

L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL AU PAYS DES LUMIÈRES

Bertrand ANCEL*

SOMMAIRE: I. *L'accord compromissaire. Autonomie et circulation.* II. *L'instance arbitrale. Competence-competence et juge d'appui.* III. *La sentence arbitrale. Reconnaissance d'une sentence annulée.*

Le titre donné avec un peu de légèreté à cette communication doit s'entendre *cum grano salis*, avec une petite pincée du sel de l'ironie. Sans doute le droit français est-il dans le domaine de l'arbitrage commercial international un droit pionnier explorant parfois bien témérairement des voies de développement nouvelles et périlleuses; ceci en fait l'intérêt, mais il y a bien longtemps que la France n'est plus le *Pays des Lumières* et si celles-ci ont pu en effet y briller dans le siècle éponyme, elles se sont depuis lors, sinon tout à fait éteintes, du moins sensiblement affaiblies. Il serait très présomptueux de penser que le droit de ce pays éclaire le monde. Au demeurant, cette appellation sans doute très gratifiante de Pays des Lumières ne se mérite que si on la reçoit d'autrui et non si on se la décerne à soi-même – ce qui serait pourtant aujourd'hui la seule manière pour lui de s'en parer. Aussi bien n'est-ce pas de la gloire ni du rayonnement du droit français de l'arbitrage commercial international qu'il s'agit ici. En fait, les hardiesses du droit français le conduisent souvent vers des positions isolées sur le terrain du droit comparé, ce qui en ferait un droit excentrique et à vrai dire assez peu porté - ce qui est tout de même un grave défaut - à s'inquiéter de l'harmonie internationale des solutions. Il faut donc avouer sans tarder davantage que le titre de cette

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)..

communication a été suggéré par un trait d'esprit lancé par un observateur perspicace et averti en direction d'une fraction assez bruyante de la doctrine française en la matière : les *Illuminati*. Quoique donné sous cette forme italianisante et maintenant canonique, l'épithète ne cherche pas à évoquer une véritable société secrète, ni une secte ou une mafia¹; elle stigmatise une cohorte d'auteurs qui s'expriment au grand jour mais que leur enthousiasme à promouvoir un arbitrage libéral porte parfois au di-thyrambe, comme si ayant reçu en privilège particulier les lumières de la raison, il leur était un devoir de les réfléchir dans des décisions judiciaires parfois téméraires pour en inonder le monde de l'arbitrage commercial international et en orienter ainsi le développement dans la plus saine des directions. Ce groupe est composé de membres qui, de près ou de loin, gravitent ou souhaitent graviter autour d'une institution très active et tout à fait utile et honorable et, à bien des égards, irremplaçable: la Chambre de commerce internationale de Paris. Pareille institution, comme toute institution, tend à persévérer dans son être — ce que nul ne critiquera s'agissant d'une entreprise privée — et il ne lui déplaît pas pour assurer sa prospérité, de bénéficier des services de divers auteurs — qui ne sont pas tous universitaires, loin s'en faut — et même, a-t-on parfois l'impression probablement inexacte, de magistrats en activité, ce qui serait plus inquiétant. En fait, pourtant, il faut reconnaître honnêtement que, dans l'ensemble, les positions vers lesquelles les juges étatiques ont amené le droit français de l'arbitrage international sont en général moins aventurées que certains des motifs par lesquels elles prétendent se soutenir, et moins révolutionnaires que l'enthousiasme de certains commentaires ne le ferait accroire.

Le thème majeur que reprend inlassablement cette fanfare est celui de l'*autonomie*. Autonomie de la clause d'arbitrage, autonomie de l'instance arbitrale, autonomie de la sentence arbitrale. Le terme paraît avoir vocation à s'emparer du tout de l'arbitrage et à caractériser l'entier pro-

¹ Selon Wikipedia, au jour de cette communication, « la dénomination *illuminati* est souvent utilisée aux États-Unis dans les théories du complot pour désigner les conspirateurs du 'nouvel ordre mondial'. Il constitue en soi un terme générique pour désigner le noyau dur des 'maîtres du monde' inconnus et lier entre elles différentes hypothèses conspiratrices pour unifier diverses théories en une théorie du complot à long terme pour le contrôle total. Dans ce cadre, le terme *illuminati* peut survenir lorsqu'une théorie dérive vers des spéculations invérifiables, et prend le relais des théories visant des organismes connus tels que le conseil des relations étrangères (CFR), le Groupe de Bilderberg, la Commission Trilatérale, les Skull and Bones, le Bohemian Club, etcetera.»

