



HAL
open science

Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage

Magali Boucaron-Nardetto

► **To cite this version:**

Magali Boucaron-Nardetto. Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2011. Français. NNT: . tel-00727123

HAL Id: tel-00727123

<https://theses.hal.science/tel-00727123>

Submitted on 2 Sep 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE NICE – SOPHIA ANTIPOLIS

FACULTÉ DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES ÉCONOMIQUES ET DE
GESTION

LABORATOIRE GREDEG UMR 6227 - CNRS

LE PRINCIPE COMPÉTENCE-COMPÉTENCE EN DROIT DE L'ARBITRAGE

Thèse présentée et soutenue publiquement pour l'obtention du doctorat en droit par

Magali BOUCARON, épouse NARDETTO

le 26 novembre 2011

JURY

Suffragants

Monsieur Éric LOQUIN

Professeur à l'Université de Bourgogne – Doyen honoraire de la
Faculté de droit de Dijon

Monsieur Charles JARROSSON

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) – Rapporteur

Monsieur François-Xavier TRAIN

Professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense
(Paris X) – Rapporteur

Monsieur Yves STRICKLER

Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis

Directeur de recherche Monsieur Jean-Baptiste RACINE

Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis

L'université de Nice – Sophia Antipolis n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Ma reconnaissance s'adresse tout d'abord à M. le Professeur Jean-Baptiste RACINE qui a accepté de diriger cette thèse. Tout au long de ces années, il a été un guide sûr, exigeant et présent. Par nos discussions, dans lesquelles il exerce un art proche de la maïeutique, il a su faire advenir ce qui était en germe dans mon esprit. Pour tout cela, je le remercie infiniment.

Montesquieu a dit : « [l]orsqu'on a de bons maîtres et de bons livres, la moitié du chemin est parcourue ». Grâce aux écrits de MM. les Professeurs Éric LOQUIN, Charles JARROSSON, François-Xavier TRAIN et Yves STRICKLER, mon chemin aura été raccourci de moitié. Qu'ils trouvent ici toute ma gratitude.

Je remercie également l'ensemble de mes proches pour leur soutien qui a été essentiel à la réalisation de ce travail. Leurs aides diverses, par leur patiente relecture, leurs conseils, leur soutien moral ou logistique, ou encore leur offre d'asile à l'hôtel *Regina* ou au Luxembourg, auront été précieuses. A vous tous, infiniment merci.

Enfin, car cette thèse est également le fruit d'une aventure familiale, je tiens à remercier de tout mon cœur mon compagnon de route et mon fils pour chaque jour passé à leur côté, ici ou ailleurs, ensemble sur cette « *vagabonde* » à découvrir le monde. Puissent ces quelques pages vous offrir un aperçu du monde juridictionnel qui vous entoure.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>Arb. Int.</i>	<i>Arbitration International</i>
<i>Arb. Journ.</i>	<i>Arbitration Journal</i>
Art. ou art.	Article
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse
BGH	Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice allemande)
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
<i>Bull. ASA</i>	<i>Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage</i>
<i>Bull. CCI</i>	<i>Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française, chambres civiles</i>
c.	Contre
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
CA	Cour d'appel
CAMP	Chambre Arbitrale Maritime de Paris
CAP	Chambre Arbitrale Internationale de Paris
<i>Cah. Arb.</i>	<i>Les cahiers de l'arbitrage</i>
Cass. civ. 1 ^{ère}	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. civ. 2 ^{ème}	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCC	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CCI	Chambre de commerce internationale
CEPANI	Centre belge d'arbitrage et de médiation
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950
CCIG	Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève
CIJ	Cour internationale de Justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
devenue CJUE	devenue Cour de justice de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPIJ	Cour permanente internationale de justice
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire de Notariat Defrénois</i>
<i>DMF</i>	<i>Droit maritime français</i>
<i>Dr. et cult.</i>	<i>Droit et culture, revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire</i>
éd.	Edition
Ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
<i>G.A.</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
HC	High Court of Justice (Haute Cour)
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>ICSID Rev.</i>	<i>ICSID Review – Foreign Investment Law Journal</i>
<i>ILM</i>	<i>International Legal Materials</i>

<i>Infra</i>	ci-dessous
<i>Iran-U.-S. CTR</i>	<i>Iran – United-States Claim Tribunal Reports</i>
<i>J. Int'l Arb.</i>	<i>Journal of International Arbitration</i>
<i>J.-Cl.</i>	<i>Juris-Classeur</i>
<i>JCP E</i>	<i>Semaine juridique, édition entreprise</i>
<i>JCP G</i>	<i>Semaine juridique, édition générale</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international</i>
Loi type CNUDCI	Loi type en matière d'arbitrage adoptée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international
LCIA	The London Court of International Arbitration
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (Suisse)
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
n°	Numéro
NDLA	Note de l'auteur
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
<i>op. cit.</i>	Ouvrage cité
p.	Page, pages
<i>Procédures</i>	<i>Revue Procédures</i>
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RDAI</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. hell. dr. int.</i>	<i>Revue hellénique de droit international</i>
<i>Rev. suisse dr. int. dr. eur.</i>	<i>Revue suisse de droit international et de droit européen</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civile</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>Rev. trim. Dr. eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de Droit européen</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
s.	suivant, suivants
spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	ci-dessus
t.	Tome
T. conf.	Tribunal des conflits
TAS	Tribunal Arbitral du Sport
TBI	Traité bilatéral de protection des investissements
TGI	Tribunal de grande instance
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
<i>Trav. Com. fr. DIP</i>	<i>Travaux du Comité français de droit international privé</i>
Trib. Arb. CIRDI	Tribunal arbitral constitué sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
WBR	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Code de procédure civile néerlandais)
ZPO	Zivilprozessordnung (code de procédure civile allemand)

SOMMAIRE

Une table des matières détaillées figure à la fin de l'ouvrage.

INTRODUCTION.....	7
PREMIERE PARTIE.- L'EFFET NEGATIF DE LA COMPETENCE-COMPETENCE	49
Titre 1.- La règle de l'effet négatif.....	53
Chapitre 1.- Les fondements positifs	55
Chapitre 2.- Les fondements axiologiques.....	126
Titre 2.- La mise en œuvre de l'effet négatif.....	177
Chapitre 1.- Le champ d'application de l'effet négatif.....	179
Chapitre 2.- La décision de mise en œuvre de l'effet négatif	257
DEUXIEME PARTIE.- L'EFFET POSITIF DE LA COMPETENCE-COMPETENCE DES TRIBUNAUX ARBITRAUX.....	293
Titre 1.- Les fondements de l'effet positif du principe compétence-compétence	327
Chapitre 1.- L'ordre juridique de rattachement de l'effet positif.....	328
Chapitre 2.- Identification du fondement de l'effet positif au regard de la nature hybride de l'arbitrage.....	358
Titre 2.- La mise en œuvre de l'effet positif du principe compétence-compétence.....	383
Chapitre 1.- Le tribunal arbitral, titulaire de l'effet positif	384
Chapitre 2.- Le procès arbitral de la compétence.....	403
Chapitre 3.- La décision arbitrale sur la compétence.....	448
TROISIEME PARTIE.- L'EFFET POSITIF DE LA COMPETENCE-COMPETENCE DES JURIDICTIONS ETATIQUES.....	465
Titre 1.- L'existence du pouvoir des juridictions publiques de juger de la compétence juridictionnelle générale.....	469
Chapitre 1.- L'existence du contrôle de la compétence à travers la sentence.....	470
Chapitre 2.- L'étendue du contrôle de la sentence statuant sur la compétence	522
Titre 2.- La mesure du pouvoir des juridictions françaises de juger de la compétence juridictionnelle générale.....	559
Chapitre 1.- La prise en compte totale du contrôle dans l'ordre juridique français....	562
Chapitre 2.- La prise en compte du contrôle dans l'ordre arbitral	586
CONCLUSION GENERALE	615
BIBLIOGRAPHIE	621
INDEX	657
TABLE DES MATIERES	667

INTRODUCTION

"No man is an island, entire of itself.
Every man is piece of the continent, a part of the
main"¹.

« Permettez-moi de récupérer cette vision
et de vous suggérer qu'elle s'applique aussi aux
acteurs de l'ordre international. Il faut donc
travailler à instaurer, dans chacune des instances
judiciaires internationales, la conscience de
n'être qu'une partie d'un tout et jamais une fin en
soi »².

1. Principe « *fondamental* »³, « *fondateur* »⁴, « *cardinal* », « *éculé* »⁵, « *sacro-saint* »⁶ du droit de l'arbitrage, quel juriste n'a pas croisé sur son chemin le principe compétence-compétence, « *pièce angulaire* » de la matière ? Toutefois, qui, sans hésiter, peut le définir ? Sous cette formule au premier abord obscure, impénétrable, le principe compétence-compétence désignerait tout simplement la possibilité reconnue au tribunal arbitral de juger de sa compétence. Mais, à y regarder de plus près, le principe compétence-compétence n'a que les apparences de l'évidence. Rapidement, de nombreuses approximations apparaissent. Si tout le monde s'accorde sur ce principe « *universel* », personne ne sait sur quoi : *Kompetenz-Kompetenz* ou compétence de la compétence ? *Pouvoir* ou *compétence* prioritaire du tribunal arbitral pour connaître de sa compétence, de son investiture ou de son pouvoir juridictionnel ? Un halo d'imprécision entoure son sens et sa fonction. Pire, il est difficile d'identifier à quel stade du processus arbitral est rattachée cette règle : la convention d'arbitrage ou l'instance arbitrale ? Les manuels adoptent des classifications différentes⁷. Le principe compétence-compétence est un objet d'étude fuyant. Il

¹ John DONNE, "For Whom The Bell Tolls", in *The Complete Poetry and Selected Prose*, Modern Library Inc., 2001.

² Son Excellence M. Gilbert GUILLAUME, Président de la CII, discours du 27 octobre 2000 prononcé devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies.

³ J. SEKOLEC and N. ELIASSON, « The Uncitral Model Law on Arbitration and the Swedish Arbitration Act: A Comparison », in L. HEUMAN and S. JARVIN, *The Swedish Arbitration Act Of 1999 Five Years On: A Critical Review Of Strengths And Weaknesses*, Symposium Proceedings, University of Stockholm, October 2004, 2006, p. 171, spéc. p. 195.

⁴ J.-P. ANCEL, « La Cour de cassation est les principes fondateurs de l'arbitrage international », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 161.

⁵ X. DELPECH, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 2009, *Laviosa c. Afitec*, D., 2009.557.

⁶ E. SILVA ROMERO, note sous sentence CCI n° 10671 rendue en 2000, *JDI*, 2005.1268, p. 1276 ; in J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAIS, D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (2001-2007)*, ICC Publishing ; Kluwer Law International, 2009, p. 689.

⁷ Cf. par ex. M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préface de P. BELLET, 2^e éd., Paris, GLN-Joly, 1990 : l'étude du principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage interne est réalisée aussi bien dans la partie consacrée à la convention d'arbitrage, que dans la partie consacrée à l'instance arbitrale.

brouille les cartes. « *This mux-vexed principle possesses a chameleon-like quality that changes color according to the national and institutional background of its application* »¹. Le principe compétence-compétence serait-il un principe *caméléon* ?

Dès l'abord, il convient d'opérer une mise en garde, conséquence du caractère caméléon du principe compétence-compétence. Si, légitimement, le lecteur peut s'attendre à se plonger dans la seule analyse de cette règle procédurale reconnaissant à l'arbitre, comme à tout juge, la possibilité de juger de sa compétence, ce n'est que le sujet apparent de la présente étude. Le principe compétence-compétence a connu une évolution en droit français de l'arbitrage. Il a muté en un mécanisme de résolution des conflits de compétence reposant sur la coordination d'un pouvoir commun que juges et arbitres détiennent, celui de juger de leur compétence. Aussi le sujet réel de l'étude porte-t-il sur les conflits de compétence entre justice arbitrale et justice d'État.

Cette évolution dicte le plan de notre introduction. Nous présenterons tout d'abord le sens originaire du principe compétence-compétence (I), puis son évolution en droit français de l'arbitrage (II), conduisant à ce que le sens premier du principe soit intégré dans un mécanisme plus vaste.

I.- Le sens premier du principe compétence-compétence

2. Un temps confondu avec le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal², le sens premier – classique ou « *primitif* »³ – du principe compétence-compétence est aujourd'hui parfaitement identifié. A l'opposé de sa dénomination énigmatique, la question à laquelle le principe compétence-compétence apporte une réponse est simple. Le cœur du sujet est de déterminer si un tribunal arbitral, comme tout juge, peut juger de sa compétence, s'il peut connaître de ce moyen de défense au procès des plus classiques, l'exception de procédure consistant à dire que le juge saisi n'est pas le bon :

¹ W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *ICCA Congress Series No. 13, International Arbitration, 2006 Back to Basics ?* The Hague, Kluwer, 2007, p. 55. Soulignant également la diversité des « versions » de la compétence-compétence et en identifiant trois conceptions distinctes, F. GONZALEZ DE COSSIO, « La ironía de competencia-competencia », in *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*, La Ley, 2010, p. 521, spéc. p. 523.

² R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 265, n° 209 et p. 396, n° 309 ; W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, pp. 60 et s. On signalera que ces règles sont encore confondues en droit américain ou mexicain (cf. F. GONZALEZ DE COSSIO, « Compétence-compétence à la mexicaine et à l'américaine : une évolution douteuse », *Gaz. Pal.*, 13 au 17 juill. 2007, p. 27). La doctrine anglo-saxonne insiste fréquemment sur leurs liens, cf. notamment G. A. BERMANN, « Le rôle respectif des cours et des arbitres pour déterminer la compétence arbitrale », *APD*, 2009, t. 52, p. 121 ; N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Student Version, Oxford University Press, 2009, p. 344 (traitant de la règle d'autonomie de la clause compromissoire dans le cadre de la contestation de la compétence) et insistant sur leurs liens, p. 348, n° 5.105 ; R. B. DAVIDSON, « Recent U.S. Cases Affecting the Power of an International Arbitral Tribunal to Determine its own Jurisdiction », in L. HEUMAN and S. JARVIN, *The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: A Critical Review of Strengths and Weakness*, *op. cit.*, p. 61, traitant principalement de la règle d'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal.

³ La formule est de W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, p. 6.

l'exception d'incompétence¹. Le principe compétence-compétence y apporte une réponse affirmative. Aussi peut-on y voir la simple transposition au domaine de l'arbitrage du principe de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence, reconnu au profit des juridictions d'État internes – juges judiciaires et administratifs². Loin d'être un « *concept spécifique* » du droit de l'arbitrage³, ce principe connaît également des ramifications en contentieux international public. Les juridictions publiques internationales – interétatiques – peuvent également statuer sur les exceptions d'incompétence en vertu d'une disposition prévue dans leur statut, généralement désignée sous l'expression « *Competence-competence* »⁴.

Pouvoir longtemps refusé au tribunal arbitral, formellement⁵ puis substantiellement – les arbitres ne pouvant juger que des contestations de l'étendue de la convention d'arbitrage, à l'exclusion de son existence et de sa validité⁶ –, la possibilité pour le tribunal arbitral de juger de sa compétence a été pleinement reconnue en 1980 par l'article 26 du décret n° 80-354 du 14 mai 1980, intégré au Code de procédure civile à l'article 1466, repris dans des termes quelque peu différents par l'actuel article 1465 CPC tel qu'il résulte du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage⁷.

Ainsi, quelle que soit l'appellation de la règle, compétence-compétence en droit de l'arbitrage ou en droit international public, principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence pour les juridictions françaises, l'idée est la même : tout juge, privé ou public, est juge de sa compétence ; il peut donc connaître de ce moyen de défense, l'exception d'incompétence.

3. On pourra s'étonner de la référence à l'expression de « *compétence de la compétence* », expression récemment introduite en droit français, à l'origine inconnue du droit

¹ V° « Compétence-compétence », in O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Rennes, PUR, Didact Droit, 2011 : « règle classique de procédure arbitrale selon laquelle l'arbitre a compétence pour statuer sur sa propre compétence ».

