

COLLOQUE DE TUNIS

Le juge

Le juge

et

l'arbitrage

l'arbitrage

Sous la direction de

Sami BOSTANJI, Ferhat HORCHANI  
et Sébastien MANCIAUX

Vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage

Editions A. PEDONE

## TABLE DES MATIÈRES

PRÉSENTATION .....	5
--------------------	---

### MOT D'OUVERTURE

I. Rétrospectives .....	9
A. Un vivier de la doctrine arbitrale .....	9
1. L'inspiration .....	10
2. L'encouragement .....	10
3. L'ouverture .....	11
B. Un diffuseur de la jurisprudence arbitrale .....	12
1. L'accessibilité à la jurisprudence .....	13
2. La réflexion sur la jurisprudence .....	13
II. Perspectives .....	15
A. Besoins d'ouvertures .....	15
1. Au plan interne .....	15
2. A l'international .....	16
B. Besoin de réforme .....	17

### LE JUGE ET L'ARBITRE

I. Un vieux couple a la vie commune tumultueuse .....	21
A. Des rapports conflictuels .....	21
B. Le temps de l'autonomie de l'arbitre .....	24
II. Les rapports fusionnels du juge et de l'arbitre.....	27
A. Le juge étatique au service de l'arbitrage.....	27
B. le juge étatique, apporteur d' <i>imperium</i> à la justice privée. ....	29

### L'ARBITRE EST UN JUGE

I. L'arbitre est juge de par la loi.....	33
A. L'arbitre détient aussi ses fonctions de la loi .....	33
B. La loi reconnaît à l'arbitre des pouvoirs proches de ceux d'un juge .....	35
II. De quel ordre juridique l'arbitre est-il le juge ? .....	37
A. L'arbitre n'est pas le juge d'un ordre juridique étatique .....	38
B. Les arbitres à la recherche de leur ordre juridique .....	40

## LE JUGE ET L'ARBITRAGE

### A QUOI SERT LE SIÈGE DU TRIBUNAL ARBITRAL INTERNATIONAL ?

I. « Nidham » .....	46
A. Le siège, un élément inutile .....	46
1. L'inutilité du siège unanimement admise .....	47
2. L'inutilité du siège généralement admise .....	49
B. Le siège, un facteur de désordre .....	51
II. « Hurriya » et « 'Adala » .....	53
A. Le siège entrave l'arbitrage .....	54
B. Le siège entrave l'arbitre .....	59
Conclusion .....	61

### LES DIFFICULTÉS DE CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL

I. Les solutions légales .....	64
A. Insuffisances des solutions .....	64
B. Lacunes et excès des solutions .....	65
II. Le rôle du juge .....	66
A. La neutralisation des difficultés .....	66
B. Les complications .....	67

### LES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES EN MATIÈRE D'ARBITRAGE

I. La compétence partagée en matière de mesures provisoires et conservatoires .....	72
A. La compétence alternée entre le juge et l'arbitre dans l'arbitrage interne .....	72
1. Le fondement de la répartition temporelle .....	72
2. La notion de saisine du tribunal arbitral .....	73
3. Le caractère impératif de la répartition temporelle pour les parties ! .....	75
B. La compétence concurrente du juge et de l'arbitre dans l'arbitrage international .....	76
II. La compétence exclusive du juge étatique en matière de mesures provisaires et conservatoires .....	78
A. La compétence exclusive du juge en matière de saisie conservatoire et du référé- provision .....	78
1. En matière de saisie .....	79
2. Le référé-provision .....	81
B. La compétence exclusive du juge en matière d'exécution de la sentence du provisoire .....	82
1. Forme de la décision arbitrale .....	82
2. L' <i>imperium</i> du juge .....	83
Conclusion .....	86

## TABLE DES MATIÈRES

### RETOUR SUR LE PRINCIPE « COMPÉTENCE-COMPÉTENCE »

I. Les facettes du principe compétence-compétence.....	89
A. L'effet positif du principe compétence-compétence.....	89
B. L'effet négatif du principe compétence-compétence.....	90
II. Les exceptions et limites au principe compétence-compétence.....	93
A. Les exceptions au principe compétence-compétence.....	94
B. Les limites et critiques.....	97
Conclusion.....	100