cessus arbitral. L'arbitrage commercial international serait ainsi dégagé de l'étreinte insupportable des ordres juridiques étatiques pour n'obéir plus qu'à son propre droit, voire pour se développer dans un ordre juridique propre : l'ordre juridique arbitral... Cette représentation des rapports d'indépendance (et partant de concurrence) entre l'arbitrage et les ordres juridiques étatiques se gonfle de plus en plus au souffle de la mondialisation du commerce dont l'une des conséquences les plus frappantes serait la contestation de la suprématie inconditionnée du pouvoir étatique. De fait, le pouvoir étatique semble souvent désemparé devant ce phénomène qui se nourrit d'une dynamique des échanges économiques à laquelle les frontières territoriales et le compartimentage des marchés nationaux n'opposent plus qu'une faible résistance – de sorte que l'espace naguère encore privilégié de l'exercice des prérogatives de souveraineté nationale n'offre plus à celle-ci qu'un refuge incertain. Le rôle de la justice étatique — fonction régaliennne, s'il en fût, et centrée sur les rapports internes — s'en trouve affecté, spécialement dans le règlement du contentieux des affaires internationales. Il est difficile aujourd'hui pour un Etat d'imposer la justice qu'il estime être la bonne justice – parce qu'elle répond à l'idée qu'il se fait de l'intérêt des parties et des intérêts collectifs ou publics qu'il choisit de promouvoir. C'est qu'en effet les parties jouissent d'une assez grande latitude pour porter leur litige devant la juridiction étatique ou la juridiction privée de leur convenance et peuvent échapper aux exigences et aux options particulières d'un for qui contrecarreraient leurs intérêts ou leurs vues et peuvent ainsi se jouer de l'autorité de l'Etat. Il a bien fallu que celui-ci comprenne qu'il convenait de ménager cette autorité et donc d'en venir à certaines concessions. La dynamique des échanges transfrontières a révélé, au-delà de l'inadaptation relative de la justice étatique, l'inadéquation d'un traitement étatique, c'est-à-dire national, d'affaires qui ne se laissent pas réduire à une dimension interne. D'où cette aspiration à se soustraire à la justice étatique, d'où cet essor spectaculaire de la justice arbitrale attesté par la multiplication des centres d'arbitrage. Le cadre étatique, le cadre national ne parvient plus à contenir le commerce international ni le contentieux qui en résulte. Dès lors, il n'est pas surprenant que l'affirmation se répète presque machinalement que l'arbitrage en tant que justice non-étatique, justice autonome, et le mode normal de traitement des différends du commerce international.

Toutefois il ne suffit pas de réitérer une assertion pour que celle-ci en vienne à exprimer une vérité. Dans le domaine des relations com-

merciales, la croissance tout à fait remarquable du contentieux arbitral international n'a pas diminué l'activité des tribunaux étatiques – lesquels ne sont probablement pas aussi démunis qu'on le dit des moyens d'aborder correctement les litiges de cette nature. Il semble plus vraisemblable que la répartition des affaires entre arbitres et juges d'Etat s'opère selon une clé qui tendanciellement distribue à l'arbitre une bonne part des procès nés des relations commerciales contractuelles et négociées et au juge d'Etat la majorité des différends issus des relations commerciales contractuelles non négociées - pour lesquels les parties n'ont pas prévu d'arbitrage ou bien alors en des termes contradictoires de sorte qu'ils se neutralisaient - augmentés de tous les autres litiges.

Les Etats ne peuvent pas et, sans doute, ne veulent pas se désintéresser des procès commerciaux, mais ils admettent en général que ceux-ci peuvent faire l'objet d'un règlement hors de leur autorité; c'est la solution banale qui ajuste la licéité du recours à l'arbitrage à la licéité de la transaction ou plus généralement à la libre disponibilité des intérêts.

Aussi bien, l'hypothèse d'une complète autonomie a quelque chose d'un peu irréel en l'état de l'attention que les ordres juridiques étatiques persistent à porter aux affaires du commerce international. De fait, l'ordre juridique français qui pourrait revendiquer la paternité de cette formule de la *complète autonomie* se garde bien d'en faire une application rigoureuse. C'est ce que montrent trois applications récentes de ce concept emblématique qui se situent à trois moments distincts du processus arbitral : l'accord compromissoire, l'instance arbitrale, la sentence arbitrale.

I. L'ACCORD COMPROMISSOIRE. AUTONOMIE ET CIRCULATION

1. L'accord compromissoire est autonome. La solution a été affirmée de longue date, par la Cour de cassation dans l'arrêt *Gosset* du 7 mai 1963²:

En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles... *une complète autonomie juridique* excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte.

² Cass. Civ. 7 mai 1963, *Rev. crit DIP*, 1963. 615, note Motulsky, *JDI* 1964. 82, note J.-D. Bredin, *D.* 1963. 545, note J. Robert, *JCP* 1963. II. 13405, note B. Goldman.

Le sort de la convention d'arbitrage n'est donc pas lié à celui du contrat auquel elle se rapporte et cette indépendance permet à l'arbitre de connaître d'une action en nullité de ce contrat ; tandis que s'il y avait dépendance, l'arbitre constatant l'invalidité du contrat principal constaterait en même temps sa propre incompétence. Ceci est bien connu et généralement accepté hors de France, par le droit conventionnel et par les règlements d'arbitrage. Et il est bien connu aussi que cette indépendance veut que la convention d'arbitrage puisse relever, quant à sa validité, d'un droit différent de celui qui régit le contrat principal. Après tout, l'arrêt *Gosset* parle d'autonomie juridique et pas seulement d'autonomie matérielle entre les deux éléments.

Mais pour l'accord compromissoire, l'autonomie s'est accentuée, d'abord lorsque la Cour de cassation a reconnu que la validité de la clause échappait à la méthode conflictuelle pour relever de règles matérielles spéciales à l'arbitrage international³, puis lorsqu'elle s'est avisée de préciser la teneur de cette règle matérielle avec un arrêt *Dalico*⁴ qui énonce sans précaution excessive qu'

en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique.