² Cf. *infra*, n°s 426 et s.

³ *Contra*, O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 18.

⁴ Cf. *infra*, n°s 422 et s.

⁵ CA Paris, 13 mars 1808, v° « Arbitrage-Arbitre », extraits in *Jur. Gén.*, n° 984, spéc. note n° 2, p. 59 ; CA Turin, 23 janv. 1813, v° « Arbitrage-Arbitre », extraits in *Jur. Gén.*, n° 984, spéc. note n°2, p. 59 : « [a]ttendu qu'il est de principe que les arbitres ne peuvent connaître des exceptions d'incompétence qui leur sont opposées ».

⁶ Sur l'historique, cf. J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, préface J. VINCENT, LGDJ, 1965, pp. 215 à 238. Doctrine rejetant anciennement ce pouvoir, É.-A. BARTIN, *Principes de droit international selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat-Montchrestien, 1930, p. 406, n° 164 ; E. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, t. 5, 3^e éd., 1936, n° 1816.

⁷ De man. gén., sur la réforme du droit français de l'arbitrage, E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, 2011.175 ; E. KLEIMAN et J. SPINELLI, « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *Gaz. Pal.*, 27 janv. 2011, p. 9 ; B. MOREAU, « Le décret du 13 janvier 2011 relatif à l'arbitrage interne et international », *RJC*, mars/avril 2011, n° 2 ; Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011.5 ; E. GAILLARD, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. Arb.*, 2011.263 ; E. LOQUIN, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », *RTD com.*, 2011.255 ; T. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. Arb.*, 2011.331, E. SCHWARTZ, « The new French arbitration decree: the arbitral procedure », *Cah. Arb.*, 2011.349 ; Ch. SERAGLINI, « L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret no2011-48 du 13 janvier 2011 », *Cah. Arb.*, 2011.375.

judiciaire français. L'expression, qui fait figure de nouveauté en comparaison de l'histoire multiséculaire de l'arbitrage, serait-elle propre au droit de l'arbitrage ?

Etonnamment, les recherches sur l'origine de la « formule »¹ de « *compétence-compétence* » nous mènent loin du droit de l'arbitrage, sur les terres du droit constitutionnel et des sciences politiques. La *Kompetenz-Kompetenz* est l'une des multiples définitions proposées par la doctrine allemande du XIX^e siècle de cette notion si « *complexe* », « *discutée* »² et « *polémique* »³ que celle de la souveraineté de l'État : « *est souverain le pouvoir qui dispose de la compétence de la compétence, autrement dit est souverain le pouvoir qui peut librement définir l'étendue de sa propre compétence, qui dispose donc d'une plénitude de compétences* »⁴. Cette expression, dont « [l]a paternité [...] est discutée »⁵ entre Georg Jellinek⁶ et Hermann Böhlau⁷, qui prend ses racines dans le fonctionnement de l'État fédéral allemand⁸, a été francisée sous l'expression de « *compétence de la compétence* » sous la plume d'un auteur constitutionnaliste suisse dès 1886⁹. Cette proposition de définition de la souveraineté, façonnée à l'aune du fédéralisme, constitue aujourd'hui encore l'une des définitions de référence « *les plus probantes* »¹⁰ de la notion, fréquemment utilisée. Elle connaît d'ailleurs un certain succès chez les spécialistes de droit européen concernant les questions de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États. La notion fait l'objet de vifs débats dans la doctrine divisée entre défenseurs d'une plus forte intégration européenne et défenseurs des prérogatives régaliennes, ces derniers rappelant avec force que l'Union européenne n'a pas la « *compétence de la compétence* », autrement dit qu'elle n'est pas souveraine¹¹. Seul l'État membre « *dispose de la maîtrise du pouvoir de répartition des compétences* »¹². L'invocation dans le débat de la notion de *Kompetenz-Kompetenz* traduit les difficultés actuelles à identifier avec précision la nature juridique de l'Union européenne,

¹ V° « Compétence », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011.

² V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., PUF, 2009, p. 16, n° 18.

³ G. JELLINEK, cité par V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 16, n° 18.

⁴ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 18, n° 20.

⁵ *Ibid.*

⁶ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, V. Giard et E. Brière, 1913, II, rééd. en 2005, Panthéon-Assas, p. 136.

⁷ H. BÖHLAU, *Kompetenz-kompetenz : Erörterung zum Art. 78 der verfassung de Norddeutschen Bundes*, Leipzig, 1869, cité par V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 18, n° 20. En ce sens, B. NABLI, « L'Union des États et les États de l'Union », *Pouvoirs*, 2007, n° 121, p. 113, spéc. p. 118, note n° 23.

⁸ L'expression de *Kompetenz-Kompetenz* désigne spécifiquement en droit constitutionnel allemand la procédure permettant la répartition des compétences entre l'État fédéral (Bund) et les entités fédérées (länder) organisée par l'article 79 de la Loi fondamentale allemande. C'est ce mécanisme qui donna lieu à l'étude faite par H. BÖHLAU (l'article 78 de la Constitution de la Confédération allemande du Nord du 24 juin 1867 stipule en son article 78 que « [d]es changements dans la Constitution s'opèrent par voie de législation ; mais dans le Conseil fédéral il faudra, pour ces modifications, une majorité des deux tiers des voix représentées »).

⁹ E. de BOREL, *Etude sur la souveraineté de l'État fédératif*, Berne, Impres. Staempfli, 1886, p. 34.

¹⁰ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 18, n° 20.

¹¹ Cf. notamment sur la question, F. HAMON, M. TROPPER, *Droit constitutionnel*, 30^e éd., LGDJ, 2007, pp. 322 et s., spéc. 324, n° 333.

¹² B. NABLI, « L'Union des États et les États de l'Union », *op. cit.*, p. 118.

« *objet politique non identifié* »¹ : organisation internationale, confédération, « *fédération d'États-Nations ou État fédéral* »² ?

La notion de *Kompetenz-Kompetenz* va connaître ensuite un certain succès en procédure civile allemande (*Gerichtsverfassungsrecht*) afin de désigner le pouvoir des juridictions allemandes de statuer sur leur propre compétence, sans que les autres pouvoirs, législatif et exécutif, ne puissent s'immiscer dans cette délimitation, en particulier afin de faire obstacle à un procès engagé contre l'administration. La *Kompetenz-Kompetenz* assure ainsi l'indépendance du pouvoir judiciaire. Elle change de fonction, outil au service de la théorie de la séparation des pouvoirs. L'expression connaît alors des développements en droit allemand de l'arbitrage³.

Ce rapide tour d'horizon des origines de l'expression « *Kompetenz-Kompetenz* » laisse apparaître que ces différentes acceptions ne comportent pas d'idées contradictoires. Mieux, il est possible de dégager une définition commune, générique, de la *Kompetenz-Kompetenz* en droit constitutionnel, interne et européen, et en droit processuel, procédure civile ou droit de l'arbitrage. La *Kompetenz-Kompetenz* désigne la faculté pour une autorité – politique (État, organisation internationale) ou juridictionnelle (juge étatique ou juge privé) – de délimiter par elle-même sa sphère d'activité, son champ d'intervention, bref son domaine de compétences : de quelles compétences l'État dispose-t-il ? Quel litige le juge va-t-il concrètement pouvoir juger ? Ainsi le dénominateur commun de l'expression de *Kompetenz-Kompetenz* est-il révélé. Il avait d'ailleurs été perçu dès l'origine par un auteur, définissant la notion comme « *le droit d'un être de déterminer librement sa compétence* »⁴. Les ramifications de la *Kompetenz-Kompetenz* en droit processuel allemand nous conduisent à constater que l'importation de l'expression allemande en droit de l'arbitrage par la doctrine française n'est pas une simple instrumentalisation du droit comparé : initialement, l'expression est également utilisée en droit allemand pour désigner le pouvoir que détient le juge de statuer sur sa compétence, étendu ensuite à l'arbitre.

4. **De la *Kompetenz-Kompetenz* à la compétence-compétence.** Toutefois, si le principe du droit de l'arbitrage trouve ses origines dans la formule allemande, il s'en éloigne sur un trait essentiel : le caractère temporaire ou définitif de l'appréciation faite par le juge – public ou privé – de sa compétence. La *Kompetenz-Kompetenz* allemande a en effet été initialement créée pour permettre aux juges de statuer sur leur compétence sans qu'une autorité extérieure, et notamment administrative, ne puisse les contrôler, gage de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Elle est donc considérée comme définitive. L'objectif de la doctrine spécialisée en droit de l'arbitrage n'était cependant pas de conférer au tribunal arbitral ce pouvoir définitif, sans possibilité de contrôle d'une autorité extérieure, et notamment des juges publics. La doctrine suisse, comparatiste, ayant mis en évidence les différences existant entre la *Kompetenz-Kompetenz* allemande définitive – qui « *impliquerait le pouvoir des arbitres de juger en dernier ressort et sans contrôle judiciaire aucun, de leur*

¹ B. NABLI, « L'Union des États et les États de l'Union », *op. cit.*, p. 119.

² Ch. LEBEN, « Fédération d'États-Nations ou État fédéral ? », *op. cit.* ; O. BEAUD, *La Puissance de l'État*, PUF, 1994.

³ M. ZELTER, *Die Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte*, 1961.

⁴ E. de BOREL, *Etude sur la souveraineté de l'État fédératif*, *op. cit.*

compétence »¹ – et la transposition que les juristes principalement français en ont faite en droit de l'arbitrage – permettant au tribunal arbitral de statuer sur sa compétence sans que sa décision ne soit pour autant définitive, laissant au contraire subsister le contrôle *a posteriori* des juridictions étatiques lors des voies de recours ouvertes contre la sentence arbitrale –, la communauté des spécialistes du droit de l'arbitrage, française comme étrangère, a alors préféré recourir à la traduction française de « *compétence-compétence* » afin de ne pas confondre ces deux règles distinctes. L'expression française de « *compétence-compétence* » s'imposa alors en France comme à l'étranger afin de désigner la possibilité pour l'arbitre de statuer sur sa compétence, étant entendu que ce pouvoir s'exerçait sous contrôle du juge public, ce dernier ayant le dernier mot dans l'appréciation de la compétence arbitrale².

Cette distinction a essaimé en droit positif. Aussi distingue-t-on aujourd'hui au sein même de l'arbitrage entre la *compétence-compétence* à la française, appréciation temporaire, « *relative* »³, de sa compétence par le tribunal arbitral, et la *Kompetenz-Kompetenz* allemande, possibilité reconnue au tribunal arbitral de statuer seul et définitivement sur sa compétence⁴. Cette dernière acception est aujourd'hui majoritairement écartée par les droits étatiques comme par la doctrine. Mais elle trouve à prendre une certaine place actuellement en présence de la volonté expresse exprimée en ce sens par les parties – sorte de convention spécifique doublant la convention d'arbitrage –, autrefois admise mais aujourd'hui écartée en droit allemand⁵, reconnue en droit américain⁶ et plus récemment en droit français de l'arbitrage international dans certaines circonstances⁷. La *compétence-compétence* est donc un mot français résultant de ces « *échanges linguistiques* », illustrant un cas où l'« *emprunt devient [...] français* »⁸, au regard de l'autonomie du sens qu'il revêt.

¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, LITEC, 1996, p. 410, n° 651.

² E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », in *Etudes de procédure et d'arbitrage, Mélanges Jean-François POUDRET*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne, 1999, p. 387, spéc. p. 389. Soulignant la différence entre la formule allemande et la formule française, F. GONZALEZ DE COSSIO, « La ironia de compétence-compétence », *op. cit.*, p. 522.

³ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant ; Paris, LGDJ ; Zurich, Schulthess, 2002, p. 407, n° 457.

⁴ F. GONZALEZ DE COSSIO, « La ironía de competencia-competencia », *op. cit.*, p. 523, définissant de la manière suivante cette version de la compétence-compétence : « *el arbitro es el juez de su competencia ; tiene la primera y ultima palabra sobre su competencia* » ; W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, p. 31, n'envisageant cette possibilité que si les parties ont par une clause spéciale renoncé aux recours contre la sentence.

⁵ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., Londres, Thomson, Sweet & Maxwell ; Zurich, Schulthess, 2007, p. 385, n° 457 ; D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, p. 338, n° 14-29. Cf. spécifiquement F. NIGGEMANN, *Rev. arb.*, 2006.234.

⁶ En droit américain : W. W. PARK, « Determining Arbitral Jurisdiction : Allocation of Tasks between Courts and Arbitrators », *American Review of International Arbitration*, 1997, p. 133 ; D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 329, n° 14-10. Elle serait également valable en droit suisse, en ce sens G. KAUFMANN-KOHLER et A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Berne, Weblaw ; Zurich-Bâle-Genève, Schulthess, 2006, p. 161, n° 446.

⁷ Art. 1522 al. 1^{er} CPC. Sur la question, cf. *infra*, n°s 685 et s.

⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, préface, p. VIII.

L'expression a été soumise à un processus original de « *francisation* », de « *naturalisation* »¹, avec des modifications.

5. Si donc l'on a coutume de rappeler que l'arbitrage est une institution millénaire et que de nombreux concepts de l'arbitrage sont pluriséculaires, l'histoire du principe compétence-compétence, principe pourtant « *fondamental* », contraste en la matière. En comparaison, il est un « *nouveau-né* ». Sous cette appellation sans doute. Mais cette nouveauté est un leurre, car la possibilité pour le tribunal arbitral de juger de sa compétence est une règle bien plus ancienne. Il en est fait peu de cas dans de nombreuses études historiques, sans doute car la règle n'était pas débattue². Mais d'éminents historiens ont récemment mis à jour l'ancienneté de la règle. On en retrouve les vestiges en droit romain, notamment dans le Digeste³. Aussi peut-on se demander pourquoi le droit français s'est référé à cette formule étrangère, alors qu'il connaît d'une règle équivalente en substance, ancienne, mais autrement désignée : le principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Ce principe est référencé aux *Adages du droit français*⁴. Sa présence est attestée dans l'Ancien droit, notamment dans l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye de 1667⁵, et trouve de nombreuses manifestations en droit positif, le plus souvent implicites et plus rarement explicites⁶. Ce principe était d'ailleurs appliqué à l'arbitre dès le début du XIX^e siècle⁷. Les arrêts les plus anciens qui reconnaissent la possibilité au tribunal arbitral de statuer sur sa compétence ne se fondent pas d'ailleurs sur la « *compétence de la compétence* », mais bien sur le principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence⁸. C'est également sur le fondement de ce principe que se prononçait la doctrine de l'époque⁹. La référence à la notion de « *compétence de la compétence* », apparue dans les années 1950 en droit français, intrigue. Pourquoi ne pas avoir transposé plus simplement à l'arbitrage le principe bien connu du droit judiciaire français selon lequel tout juge est juge de sa propre compétence ? Plus précisément, pourquoi ne pas avoir continué à s'y référer ? On pourra invoquer la spécificité de la matière, « *sécrit[ant] un vocabulaire juridique spécifique* »¹⁰. Mais l'expression est bien connue du droit international public. Sans doute deux raisons expliquent ce choix.

¹ *Ibid.* Cf. en ce sens également, la doctrine étrangère parlant de « *galicisme* » ou d'« *école française* » : F. GONZALEZ DE COSSIO, « La ironía de competencia-competencia », *op. cit.*

² Cf. par ex. J. FOURGOUS, *L'arbitrage dans le droit français aux XIII^e et XIV^e siècles*, thèse, Toulouse, Privat, 1906 ; F. DE MENTHON, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, thèse, Paris, 1926.

³ B. de LOYNES de FUMICHON et M. HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.*, 2003.285, p. 341, n° 42 : les auteurs déduisent le principe compétence-compétence du digeste (D. 4, 8, 21, 6) : « [i]l a, de fait, la compétence-compétence, car Ulpien nous dit qu'il est prudent, si l'on ne veut confier à l'arbitre que le règlement d'une seule affaire, de le mentionner expressément au compromis, sans quoi on peut craindre qu'il ne l'exerce sur tous les litiges opposant les parties » ; M. HUMBERT, « Arbitrage et jugement à Rome », *Dr. et cult.*, 1994, n° 28, p. 47, spéc. p. 54, l'auteur s'appuyant sur la thèse de C. WEIZSÄCKER, *Das Römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis*, Jur. Diss. Tübingen, 1879, p. 93.