### INCIDENCE DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES SUR L'INSTANCE ARBITRALE

I. La suspension de l'instance arbitrale consécutive aux questions préjudicielles.....	106
A. Le spécial : la suspension en cas de question préjudicielle liée à la constitution du Tribunal arbitral.....	106
1. Le “marteau” de la loi.....	106
2. “L'enclume” de la jurisprudence.....	109
B. La suspension en cas de question préjudicielle liée à l'arbitrage.....	113
II. La reprise de la procédure après la suspension consécutive à une question préjudicielle.....	124
A. Le moment de la reprise.....	125
B. Le rejet jurisprudentiel d'ordonner aux arbitres la reprise.....	127

### LE JUGE D'APPUI : L'EXPÉRIENCE FRANÇAISE

I. Les principes généraux d'intervention du juge d'appui.....	132
A. Les conditions de l'intervention judiciaire.....	133
1. Le principe.....	133
2. Les limites.....	134
B. Le domaine de l'intervention du juge d'appui.....	135
1. Le règlement des difficultés initiales de constitution.....	135
2. Le règlement d'incidents postérieurs à la constitution du tribunal arbitral.....	136
C. Les modalités d'intervention et la procédure suivie.....	136
II. La consécration du juge d'appui dans sa fonction de consolidation de l'arbitrage.....	138
A. La fonction de consolidation de l'arbitrage par la jurisprudence.....	138
B. La consolidation de l'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011.....	142
En conclusion.....	145

## LE JUGE ET L'ARBITRAGE

### LES DEMANDES D'ANTI-SUIT INJECTIONS DIRIGÉES CONTRE LES PROCÉDURES ARBITRALES

- I. Les *anti-suit injunctions* prononcées par les juridictions d'un Etat autre que celui où se trouve le siège de l'arbitrage ..... 148
  - A. Les *anti-suit injunctions* peuvent être utilisées contre les parties ou un tribunal arbitral pour les contraindre à arrêter une procédure d'arbitrage..... 148
  - B. Les *anti-suit injunctions* peuvent être utilisées pour s'opposer à l'exécution d'une sentence arbitrale..... 150
- II. Les *anti-suit injunctions* prononcées par les juridictions du siège de l'arbitrage. 152

### LA REQUALIFICATION PAR LE JUGE ÉTATIQUE DE LA NATURE INTERNE OU INTERNATIONALE DE L'ARBITRAGE

- I. Les termes du débat..... 156
  - A. Le devoir judiciaire de requalification ..... 156
  - B. L'interdiction du pouvoir de requalification..... 159
- II. Un terme aux débats ..... 161
  - A. Les incidences sur la procédure et le fond..... 161
  - B. L'opportunité d'une réforme de l'internationalité de l'arbitrage dans le Code tunisien ..... 166

### L'APPRÉCIATION PAR LES TRIBUNAUX FRANÇAIS DE L'INDÉPENDANCE DES ARBITRES

- I. Les éléments du contrôle..... 172
  - A. Le temps de la divulgation ..... 172
  - B. Le contenu de la divulgation..... 176
- II. Les modalités du contrôle..... 178
  - A. De la stricte exigence de forme... .. 178
  - B. ... à l'analyse de la pertinence des éléments omis ..... 180

### LE CONTRÔLE DE LA VALIDITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE PAR LE JUGE ÉTATIQUE : ÉTUDE DES SOLUTIONS TUNISIENNES

- I. La loi applicable à la validité de la clause d'arbitrage en matière internationale ..... 187
  - A. Analyse comparative des textes applicables ..... 187
  - B. Méthode de détermination du droit applicable à la validité de la convention d'arbitrage..... 190
- II. La validité de la clause d'arbitrage dans les contrats d'Etat..... 198
  - A. Nature de la condition relative à l'arbitrabilité ..... 198
  - B. Application de l'exigence d'arbitrabilité aux conventions d'arbitrage dans les contrats d'Etat..... 201
- Conclusions..... 205