Ce motif qui exprime l'extrême libéralisme du point de vue de l'ordre juridique français, admet qu'une convention d'arbitrage dans le commerce international est en principe valable dès lors qu'elle correspond à la volonté des parties, à moins que certaines règles impératives françaises ou l'ordre public international ne s'y opposent. Quoique la Cour de cassation se réfère ici pour asseoir cette solution à « une règle matérielle du droit international de l'arbitrage », il irait de soi, si certains auteurs

³ « Ayant relevé le caractère international du contrat liant les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire présente une complète autonomie, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l'espèce recevoir application », Cass. Civ. 1re 4 juillet 1972, *Hecht*, *Rev. crit. DIP*, 1974. 82, note P. Level, *JDI* 1972. 843, note B. Oppetit.

⁴ Cass. Civ. 1re, 20 décembre 1993, *Rev. crit. DIP* 1994. 663, note P. Mayer, *JDI* 1994. 432, note E. Gaillard, *Rev. arb.* 1994. 116, note H. Gaudemet Tallon.

songeant à une règle extra-étatique n'avaient pas exprimé des doutes à cet égard, que cette règle matérielle concernant l'arbitrage international est une *règle française* forgée par la jurisprudence des tribunaux, spécialement de la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation elle-même. Mais il était inutile de préciser que cette règle matérielle était de source française; la mission de la Cour de cassation l'impliquait naturellement, puisqu'elle se limite à la vérification de la bonne application des lois françaises. L'arrêt professe donc qu'il y a un régime matériel propre à l'accord compromissaire et qu'au regard de l'ordre juridique français et de ses juges, il est inutile dans ces conditions de rechercher ici la loi applicable, une solution spécifique ayant été élaborée pour l'arbitrage international. L'arrêt ne semble pas pouvoir dire autre chose lorsqu'il dispense de se référer à une loi étatique. La solution a été reprise depuis par divers arrêts⁵. Bien sûr, les *Illuminati* interprètent ici le motif un peu différemment: il y aurait une véritable règle de source internationale, extra-étatique, relevant de l'ordre juridique arbitral, à la défense ou à la promotion duquel la Cour de cassation se serait donc dédiée. Cette lecture est possible, mais il est difficile de la justifier. Mais, au fond, cela importe peu s'il s'agit comme ici et maintenant de démontrer que le droit français est parfois infidèle à cette idée d'autonomie.

Il suffit de savoir que, quelle qu'en soit la source, française ou extra-étatique, les juridictions françaises sont appelées à défendre l'autonomie, l'indépendance de la convention d'arbitrage.

2. Or, il se trouve qu'avant de déboucher sur le procès arbitral, cette convention peut être amenée à circuler; c'est-à-dire qu'elle peut venir lier des opérateurs du commerce international qui n'ont pas participé à sa conclusion et qui vont pourtant être exposés à venir défendre devant des arbitres.

Cette infraction au principe de la relativité des conventions se consomme selon deux modalités différentes. La première est l'*extension* de l'engagement compromissaire à certaines personnes qui ont en quelque sorte partie liée avec l'un des signataires. Ainsi est-il admis que la clause peut dans le cas de groupes de sociétés obliger les filiales de la société qui l'a souscrite et qui pour honorer le contrat principal fait contribuer celles-ci à son exécution – de sorte qu'elles entrent dans le jeu contractuel. Mais dans cette hypothèse, les principes du droit civil sont saufs, ou presque saufs, puisque

⁵ V. notamment Cass. Civ. 1re, 30 mars 2004, *Bull. civ.* 1, num. 97, *D.* 2004. 2458, note I. Najjar, *RTDcom.* 2004. 447, obs E. Loquin.

l'efficacité de la clause à l'égard des filiales est subordonnée à l'acceptation tacite de celle-ci, étant entendu que cette acceptation tacite n'a pas à être démontrée, faisant l'objet d'une présomption. La transmission de la clause répond ici encore à un schéma qui ne compromet pas l'autonomie.

Il en va différemment avec la seconde modalité, celle de la *transmission* de la clause dans le cas notamment de chaînes de contrats translatifs de propriété. Le 27 mars 2007, la Cour de cassation a prononcé un arrêt sur une affaire de ce genre⁶. La société française Alcatel Business System (ABS) convient avec la société belge AME de construire des terminaux mobiles et portables. A cette fin AME s'adresse à AMKOR, société américaine pour lui acheter des composants électroniques; le contrat de vente AME-AMKOR contient une clause désignant la chambre arbitrale de l'American Arbitration Association (AAA) à Philadelphie. AMKOR est liée par un contrat d'entreprise avec une société coréenne ANAM qui fabrique les puces nécessaires aux terminaux. Il s'agit d'une chaîne de contrats translatifs de propriété, les produits passant entre les mains des différents opérateurs par le moyen de contrats de vente ou d'entreprise. Les produits livrés ne donnent pas satisfaction à ABS qui éprouve de graves préjudices commerciaux et, par conséquent, agit contre ses fournisseurs américains et coréen. L'action en dommages-intérêts est portée devant un tribunal de commerce en France. Les parties défenderesses opposent alors la clause désignant l'AAA de Philadelphie conclue entre AME et AMKOR, que la société ABS n'a pas signée. Cependant la Cour de cassation juge que celle-ci est liée par la clause d'arbitrage. Il en est ainsi parce que

dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne.