⁴ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, LITEC, 1999.

⁵ Cf. notamment les articles I^{er} et III^e du titre VI de l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye de 1667.

⁶ Cf. *infra*, n°s 426 et s.

⁷ Cass. req., 28 juill. 1818, *Rosselly c. Abat*, *Journal du Palais*, 1818, 947, v° « Arbitre ».

⁸ *Ibid.*

⁹ RODIERE : « les arbitres, comme tout juge, même d'exception, peuvent statuer sur les contestations qui s'élèvent relativement à leur compétence », cité par C. JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier*, thèse, Montpellier, 2004, pp. 422-423.

¹⁰ O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. p. 15.

La première tient au mouvement naissant dans la doctrine française dans les années 1950, visant à ce qu'il soit reconnu au tribunal arbitral la possibilité de statuer pleinement sur sa compétence, et en particulier sur la validité et l'existence de la convention d'arbitrage, repoussant les limites posées à ce pouvoir par les juridictions étatiques. Le pouvoir du tribunal arbitral de juger de sa compétence était réduit à une peau de chagrin par la définition donnée de la compétence arbitrale¹. En effet, les juridictions publiques « *renâclaient à laisser l'arbitre juge de sa propre compétence* »² et se sont évertuées à réduire à néant les pouvoirs du tribunal arbitral en jouant sur les notions de compétence et d'investiture : le tribunal arbitral ne pouvait connaître que de sa compétence – définie comme l'étendue de la convention d'arbitrage –, et non pas de son investiture – assimilée à l'existence et la validité de la convention d'arbitrage –. Aussi, dès lors que l'une des parties contestait l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage, seules les juridictions publiques pouvaient connaître de la question. Afin de contrer ces restrictions au pouvoir du tribunal arbitral, la doctrine française s'est référée au concept allemand de *Kompetenz-Kompetenz*. L'expression allemande est plus simple et ramassée, plus frappante et lisible que la formule du droit français. Elle a le mérite de marquer les esprits dans un contexte où l'on cherchait à reconnaître au profit du tribunal arbitral ce pouvoir de la manière la plus complète. Le recours à cette « *formule puissante* », aurait donc été un véritable « *stratagème* » par « *l'utilisation [...] volontaire ou non, de données apocryphes de droit comparé [...]. Le sérieux de son expression, son prestige supposé, ont pu contribuer à l'acceptation du principe* »³.

La seconde raison du recours à l'expression de « *compétence de la compétence* » tient au fait que les spécialistes du droit de l'arbitrage sont généralement pétris d'une culture juridique tournée vers le droit international et le droit comparé⁴. Or, dans ces domaines, les ouvrages sur le pouvoir de statuer sur la compétence parus dans les années 1960 se réfèrent à la « *compétence de la compétence* », ou à l'expression allemande « *Kompetenz-Kompetenz* »⁵. C'est d'ailleurs sur ce fondement que Philippe Fouchard justifia le choix du recours à l'expression allemande : cette dernière est « *assez couramment usitée dans le langage juridique international* »⁶.

6. **Enjeu de la règle dans son sens originare.** La possibilité pour une juridiction de statuer sur sa compétence peut apparaître comme une banalité, une évidence. En effet, tout juge doit pouvoir connaître les moyens de défense qui lui sont opposés : exception de

¹ Cass. req., 2 août 1842, *Nattier c. Chanlin et Thierret*, *Journal du Palais*, 1842, 515.

² B. de LOYNES de FUMICHON, *Recherches sur l'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, thèse, Paris II, 2002, spéc. p. 5.

³ E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, p. 387, spéc. p. 389.

⁴ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, p. 115, mettant en évidence cet « *esprit d'ouverture comparatiste* » dans l'arbitrage commercial international.

⁵ La seule thèse qui a été consacrée à la possibilité pour l'arbitre de statuer sur sa compétence, écrite par un juriste allemand, s'intitule *Die Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte* (M. ZELTER, 1961). La notion de « *compétence de la compétence* » est également utilisée en droit international public afin de désigner le « *pouvoir dont disposent les juridictions, dans les limites statutaires, de trancher une contestation sur leur propre compétence* » (v° « *Compétence-compétence* », in J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, préf. G. GUILLAUME, Bruylant, AUF, 2001 ; I. F. I. SHIHATA, *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence*, préface de L. B. SOHN, The Hague, M. Nijhoff, 1965).

⁶ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, préface B. GOLDMAN, Paris, Dalloz, 1965, p. 116, n° 203, note n°1.

procédure, fins de non-recevoir, défenses au fond. Le pouvoir de statuer sur les incidents de compétence constitue donc un élément de l'office du juge, un élément essentiel de la *jurisdictio*. Ce pouvoir est d'une telle évidence qu'il ne fait l'objet de pratiquement aucun écrit en droit judiciaire interne, sauf pour occasionnellement préciser sa suppression, ou pour décrire précisément les règles juridiques encadrant sa mise en œuvre¹. Pourtant, la règle n'est pas sans intérêt. Tout d'abord, la possibilité pour un organe de statuer sur sa compétence présente un intérêt théorique certain. La reconnaissance de ce pouvoir est l'un des indices permettant d'identifier la qualité d'un organe : constitue-t-il un simple organe administratif ou un organe de jugement² ? Ensuite et surtout, la possibilité pour une juridiction de juger de ce moyen de défense présente un avantage pratique évident : « *celui d'arriver le plus vite possible à une sentence* »³. La compétence-compétence préserve l'efficacité de la procédure arbitrale, en évitant l'interruption systématique de l'instance lorsqu'une exception d'incompétence est opposée⁴. Aussi dissuade-t-elle les manœuvres dilatoires de la partie qui cherche à gagner du temps⁵. L'enjeu a été identifié pour l'arbitrage dès le XIX^e siècle par Ledru-Rollin. Selon lui, ne pas reconnaître ce pouvoir aux arbitres « *offrirait l'inconvénient de permettre presque toujours à l'une des parties de faire tomber à son gré le compromis en contestant la compétence des arbitres, car cette contestation ne suspendrait pas les délais de l'arbitrage, et il est difficile de croire qu'on eût toujours le temps de la juger avant leur expiration* »⁶. C'est pourquoi l'auteur préconisait la reconnaissance de ce que nous appelons aujourd'hui le principe compétence-compétence dans son sens originaire⁷.

Mais c'est essentiellement dans l'histoire de la justice et le droit processuel comparé que l'on peut mesurer l'importance déterminante de ce pouvoir. Entre justices rivales, le pouvoir de statuer sur sa compétence devient un enjeu essentiel car il permet aux juridictions de délimiter elles-mêmes leur propre sphère d'activité, le domaine où elles vont concrètement exercer leur pouvoir juridictionnel, de manière plus ou moins étendue. Durant le bas Moyen Âge, les juridictions ecclésiastiques étendirent leurs compétences *ratione materiae* et *ratione*

¹ Cf. *infra*, n^{os} 428 et s.

² La CIJ a utilisé ce critère afin d'identifier la nature du Tribunal administratif des Nations unies (CIJ, *avis consultatif relatif à l'effet de jugements du Tribunal administratif des Nations unies*, 13 juil. 1954, *Rec.*, 1954.47).

³ R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 397, n^o 309.

⁴ Parmi de nombreux auteurs rappelant cet avantage pratique, W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, p. 7 : « [t]he principle reduces the prospect that proceedings will be derailed through a simple allegation that an arbitration clause is unenforceable, due to any number of contract law defenses », et p. 54 : [t]he arbitral tribunal need not stop the proceedings just because a party questions some aspect of arbitral authority ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, p. 213, n^o 310 : refuser au tribunal arbitral le pouvoir de juger de sa compétence « permet à chaque plaideur de paralyser toute la procédure en invoquant une prétendue contestation sur l'investiture des arbitres, qui les oblige à surseoir à statuer ».

⁵ E. GAILLARD, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1990.759, p. 770. Cf. également O. SUSLER, « The jurisdiction of the Arbitration Tribunal : a Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence », *MqJBL*, 2009, vol. 6, p. 119.

⁶ LEDRU-ROLLIN, *op. cit.*, v. « Arbitrage », t. I, p. 756, n^{os} 236 et 237, cité par C. JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier*, *op. cit.*

⁷ *Ibid.* : « [I]es arbitres emploieront donc un moyen plus simple en procédant au jugement de la contestation qu'ils se croient compétents nonobstant les réserves des parties, et après les avoir mentionnées. Le jugement sur le point de savoir s'ils étaient ou non compétents viendra naturellement sur l'opposition à l'ordonnance d'exequatur, et avec d'autant moins de danger qu'une jurisprudence constante regarde comme de nul effet la renonciation anticipée à se pourvoir par cette voie ».

personae au détriment des justices seigneuriales et royales. Le pouvoir de statuer sur la compétence eut un rôle certain : les juridictions ecclésiastiques s'estimaient en effet seules compétentes pour statuer sur l'état, la condition du prévenu au regard du privilège de clergie¹. Inversement, au moment de la formation de l'État et de la souveraineté, c'est encore la maîtrise de ce pouvoir qui, aux côtés de l'appel hiérarchique, la prévention et les cas royaux, a permis aux juridictions royales de peu à peu évincer les juridictions ecclésiastiques : ces dernières se sont vues privées du pouvoir de statuer sur leur compétence *ratione personae* au profit des juridictions royales, seules aptes à définir la condition de clerc². Le pouvoir de statuer sur la compétence est un élément essentiel de définition de la sphère d'influence d'une forme de justice. Dans le même sens, pour un exemple plus contemporain, la possibilité de juger de leur compétence permet aux juridictions internationales de passer outre l'avis émis sur leur compétence par les États intéressés au litige ou le jugement des juridictions étatiques internes. Les États peuvent en effet être tentés de faire obstacle à la mise en place d'une procédure juridictionnelle internationale³.

On le voit donc, ce principe de droit processuel a toute son importance. Ce n'est pas un pouvoir neutre. Cet attribut fondamental permet la délimitation de l'influence de chaque justice, il permet la création de domaines de compétence, l'essor ou le repli d'une justice. Sa maîtrise est donc essentielle pour une justice qui entend se développer.

7. En définitive, dans son sens originaire, majoritaire en droit comparé, le principe compétence-compétence permet au tribunal arbitral, comme à tout juge, de statuer sur sa compétence, simple transposition au droit de l'arbitrage du principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Rien de plus.

II.- L'évolution du principe compétence-compétence en droit français de l'arbitrage

8. De la reconnaissance au profit du tribunal arbitral du pouvoir de juger de sa compétence, une difficulté centrale a surgi. La justice publique n'étant plus seule à même de délimiter la compétence arbitrale, des conflits de compétence sont donc susceptibles de survenir entre justice publique et justice privée. En effet, l'admission du principe compétence-compétence n'a pas pour autant conduit à supprimer le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur la convention d'arbitrage. Ainsi est né le risque que la justice arbitrale et la justice d'État soient saisies parallèlement d'un même litige et statuent en sens opposé sur l'existence, la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage, et consécutivement sur le fond du litige : « *Arbitral tribunal or State Courts* »⁴ ? « *Juez nacional o el tribunal arbitral* »¹ ? La même alternative se pose dans le monde entier.

¹ J.-F. BRÉGI, *Introduction historique au droit*, 2^e éd., Ellipses, 2009, p. 218, n° 862.

² J.-F. BRÉGI, *Introduction historique au droit*, *op.cit.*, p. 270, n° 1105.

³ La question se pose avec acuité concernant le contentieux pénal international, la Cour pénale internationale disposant d'une compétence concurrente, même si subsidiaire, avec les juridictions criminelles internes.

⁴ *Arbitral Tribunals or States Courts – Who must defer to whom ?*, Ed. Pierre A. Karrer, ASA janvier 2001, Special Series, n° 15 ; W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, p. 142 : "[t]he question is not whether the arbitrator possesses authority to decide the merits of a particular matter, but who (judge or arbitrator) gets to answer that preliminary question".

Quelles solutions concrètes ont été proposées afin de résoudre les conflits de compétence entre la justice arbitrale et la justice d'État ? Aucun des textes internationaux, à l'exception de la Convention de Genève de 1961, n'envisage la saisine parallèle des juges et arbitres relativement au même litige. L'article II(3) de la Convention de New York autorise simplement le tribunal d'un État contractant à apprécier la compétence arbitrale afin de déterminer s'il renvoie le litige dont il est saisi devant les arbitres². Il ne se préoccupe pas de l'éventuelle interférence avec une procédure arbitrale. Confronté aux saisines parallèles, chaque État a développé ses propres mécanismes de résolution des conflits de compétence entre justice publique et justice privée, puisant généralement dans les mécanismes existants. De nombreux droits persistent à admettre ce « *contrôle concurrent* »³ de la convention d'arbitrage par le tribunal arbitral et par les juridictions d'État, ces dernières pouvant intervenir à tout moment⁴, complété par certains mécanismes. Ainsi, les juridictions anglo-saxonnes recourent occasionnellement aux injonctions *anti-suit*⁵. La plupart des États admettent la possibilité de procédures parallèles, faisant *in fine* juger l'autorité de chose jugée : « *chacun y retrouvera les siens une fois les décisions respectives rendues* »⁶. Ce système de la « *first-in-time rule* » prévaut par exemple en droit américain, en droit allemand ou encore en droit suédois⁷. Un mouvement doctrinal se dessine proposant que le juge de l'État du siège ait compétence exclusive pour juger de la convention d'arbitrage, sous réserve de la volonté contraire des parties, désignant un juge étatique par une convention d'élection de for⁸. On ne connaît leur position sur le rôle du tribunal arbitral ; mais à première vue, il ne semble pas associé à la décision sur sa propre compétence. Un autre mouvement privilégie le

¹ F. GONZALEZ DE COSSIO, « La ironía de competencia-competencia », *op. cit.*, p. 522.

² En ce sens, C. KESSEDJIAN, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », in B. Teyssié (dir.), *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 611, spéc. p. 612.

³ L'expression est de N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 352, n° 5.113 : “[t]his system under which a national court is involved in the question of jurisdiction before the arbitral tribunal has issued a final award on the merits is known as “concurrent control””. Pour des ex. de saisines parallèles, N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 356, n° 5.123 et s.

⁴ Cf. par ex. le droit américain (W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, p. 14 : « courts may intervene at any moment ») ; le droit suédois (C. R. SEPPÄLÄ, « Comment on section 2 of the Swedish arbitration act of 1999 dealing with the right of arbitrators to rule on their own jurisdiction », in L. HEUMAN and S. JARVIN, *The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: A Critical Review of Strengths and Weakness*, *op. cit.*, p. 45). C'est également le système préconisée par la loi type CNUDCI. De man. gén., cf. D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 330, n° 14-3 et pp. 339 et s.

⁵ Par ex., en droit anglais, cf. art. 44 de l'*Arbitration Act* 1996 (résultant de la loi du 17 juin 1996, traduite en français, *Rev. arb.*, 1997.93).

⁶ C. KESSEDJIAN, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », *op. cit.*

⁷ Cf. art. 2 de la loi suédoise de 1999 (traduite in *Rev. arb.*, 2000, p. 143), explicitement en ce sens : « [I]es arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence pour trancher le litige. Cela ne fait pas obstacle à ce que, à la demande d'une partie, un tribunal étatique rende une décision sur ce point. Les arbitres peuvent poursuivre la procédure d'arbitrage en attendant la décision du tribunal ».

⁸ H. MUIR WATT, note sous CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *Rev. crit. DIP*, 2009.373, spéc. n° 7 et n° 11 ; C. KESSEDJIAN, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », *op. cit.* ; B. HESS, TH. PFEIFFER and P. SCHLOSSER, “Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States”, Final Version September 2007, Study JLS/C4/2005/03, dit « Rapport Hess ». Disponible en anglais sur le site suivant : http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf

recours au mécanisme de la litispendance, le premier saisi, tribunal arbitral ou tribunal étatique, bénéficiant de la priorité pour juger de sa compétence, sous réserve de quelques aménagements particuliers¹.

