fors (le for saisi au fond et devant surseoir à statuer, le for du siège du tribunal arbitral) et à introduire une action visant à titre principale à statuer sur la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage.

44. Quant à la règle relative à la protection de la victime exerçant l'action directe, la question était connue des juridictions françaises. En effet, en 2018, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi contre un arrêt d'appel ayant estimé qu'une convention d'arbitrage dans une telle hypothèse n'était pas manifestement inapplicable²⁵. Commentant cet arrêt en 2019, il avait pu sembler que la solution était critiquable, de nature à soulever d'importantes difficultés et qu'une solution plus protectrice de la victime aurait pu se justifier, au sein du droit de l'arbitrage²⁶.

45. De fait, la doctrine commentant l'arrêt *London Steam Ship* est moins critique à l'encontre de cette partie du raisonnement de la Cour de justice. Mais elle souligne que la convention d'arbitrage échappe au règlement et qu'il ne peut donc justifier, en l'état, d'imposer l'interprétation de la règle relative aux clauses attributives au cas différent de la convention d'arbitrage, lequel relève de l'exclusion²⁷. Or, ce qui a été jugé à l'égard de la victime à l'encontre de l'assureur du responsable ne pourrait-il pas l'être demain à propos de l'absence d'efficacité de la clause attributive de juridiction dans les chaînes translatives de propriété pour s'opposer à la transmission automatique de la convention d'arbitrage ?

46. Entériner la jurisprudence de la Cour de justice conduit à priver le considérant 12 d'une grande partie de sa portée et à admettre que l'exclusion de l'arbitrage à vocation à se réduire à l'exclusion des demandes relatives à la conduite de la procédure arbitrale elle-même ainsi qu'à l'exclusion de la circulation des décisions annulant les sentences ou leur donnant effet. Tout le reste serait, à terme, soumis en puissance au règlement par une interprétation étriquée de l'exclusion de l'arbitrage.

47. Concrètement, il faudrait accepter une tendance à l'alignement du régime de la convention d'arbitrage sur le régime de la clause attributive de juridiction, mais aussi à l'alignement des solutions de conflit entre une procédure étatique et arbitrale sur celles qui valent entre procédures étatiques dans l'Union. Enfin, s'imposerait une certaine emprise sur le contrôle du contenu des décisions donnant effet à une sentence arbitrale internationale locale.

48. En conclusion, pour qui n'accepte pas cette première possibilité, il faut réécrire plus clairement le considérant 12 pour indiquer que le règlement :

²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2018, n° 17-28951, *Rev. des contrats* 2019, p. 69, note M. Laazouzi.

²⁶ Note préc. sous Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2018.

²⁷ V. par ex., P. Mayer, note préc., § 23 ; S. Bollée, note préc., spéc. p. 1547.

- ne devrait pas s'appliquer à l'examen par une juridiction d'un État membre d'une convention d'arbitrage, qu'elle soit saisie à titre principal, incident, dans l'instance directe ou indirecte ;
- ne devrait pas s'appliquer au traitement de la litispendance entre une procédure étatique et une procédure arbitrale ;
- ne devrait pas s'appliquer aux conditions d'exequatur des sentences rendues localement ;
- ne devrait pas s'appliquer au contrôle du contenu d'un jugement efficace dans l'État membre requis et y donnant effet à une sentence locale ou étrangère, un tel jugement pouvant déclencher l'exception d'inconciliabilité.

49. Ces précisions, qui doivent clarifier l'exclusion de l'arbitrage, peuvent-elles rester la matière d'un considérant liminaire ? Elles le devraient : l'exclusion de l'arbitrage en tant que matière devrait se suffire à elle-même ; le maintien de cette exclusion et sa clarification par le législateur de l'Union devraient conduire tout juge respectueux du régime démocratique à se plier à la volonté du législateur européen. Quant à l'idée curieuse entendue ici ou là selon laquelle les considérants sont faits pour être violés, c'est oublier bien vite que c'est d'abord l'article 1^{er} qui l'a été par le passé, la Cour de justice n'ayant pas hésité à « *inventer des règles qui ne figurent pas dans le Règlement* »²⁸.

²⁸ P. Mayer, note préc., § 26.