Le véhicule utilisé par ce motif pour assurer le transport vers ABS de la clause unissant AME à AMKOR est la théorie de l'accessoire: *accessorium sequitur principale*; théorie qui veut en effet que lorsqu'un élément est affecté au service d'un autre qui lui donne sa raison d'être, il en suit le sort. En l'occurrence, la clause compromissoire oriente les engage-

⁶ Cass. civ. 1re, 27 mars 2007, *Rev. crit. DIP* 2007. 798, note F. Jault-Seseke, *JDI* 2007. 968, note C. Legros, *D.* 2007. 2077, note S. Bollée, *JCP* 2007. II. 10118, note X. Delpech, et I. 168, num. 11, obs. Ch. Seraglini.

ments pris par AMKOR de fournir un matériel correct vers l'arbitrage et les vouent à un régime juridique qui ne correspondra pas sans doute à celui qu'un tribunal étatique aurait retenu, l'action en justice étant détournée vers une machinerie qui ne fonctionne pas de la même manière que les juridictions nationales ne serait-ce que parce que, d'une part, elle ne dispose pas des ressources et contraintes d'une *lex fori* et que, d'autre part, elle est assujettie plus strictement aux usages du commerce international. La clause touche à l'action et l'action touche au droit transmis. La transmission de la clause s'opère alors de manière automatique sans donc qu'il y ait à s'inquiéter de quelque manière que ce soit du consentement de celui à qui elle est opposée. Le caractère accessoire relie la clause au contrat principal d'où naît le droit de propriété.

S'il en est bien ainsi, que reste-t-il alors de l'indépendance de la clause ? Elle est si étroitement liée aux engagements contractuels pris par AMKOR envers AME qu'elle circule avec eux. En l'état de cette dépendance envers le contrat principal, il est bien difficile de parler d'autonomie.

Il est d'autant plus difficile d'ailleurs de parler d'autonomie que celle-ci, dans une autre des acceptions du terme, est également compromise. Le vecteur de la clause qui la déporte de AME vers ABS résulte d'une construction très civiliste et, d'ailleurs, propre au droit interne français. Celui-ci en effet, grâce à la théorie de l'accessoire, a inventé au bénéfice du sous-acquéreur (ici ABS) une action directe contractuelle contre l'auteur (AMKOR) de son fournisseur (AME). La raison de cette construction est de pur droit interne. Théoriquement, le sous-acquéreur aurait pu rechercher la responsabilité délictuelle pour le dommage que lui a causé le fait de l'auteur de son fournisseur; toutefois, pour triompher, il lui aurait fallu démontrer la faute du fabricant. Pour éviter au sous-acquéreur cette charge de la preuve assez dissuasive pour être paralysante, la jurisprudence a inventé l'action directe de nature contractuelle et la théorie des chaînes de contrats, qui déchargent le sous-acquéreur du fardeau de la preuve qu'elles transfèrent au fabricant si celui-ci entend démontrer que le dommage imputé à la mauvaise exécution de ses engagements contractuels résulte en réalité du cas fortuit ou de la force majeure. C'est cette petite habileté de civiliste, jouant des différences de régime de la preuve en matière contractuelle et délictuelle, qui est ici exploitée.

Il est alors évident que la solution donnée à la question de la transmission de la clause d'arbitrage sur ce modèle est directement déterminée par une construction de droit interne français et que partant la dissocia-

tion du régime de cette clause d'avec le droit interne étatique est insaisissable... Sur ce point, l'autonomie du droit de l'arbitrage international est démentie également.

Une troisième observation pourrait être faite; celle-ci relèverait que la condition dont dépend le fonctionnement de cette transmission est que les droits contractuels issus du contrat principal soient effectivement transmis à celui à qui il s'agit d'opposer une clause d'arbitrage qu'il n'a pas signée. Il conviendrait alors de vérifier que, d'après la loi applicable aux opérations successives, les droits contractuels ont bien voyagé et sont parvenus au sous-acquéreur. La jurisprudence française a cependant jugé⁷ que en matière internationale, la clause d'arbitrage juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels.

La question échappe donc au règlement de conflit et à la loi applicable à ou aux opérations susceptibles de transmettre les droits contractuels, pour relever d'une autre règle matérielle française du droit de l'arbitrage international aux termes de laquelle il est vain d'alléguer la nullité de la transmission car celle-ci ne pourrait pas empêcher le fonctionnement de la règle de l'accessoire, ni retirer aux arbitres leur compétence, de sorte que, pour le cas, il faut maintenant réputer l'accessoire indépendant du principal si cela peut favoriser l'arbitrage...

On le voit, quoi qu'en dise la jurisprudence et quoi qu'écrivent les partisans de l'autonomie radicale de l'arbitrage, celle-ci se signale par ses intermittences et est bien incertaine. Les lumières ici faiblissent ou, du moins, celles que diffusent les *Illuminati* ne sont pas assez puissantes pour nous éclairer.

II. L'INSTANCE ARBITRALE. COMPETENCE-COMPETENCE ET JUGE D'APPEL

1. L'instance arbitrale ne peut s'engager que si l'arbitre est bien compétent. La contestation de la compétence relève de la règle dite de *compétence-compétence*.