Quant au droit français, relativement esseulé, il a fait évoluer le sens du principe compétence-compétence. Ce dernier permettrait non seulement au tribunal arbitral de statuer sur sa compétence, mais également de statuer sur la question de manière prioritaire. Les juridictions publiques se voient ainsi privées du pouvoir de statuer sur la convention d'arbitrage, sous réserve du contrôle de la sentence, alors que ce pouvoir leur était en partie réservé avant la réforme du droit de l'arbitrage par les décrets de 1980 et 1981. Cette modification du sens du principe compétence-compétence s'est réalisée par l'adjonction d'un mot – mais quel mot ! – : la priorité. Le principe compétence-compétence conférerait ainsi au tribunal arbitral *la priorité*, la compétence *prioritaire* sur les juridictions publiques pour statuer sur sa compétence. Au sens premier du principe compétence-compétence, s'est ajoutée une seconde règle qualifiée d'« *effet négatif* » de la compétence-compétence.

Principe caméléon, on ne sait donc si le principe compétence-compétence revêt uniquement cet effet positif – sens premier de la règle – ou s'il combine effet positif et effet négatif. Le principe compétence-compétence souffre donc d'approximations, « *susceptible d'applications diverses en fonction des effets qu'on lui attribue* »². C'est là que réside la divergence principale de sens existant en droit comparé entre ces deux acceptions du principe compétence-compétence.

9. **Intérêt du sujet.** « *Tout, ou presque, a été écrit sur le principe compétence-compétence, tel qu'il est aujourd'hui conçu en son aspect négatif par la jurisprudence française* »³. A quoi bon consacrer une thèse à la compétence-compétence ? L'entreprise apparaît de prime abord inutile au regard de la littérature plus qu'abondante en France comme à l'étranger. Le phénomène d'« *asphyxie doctrinale* »⁴ n'a pas épargné le principe compétence-compétence. Ce maquis bibliographique peut cependant être rapidement ordonné en deux grandes masses. Un premier ensemble d'écrits, relativement anciens, porte sur l'effet positif⁵, qui fut, en son temps, « *l'un des problèmes les plus controversés en droit comparé* »⁶. Pour l'essentiel, ces études ont eu pour objectif de définir les notions, si insaisissables en droit de l'arbitrage, de compétence et d'investiture, objet du principe compétence-compétence, sans que le concept autonome de la compétence-compétence soit lui-même défini ou son régime juridique esquissé. En particulier, la règle procédurale et ses modalités concrètes de mise en œuvre ont souvent été occultées. Une seconde masse de littérature, plus récente, est consacrée à l'effet négatif. Ces écrits se focalisent généralement sur les fondements de cette nouvelle

¹ En faveur de cette solution, cf. J.-F. POUDRET, « Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse : comment départager le juge et l'arbitre ? », *Bull. ASA*, 2007.230, pp. 240-241.

² J. LINSMEAU, « Arbitrage et juridictions étatiques. Saisines parallèles et concurrentes », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 323, spéc. p. 327, n° 8.

³ J. ORTSCHIEDT, « Inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage et procédure collective », *Cah. arb.*, 2010.453.

⁴ D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « L'asphyxie doctrinale », in *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 45.

⁵ H. MOTULSKY, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, préface de C. REYMOND, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010.

⁶ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 136, n° 239.

règle – pamphlet ou plaidoyer –, ou sur ses exceptions, le contrôle exercé par la Cour de cassation fournissant une matière première inépuisable.

Rares sont les études d'ensemble¹. Une place restait donc vacante pour une monographie sur le principe compétence-compétence, embrassant le principe dans sa globalité. Cette règle fondamentale pour l'ordonnement juridique français, qualifiée aussi bien de « *principe* »² du droit de l'arbitrage que de « *règle matérielle* »³ du droit français de l'arbitrage, parfois cumulativement⁴, applicable « *dès lors que la situation est soumise au juge français* »⁵, est-elle un simple agrégat d'effets, sans cohérence ? Au contraire, la compétence-compétence est-elle un mécanisme d'ensemble ? C'est cette interrogation première qui fut à l'origine de nos recherches et réflexions. Elle nous conduit à proposer une théorie de la compétence-compétence.

10. **Délimitation du sujet - méthodologie.** L'esquisse de la diversité des acceptions du principe compétence-compétence rend compte du fait que le principe compétence-compétence est un objet d'étude fuyant. Ce principe fondamental de l'arbitrage, dit « *éculé* », est pourtant mal connu. Or, comme l'observait avant nous un auteur averti, « [l]a connaissance de chaque catégorie juridique (qu'il s'agisse d'une institution, d'un droit, d'un

¹ On réservera deux études majeures : P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, 1989, t. 217, p. 319 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1034, 2010.

² Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *Rev. arb.*, 1999.260, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. DIP*, 1999.546, note D. BUREAU ; *RTD com.*, 1999.380, note E. LOQUIN ; *JDI*, 1999.784, note S. POILLOT-PERUZZETTO.

La qualification de principe est régulièrement reprise, à l'appui ou en l'absence des textes, cf. par ex. : Cass. com., 10 nov. 2009, n° 07-21.866, inédit ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2009, *Gefu Kuchenboss c. Corema*, *D.*, 2009.2959, obs. Th. CLAY ; *Rev. crit. DIP*, 2009.771, note M. LAZOUZI ; *Rev. arb.*, 2009.155, note F.-X. TRAIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 2009, *Laviosa c. Afitex*, *JCP, Rev. arb.* 2009.155, note F.-X. TRAIN ; *JCP*, 2009.I.148, n° 6, obs. C. SERAGLINI ; *D.*, 2009.557, obs. X. DELPECH ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2007, *Prodim c. De Abreu*, *Rev. arb.*, 2008.160, note O. CACHARD ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *UOP c. BP France*, *Rev. arb.*, 2007.775, note F.-X. TRAIN ; *D.*, 2008.180, obs. Th. CLAY ; *RTD Civ.*, 2008.151, obs. Ph. THÉRY ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, *Levantina de Hydraulica y Motores c. Scala et autres*, *Rev. arb.*, 2007.279, obs. P. PIC ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *So Good International c. Laiterie de Saint-Denis de l'Hôtel*, *Rev. arb.*, 2006.1089 ; *JDI*, 2007.1255, note O. DIALLO ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *National Broadcasting c. Bernadoux*, *Bull. civ.*, 2006.I.364 ; *D.*, 2006.3026, obs. Th. CLAY ; *JCP G*, 2006.I.187, n° 9, obs. C. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2006.981 ; *JCP G*, 2006 II 10182, note P. CALLE ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *Bull. civ.*, 2006.I.287 ; *Rev. arb.*, 2006.945, note E. GAILLARD ; *JCP G*, 2006.I.187, n° 7, obs. C. SERAGLINI ; *JDI*, 2006.1384, note A. MOURRE ; *D.* 2006.1701 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, *Société DMN Machinefabriek BV c. société Tripette et Renaud*, *Bull. civ.*, 2006.I.196 ; *Rev. crit. DIP*, 2007.128, note F. JAULT-SESEKE ; *Rev. arb.*, 2008, p. 299, note L. KIFFER ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books c. Editions du Seuil*, *Bull. civ.*, 2001.I.254 ; *Rev. arb.*, 2002.919, note D. COHEN ; *JCP E*, 20002.274, note G. CUNIBERTI et C. KAPLAN ; *Gaz. Pal.*, 2002.980, note M.-L. NIBOYET ; *JCP G*, 2001.IV.2896.

³ Cf. par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, *Bull. civ.*, 2005.I.420 ; *Rev. arb.*, 2006.437, note O. CACHARD ; *JCP G*, 2006.II.10046, note C. HUMANN ; *JCP G*, 2006.I.148, n° 5, obs. J. BÉGUIN ; *RTD com.*, 2006.251, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JDI*, 2006.622, note C. LEGROS ; *Rev. crit. DIP*, 2006.607, note F. JAULT-SESEKE ; *DMF*, 2006.16, note P. BONASSIES : « la règle matérielle du droit de l'arbitrage selon laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité, sous le contrôle éventuel du juge de l'annulation, sur sa compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ».

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*

⁵ Cette définition de la règle matérielle du droit français de l'arbitrage international a été proposée par la cour d'appel de Paris concernant le principe de validité de la clause d'arbitrage international : CA Paris du 22 mai 2008, en somm. in *Rev. arb.*, 2008, p. 829.

acte, etc.) gagne à passer par l'épreuve de la définition. La définition « réelle » des notions juridiques est l'un des exercices les plus rigoureux et féconds de la linguistique juridique. Le travail définitoire concourt à la maîtrise des concepts fondamentaux »¹. L'objet de cette étude est d'approfondir et mieux comprendre un seul de ses sens, celui admis en droit français de l'arbitrage.

Le droit français de l'arbitrage est le berceau de cette conception originale du principe compétence-compétence reconnaissant *compétence prioritaire* au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence. Relativement isolé en droit comparé, le principe compétence-compétence dans son acception française ne laisse pas d'intriguer, voire de choquer, la règle ayant d'ardents défenseurs comme de vifs détracteurs. C'est l'une des « originalité[s] du droit français de l'arbitrage »² tant décriée. Bataillant pour la reconnaissance de l'acception française du principe en droit comparé, la doctrine française présente les deux effets comme indissociables, et leur disjonction impossible et impensable pour des raisons logiques : cela constituerait une « contradiction »³. Un autre auteur, insistant sur cette indissociabilité des règles, les qualifie d'ailleurs de « deux facettes du principe compétence-compétence »⁴.

Nous ne croyons pas que la version française de la compétence-compétence soit la seule acception valable de la règle. Nous irons même plus loin en affirmant que l'effet négatif n'est pas à proprement parler un « effet » de la compétence-compétence, dans le premier sens qu'elle revêt, c'est-à-dire le « résultat », la « conséquence »⁵ d'un phénomène. Autrement dit, reconnaître au tribunal arbitral la possibilité de statuer sur sa compétence – principe compétence-compétence version première – n'a pas pour conséquence logique de supprimer corrélativement ce pouvoir appartenant tout autant aux juridictions étatiques⁶. Preuve en est : nombre d'États restreignent le sens du principe de compétence-compétence à son seul effet positif, sans pourtant souffrir d'incohérences, d'illogisme. Un auteur suisse, pourtant favorable à la réception de la règle, l'observe justement : « la compétence de la compétence n'a pas d'effet négatif sur la compétence-compétence d'une autre juridiction. Chaque juridiction conserve la compétence de la compétence »⁷. Mais la qualification d'« effet négatif » a sans doute permis à cette nouvelle règle de bénéficier de la légitimité et de la force du principe compétence-compétence dans son acception première, originelle, afin de mieux s'imposer en droit positif. Comme l'a justement souligné Portalis dans son Discours préliminaire sur le projet de Code civil de 1804, « [t]out ce qui est ancien a été nouveau ; l'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles le caractère de permanence et de stabilité

¹ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, Domat, p. 41.

² J.-F. POUDRET, « L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé », *BICC*, 15 décembre 2005, p. 3.

³ Cf. sur ce point O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *DMF*, sept. 2007, n° 684, p. 714, spéc. p. 723, n° 24 : « [l]a disjonction de l'effet positif et de l'effet négatif conduit à adresser des recommandations différentes à l'arbitre et au juge. Le bon sens permet immédiatement d'apercevoir la contradiction qui consiste, dans le même temps, à encourager l'arbitre à apprécier sa propre compétence en vertu de l'effet positif du principe compétence-compétence, et à autoriser le juge étatique à se prononcer sur la clause compromissoire. Les deux facettes du principe compétence-compétence ne peuvent être dissociées à peine de promouvoir des solutions contradictoires ».

⁴ E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*

⁵ V° « Effet », in *Le Petit Larousse*, Larousse, 2011.

⁶ Contra, O. CACHARD, *Droit du commerce international*, LGDJ, 2008, pp. 468-469.

⁷ P.-Y. TSCHANZ, « De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP », *Bull. ASA*, 2010.478, p. 481.

qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes »¹. L'effet négatif constitue ainsi une nouvelle règle de source jurisprudentielle, qui s'est imposée à l'ombre du traditionnel principe de compétence-compétence. La qualification d'« effet » de cette règle n'est que le masque fragile d'une réalité tout autre : sa création qui s'est faite « à couvert »², et que l'on peut même qualifier de « parasitaire ». Telles sont les relations de l'effet négatif et du principe de compétence-compétence tel que conçu dans sa version initiale : un « parasite », l'effet négatif, et son « hôte », le principe de compétence-compétence. De manière quelque peu excessive – peut-être provocatrice –, on peut se demander si la dénomination d'« effet négatif » du principe compétence-compétence n'est pas un abus de langage.

Devrait-on alors en déduire qu'il faille en revenir à son acception initiale, au seul effet positif, sens encore admis dans de nombreux pays ? Notre propos n'est pas de prétendre élaborer une définition unanime du principe compétence-compétence, ou de trancher pour l'une de ses acceptions : laquelle des conceptions de la compétence-compétence – allemande, états-unienne, française – devrait prévaloir³ ? Nous n'avons aucune prétention à l'universalité. La polysémie est en effet le propre du langage, et non une pathologie. Le langage juridique n'y échappe pas⁴. Les mots et expressions évoluent en correspondance avec le sens que leur assigne la société⁵, et leurs différents sens peuvent se superposer. Aussi nous est-il apparu impensable de vouloir revenir à une définition épurée de la notion de compétence-compétence, à son sens initial. Une remarquable étude comparative sur la diversité des sens du principe compétence-compétence a d'ailleurs été réalisée avant nous⁶. Notre démarche est plus modeste. Elle est simplement de comprendre le rôle spécifique que joue le principe compétence-compétence dans *le seul droit français de l'arbitrage*, prenant acte de son évolution. Aussi faisons-nous le choix délibéré d'exclure tout débat quant à l'opportunité de l'ajout ou de l'exclusion de l'effet négatif au principe compétence-compétence. Notre poste d'observation sera l'ordre juridique français, avec une ouverture au droit comparé afin de mettre en exergue les éléments de convergence et de divergence avec les droits étrangers.

¹ Discours préliminaire sur le projet de Code civil (1804).

² Sur les « techniques de sédimentation » d'un principe qui se développe « à couvert », cf. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, LGDJ, Université Panthéon-Assas, 1999, p. 432 et s., n° 503 : « [L]ors de ses balbutiements en droit positif, un principe ne s'affiche jamais sous la forme limpide et autonome qu'il revêt au terme de son évolution. La Cour de cassation préfère généralement glisser son innovation juridique dans le giron d'une règle ou d'une institution légale préexistante afin d'acclimater progressivement sa présence en droit privé. La croissance initiale du principe s'opère alors sous le couvert d'une règle indiscutable. Cette dissimulation perdure jusqu'à ce que les juristes soient accoutumés à ses effets juridiques. Lorsque ces derniers sont communément admis, le principe, parvenu à maturité, se dépouille de son enveloppe légale et révèle au grand jour sa nature originale ».

³ *Contra*, W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, rejetant spécialement cette démarche p. 12.

⁴ La polysémie des termes juridiques constitue d'ailleurs « l'une des marques linguistiques essentielles du vocabulaire du Droit », « phénomène irréductible », qui fut « [l]a première révélation » de la synthèse faite par le doyen CORNU au cours de l'élaboration du *Vocabulaire juridique* (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, préface, p. XI). Cf. également G. CORNU, « Les définitions dans la loi », *Mélanges VINCENT* (1981), p. 77 : « polysémie et ambiguïté sont d'irréductibles phénomènes de langage ».

⁵ Exposant que les concepts juridiques sont par essence évolutifs : F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, t. 3, 1921, spéc. n° 223 et n° 277; Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préface B. OPPETIT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1987, p. 219, n° 457.

⁶ W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.* Cf. spéc. pp. 23 et s., l'auteur identifiant trois significations distinctes de la *Kompetenz-Kompetenz*, la seconde étant celle retenue par le droit français.