TABLE DES MATIÈRES

**LE CONTRÔLE POST-ARBITRAL DE LA SENTENCE INTERNATIONALE  
À L'ÉPREUVE DE L'ORDRE PUBLIC SUBSTANTIEL**

I. La conception restrictive de l'ordre public substantiel contrôlé par le juge ..	212
A. Le concept restreint de l'ordre public .....	212
1. L'ordre public au sens du droit international privé .....	212
a. Un ordre public national.....	212
b. Les lois de police .....	214
c. L'ordre public interne et l'ordre public au sens du droit international privé .....	216
2. Ordre public transnational ou ordre public au sens du droit international privé ?.....	220
B. Le recul du contrôle de la non arbitrabilité du litige pour violation de l'ordre public.....	224
1. Le pouvoir reconnu à l'arbitre d'appliquer et de sanctionner l'ordre public .....	224
2. La restriction du domaine de l'inarbitrabilité du litige .....	228
a. L'inarbitrabilité objective.....	230
b. L'inarbitrabilité subjective.....	232
II. Le recul du contrôle de la sentence au regard de l'ordre public substantiel .	235
A. L'ordre public substantiel, un prétexte pour le contrôle de la sentence au fond .....	235
1. Le principe d'interdiction du contrôle de la sentence au fond.....	235
2. L'ordre public, une brèche dans le principe d'interdiction de contrôle de la sentence au fond .....	238
B. Le principe de non révision de la sentence, un obstacle à l'ordre public .....	240
1. La conception restrictive du contrôle de la sentence arbitrale.....	240
2. Le rejet excessif de l'exception d'ordre public.....	244

**L'EXEQUATUR DES SENTENCES ARBITRALES  
AU REGARD DE LA CONVENTION DE NEW YORK DU 10 JUIN 1958**

I. L'assouplissement des conditions requises pour l'obtention de l' <i>exequatur</i> des sentences arbitrales étrangères .....	250
A. Un contrôle essentiellement formel .....	251
B. La limitation des motifs de rejet de l' <i>exequatur</i> .....	252
II. Les limites de l' <i>exequatur</i> des sentences arbitrales étrangères .....	254
A. L'application différenciée de la Convention de New York en matière d' <i>exequatur</i> .....	255
B. Les propositions doctrinales pour en finir avec le désordre actuel.....	257

**TABLE-RONDE :**

**LE CONTRÔLE POST-ARBITRAL DE LA SENTENCE ARBITRALE INTERNATIONALE.  
REGARDS CROISÉS  
SUR LES DROITS FRANÇAIS, TUNISIEN, ALGÉRIEN, MAROCAIN ET ANGLAIS**

**BREFS RAPPELS DE DROIT FRANÇAIS**

I. Organisation des voies de recours.....	263
II. Régime de contrôle des sentences .....	266

## LE JUGE ET L'ARBITRAGE

### LE CONTRÔLE POST-ARBITRAL DE LA SENTENCE INTERNATIONALE EN DROIT ALGÉRIEN

I. Le contrôle exercé lors de la demande de reconnaissance et d'exécution forcée de la sentence arbitrale.....	270
A. Les conditions de reconnaissance et d'exécution forcée de la sentence arbitrale. ...	270
1. Les conditions de forme.....	271
a. La preuve de l'existence de la sentence arbitrale. ....	271
b. La sentence arbitrale est accompagnée de la convention d'arbitrage. ....	271
2. La condition de fond : la non contrariété de la sentence arbitrale avec l'ordre public international. ....	272
a. La sentence arbitrale ne doit pas être en contradiction avec l'ordre public international de fond. ....	273
b. L'ordre public international procédural.....	273
B. La juridiction compétente.....	274
1. La juridiction compétente en matière de reconnaissance. ....	274
2. La juridiction compétente en matière d'exécution de la sentence arbitrale internationale. ....	275
II. Le contrôle exercé par l'intermédiaire des voies de recours et les cas d'ouverture.....	276
A. Les voies de recours.....	276
1. L'appel.....	276
2. Le recours en annulation.....	276
3. Le recours en cassation. ....	278
B. Les cas d'ouverture de l'appel et de l'annulation. ....	278
1. Le vice entache la convention d'arbitrage.....	279
a. Convention d'arbitrage inexistante.....	280
b. Convention d'arbitrage nulle.....	280
c. Expiration de la convention d'arbitrage. ....	281
2. Le vice entache le tribunal arbitral. ....	282
3. Le vice entache la sentence arbitrale. ....	282
Conclusion .....	285