A. Cette règle est largement répandue dans le droit comparé de l'arbitrage international comme dans le droit conventionnel ou les règlements des institutions arbitrales. Mais elle y prospère sous la forme banale de

⁷ Cass. Civ. 1re., 28 mai 2003, *Cimat*, *Rev. crit. DIP*, 2002. 758, note N. Coipel-Coronnier, *Rev. arb.* 2003. 397, note D. Cohen.

l'*effet positif* qui consiste à reconnaître à l'arbitre la compétence pour statuer sur sa propre compétence, c'est-à-dire sur la validité ou l'efficacité de son investiture à l'égard d'un plaideur qui la conteste. Il n'y a rien de paradoxal à ce que l'arbitre se prononce sur cette question, même si les éléments qui lui sont soumis doivent l'amener à conclure qu'il ne peut connaître de l'affaire – pas plus qu'il n'est paradoxal que le cordonnier conclue à son inaptitude à intervenir si on lui demande, non pas de ressembler une chaussure, mais de repriser une chaussette. A la vérité, cette habilitation à prononcer sur sa propre compétence est d'autant plus facilement acceptable dans le cas de l'arbitre qu'il ne lui est demandé que d'apprécier la clause d'arbitrage, étant donné le principe d'autonomie qui la sépare du contrat principal. S'il n'y avait cette autonomie, l'arbitre pourrait sans doute encore bénéficier de l'effet positif de la compétence-compétence, mais dans des conditions plus troublantes, lorsque la contestation de son titre reposerait sur la nullité alléguée du contrat principal et l'obligerait à préjuger le fond pour régler la procédure. Ainsi l'autonomie facilite l'exercice du contrôle de sa compétence par l'arbitre en disqualifiant le grief que l'on pourrait tirer de la nullité du contrat principal.

Au demeurant, cette règle de compétence-compétence recoupe les exigences de justice procédurale ; en effet, dénier à l'arbitre la possibilité de statuer lui-même sur la question de sa compétence, c'est contraindre le demandeur, qui croit en cette compétence, d'en rechercher la confirmation auprès d'un tribunal étatique, tandis que le défendeur n'aurait qu'à attendre l'issue de ce recours, alors que c'est lui qui, en critiquant la convention d'arbitrage, a pris l'initiative du contentieux de la compétence: en principe c'est à celui qui invoque la nullité d'un acte qu'il incombe d'en établir les vices ; ici, le caractère préjudiciel de la question aboutirait à une inversion des positions procédurales des parties et les charges de l'allégation et de la preuve seraient transférées à l'autre partie et, de plus, le règlement du litige au fond serait ralenti. Ce ne serait pas équitable et ce ne serait pas opportun de récompenser ainsi les manœuvres dilatoires du défendeur.

B. Cet effet positif est dans le droit français de l'arbitrage international doublé et renforcé d'un *effet négatif* qui n'offre à l'arbitre aucune prérogative supplémentaire et qui ne s'adresse pas directement à lui, mais au juge étatique saisi d'un litige devant lequel la compétence arbitrale est revendiquée par le défendeur. Le cas ordinaire est celui de l'exception d'ar-

bitrage. Lorsque celle-ci est soulevée, la règle française de l'arbitrage international reprend la solution de l'article 1458 du code de procédure civile et distingue ainsi deux hypothèses :

Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant la juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.

Soit l'instance arbitrale est déjà engagée et alors le tribunal saisi en second doit se dessaisir aussitôt sans connaissance au fond, sur la seule invocation de la convention d'arbitrage ; soit l'instance arbitrale n'est pas engagée et le tribunal étatique se déclare incompétent après s'être assuré qu'aucun vice n'entache la convention d'arbitrage d'une manière flagrante, évidente, manifeste au point d'avoir pu dissuader les parties d'user des possibilités que celle-ci était censée leur offrir. L'obligation de dessaisissement vise bien sûr à protéger le pouvoir de l'arbitre ; la réserve de la nullité manifeste vise à protéger les parties du risque de déni de justice, à leur garantir l'accès à la protection juridictionnelle de leurs droits lorsque l'irrégularité de la clause crève les yeux et qu'il est évident qu'elle n'échappera pas à l'arbitre auquel la question est renvoyée. Mais cette réserve ne concerne qu'un cas limite que la Cour de cassation interprète d'ailleurs très restrictivement⁸.

Il faut pour compléter le tableau et mettre en relief l'exclusion du juge étatique ajouter que la priorité reconnue à l'arbitre pour statuer sur sa compétence, est renforcée par l'irrecevabilité devant les tribunaux français de l'action déclaratoire tendant à titre principal à affirmer ou au contraire à dénier l'existence ou la validité ou l'efficacité de l'accord compromissaire⁹. Cette action qui, dans les pays ne connaissant que l'effet positif, est ouverte à la partie qui éprouve un doute sur son obliga-

⁸ Cass. Civ. 1re, 26 juin 2001, *ABS*, *Rev. arb.* 2001. 529, note E. Gaillard.

⁹ Cass. Civ. 1re, 5 mai 1999, *Zanzi*, *Rev. crit. DIP*, 1999. 546, note D. Bureau, *Rev. arb.*, 1999. 260, note Ph. Fouchard: « il résulte du principe de la validité de la clause d'arbitrage international ... et de celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence que la juridiction étatique est incompétente pour statuer à titre principal sur la validité de la clause d'arbitrage » ; v. aussi Cass. Civ. 1re, 16 octobre

tion de se soumettre à l'arbitrage, lui permet d'interroger le juge étatique avant de s'engager dans une instance arbitrale. Ce type d'action déclaratoire, exercée par l'une des parties, risque de se trouver en concurrence avec la demande que l'autre partie aura portée devant l'arbitre – ce qui laisse entrevoir le péril d'un conflit de décisions, soit que juge et arbitre se renvoient la balle, soit qu'au contraire chacun entende la garder... L'effet négatif rend inutile et, partant, irrecevable l'action déclaratoire et prévient ainsi la menace d'un conflit de décisions. Dans ce système, quant à l'appréciation du caractère opératoire de la clause, il n'ya pas de concurrence des compétences étatique et arbitrale et cette solution d'exclusion du juge étatique ou d'exclusivité de la compétence-compétence de l'arbitre donne naturellement toutes ses chances à l'arbitrage tout en rendant vaines les entreprises dilatoires du plaideur de mauvaise foi.