La règle de l'effet négatif a été intégrée au principe compétence-compétence et lui donne un sens nouveau et une fonction nouvelle. C'est bien sous ce terme que la règle est connue et reconnue et a été intégrée comme élément constitutif incontournable du principe compétence-compétence dans sa nouvelle acception en droit français ici objet de notre étude. D'ailleurs, les liens entre le prétendu parasite et la règle hôte sont plus complexes et étroits qu'il n'y paraît à première vue.

11. **Arbitrage interne et arbitrage international.** Malgré des rapprochements importants ces dernières années, arbitrage interne et arbitrage international sont toujours perçus comme des objets distincts, soumis à des régimes juridiques eux-mêmes distincts. La réforme du droit de l'arbitrage maintient la dualité de régime, en dépit d'« *un spectaculaire rapprochement* »¹ justement souligné. Il est vrai que *l'arbitrage commercial international*², celui « *qui met en cause des intérêts du commerce international* », présente une irréductible spécificité par rapport à l'arbitrage interne : sociologiquement, il est la justice de droit commun des relations commerciales internationales, situation dont ne bénéficie pas l'arbitrage au plan interne en dépit de son expansion dans les relations professionnelles internes. Doit-on en conclure que notre étude devrait se limiter à l'une des formes d'arbitrage ?

Il est vrai qu'il peut y avoir de légères différences selon que l'arbitrage est interne ou international. Ainsi, par exemple, les notions de nullité et d'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage, exceptions à l'effet négatif, varieront en raison de la différence de régime entre la convention d'arbitrage interne et la convention d'arbitrage internationale. Dans le même sens, le jugement contrôlant la sentence sur le fondement de la compétence n'a pas le même impact sur un arbitrage interne que sur un arbitrage international ; dans le premier cas, le tribunal arbitral tend plutôt à s'y conformer, alors que dans le second cas, il peut parfois s'en affranchir.

Mais restreindre notre étude à l'arbitrage interne ou international ne paraît pas utile. Ces nuances sont un détail en comparaison de l'unité du principe compétence-compétence. Le principe présente en effet une « *unité conceptuelle* »³ et une unité de régime que l'arbitrage soit interne ou international, unités qui rendent inutile la différenciation entre arbitrage interne et arbitrage international. Le principe a la même fonction, le même sens, le même régime. Le principe compétence-compétence ne confère pas plus d'autonomie dans l'appréciation de sa compétence à un tribunal arbitral international qu'à un tribunal arbitral interne. L'étude commune de l'arbitrage interne et international est d'autant plus justifiée que, fait rare en la matière, ce sont initialement des dispositions de droit interne issues du décret du 14 mai 1980 régissant l'arbitrage interne qui ont été étendues par la jurisprudence à l'arbitrage international. Les dispositions à l'origine du principe compétence-compétence font partie de ce dénominateur commun au droit de l'arbitrage. Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage confirme cette idée, les articles 1448 al. 1^{er} et 2nd et 1465 CPC,

¹ E. LOQUIN, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011) », *RTD com.*, 2011.255.

² Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*

³ L'expression est de Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, p. 22, n° 29.

dispositions de droit interne, étant étendues à l'arbitrage international sur renvoi de l'article 1506 1° et 3° CPC.

12. **Arbitrage privé et arbitrage public.** L'arbitrage est une institution commune au droit privé et au droit public¹. Certaines formes d'arbitrage résistent à tout essai de classification, à l'image de l'arbitrage CIRDI, qualifié d'arbitrage « *transnational* » au regard de sa nature mixte, opposant directement l'investisseur à l'État d'accueil². En la matière, on trouve les traces de la possibilité pour le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence dès l'origine³, dans la « *pratique arbitrale contemporaine* »⁴ telle qu'elle résulte du Traité Jay de 1794⁵ ou de la Convention de Washington de 1871 consécutive à la guerre de Sécession lors de l'affaire de l'*Alabama*⁶. C'est dire si la présence du pouvoir de statuer sur la compétence est ancienne, affirmée à de multiples reprises plus récemment⁷.

En dépit de ces éléments, nous avons choisi d'exclure de notre étude l'arbitrage international public pour les raisons suivantes. Tout d'abord, l'arbitrage est, dans la société internationale, une simple « *technique d'appoint de règlement du contentieux interétatique* »⁸, au contraire des relations commerciales internationales, où l'arbitrage est devenu la justice de droit commun. Certes, on pourra relativiser cette distinction avec le développement sans précédent – qualifié de « *progression foudroyante* » – de l'arbitrage CIRDI grâce aux traités bilatéraux de protection des investissements⁹, à l'origine de l'arbitrage *whitout privity*¹⁰. Les modes diplomatiques et les modes non pacifiques de règlement des conflits conservent une place particulière. Ensuite, et plus fondamentalement, la nouvelle acception du principe compétence-compétence, incluant l'effet négatif, objet de nos recherches, est spécifique au

¹ Pour une étude commune au droit international privé et public, cf. J. RIDEAU, *L'arbitrage international (public et commercial)*, Paris, Armand Colin, 1970. Les traces de l'arbitrage international public sont anciennes : cf. notamment S. LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000.557 ; D. ROEBUCK, « Cleopatra Compromised: Arbitration in Egypt in the First Century BC », 2008, 74, *Arbitration*, 3, 263 ; VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, « L'arbitrage dans la Grèce antique, époques archaïque et classique », *Rev. arb.*, 2000.9 ; Q. D. NGYUEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 964, n° 525.

² Ch. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op. cit.*, p. 9, spéc. p. 10.

³ I. F. I. SHIHATA, *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence*, *op. cit.*, pp. 17 et 18.

⁴ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., Dalloz, 2008, p. 602, n° 532.

⁵ Le Traité Jay a été conclu entre le Royaume-Uni et les États-Unis afin de régler les différends nés de l'indépendance américaine, le 19 novembre 1794, à Londres, par les États-Unis et l'Angleterre. Cf. E. WYLER, « La détermination de la Cour de sa propre compétence », in *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, Textes rassemblés par Charalambos Apostolidis, Editions Universitaires de Dijon, 2005, spéc. p. 24, note n° 13 ; I. F. I. SHIHATA, *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence*, *op. cit.*, pp. 12 à 14, se référant à la décision de 1797 rendue dans l'affaire *Betsey* rendue par la Commission mixte de Réclamations anglo-américaine établie par le Traité Jay, « *the earliest known judicial defense of this power on the scene of international adjudication* ».

⁶ En ce sens, J. RIDEAU, *L'arbitrage international (public et commercial)*, *op. cit.*, p. 6 ; Q. D. NGYUEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 964-965, n° 525.

⁷ I. F. I. SHIHATA, *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence*, *op. cit.*, pp. 15-22 ; C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 138, n° 240 ; Q. D. NGYUEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 974, n° 533

⁸ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 9^e éd., Montchrestien, 2010, p. 573.

⁹ Ch. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », *op. cit.*, p. 10.

¹⁰ L'expression est de J. PAULSSON, « Arbitration Without Privity », *ICSID Rev.*, 1995, p. 232.

droit judiciaire français, inconnue du droit public, interne ou international. A ce propos, on observera d'ailleurs que le modèle de règles de procédure arbitrale, s'il reconnaît au tribunal arbitral le « *pouvoir d'interpréter le compromis et les autres instruments sur lesquels cette compétence est fondée* » aux termes de l'article 9, a mis en place un système permettant à un autre organe juridictionnel, la CIJ, de connaître des contestations de l'existence même d'une convention d'arbitrage avant la saisine du tribunal arbitral¹. Dès lors que le tribunal arbitral est saisi, ce pouvoir lui revient². Il n'y a donc pas de priorité reconnue au tribunal arbitral de l'arbitrage international public pour statuer sur sa compétence par rapport à un autre organe juridictionnel. Enfin, si la question des relations entre tribunaux arbitraux et autres organes juridictionnels en droit international public – en particulier de la délimitation de leur compétence respective – n'est pas à négliger à l'heure où les juridictions internationales prolifèrent et où les procédures arbitrales transnationales se développent, elle mérite à elle seule une étude à part entière³. Aussi, pour toutes ces raisons, notre étude sera restreinte au seul droit de l'arbitrage privé. Cependant, occasionnellement, nous pourrions faire référence aux solutions posées dans l'arbitrage CIRDI afin de mettre en évidence les éléments communs ou divergents du régime du principe compétence-compétence.

13. **Convention d'arbitrage et clauses attributives de compétence.** La réforme du Règlement CE 44/2001, dit Bruxelles I, prévoit de reconnaître au tribunal désigné par une convention d'élection de for compétence exclusive pour statuer sur sa compétence⁴, suivant ainsi les propositions faites par la doctrine critique à l'égard de l'arrêt *Gasser*⁵ ou encore, par la doctrine critique à l'égard de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for conclue le 30 juin 2005⁶. La solution est également envisagée de manière générale pour la

¹ Art. 1^{er}, §1 du modèle de règles sur la procédure arbitrale (disponible sur le site des Nations unies).

² Art. 1^{er}, §2 du modèle de règles sur la procédure arbitrale.

³ Y. SHANY, *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*, Oxford, 2003 ; C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op. cit.*

⁴ Art. 32(2) de la Proposition de la Commission de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Règlement Bruxelles I, Bruxelles, 14 déc. 2010, COM (2010) 748 final, 2010/0383 (COD) (cf. sa présentation par F.-X. TRAIN in *Rev. arb.*, 2010.1010 ; disponible sur le site de la Commission européenne : http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282010%290748_/com_com%282010%290748_fr.pdf)

: « [à] l'exception des conventions régies par les sections 3, 4 et 5 du présent chapitre, lorsqu'une convention visée à l'article 23 attribue une compétence exclusive à une juridiction ou aux juridictions d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du litige tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence ».

Cf. également le considérant 19 : « [i]l y a lieu d'accroître l'effectivité des accords d'élection de for afin de donner pleinement effet à la volonté des parties et d'éviter les manoeuvres judiciaires. Il convient dès lors que le présent règlement laisse en priorité la juridiction désignée dans l'accord se prononcer sur sa compétence, qu'elle soit saisie en premier ou en second lieu ».

⁵ H. MUIR WATT, note sous CJCE, 9 déc. 2003, Aff C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *Rev. crit. DIP*, 2004.444, pp. 462-463. De man. gén., D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, 2^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 221, n° 211 ; M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, 3^e éd., LGDJ, 2011, p. 376, n° 411.

⁶ B. AUDIT, « Observations sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, Paris, Dalloz, 2008, p. 171, spéc. pp. 184-187 : « [I]e parti inverse, consistant notamment à imposer à un tribunal non élu et saisi de renvoyer au tribunal élu ou de surseoir à statuer dès lors que l'accord d'élection de for est prima facie valable, afin que le second seul se prononce sur la validité de la clause, aurait au contraire privilégié l'efficacité des accords » ; C. KESSEDIAN, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI*, 2006.813 ; M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit*

clause attributive de compétence en droit français¹. La règle proposée par la Proposition de réforme du Règlement fait exception à la litispendance : le juge non désigné, même s'il a été préalablement saisi, se verra privé du pouvoir de statuer sur sa compétence, lié par la décision prise par le juge désigné – tout au moins en apparence – par la convention d'élection de for. C'est donc l'effet négatif du principe compétence-compétence qui a ainsi été étendu au droit judiciaire privé européen au profit de la juridiction étatique désignée par une convention d'élection de for. La solution qui a fait ses preuves en droit de l'arbitrage apparaît plus simple afin de garantir l'efficacité de ces conventions ; elle a été préférée au recours à la théorie de l'abus de droit².

Les régimes de la convention d'élection de for, ou de la clause attributive de compétence en droit interne, et de la convention d'arbitrage ne tendent-ils pas à devenir similaires³ ? Le mouvement de rapprochement des règles régissant les conventions de procédure s'accroît. En témoigne la toute récente extension de la règle de l'autonomie de la convention de procédure par rapport au contrat principal à la clause attributive de compétence⁴. Notre propos sera cependant limité au droit de l'arbitrage car le principe compétence-compétence présente certaines spécificités irréductibles à la matière. Dans le système du Règlement « *Bruxelles I* », la juridiction étatique élue n'a pas seulement priorité pour statuer sur la compétence ; elle détient le dernier mot. En effet, les autres juridictions européennes se trouvent dans l'impossibilité de contrôler la compétence du juge en apparence élu lors de l'accueil du jugement. Au contraire, le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage n'est censé conférer, en principe, qu'une simple priorité au tribunal arbitral, les juridictions étatiques détenant le dernier mot pour apprécier la compétence lors du contrôle de la sentence au stade post-arbitral.

14. De l'observation du droit français, une question fondamentale surgit. Pourquoi une telle évolution ? Pourquoi reconnaître au tribunal arbitral priorité pour statuer sur sa compétence ? Quel est le véritable effet de l'adjonction de l'effet négatif sur le principe compétence-compétence ? L'adjonction de l'effet négatif marque-t-elle un simple renforcement de l'effet positif ou plus profondément, une mutation de la fonction du principe compétence-compétence ?

15. **Analyse classique.** Nul doute que l'effet positif de la compétence-compétence constitue l'une des grandes avancées de l'autonomie de l'arbitrage. Selon une analyse

international privé, op.cit., p. 371, n° 403. L'article 6 de la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for permet au tribunal non élu de contrôler certains aspects de la validité de la clause d'élection de for

¹ S. SANA-CHAILLE DE NERE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Bluebell c. Safra*, *JDI*, 2011.

² A. NUYTS, « The enforcement of jurisdiction agreements further to Gasser dans the community principle of abuse of right », in P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, OUP, 2007.

³ De man. gén., cf. C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, préface H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 1995 ; G. R. DELAUME, « Clauses d'élections de for et clauses compromissoires : évolution et gestation d'un nouveau droit américain », *JDI*, 1975.486 ; N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, avant-propos de P. MAYER, préface M. FALLON, Paris, LGDJ, 1999.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Bluebell c. Safra*, *JDI*, 2011, note S. SANA-CHAILLE DE NERE : « une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, par l'inefficacité de cet acte ». En ce sens, cf. art. 3 d) de la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for.

classique, l'ajout de l'effet négatif marquerait un simple renforcement de l'effet positif de la compétence-compétence. Le principe compétence-compétence conserverait son sens et sa fonction originels, « *simple décalque* »¹ à l'arbitrage du principe de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence, décalque aménagé pour prendre en compte l'altérité du droit de l'arbitrage.

16. La nouvelle acception du principe compétence-compétence, incluant l'effet négatif, serait une simple déformation liée à la force attractive de l'autonomie de l'arbitrage, afin d'assurer l'autonomie du tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence. En effet, la politique d'autonomisation de l'arbitrage, menée volontairement par la plupart des États, et encore plus nettement par l'État français, conduit progressivement à ce que tous les contrôles étatiques sur la matière soient réalisés *a posteriori*, au stade post-arbitral, lors de l'exercice des voies de recours contre la sentence. Une fois l'instance arbitrale achevée par la reddition de la sentence, les contrôles étatiques retrouvent alors leur légitimité. Un seul mot d'ordre guide la matière : ne pas perturber l'engagement et la poursuite de l'instance arbitrale par une quelconque contestation de la convention d'arbitrage, ou tout autre grief. Le même mouvement a été constaté avant nous pour l'ordre public, qui s'est déplacé du stade de la convention d'arbitrage vers la sentence². L'objectif est de préserver l'efficacité et l'utilité de l'institution arbitrale, en neutralisant toutes tentatives de perturbation émanant des parties. En paralysant la possibilité des juridictions publiques de statuer sur la convention d'arbitrage avant que le tribunal arbitral n'ait pu en connaître, l'effet négatif du principe compétence-compétence détache un peu plus l'arbitrage de la tutelle étatique, favorisant l'autonomie du tribunal arbitral dans l'appréciation de sa compétence.