### LE CONTRÔLE POST-ARBITRAL DES SENTENCES ARBITRALES INTERNATIONALES EN DROIT MAROCAIN

I. La dualité procédurale du contrôle des sentences internationales.....	289
A. La reconnaissance et l' <i>exequatur</i> .....	289
B. Les voies de recours .....	292
1. Règles communes aux voies de recours .....	292
2. Les voies de recours .....	292
a. Recours commun à toutes les sentences : l'appel de l'ordonnance qui refuse l' <i>exequatur</i> .....	292
b. Recours réservé aux sentences rendues à l'étranger : l'appel de l'ordonnance qui accorde l' <i>exequatur</i> .....	293

## TABLE DES MATIÈRES

c. Recours réservé aux sentences rendues au Maroc : le recours en annulation ....	294
II. L'objet du contrôle .....	294
A. Grievs devant être invoqués par la partie qui s'oppose à l' <i>exequatur</i> .....	295
1. Inexistence, nullité ou expiration de la convention d'arbitrage .....	295
2. Irrégularité dans la composition du tribunal arbitral .....	298
3. Non-respect par l'arbitre de sa mission .....	299
4. Le non-respect des droits de la défense .....	300
B. Grievs susceptibles d'être soulevés d'office par le juge de l' <i>exequatur</i> : la violation de l'ordre public national ou international.....	300

### LE CONTRÔLE POST-ARBITRAL DE LA SENTENCE ARBITRALE ÉTRANGÈRE

I. Une volonté claire de simplification et d'accélération des procédures .....	304
A. La compétence exclusive de la Cour d'appel de Tunis .....	304
B. Un rôle limité à l'examen sommaire de la sentence .....	305
C. La restriction des voies de recours contre la sentence arbitrale .....	305
D. Simplification de la procédure de recours en annulation et des demandes d' <i>exequatur</i> .....	306
E. Sauvetage de la sentence chaque fois que cela est possible .....	306
1. La possibilité d'une annulation partielle de la sentence .....	306
2. Possibilité pour le juge de suspendre la procédure d'annulation afin de donner au tribunal arbitral l'occasion de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute mesure qu'il juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation. ....	307
3. Possibilité pour la Cour de trancher le litige comme amiable compositeur.....	307
II. Une efficacité douteuse (problèmes pratiques) .....	308
A. Un flou terminologique .....	308
B. Un manque de précision .....	309
C. Une protection insuffisante des droits de la défense.....	310
D. Une transparence défectueuse .....	310

### REGARDS CROISÉS SUR LES DROITS ANGLAIS ET FRANÇAIS

I. Aperçu .....	314
A. Principaux textes relatifs à l'exécution des sentences arbitrales internationales en Angleterre.....	314
B. Obstacles potentiels à l'exécution des sentences arbitrales internationales en Angleterre.....	315
1. L'incapacité de l'une des parties à la convention (section 103(2)(a) de l'Arbitration Act 1996).....	315
2. L'invalidité de la clause compromissoire (section 103(2)(b) de l'Arbitration Act 1996).....	315
3. Le plaideur n'ayant pas été en mesure de faire valoir ses moyens (section 103(2)(c) de l'Arbitration Act 1996).....	315
4. La sentence portant sur un différend non visé par la convention d'arbitrage (section 103(2)(d) de l'Arbitration Act 1996).....	316

## LE JUGE ET L'ARBITRAGE

5. La composition du Tribunal arbitral ou la procédure arbitrale ne respectant pas l'accord des parties (section 103(2)(e) de l'Arbitration Act 1996) .....	316
6. L'annulation de la sentence par les autorités compétentes du lieu où celle-ci a été rendue (section 103(2)(f) de l'Arbitration Act 1996).....	317
7. La contrariété à l'ordre public (section 103(3) de l'Arbitration Act 1996) .....	318
II. Récit : Londres et Paris, le Conte de Deux Cités ? .....	318
A. <i>Orascom Telecom Holding SAE c. Tchad</i> : le rendez-vous manqué.....	319
B. <i>Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Pakistan</i> : la divergence affichée .....	322
1. Faits identiques .....	323
2. Divergences drastiques.....	324
a. Procédure aux fins d'exécution en Angleterre : et un, et deux, et trois-zéro pour le Pakistan .....	324
b. Recours en annulation en France : victoire de Dallah .....	325
c. Approches divergentes .....	325
C. <i>Masri c. CCC</i> : l'excentricité anglaise assumée ?.....	328