Ainsi, à ce niveau du contrôle de la validité de la convention d'arbitrage, se vérifie nettement l'hypothèse de l'autonomie de l'instance arbitrale. Il apparaît en effet que ces solutions constituant cet effet négatif, si caractéristique du droit français de l'arbitrage international, élèvent un rempart derrière lequel l'institution arbitrale se met à l'abri des appétits de l'institution judiciaire étatique. Alors que, par exemple, de droit anglais qui cultive une conception différente, ne conçoit pas que la convention d'arbitrage puisse « selon la *Common Law* priver les juges de leur juridiction ». Faut-il aller jusqu'à conclure que le droit français de l'arbitrage international conçoit celui-ci comme essentiellement étranger à la juridiction étatique, le renvoyant à un *ordre juridique arbitral* transnational, extra-étatique et partant dégagé de toute subordination par rapport à l'ordre juridique français? On verra dans quelques instants à propos d'autres questions que des liens assez étroits existent en réalité entre cette institution arbitrale et l'appareil judicario-coercitif français ; mais, même s'agissant du problème de la compétence-compétence, il faut relever à l'encontre des partisans de la complète autonomie que celle-ci n'est pas toujours respectée. L'effet négatif est fondé sur une extension de l'article 1458 du code de procédure civile à l'arbitrage international, et cette extension est globale : elle porte non seulement sur les deux premiers alinéas, qui assurent la priorité de l'arbitre, mais aussi sur le troisième alinéa qui énonce, il faut le rappeler, que

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.

Cette solution qui ne permet de sanctionner l'effet négatif et d'imposer le dessaisissement du juge étatique que si une des parties le demande ne correspond pas à celle de l'article 92 du même code de procédure civile qui autorise le juge à relever d'office son incompétence, même au stade de l'appel ou de la cassation, lorsque l'affaire échappe à la connaissance de la juridiction française. Or, ce pouvoir d'office qui, d'après la Cour de cassation appliquant l'article 1458, n'appartient pas au juge, n'est conféré que pour respecter l'indépendance des ordres juridictionnels. Il faut donc croire que le fameux ordre juridique arbitral n'est pas tout à fait indépendant de l'ordre juridictionnel français.

2. Faut-il insister sur ce point? Il est trop connu que le juge étatique est assez volontiers appelé à se mêler de l'arbitrage dès que celui-ci éprouve des difficultés de fonctionnement. Le juge d'appui fait la preuve de cette liaison entre prétendu ordre arbitral et ordre étatique. Il n'est pas nécessaire de développer ce point. Mais il est tout de même permis de signaler une décision intéressante et importante encore que rendue sur une hypothèse plutôt rare, celle du *déni de justice*. Cette affaire opposait l'Etat d'Israël à la société iranienne NIOC et a été tranchée par la Cour de cassation le 1^{er} février 2005. Elle est tout à fait caractéristique de la sollicitude de l'ordre juridique français à l'égard de l'arbitrage international.

Au départ de cette affaire il y a un contrat de travaux publics entre Israël et la National Iranian Oil Company. Ce contrat stipule qu'en cas de différend chaque partie désignera un arbitre et que si ces arbitres ne parviennent pas à s'entendre sur le choix d'un troisième arbitre, la nomination de celui-ci sera demandée au président de la Chambre de Commerce internationale de Paris. Un litige survient en 1994, mais l'Etat d'Israël refuse de désigner un arbitre tandis que NIOC souhaite aller effectivement à l'arbitrage. L'Etat d'Israël ne peut être contraint à cette désignation en raison de l'état de belligérance où il se trouve alors à l'égard de la République iranienne ; cet état de belligérance l'oblige en effet à refuser aux ressortissants iraniens l'accès à ses propres tribunaux et à refuser aussi la reconnaissance et l'exécution aux décisions iraniennes: il est donc inutile de s'adresser aux juges d'Israël ou à ceux d'Iran. C'est alors que NIOC, constatant l'impasse au Moyen Orient, se souvient de cette stipulation de la convention d'arbitrage prévoyant le concours du président de la Cham-

bre de Commerce international de Paris et, s'appuyant sur ce modeste contact ainsi établi avec la France, se tourne vers les juridictions françaises pour obtenir, non pas la nomination du troisième arbitre, mais la désignation de l'arbitre qu'Israël refuse d'effectuer. Après bien des hésitations et des rebondissements, la Cour d'appel de Paris procède par arrêt du 8 novembre 2001 à la nomination de l'arbitre *ex parte* Israël. Cet arrêt est déféré à la Cour de cassation qui rejette le pourvoi¹⁰ aux motifs que

l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6. 1 de la convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France;