L'identification du juge compétent constituant le premier pas vers le procès, les contestations de la compétence sont d'autant plus redoutées. Cette particularité explique que le principe ait été considéré comme le « *pivot de l'autonomie de l'arbitrage par rapport à la justice étatique* »³. En ce sens, le principe compétence-compétence a pu être considéré comme l'une « *des manifestations les plus évidentes* »⁴ du « *droit à l'arbitre* »⁵. Il participe en effet à l'accès effectif au tribunal arbitral. Mais cette fonction n'est pas déterminante. Bien d'autres éléments du régime juridique de l'arbitrage y contribuent⁶.

¹ L'expression est empruntée à Ch. JARROSSON, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures*, 2007, Etude 17, p. 27.

² J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, avant-propos de L. BOY, préface Ph. FOUCHARD, Paris, LGDJ, 1999.

³ Th. CLAY, obs. sous *D.*, 2010.2933.

⁴ Explicitement en ce sens, S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 6^e éd., Dalloz, 2011, p. 1250, n^o 611. De man. gén., sur la notion de droit à l'arbitre, J.-L. DELVOLLE, « Le droit à l'arbitre », *Gaz. Pal.*, 14 avr. 1995, p. 475 ; Y. BANIFATEMI, « Le « droit au juge » et l'arbitrage commercial international », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en l'hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 167.

⁵ De man. gén., cf. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 86-88, n^{os} 66 et 67.

⁶ L'assistance du juge d'appui dans la constitution du tribunal arbitral est à ce titre déterminante : Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} fév. 2005, *Etat d'Israël c. NIOC*, *Bull. civ.*, 2005.I.53 ; *D.*, 2005. 2727, note S. HOTTE ; *ibid.*, 3054, obs. Th. CLAY ; *RTD com.*, 2005.266, obs. E. LOQUIN ; *JCP G*, 2005.II.10101, note G. KESSLER ; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 37, note F.-X. TRAIN ; *Rev. arb.*, 2005.693, note H. MUIR WATT. L'extension de la compétence internationale du juge d'appui français en cas de déni de justice en matière d'arbitrage a été consacrée par le nouvel article 1505 4^o CPC. Cf. S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable, op. cit.*, pp. 2148 et s.

Cependant, certaines législations étrangères favorables à l'arbitrage et à son autonomie reconnaissent le seul effet positif du principe compétence-compétence, à l'exclusion de son effet négatif. Aussi l'autonomie de l'arbitrage ne suffit-elle pas complètement à comprendre cette adjonction faite par le droit français.

17. **Critique de l'analyse classique.** L'analyse précédente nous paraît insuffisante car elle occulte une part de la réalité. On admet généralement que le principe compétence-compétence permet au tribunal arbitral de statuer sur *la seule compétence arbitrale*, que ce soit ou non de manière prioritaire. Or, dans de nombreux cas, sous réserve des contestations de compétence entre tribunaux arbitraux¹, les arbitres ne statuent pas sur *la seule* compétence arbitrale ; ils jugent corrélativement et nécessairement de la compétence de la justice publique². Il en est de même lorsqu'un tribunal étatique se voit opposer une exception d'arbitrage ; ce dernier tranche corrélativement et nécessairement d'une part, la compétence du tribunal arbitral et d'autre part, sa propre compétence.

Pourquoi ? La convention d'arbitrage délimite de manière positive la compétence arbitrale et de manière négative la compétence de la justice publique. La convention d'arbitrage, son absence ou sa présence, trace une *frontière commune* entre la justice publique et la justice privée ; elle détermine donc une question que nous avons dénommé la *compétence juridictionnelle générale* : savoir si le litige relève de la justice arbitrale ou de la justice étatique. Aussi, le véritable objet du principe compétence-compétence n'est pas, uniquement, de permettre au tribunal arbitral de statuer sur la seule *compétence arbitrale* ; plus largement, il lui permet d'opérer une *ventilation des litiges entre la justice publique et la justice privée*. Ce point est fréquemment occulté dans l'analyse traditionnellement faite du principe compétence-compétence, et conduit à une vision tronquée de la règle. La mise en évidence de cette frontière commune entre justice arbitrale et justice publique contribue à lui redonner toute sa portée.

18. **Conséquences.** Il reste alors à tirer les conséquences de cette analyse contribuant à donner une vision plus complète des choses. Prenant conscience du fait que le tribunal arbitral statue non pas sur la seule compétence arbitrale, mais sur la *compétence juridictionnelle générale* – attribution du litige à la justice privée ou à la justice publique –, il apparaît que juges étatiques et arbitres ont tous deux une prétention légitime à connaître de la convention d'arbitrage, puisque la compétence de ces deux organes est en jeu.

Chaque justice peut apprécier sa propre compétence : le tribunal arbitral en vertu de l'effet positif de la compétence-compétence, le tribunal étatique en vertu du principe de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Consécutivement, des conflits de compétence sur le fond – positif ou négatif – peuvent se poser dès lors que les deux formes de justice sont saisies en parallèle et se livrent à une appréciation divergente de la compétence

¹ Nous avons choisi de désigner cette hypothèse de contestation de compétence entre tribunaux arbitraux, récemment apparues mais de plus en plus fréquentes, sous le terme de compétence arbitrale spéciale. Cf. *infra*, n° 369.

² Ceci est souligné par la doctrine hostile à l'effet négatif de la compétence-compétence : J.-F. POUDRET, « Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse : comment départager le juge et l'arbitre ? », *op. cit.*, p. 241 : « [...] l'objectif est de parvenir le plus tôt possible à une décision définitive de la juridiction naturellement habilitée à statuer sur la validité de la convention d'arbitrage, dont dépend la compétence tant de l'arbitre que celle du juge ».

juridictionnelle générale. Bref, au vu de l'éventualité des contrariétés de décisions, le risque n'est pas moins qu'un déni de justice¹ !

L'interrogation centrale à laquelle nous sommes confrontés est donc de déterminer à qui il revient de ventiler concrètement les litiges entre la justice privée et la justice publique. L'enjeu est déterminant. Un des prétendus avantages de l'arbitrage est d'« évite[r] [...] des hésitations sur la compétence des juges officiels »², « évit[er] aux parties de se perdre dans le maquis juridictionnel »³, motif de son succès au Moyen Âge⁴, sous l'Ancien Régime⁵, ou encore aujourd'hui dans les relations commerciales internationales⁶ : que faire si la moindre contestation de la convention d'arbitrage conduit au final à une autre hésitation, celle de l'identification du juge compétent non seulement pour connaître du fond du litige, mais également pour statuer sur la compétence ? L'arbitrage perdrait alors un de ses attraits essentiels. Plusieurs solutions sont alors envisageables :

- ne rien faire au risque de laisser prospérer des procédures parallèles, chaque justice – privée et publique – pouvant juger la compétence juridictionnelle générale, ce qui favorise le désordre juridictionnel et crée un risque de déni de justice ;
- rechercher des outils permettant d'anticiper ou de résoudre les procédures parallèles, outils divers et variés pouvant aller de la subordination pure et simple d'une justice à l'autre (une hiérarchie est alors établie soit au profit de la justice publique, soit au profit de la justice arbitrale) à un mécanisme de coordination.

19. La première solution, qui consiste à laisser prospérer des procédures parallèles, est insatisfaisante. Une incursion en droit processuel suffit à en rendre compte. Si à certaines périodes de l'histoire les conflits de procédures et de jugements ont été tolérés, le pouvoir politique marquera assez tôt, lors de la création de l'État moderne, sa volonté d'ordonner quelque peu ce « mille-feuilles juridictionnel »⁷. Le pouvoir royal tenta de résoudre les conflits de procédures et de décisions par la création de divers outils, par exemple le système coutumier de la prévention par le juge royal, ou encore les exceptions de litispendance et de

¹ En ce sens, L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, préface Y. LEQUETTE, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p. 202 et s., n° 210 ; C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, thèse, Paris X, 2011, p. 19.

² J. FOURGOUS, *L'arbitrage dans le droit français aux XIII^e et XIV^e siècles*, *op. cit.*, p. 21.

³ Y. JEANCLOS, « La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle – Eléments d'analyse », *Rev. arb.*, 1999.417, spéc. p. 418.

⁴ J. FOURGOUS, *L'arbitrage dans le droit français aux XIII^e et XIV^e siècles*, *op. cit.*, pp. 35-36. En ce sens également, cf. J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, p. 18, n° 15.

⁵ Y. JEANCLOS, « La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle – Eléments d'analyse », *op. cit.*, spéc. p. 418.

⁶ Également en ce sens, J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, Paris, LITEC, 2005, p. 851, n° 2428.

⁷ B. GARNOT, *Histoire de la Justice – France, XVI-XXI^e siècle*, Paris, Gallimard, 2009. Cf. la critique sévère sur le système juridictionnel d'un contemporain de Louis XIV, décrivant de son œil aiguisé « les mœurs de ce siècle » : « Orante plaide depuis dix ans entiers au règlement de juges pour une affaire juste, capitale, et où il va de toute sa fortune : elle saura peut-être dans cinq années quels seront ses juges, et dans quel tribunal elle doit plaider le reste de sa vie » (J. de LA BRUYERE, *Les caractères*, Gallimard, Folio Plus classique, 2004, « De quelques usages », n° 41).

connexité¹. Aujourd'hui, le sujet est toujours au cœur des préoccupations des processualistes. Les conflits de procédures, quelles que soient les procédures en cause – arbitrales, étatiques, internationales –, sont perçus comme un véritable « fléau qu'il convient de juguler par les techniques les plus adéquates »². Un rapide survol du droit processuel comparé rend compte de la préoccupation constante des juristes de limiter le désordre juridictionnel.

En droit judiciaire interne, la question est au cœur des ouvrages de procédure civile, mais leur intérêt, ou tout au moins, leur actualité, est grandement limité par un règlement efficace des incidents de compétence, régime dont les bases ont été posées en 1972, fondé principalement sur le contrôle hiérarchique et quelques instruments adéquats : exceptions de litispendance et de connexité, exception de chose jugée et recours pour inconciliabilité.

Les conflits de procédures et de décisions font également l'objet d'études en droit international public. Le siècle qui s'ouvre est celui d'une réflexion sur l'articulation des juridictions internationales. Le problème a été identifié il y a déjà quelques décennies dans ses deux versants : conflits entre juridictions internationales d'un côté, conflits entre juridictions internationales et internes d'un autre côté³. Depuis, le sujet est devenu incontournable face au phénomène de « prolifération » des juridictions internationales et la possibilité ouverte aux individus d'attirer les États, devant certaines juridictions internationales⁴. En atteste le discours du 27 octobre 2000 de Son Excellence M. Gilbert Guillaume, Président de la Cour internationale de Justice⁵, sur la « *Multiplication des instances judiciaires internationales* », prononcé devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies : « *au fur et à mesure de la multiplication des tribunaux internationaux, les risques de chevauchement de compétence ont augmenté. En fait, ces risques sont aujourd'hui devenus réalité* ». Certains auteurs font la prophétie que ce siècle sera celui « *de l'expansion des procédures de règlement des différends et de la multiplication des juridictions* »⁶, en particulier dans le domaine des investissements où le risque de procédures parallèles entre l'arbitrage CIRDI, les procédures interétatiques et le contentieux arbitral classique est maximal⁷. La question est ainsi devenue

¹ Retraçant l'histoire de l'origine de ces outils de résolution des conflits de compétence, V. MOISSINAC-MASSENAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, 2007, pp. 16 et s.

² L'expression est de M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 455, n° 514.

³ Ph. DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, LGDJ, 1962, pp. 40 et s., identifiant les deux versants de la problématique, concurrence entre juridictions internationales et juridictions internes, et celle existant entre « *les tribunaux internationaux entre eux* ».

⁴ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 609-610, n° 538 et p. 612, n° 538 : « *on peut considérer que la multiplication des juridictions internationales constitue désormais un élément de première importance dans l'évolution de la structure de l'ordre juridique internationale* » ; Q. D. NGYUEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 960-961, les auteurs mettant en évidence « *la prolifération de tribunaux* » et soulignant « *l'absence de mécanisme de coordination* », au regard de l'absence de hiérarchie ; C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 84 et s., consacrant une section à la « *coordination des juridictions internationales* ».

⁵ Son Excellence M. Gilbert GUILLAUME, Président de la CIJ, discours du 27 octobre 2000 prononcé devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies.

⁶ W. BEN HAMIDA, « *L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions* », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 564.

⁷ La duplication de l'arbitrage CIRDI et le contentieux interétatique par le biais de la protection diplomatique est évité par l'article 27(1) Convention CIRDI, posant le principe d'interdiction du recours diplomatique de l'État en cas d'instance arbitrale introduite. Sur la question, Y. NOUVEL, « *La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie* », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, LGDJ, Anthémis, 2010, p. 13 ; R. RIVIER, « *La multiplication des recours : consolidation, res*

un objet d'étude à part entière du droit international public, manuels¹, thèses² et articles³ traitant de la question notamment sous l'angle du risque de l'éclatement du droit international : la multiplication des juridictions est-elle « *bénédiction* » ou « *désastre* »⁴ ? En la matière, il est cependant nécessaire de relativiser le phénomène. Les exemples de saisines parallèles des juridictions internationales restent relativement rares : ce sont tout au plus « *quelques couacs* »⁵ - à l'image de l'affaire de *l'Usine Mox* ou du *Thon à nageoire bleue* - qui restent jusqu'ici relativement isolés⁶.

La question de l'articulation des juridictions est quant à elle centrale en droit international privé. C'est un pan entier de la branche qui y est consacré : les conflits de juridictions. Les relations internationales privées mettent en effet en jeu une pluralité d'ordres juridiques étatiques, théoriquement égaux : le recours hiérarchique n'est donc d'aucun secours pour résoudre les conflits de procédures et de décisions en l'absence d'« *autorité supranationale [...] compétente pour répartir les litiges entre les divers ordres juridictionnels* »⁷. La prise de conscience du risque de conflits de compétence - positif ou négatif - au regard de la définition unilatérale par chaque État de sa compétence juridictionnelle, est à l'origine du développement d'un « *réseau conventionnel bilatéral [...] dès la fin du XIX^e siècle* »⁸, aujourd'hui consolidé dans certains espaces régionaux par la mise en place d'instruments multilatéraux, comme c'est le cas au sein de l'Union européenne⁹. L'essentiel des conflits de compétence peut donc être résolu « *par des règles effectivement répartitrices, de source supranationale* »¹⁰. En dépit de l'unification ou l'harmonisation des règles de compétence internationale directe et/ou indirecte, des conflits de procédures et jugements peuvent toutefois survenir, résultant de « *la structure des règles de compétence internationale* » - soit en raison de leur caractère unilatéral¹¹, soit en raison des options de compétence ouvertes en droit conventionnel et communautaire -, aussi bien que des

iudicata et litispendance », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, *op. cit.*, p. 85.

¹ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*

² Y SHANY, *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*, *op. cit.* ; G. AREOU, *Concurrence des procédures en matière d'investissement*, thèse, Nice, 2009.

³ Cf. en particulier SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003 ; spécifiquement en matière d'investissement, W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *op. cit.*

⁴ M. BEDJAOU, « Conclusions générales - La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du des gens », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, *op. cit.*, p. 539. Pour une vision plus critique du phénomène, cf. S. KARAGIANNIS, « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ? », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, *op. cit.*, p. 7.

⁵ La formule est de M. BEDJAOU, « Conclusions générales - La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du des gens », *op. cit.*, spéc. p. 543.

⁶ M. BEDJAOU, « Conclusions générales - La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du des gens », *op. cit.*, spéc. p. 538 : « [I] 'infiniment grand des activités de l'homme ne cède qu'à l'infiniment petit comme pâture aux tribunaux internationaux ».

⁷ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 318, n° 434.

⁸ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, pp. 78-79, n° 60.

⁹ Sur lesquels, cf. notamment H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe (Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007))*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2010 ; A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires (droit communautaire, droit comparé)*, Bruylant, FEC, 2003.

¹⁰ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 79, n° 60.

¹¹ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, 6^e éd., Economica, 2010, p. 341, n° 386.

