



Les dernières tendances

Par

Barthélemy MERCADAL

1. Le déclin du conflit de loi comme source du droit applicable.

Les dernières sentences arbitrales révèlent la progression des règles matérielles, c'est-à-dire posées par les arbitres sans recourir à la détermination de la loi applicable. E. GAILLARD s'en est ouvertement félicité sous un titre sans équivoque : « Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (les enseignements de l'affaire *Kout food* : revue Arbitrage 2020. 701), qu'il met en valeur en la comparant à la méthode du conflit de loi que continue de suivre le droit anglais. H. BARBIER et A. FESSAS collectionnent, de leur côté, les sentences qui ont recours aux règles matérielles dans leur chronique au Journal du droit international 2020. 1413 s. : promesse de porte-fort, extension de l'arbitrage à un non-signataire de la convention d'arbitrage, arbitrabilité des litiges, effets sur un arbitrage en cours d'une procédure d'insolvabilité, pouvoirs de l'arbitre de prononcer une *anti-suit in junction*, règle de preuves applicables à un litige.

Le tribunal fédéral suisse accompagne cette tendance (T. fédéral 6-1-2020 : Revue Arbitrage 2020. 1180 obs. P.-Y. TSCHANZ et F. SPOORENDERG).

2. La « judiciarisation » des règles de conformité (compliance)

La sentence arbitrale CCI n° ICC-FM-2020-240 en 2012 (Journal du droit international 2020. 1413 obs. H. BARBIER et A. FESSAS) a rejeté le moyen tiré d'un défaut de conformité invoqué par une société suisse pour se soustraire au paiement des sommes dues en vertu d'un contrat d'assistance de prestations de services fournis par une société émirati en vue de l'obtention d'un marché de construction industrielle en Afrique. Cette société a invoqué les critères d'éthique et de compliance dont elle s'était dotée et aux termes desquels tous ses consultants devaient désormais respecter, sous peine de ne pas être rémunérés de leurs services. Cette clause a été écartée au motif que le contrat n'y faisait pas référence. Mais les commentateurs précités ont prédit une évolution : « Au vu de la vitesse actuelle de propagation des exigences de compliance dans le commerce international, le temps est proche où certaines règles de compliance élémentaires, immanquablement présentes aujourd'hui dans les codes et chartes d'entreprises, seront vues comme des usages du commerce international (comme l'interdiction des conflits d'intérêts particulièrement graves ou bien la mise en place d'un système d'alerte même rudimentaire, etc.) »

Mise garde sur la licéité de la sanction de refus de payer le prix

Il est recommandé à la partie qui adopte une telle sanction de définir rigoureusement les règles éthiques qu'elle entend faire respecter afin que l'obligation de payer ne passe pour potestative. Elle doit aussi tenir compte du caractère disproportionné de la sanction, voire du



déséquilibre significatif qu'elle peut conférer au contrat, en raison de la nature de contrat d'adhésion que peut revêtir la charte.

3. Ordre public international français.

Cet ordre public se ramène à ce que « l'ordre juridique français ne saurait souffrir » (C civ-CA 25-5-2021 n° 18/18708), quelle que soit la qualification donnée, par ailleurs, à la disposition dont l'application est demandée. Notamment, celle de « loi de police » de la loi étrangère en cause ne peut conduire, en elle-même, à l'annulation d'une sentence arbitrale ; elle ne peut recevoir application par une juridiction française que si elle protège une valeur ou un principe dont l'ordre juridique français, lui-même, ne saurait souffrir la méconnaissance dans un contexte international.

4. Revirement de jurisprudence.

Il a été catégoriquement affirmé que « nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée » (notamment : Cass. 3^e civ 2-10-2002 : RJDA 2/03 n° 214) mais est venue l'exception nécessaire pour confirmer la règle : une jurisprudence nouvelle enseigne que le revirement ne doit pas préjudicier à un demandeur qui ne pouvait raisonnablement anticiper celui-ci, et le priver du droit à l'accès au juge (Cass. 1^{ère} civ 19-5-2021 n° 20- 12520 FD).

Barthélemy MERCADAL
Agrégé des Facultés de droit
Professeur émérite du Conservatoire
National des Arts et Métiers
Vice-président de l'IDEF