Que l'arrêt attaqué ayant relevé que la société NIOC était, en l'état de la jurisprudence de la Cour suprême de l'Etat d'Israël, dans l'impossibilité de saisir les tribunaux israéliens ou iraniens pour nommer un arbitre à la place de l'Etat d'Israël qui s'y refusait, dès lors que cet Etat avait expressément déclaré ne pas reconnaître leur compétence respective pour y procéder, que cette impossibilité était générale et durable, et, enfin que le lien avec la France, même s'il était ténu, comme résultant du choix par les parties du président de la CCI de Paris pour une désignation éventuelle d'un troisième arbitre, était le seul dont la société NIOC pouvait utilement se prévaloir pour assurer la réalisation de leur commune volonté de recourir à l'arbitrage, la cour d'appel en a exactement déduit que cet état de fait constituait, pour la société NIOC un déni de justice justifiant la compétence internationale du juge français; qu'en jugeant que le président du tribunal de grande instance en se déclarant incompétent pour statuer, avait méconnu l'étendue de ses pouvoirs et commis ainsi un excès de pouvoir négatif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Pareille motivation, pour ainsi dire ciselée par la première chambre civile, mériterait de longs commentaires et, d'ailleurs, elle n'y a pas échap-

¹⁰ Cass. Civ. 1re, 1re février 2005, *Rev. crit.* 2006. 140, note T. Clay, *Rev. arb.* 2005. 693, note H. Muir Watt, D. 2005. 2727, note S. Hotte, *Gaz Pal* 27-28 mai 2005, p. 37 note F.-X. Train.

pé. Mais ici il suffit pratiquement de relever le caractère ténu et, peut-être même, moins que ténu, quasiment insignifiant, du lien avec l'ordre juridictionnel français, qui n'était d'ailleurs pas celui du lieu de l'arbitrage. Certes, le raisonnement souligne l'impossibilité de trouver des juges ailleurs, mais la France n'a pas reçu vocation de se porter au secours des plaideurs du monde entier en mal d'arbitre. De fait, il a fallu soutenir la décision d'une salve d'arguments lourds: ordre public international, article 6.§1 de la CEDH, déni de justice, qui rendaient ainsi plus pressante l'intervention secourable des tribunaux français. Ce qu'il convient de souligner surtout ici, au delà de la consécration un peu inattendue d'un nouveau droit fondamental, le *droit à l'arbitre*, c'est cette merveilleuse disponibilité de l'ordre juridique français envers les arbitrages en péril. Voici donc l'ordre juridictionnel français rivalisant avec les ONG, Médecins sans frontières, Reporters sans frontières, *Tribunaux sans frontières*! C'est peu de dire que cet ordre juridique étatique ne se désintéresse pas de l'arbitrage commercial international; bien au contraire, il veille sur eux, comme une mère sur ses propres enfants, voire sur les enfants de ses amies.

Dès lors, il est permis de remarquer que l'autonomie de l'instance arbitrale est toute relative et qu'il est bien difficile à cette dernière de prospérer sans l'assistance et l'autorité de l'appareil judicario-coercitif de l'Etat –alors même que les difficultés à vaincre à ce stade ne touchent pas encore à l'exécution de la sentence.

Au demeurant, ce concours de la puissance de l'Etat suggère un rapprochement de l'autonomie de l'arbitrage avec l'autonomie contractuelle. Le droit moderne respecte l'autonomie des parties, la liberté contractuelle, sans s'interdire cependant, à tout le moins, de veiller au développement de la relation contractuelle et à en garantir le caractère obligatoire; de même le droit moderne respecte l'autonomie arbitrale, la liberté des parties, sans s'interdire cependant de veiller au développement de la relation arbitrale et à en garantir le caractère obligatoire. D'un côté comme de l'autre, cette puissance de l'Etat est encore, même dans le droit français, l'*ultima ratio*.

Cette observation porterait à conclure qu'il n'y a pas plus d'ordre juridique arbitral indépendant qu'il n'y a d'ordre juridique contractuel indépendant de l'ordre juridique étatique. Cependant, cette proposition établie en ce qui concerne l'instance ne l'est pas encore en ce qui concerne la sentence arbitrale.

III. LA SENTENCE ARBITRALE. RECONNAISSANCE D'UNE SENTENCE ANNULÉE

1. La facilité serait ici de s'appesantir sur la nécessité pour le bénéficiaire de la sentence de s'en remettre à l'ordre juridique étatique lorsqu'il ne peut obtenir de son adversaire une exécution volontaire de la condamnation. Seule la puissance de l'Etat permet alors de vaincre la résistance du récalcitrant. La dépendance de l'arbitrage international est ici évidente. Cependant, il est vain de prétendre enfoncer ici et maintenant une porte aussi largement ouverte. Au demeurant, ce n'est pas cet aspect qui a agité ces derniers temps la jurisprudence et la doctrine françaises et qui a apporté aux *Illuminati* une nouvelle occasion de défendre leurs thèses les plus avancées sur l'autonomie de l'arbitrage international. Le réamorçage de la discussion qui va être évoquée est imputable à un arrêt qui est venu clore ce qu'un auteur a appelé les *années Ancel*¹¹, du nom du président de la première chambre civile de la Cour de cassation, qui a été ces dernières décennies un des magistrats les plus créatifs dans le domaine de l'arbitrage. Mais cet arrêt *Putrabali* du 29 juin 2007¹² n'est pas spécialement innovant; à vrai dire il ne fait que reprendre une solution déjà donnée dans la célèbre affaire *Hilmarton* où, au bénéfice du libéralisme du droit français de la reconnaissance des sentences plus favorable que la convention de New York normalement applicable, il avait été jugé que

une sentence rendue en matière internationale dans un Etat étranger n'étant pas intégrée dans l'ordre juridique de cet Etat, son existence demeure établie malgré son annulation dans l'Etat du siège de l'arbitrage et sa reconnaissance en France n'est pas contraire à l'ordre public international¹³.