« *stratégies des plaideurs* »¹, phénomène bien connu du *forum shopping*². Les conflits de compétence entre juridictions, positif ou négatif, sont d'ailleurs au cœur du « *renouveau de l'incidence du droit international public sur la teneur des règles encadrant l'exercice de la compétence juridictionnelle* »³ : éviter l'excès de compétence internationale ou, à l'opposé, le déni de justice, sont les deux bornes limitant le pouvoir des États dans l'édition des règles de compétence juridictionnelle internationale. Les conflits de procédures et de décisions ont longtemps été laissés de côté, sans doute perçus comme une « *fatalité* »⁴. Dans le sillage d'une étude renouvelant le sujet⁵, de nombreux écrits se sont penchés sur la question, soit de manière générale⁶, soit par l'étude particulière de certains « *instruments de gestion des conflits de procédure* »⁷. Pour ces derniers, deux modèles s'affrontent : d'une part « *l'approche globale et contingente des systèmes de common law* »⁹ favorisant la recherche du juge le plus compétent – injonctions *anti-suit* et *forum non-conveniens* –, dont l'utilisation est condamnée au sein de l'Union européenne, et d'autre part, la « *méthode strictement chronologique des systèmes continentaux* »¹⁰ – litispendance ou connexité –. Ces différents mécanismes présentent cependant un inconvénient commun, qui réside dans leur caractère unilatéral, une seule des juridictions saisies résolvant le conflit de compétence. Prenant acte de cette limite, certains instruments ont innové, créant de nouveaux mécanismes¹¹, figures hybrides d'outils de résolution de conflits de compétence.

¹ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 201-202, n° 207.

² P. De VAREILLES-SOMMIERES, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *Trav. Com. fr. DIP*, 1998-1999, p. 49 ; E. CORNUT, « *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé », *JDI*, 2007.27 ; D. COHEN, « Contentieux d'affaire et abus de *forum shopping* », *D.*, 2010.975 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 230, n° 222.

³ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 82 et s.

⁴ M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 389, n° 460.

⁵ M.-L. NIBOYET, « Les conflits de procédures », *Trav. Com. fr. DIP*, 1995-1998, Paris, Pedone, 1999, p. 71 ; P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, 1999, t. 276, p. 61.

⁶ V. MOISSINAC-MASSÉNAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé, op. cit.* ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, préface H. MUIR WATT, Paris, Economica, 2008.

⁷ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 202, n° 208 ; M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 389 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 317 et s.

⁸ Pour le *forum non-conveniens*, C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2000 ; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens (étude de droit international privé comparé)*, Bruylant-LGDJ, 2003. Pour les *anti-suit* injonctions, cf. S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse, Paris I, 1999. Pour la litispendance, cf. C. MAC LACHLAN, « Lis pendens in international litigation », *RCADI*, 2008, t. 336, p. 199. Pour l'utilisation de la théorie de l'abus, cf. A. NUYTS, « *Forum shopping* et abus du *Forum shopping* dans l'Espace judiciaire européen », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 74 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 215, n° 223.

⁹ M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 456, n° 516.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 408 et s., en particulier les mécanismes de transfert de compétence mis en place par les conventions de La Haye du 19 oct. 1996 sur la protection des mineurs et celle du 13 janv. 2000 sur la protection des adultes souffrant d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés intellectuelles, la coordination des techniques de la litispendance et du *forum non conveniens* dans l'avant-projet de convention de La Haye bien qu'abandonné, adopté par le Règlement Bruxelles II bis du 27 nov. 2003 (art. 15). D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 207, n° 212.

20. Quant aux rapports entre justice publique et justice privée, au cœur de notre sujet, ils sont à nouveau sous les feux de l'actualité. Ce phénomène résulte de l'évolution majeure de l'époque que nous vivons – la mondialisation –, qui a modifié doublement la place de l'arbitrage.

Premièrement, l'arbitrage a connu une *évolution sociologique*. Autrefois perçue comme une « *procédure dérogatoire et exceptionnelle* »¹, un « *droit haineux* »², conduisant à la condamnation de la validité de la clause compromissoire par un arrêt de la Chambre civile du 10 juillet 1843³, suivi par la justice commerciale, l'institution arbitrale a connu un développement sans précédent dans le sillage de l'essor des relations commerciales internationales : l'arbitrage a accompagné la mondialisation⁴ ; il est la justice de la mondialisation. 90% des contrats du commerce international stipuleraient une clause compromissoire⁵. Quelles qu'en soient les raisons au regard des prétendus avantages de l'arbitrage⁶ – confidentialité, facilité d'identification du juge compétent, rapidité, qualité et surtout neutralité⁷ –, sociologiquement, l'arbitrage a donc connu un essor unique dans son histoire, propulsé au rang de mode de règlement des différends du commerce international de droit commun, et dont le rôle ne cesse de s'accroître dans les relations commerciales internes⁸. Il est aujourd'hui « *une forme de justice ordinaire* »⁹.

¹ C. JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier*, op. cit., p. 150.

² CHAMPIONNIERE, note sous Paris, janv. 1843, *Prugniaux c. Lesselin*, JP 1843, I, 232.

³ Cass. civ., 10 juill. 1843, *L'Alliance c. Prunier*, DP, 1843.I.343 ; S., 1843.I.561, concl. HELLO, note L.M. Devilleneuve ; *Rev. arb.*, 1992.399. L'historique de la condamnation de la validité de la clause compromissoire est retracé par C. JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier*, op. cit., pp. 446 et s.

⁴ Sur « *la mondialisation de l'arbitrage* », cf. Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 381.

⁵ Ce chiffre est tiré de statistiques récentes recueillies aux États-Unis rapporté par H. MUIR WATT, « Economie de la justice et arbitrage international (réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation) », *Rev. arb.*, 2008.389, spéc. p. 391, note n° 5. Cependant, on observera que ce chiffre peut varier en fonction des secteurs concernés. Ainsi, par exemple, pour ce qui concerne le transport maritime, la plupart des connaissements stipulent une convention d'élection de for plutôt qu'une clause compromissoire, cf. P. BONASSIES et C. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, op. cit., p. 793, n° 1151. En revanche, la clause compromissoire semble être privilégiée spécifiquement lorsque le transport de marchandise se fait par la figure de l'affrètement au voyage par charte-partie, P. BONASSIES et C. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, op. cit., p. 806, n° 1166. Cf. également, Th. CLAY, « L'arbitrage en droit des affaires », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, nov. 2008 ; spécifiquement en matière maritime : A. JOB, « Arbitrage maritime, dérives et perspectives », *DMF*, 711, fév. 2010, p. 95.

⁶ Cf. notamment R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, op. cit., pp. 15 et s., présentant les « *motivations de l'arbitrage* » ; N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op. cit., pp. 31 et s.

⁷ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2008 ; B. DE LOYNES DE FUMICHON, *Recherches sur l'arbitrage ex compromisso en droit romain classique*, op. cit., p. 7, selon lequel l'arbitrage commercial international « *apparaît aujourd'hui comme la seule instance à offrir des garanties d'indépendance et d'impartialité aux justiciables – entreprises et États de plus en plus impliqués dans la vie économique – quand ils appartiennent à des traditions juridiques différentes* » notamment au regard de la règle de compétence internationale *actor sequitur forum rei* ; J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 796, n° 1027.

⁸ On observe que le recours à l'arbitrage se développe par exemple dans le secteur de la distribution.

⁹ E. GAILLARD, « L'arbitrage, une forme de justice ordinaire », *La Tribune*, 24 mai 2011, p. 27.

Deuxièmement, et en lien avec cette évolution sociologique, l'institution connaît également une *évolution conceptuelle* : sa légitimité ne cesse de s'accroître. Mode de règlement des différends étouffé durant plusieurs siècles au point d'être perçu comme une « *infra-justice* »¹ – « *ersatz* »² de justice –, l'arbitrage s'est « *autonomisé* ». Il est aujourd'hui élevé au rang de véritable justice, de source privée, *alter ego* de la justice publique³. Le positivisme légaliste et étatique réduit le droit à la production normative de l'État et la justice à la justice d'État⁴. L'État souverain s'est en effet construit sur la captation de tous les foyers normatifs, de la puissance économique, et de la violence légitime⁵. On soulignera l'importance de « *la prérogative de justice* », perçue dès l'origine par le pouvoir royal comme « *l'aspect le plus significatif* » de cette « *puissance plénière* »⁶. Aujourd'hui, l'idéologie néolibérale, « *raison du moindre État* », irrigue la justice⁷. D'une part, la justice publique est elle-même soumise à des techniques managériales dans un objectif de rationalisation des coûts⁸. Le « *dogme de l'intérêt général* » s'efface au profit de « *l'impératif d'efficacité* »⁹. La question de l'efficacité de la procédure civile est explicitement posée¹⁰. Cette idée poussée à son paroxysme conduit alors à penser la justice publique comme un simple service sur un « *marché mondial des services judiciaires* »¹¹, les justices publiques ainsi mises en

¹ L'expression est de B. GARNOT, *Histoire de la Justice – France, XVI-XXI^e siècle*, op. cit., p. 353. D'autres préfèrent l'expression de « *sous-justice* » ou d'« *alter justice* » (cf. O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, op. cit., p. 17 et p. 25). Cf. *L'infrajudiciaire du Moyen âge à l'époque contemporaine*, actes du colloque de Dijon, 5-6 octobre 1995, éd. EUD, centre d'études historiques, Université de Bourgogne, 1996, p. 215-230.

² L'expression revient à FRAGISTAS, « Arbitrage étranger et arbitrage international de droit privé », *Rev. crit. DIP*, 1960, p. 1.

³ B. OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, LITEC, 1991, p. 415 ; D. COHEN, « Justice publique et justice privée », *APD*, 1997, t. 41, p. 149.

⁴ B. OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », op. cit., p. 417 mettant en évidence le phénomène de « *positivisme envahissant* » aboutissant à l'« *étatisation du droit et de la justice* ».

⁵ De nombreux ouvrages d'histoire des institutions retracent cette reconquête du pouvoir par le roi, au travers notamment des « *catalogues de regalia* » (cf. par ex. *Le Songe du Verger*) par lesquels les légistes royaux listent les prérogatives royales opposables aux féodaux. Cf. O. GUILLOT, A. RIGAUDIERE et Y. SASSIER, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, t. 2, *Des temps féodaux aux temps de l'État*, 3^e éd., Armand Colin, 2008, p. 139. Cette énumération constitue « *un manuel de gouvernement qui, ramené à l'essentiel, donne compétence au roi pour décider en édictant des normes [...], juger lui-même ou par délégation [...], gérer en battant monnaie et en imposant [...], défendre le royaume en organisant une armée et instituer autant d'agents qui lui sont nécessaires pour gouverner et administrer [...]* ».

⁶ J.-L. HAROUEL, J. BARBEY, E. BOURNAZEL et J. THIBAUT-PAYEN, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, 5^e éd., PUF, 2005, p. 307, n° 320.

⁷ A. GARAPON, *La Raison du moindre État - Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, 2010.

⁸ A. GARAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des sceaux par J.-M. COULON sur la réforme de la procédure civile », *D.*, 1997.69. Sur l'économie de la justice de man. gén., L. CADIET (dir.), « L'économie de la justice », *RIDE*, 1999, n° 2 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, p. 23, n° 6.

⁹ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, Droit et Société, 2008, p. 71 : « *l'administration tend à passer d'une légitimation extrinsèque, découlant de son appartenance à l'État, à une légitimation intrinsèque, fondée sur l'analyse concrète de son action [...]* ».

¹⁰ G. CANIVET, « Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, op. cit., p. 243.

¹¹ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., p. 97, n° 78 et pp. 200-201, n° 206, consacrant une analyse à « *la disponibilité des droits et l'économie de la justice* » ; B. LEMENNICIER, « L'économie de la justice : du monopole d'État à la concurrence privée ? », *Justices*, 1995, p. 135 et s. ; Y. DEZALAY, « Des justices du marché au marché international de la justice », *Justices*, 1995, p. 21 et s. ; C. KESSEDJIAN, « Le droit entre concurrence et coopération », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, Paris, Dalloz, 2008, p. 119, mettant en évidence spéc. p. 122 le fait que « *la justice publique fait face à une concurrence renouvelée, les tribunaux*

concurrence dans le cadre d'un *forum shopping* totalement décomplexé. D'autre part, de manière plus classique, c'est le monopole de la justice publique qui est remis en cause. Ainsi, une nouvelle analyse de la légitimité de la justice prend forme. Signe des temps, la tutelle étatique sur l'arbitrage par le biais de l'appel s'efface.

Si, pendant cent cinquante ans, la justice publique fut perçue comme la seule forme de justice légitime et valable, il n'existait pas de rapport de concurrence possible entre la justice et l'arbitrage, mode secondaire de règlement des différends ; il n'y avait donc pas de conflit de compétence à traiter, ou, tout au moins étaient-ils marginaux. Au contraire, en acquérant cette place singulière dans notre société actuelle, élevé au rang de véritable justice, l'arbitrage se place en concurrence avec la justice publique. Aussi la question des rapports entre justice publique et justice privée connaît-elle un regain d'intérêt¹. Consécutivement, les conflits de compétence entre la justice privée et la justice publique sont de plus en plus fréquents. Le risque des procédures parallèles et de jugements contradictoires entre ces deux formes de justice s'est accru considérablement ces dernières années². Signe de l'intérêt nouveau que suscite la question, colloques et thèses sont consacrés à ces conflits d'activités de juges publics et des juges privés³. Dans ce nouveau contexte, il est donc essentiel de mettre en place des outils efficaces de résolution des conflits de compétence entre la justice d'État et la justice arbitrale.

21. Certes, on pourra objecter que les contestations de compétence entre justice publique et justice privée ne sont qu'une part ténue du contentieux. Cette hypothèse n'est pas pleinement représentative de la pratique arbitrale ou judiciaire : chaque jour, des milliers de litiges sont portés soit devant la justice publique, soit devant la justice privée sans que leur compétence ne soit contestée. La clef de la ventilation des litiges entre la justice publique et la justice privée ne pose généralement pas de difficultés : elle résulte tout simplement de l'absence ou de la présence d'une convention d'arbitrage. Dans le premier cas, seule la justice d'État est compétente ; dans le second, seule la justice arbitrale est compétente (cela résulte des effets positif et négatif de la *convention d'arbitrage*). Ce critère de répartition du contentieux entre ces deux formes de justice est unanime et universel, reconnu aussi bien par les législations internes des États que par les différentes conventions internationales⁴. Aussi pourrait-on en déduire que l'intérêt de traiter des conflits de compétence serait limité, exercice divertissant mais en pratique vain, alors que les contestations de la ventilation des litiges entre justice publique et justice privée ne surviennent qu'occasionnellement, voire rarement.

nationaux étant considérés comme entrant en concurrence entre eux pour offrir de véritables « services judiciaires » ».

¹ Cf. notamment A. SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess, 1989.

² En ce sens, C. KESSEDJIAN, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », *op. cit.*, p. 602 : « [j]amais, en effet, depuis le début de l'essor de l'arbitrage, les parties n'ont eu autant d'irrespect pour l'accord de volonté formulé par elles au moment de leurs négociations contractuelles lorsqu'elles ont conclu une clause compromissoire. Cet irrespect entraîne de plus en plus de procédures parallèles qui compliquent le travail des arbitres et des juges ».

³ Cf. notamment le colloque ASA de janvier 2001, *Arbitral Tribunals or States Courts – Who must defer to whom ?*, Ed. Pierre A. Karrer, ASA janvier 2001, Special Series, n° 15 ; D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse, Aix-Marseille III, 2008 ; C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, *op. cit.*

⁴ N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, n° 5.85, p. 341

Cependant, sans pourtant exagérer leur place, les contestations de la répartition de la compétence entre justice publique et justice privée – et le risque consécutif de conflits de procédures et/ou de décisions – ne sont pas une maladie orpheline du contentieux¹. Elles constituent une pathologie récurrente, mêmes si elles ne sont pas omniprésentes, soit en raison d’une divergence entre les parties sur l’existence, la validité ou l’étendue de la convention d’arbitrage, soit en raison de la mauvaise foi d’un litigant voulant se dérober à ses engagements, revendiquant alors la compétence de « *son juge étatique* »² par la contestation de la clause compromissoire et l’invocation d’un chef de compétence internationale directe appropriée, réflexe de « *campanilisme judiciaire* »³ bien humain. Malgré la simplicité du critère d’attribution de la compétence juridictionnelle générale, les zones frontières, où il est difficile de savoir si l’on se situe en territoire étatique ou en territoire arbitral, sont nombreuses, évoluant selon les lieux et les époques. Le risque de saisines parallèles de la justice publique et de la justice privée s’est accru au regard de deux facteurs : d’une part, la justice arbitrale s’est hissée au rang d’*alter ego* de la justice publique, et, d’autre part, la clause compromissoire jouit d’un régime de « *surprotection* »⁴. Il suffit de songer aux conditions particulièrement souples concernant son extension *ratione materiae* ou *personae*.