### LE CONTRÔLE POST-ARBITRAL DE LA SENTENCE INTERNATIONALE : REGARDS CROISÉS SUR LES DROITS FRANÇAIS, SUISSE ET TUNISIEN

I. Caractéristiques du recours en annulation .....	331
A. Les motifs.....	332
B. La notion d'ordre public .....	333
C. L'effet suspensif .....	334
D. La renonciation du recours en annulation.....	334
II. Les modalités de reconnaissance et d'exécution de la sentence.....	335
A. Les modalités .....	335
B. Les motifs .....	336
III. L' <i>exequatur</i> d'une sentence étrangère déjà annulée dans son pays d'origine ..	337
Conclusion .....	338

### PROPOS CONCLUSIFS : LES VINGT ANS DU CODE TUNISIEN DE L'ARBITRAGE : BILAN ET PERSPECTIVES

I. De <i>lege lata</i> .....	340
A. Exploration de l'œuvre législative.....	340
B. Evaluation de l'œuvre jurisprudentielle.....	346
1. Le juge étatique, bon samaritain de l'arbitrage .....	346
2. Le juge étatique, inquisiteur de l'arbitrage .....	348
a. Une approche restrictive de l'arbitrabilité subjective. ....	349
b. Arbitrabilité objective : une régression en perspective .....	350
c. L'aléa entourant l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage.....	351
d. Les rapports entre justice étatique et justice privée au cours de la procédure arbitrale : le flou artistique !.....	352

TABLE DES MATIÈRES

e. Les dérives judiciaires de la théorie de l'extension de la clause d'arbitrage .....	353
f. La valse-hésitation de la jurisprudence à propos de la question de la requalification de l'arbitrage. ....	354
II. De <i>lege ferenda</i> .....	355
A. Plaidoyer pour l'adoption d'un cadre législatif général régissant les modes amicales de règlement des litiges.....	355
B. La nécessaire refonte du droit de l'arbitrage .....	357

**E**n tant que justice privée, l'arbitrage est perçu comme un mode de règlement des litiges à la fois alternatif et concurrent à la justice étatique. Présenté comme démuné d'impérium, l'arbitre a parfois besoin de l'assistance et de la coopération du juge pour mener à bien une procédure arbitrale. Sur un autre plan, l'efficacité de la sentence rendue par l'arbitre demeure, sous certains rapports, subordonnée au contrôle du juge étatique.

C'est sous le prisme de ces rapports complexes entre l'arbitrage et la justice étatique que le présent ouvrage se propose d'exposer le mouvement des idées en la matière.

Cet ouvrage fait suite au colloque célébrant le vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage, colloque co-organisé, au mois d'avril 2013, par le Laboratoire de droit des relations internationales des marchés et des négociations (DRIMAN) de l'Université de Tunis El Manar, le Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI) de l'Université de Bourgogne et le Centre d'études juridiques et judiciaires (CEJJ) qui relève du Ministère tunisien de la justice.

Ont contribué à cet ouvrage :

Imed DEROUICHE, Eric LOQUIN, Sébastien MANCIAUX, Thomas CLAY, Noureddine GARA, Nabil RACHDI, Laurence RAVILLON, Lotfi CHEDLY, Gérard PLUYETTE, Frédéric BELOT, Sami JERBI, Alexandre MALAN, Walid BEN HAMIDA, Souad BABAY YOUSSEF, Issam YAHIAOUI, François-Xavier TRAIN, Kamel ALLIOUCH-KERBOUA, Khalid ZAHER, Anis BETTAIEB, Nicholas TSE, Jean-François LE GAL, Maria KOSTYTSKA, Sami BOSTANJI.

ISBN 978-2-233-00722-3

34€

---

Commande aux Editions A. PEDONE - 13 Rue Soufflot - 75005 PARIS, ou par fax :  
+ 33 (0)1.46.34.07.60 et sur [editions-pedone@orange.fr](mailto:editions-pedone@orange.fr) - **34 € l'ouvrage, 40 € par la poste.**

Le montant peut être envoyé par :

Chèque bancaire

Règlement sur facture

ISBN 978-2-233-722-3

Carte Visa

N° ...../...../...../.....

Cryptogramme .....

Signature :

Nom.....

Adresse.....

Ville.....Pays.....