¹¹ Lazareff, S., Hommage à un magistrat, *Les cahiers de l'arbitrage*, 07/3, *Gaz Pal*, 21-22 nov. 2007, p. 3. Dans la même intention, un autre commentateur parlera de *doctrine Ancel*: Clay, T., *JDI* 2007. 1236, spéc. p. 1240. Il va de soi que les éloges que véhiculent ces formules et d'autres ne sont pas offerts en partage aux homonymes de leur destinataire.

¹² *Bull. civ.* I, num. 250, p. 217, *Rev. arb.* 2007.507, rapport J.-P. Ancel, note E. Gaillard; *P.A.* 2007, n° 192, p. 20, note M. de Boissésou; *D.* 2007, actu. jur. 1969, note X. Delpech; *JDI* 2007.1236, note T. Clay; *Gaz. Pal.* 21-22 novembre 2007, num. 326, p. 14, note Ph. Pinsolle; *JCP* 2007 I 216, obs. Ch. Seraglini; v. aussi Synvet, H., in « Bilan et perspectives », 3e partie, *Cahiers de l'actualité Rép. Dr. Int.* Dalloz 2008-1, p. 22, *adde* Ancel, J.-P., « L'arbitrage: une juridiction internationale autonome », *RJDA* 2007.883, Bollée, S., *Rev. crit. DIP* 2008, à paraître.

¹³ Cass. Civ. 1re 23 mars 1994, *Hilmarton*, *Rev. crit. DIP*, 1995.356, note B. Oppetit, *JDI* 1994. 701, note E. Gaillard, *Rev. arb.*, 1994. 327, note Ch. Jarrosson.

La solution comme sa motivation avait pu susciter certaines perplexités. C'est donc en des termes nouveaux qu'elle est aujourd'hui réitérée.

Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées; qu'en application de l'article VII de la Convention de New-York du 10 janvier 1958, la société Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2001 conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger.

Ainsi une sentence qui a été annulée dans le pays du siège de l'arbitrage peut néanmoins être reconnue en France dès lors que l'article 1502 du code de procédure civile ne compte pas l'annulation de la sentence comme cause de refus de reconnaissance. En l'espèce, la sentence en question qui résultait d'un arbitrage IGPA (*International General Produce Association*) avait été annulée par le juge anglais du lieu du siège selon une procédure de recours prévue par la loi anglaise d'arbitrage. Cette décision anglaise avait conduit au prononcé d'une nouvelle sentence – dans un sens contraire de celui de la précédente – mais la reconnaissance de la première avait été jugée faire obstacle à l'exequatur de la seconde demandé ultérieurement¹⁴.

2. La solution est à certains égards assez fâcheuse parce qu'elle peut amorcer entre France et Angleterre (et d'autres pays qui refuseraient la reconnaissance d'une sentence annulée) un jeu de va-et-vient par dessus les frontières : Rena Holding, bénéficiaire de la sentence reconnue, étant contraint de payer à l'étranger ce dont il a été libéré en France, s'efforcera ensuite de récupérer en France ce qu'il aura versé à l'étranger et ainsi de suite. C'est l'harmonie des solutions qui est en cause.

Par ailleurs, cet objectif du droit international privé que partage en principe le droit du commerce international est sacrifié à une conception assez dogmatique de l'arbitrage commercial international et de son

¹⁴ Cass. Civ. 1re, 29 juin 2007, *Putrabali*, num. 06-13293, *Bull. civ. I*, num. 251, p. 219.

autonomie. L'arrêt souligne l'extranéité de la sentence arbitrale par rapport aux ordres juridiques étatiques en le disant clairement et aussi en qualifiant la sentence de *décision de justice internationale*. La formule n'est pas plus mauvaise que celle de l'arrêt *Hilmarton* évoquant la non-intégration de la sentence dans l'ordre juridique de l'Etat où elle a été rendue; cette délocalisation n'a rien de révolutionnaire si elle conduit seulement à réserver l'appréciation de la régularité de la sentence « aux pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées ». Mais il ne faut pas essayer de faire dire à ces formules plus que ne disent les mots qui les composent. L'arrêt n'affirme pas l'existence d'un ordre juridique arbitral distinct et concurrent des ordres juridiques étatiques. Il n'y a pas lieu de contester que la sentence est une décision de justice si elle est réputée être un acte juridictionnel; et pourquoi lui refuser le qualificatif *internationale* si celui-ci est appliqué sans état d'âme particulier à une succession ou à un contrat que ses éléments relient à plusieurs ordres juridiques (nationaux)?¹⁵ S'ensuit-il par exemple qu'il faille admettre qu'il ya un ordre juridique contractuel autonome, distinct de l'ordre juridique étatique? Faut-il ranimer la question du contrat sans loi? Et la prolonger avec celle d'un arbitrage sans loi? L'arrêt *Putrabali* n'offre pas d'appui à une réponse positive. Au fond, il y est beaucoup moins question d'ordre juridique arbitral et d'autonomie de l'arbitrage international que de l'interprétation de l'article 1502 du nouveau code de procédure civile.

¹⁵ Comp. Bollee, S., note précitée.