22. Si les manœuvres dilatoires des parties pour éviter une procédure arbitrale à laquelle elles avaient pourtant consenti se sont diversifiées durant ces décennies⁵, les « *fossoyeurs de l’arbitrage* »⁶ ne se sont pas détournés du contentieux de la compétence qui reste dans nombre de cas le nerf de la guerre. L’activité de la Haute juridiction témoigne de la fréquence des contestations de la ventilation des litiges entre justice publique et justice arbitrale : « *34 décisions rendues par la Cour de cassation du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2006* »⁷ ont eu à connaître de la question. Il y a donc une nécessité pratique impérieuse de régler efficacement les potentiels et réels conflits de compétence entre ces deux formes de justice. Le contentieux de la compétence est resté un point central des tentatives de déstabilisation de l’arbitrage. Dans l’arbitrage commercial international comme celui qualifié de transnational – l’arbitrage CIRDI –, les exceptions de compétence « *tendent à se présenter [...] d’une façon physiologique* »⁸.

¹ La fréquence de la saisine parallèle d’une juridiction d’État et d’un tribunal arbitral est soulignée par ex. par D.W. RIVKIN, « Arbitral Tribunal or State Court – Who Must Defer to Whom ? », *Bull. ASA*, n° spécial, janv. 2001, p. 12, n° 15.

² O. CACHARD, « L’effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 716, n° 3.

³ *Ibid.*

⁴ J.-B. RACINE, « Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2005.305, p. 314, n° 11.

⁵ Cf. A. DE FONTMICHEL, « Les tentatives de paralysie de l’instance arbitrale devant le juge étatique », *Cah. Arb.*, 2010.407.

⁶ La formule est de M. CLAY.

⁷ E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d’arbitrage international », *Rev. arb.*, 2007.697, p. 702, n° 5.

⁸ G. SACERDOTI, « Table ronde – La place du CIRDI dans le contentieux de l’investissement international », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, LGDJ, Anthemis, 2006, p. 352. En ce sens, cf. D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 329, n° 14-10, rapportant qu’en 2000, approximativement un tiers des sentences CCI impliquaient une contestation de compétence.

23. **Enjeux du sujet.** Si les conflits de compétence sont une préoccupation centrale dans toutes les branches du droit processuel, c'est que les enjeux sont déterminants.

Laisser prospérer des contentieux parallèles est tout d'abord contraire à l'économie procédurale : « [t]out le monde conviendra de la nécessité – pour des raisons de justice et d'économie de procédures – de mettre de l'ordre dans ce foisonnement d'instances parallèles ou contradictoires »¹. La duplication de procédures est en effet génératrice de dépenses inutiles, d'un surcoût pour les parties au litige et pour la société². A l'heure où l'efficacité économique est un critère central, devenu souvent le premier au détriment même des politiques publiques et ce, même au sein de la justice, cet argument pèse de tout son poids. La duplication de procédures est parfois d'ailleurs recherchée, véritable stratégie de « harcèlement procédural ». Pire, les conflits de compétence génèrent un risque d'atteinte au droit au juge, ainsi qualifiés de « ferment d'injustice ». Les conflits de procédures sont des conflits de décisions en puissance, et *in fine*, créent un risque de déni de justice, positif ou négatif, en cas de divergences entre juridictions.

Allant plus loin, la pluralité des juridictions et leur absence de coordination créent un risque d'atteinte au droit d'accès effectif au juge naturel. Ce qui est en jeu, ce n'est pas moins que la difficulté qu'éprouve tout justiciable à accéder au bon juge, c'est-à-dire au juge compétent, à apporter une réponse à cette interrogation simple mais fondamentale : devant quel juge doit-il porter son affaire ? Cette question est loin d'être accessoire. Les enjeux sont fondamentaux. D'une part, accéder au bon juge, c'est accéder à la bonne justice : règles de procédure et règles de fond appropriées³. Le choix de l'arbitrage, n'est-ce pas d'ailleurs la « recherche d'une autre justice »⁴, marque de l'« altérité »⁵ de l'arbitrage ? Cette idée revient en effet à toute époque de l'histoire de l'arbitrage⁶. Mieux, en présence de contrats d'État, ou encore plus simplement de contrats mettant en cause certains « champions nationaux »,

¹ M.-L. NIBOYET-HOEGY, « Les conflits de procédure », *op. cit.*, pp. 71 et s.

² D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 202, n° 208.

³ M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 389, n° 459, soulignant « [l]es multiples enjeux substantiels et procéduraux du choix de la juridiction compétente [...]. Ici dans l'espoir de dommages et intérêts plus généreusement alloués aux victimes ; là d'un divorce plus favorable ou plus expéditif ; parfois simplement au bénéfice d'un for plus proche, d'une procédure moins onéreuse, ou encore de techniques probatoires ou de formes d'action en justice plus performantes ; parfois au contraire d'une procédure plus lente pour résister aux prétentions d'un créancier, ou enfin pour former une action dénégatoire de responsabilité afin de court-circuiter toute procédure subséquente des victimes ».

⁴ R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, pp. 20 et s.

⁵ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 116.

⁶ V. par ex. ARISTOTE, *Rhétorique*, I, 13, 1374 b, 420 : « être équitable [...] c'est [...] préférer s'en remettre à un arbitrage plutôt qu'à un jugement des tribunaux ; car l'arbitre voit l'équité ; le juge ne voit que la loi ; l'arbitre n'a, d'ailleurs, été inventé que pour donner force à l'équité » ; CICERON, *Oratio pro Q. Roscio comoedo* n° 4, cité par J.-J. CLERE, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », *Rev. arb.*, 1981.3 : « l'arbitrage est le moyen de ne pas gagner complètement un bon procès, ni de perdre complètement un mauvais procès » ; D. JOUSSE, *Traité de l'administration de la justice, Traité des arbitrages et compromis*, t. II, Paris, 1771, p. 708, n° 57 : les fonctions des arbitres « ne sont pas bornées avec la même sévérité que celles des Juges ; et ils peuvent préférer quelquefois les considérations du bien et de la paix, à l'exactitude de la Justice, qui pourrait laisser des occasions de division ». Cf. également D. COHEN, « Justice publique et justice privée », *op. cit.*, spéc. n° 28 à 31 ; plus nuancé au regard de la dualité de l'arbitrage, distinguant entre l'arbitrage de droit et l'arbitrage en amiable composition, E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, préface Ph. FOUCHARD, Paris, Librairies techniques, 1980, pp. 74-75, n° 125 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 125.

accéder à l'arbitrage, c'est parfois accéder à la seule justice neutre disponible lorsqu'*il n'existe pas de juge étatique accessible, à savoir de juge susceptible de rendre une justice équitable* »¹.

Au regard de ces enjeux, les processualistes ont généralement créé des remèdes plus ou moins efficaces à ce « *poison* » de la vie juridictionnelle d'une « *nocivité particulière* »², se retrouvant à toute époque ; ils en cherchent encore, tentant de répondre à cette finalité du droit international privé : atteindre « *l'harmonie internationale des solutions* »³.

24. La question centrale des conflits de compétence entre justice publique et justice privée n'est pas restée sans réponse dans notre droit. Auparavant, jusqu'au début des années 1980, la réponse était simple : *la seule justice publique* était en mesure de statuer sur la compétence juridictionnelle générale, le tribunal arbitral tenu de s'y conformer. La nouvelle place acquise par l'arbitrage et la fin de la légitimité du monopole de la justice publique vont naturellement conduire à ce que la façon de trancher les conflits de compétence entre justice publique et justice privée soit repensée. Aujourd'hui, avec la montée en puissance du principe compétence-compétence, l'idée s'impose qu'il revient au *tribunal arbitral* de trancher la question. On serait ainsi passé d'un rapport hiérarchique – justice publique sur justice arbitrale –, à un autre – justice arbitrale sur justice publique –.

Le principe compétence-compétence « *version française* », incluant l'effet négatif, empêche la juridiction publique de statuer sur sa compétence. Il encourt alors la critique suivante : il risque d'aboutir à priver les juridictions françaises du pouvoir de statuer sur la compétence arbitrale, mais aussi sur leur propre compétence en tant que juridiction de la justice publique. La frontière commune à la justice arbitrale et à la justice publique serait donc tracée par les seuls arbitres, les juridictions publiques étant exclues. N'est-on pas allé trop loin dans l'autonomie de l'arbitrage ? Avec l'effet négatif, le droit français n'a-t-il pas franchi le Rubicon, achevé le mouvement d'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa compétence vers celui de *l'indépendance* ? Le principe compétence-compétence semble avoir emporté avec lui le pouvoir de statuer sur la compétence des juridictions publiques qui ont tout autant un intérêt légitime à se prononcer sur la question⁴.

25. **Nouvelle analyse : hypothèse de recherche.** Non, le principe compétence-compétence dans sa version française ne sacrifie pas les intérêts de la justice publique. Si l'on y regarde de plus près, le principe compétence-compétence ne conduit pas à priver les juridictions publiques du pouvoir de statuer sur leur compétence. L'objet de cette thèse est de

¹ G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, op. cit., p. 151, n° 415 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., p. 87, n° 67.

² B. ANCEL et Y. LEQUETTE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 novembre 1974, *Miniera di Fragne, G.A.*, n° 54, spéc. p. 524, n° 6.

³ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, rééd., Paris, Dalloz, 2002, p. 212, n° 96.

⁴ En ce sens, cf. par ex. I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *Gaz. Pal.*, 5-6 juin 2002, p. 26, spéc. n° 3 : « *le pouvoir des arbitres [NDLA : de statuer sur leur compétence] n'impliquait pas nécessairement que les Tribunaux étatiques fussent dessaisis du pouvoir de statuer sur leur propre compétence en présence d'une convention d'arbitrage* » ; J. LINSMEAU, « Arbitrage et juridictions étatiques. Saisines parallèles et concurrentes », op. cit., p. 323, n° 1 ; M. REMOND-GOUILLOUD, « L'inopposabilité d'une clause compromissoire ne permet pas d'échapper au principe compétence-compétence », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Steinweg Handelsweem c. Generali France assurances*, *Bull. civ.*, 2006.I.513 ; *DMF*, 681, mai 2007, p. 411, spéc. p. 412 : « *l'effet négatif prive le juge étatique de son pouvoir d'appréciation sur la valeur et la portée de la clause* ».

démontrer que le principe compétence-compétence n'est pas un mécanisme de subordination d'un ordre juridique sur l'autre. Au contraire, il est un mécanisme original de « *remise en ordre du dispositif juridique* »¹ – vecteur de sécurité juridique – qui se veut lui-même pluraliste.

Notre hypothèse de recherche est que l'adjonction de l'effet négatif n'est pas un simple renforcement de l'effet positif, ni un « *effet* » de la compétence-compétence dans sa version initiale. Il entraîne une modification profonde de la fonction de ce principe, l'effet positif du principe compétence-compétence – le sens originel de la règle – étant intégré dans un mécanisme, plus vaste, de résolution des conflits de compétence entre justice publique et justice privée, pluraliste. Le principe compétence-compétence s'est transformé : de la simple transposition au droit de l'arbitrage de la *règle de droit processuel* selon laquelle tout juge est juge de sa compétence, il a muté en une *règle de conflit* originale de résolution des conflits de compétence sur le fond entre justice publique et justice privée, reposant sur l'exercice coordonné du pouvoir de statuer sur la compétence entre juge public et juge privé.

26. Cette nouvelle règle de conflit présente une double originalité.

La première originalité concerne la façon dont sont résolus les conflits de compétence : la résolution des conflits de compétence sur *le fond du litige/le principal* passe par la résolution des conflits de compétence sur *la compétence*. Autrement dit, les conflits de compétence sur le fond sont évités par la coordination de l'exercice de ce pouvoir commun que détiennent juges étatiques et arbitres – le pouvoir de statuer sur leur compétence –, cette coordination utilisant *le temps* du procès arbitral².

La seconde originalité réside dans le caractère pluraliste de la règle de conflit. Ni la justice arbitrale, ni la justice d'État française ne sont exclues du tracé de cette frontière commune qu'elles partagent. Ce sont les deux acteurs intéressés, le juge étatique et le juge arbitral, qui ont vocation à opérer la ventilation des litiges entre justice publique et justice privée. Ils ne le font pas dans un organe unique et à un instant donné, mais de manière successive et coordonnée, par l'exercice successif du pouvoir de statuer sur leur compétence. Le principe compétence-compétence réussit à concilier l'inconciliable, que chaque justice concernée puisse juger de sa compétence.

Par cet aspect, le principe compétence-compétence constitue une véritable *révolution* des modes de résolution des conflits de compétence entre justice publique et justice privée. En ce sens, le principe compétence-compétence s'inscrit dans le cadre de ces nouveaux mécanismes de résolution des conflits de compétence du droit international privé impliquant une

¹ L'expression est de J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 149.

² Nous envisageons ici le *temps du procès arbitral* dans un sens large, défini comme le *temps de l'arbitrage*, englobant la période antérieure à la procédure arbitrale, le procès arbitral lui-même et enfin, la période postérieure à la procédure arbitrale, incluant les voies de recours contre la sentence. Nous excluons l'acception plus stricte du « *temps dans la procédure arbitrale* » entendue comme « *sa durée* » (I. FADLALLAH, « Le temps dans la procédure arbitrale », *Justice et Cassation*, 2007, Le temps dans le procès, Dalloz, p. 48) ou comme « *la temporalité de l'instance* » (M. DE BOISSÉSON, « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international », in *Études offertes à Pierre Bellet*, op. cit., p. 33). De man. gén. S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèques de thèse, 2002. Sur les rapports du temps et du droit, F. MECHRI, « Voyage dans l'espace du temps juridique », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, op. cit., p. 427.

« coopération judiciaire active »¹. Il permet une *coopération juridictionnelle active* entre juges publics et juges privés qui aboutit à une « *décision sur la compétence [...] prise de manière concertée par les deux juges* », dans le cadre d'un dialogue réalisé en différé, étalé dans le temps. Justice publique et justice privée doivent avoir « *conscience de n'être qu'une partie d'un tout et jamais une fin en soi* »², « *associées* » dans un système de justice transnationale, dans la répartition même de la compétence entre justice publique et justice privée.

Comme de nombreux autres écrits, notre thèse s'inscrit donc dans l'étude des relations qu'entretiennent l'ordre juridique étatique et l'ordre arbitral, et ainsi dans l'une des grandes problématiques du pluralisme, « *les modalités du partage de la régulation juridique entre les différentes organisation sociales* » : « *indépendance, autonomie, complémentarité, intégration, etc.* »³. Mais ici, cette problématique est fortement ravivée car l'enjeu est la compétence sur le fond du litige, et donc la sphère d'exercice de chacune de ces deux justices. Les relations justice privée-justice publique offrent un terrain d'étude fertile afin de mesurer la *créativité du droit* pour résoudre efficacement les conflits de compétence d'une nouvelle façon, qui ne peut être hiérarchique compte tenu de l'autonomie croissante de l'arbitrage. Le principe compétence-compétence à la française est une nouvelle façon de penser les relations entre justices. Il établit une forme de « *dialogue spontané* » entre arbitres et juges étatiques sur la délimitation de leur propre compétence, aujourd'hui devenu un « *dialogue orchestré* »⁴ par ce principe clairement identifié.

27. **Equilibre des intérêts en tension.** Par son caractère pluraliste, cette règle de conflit opère une synthèse des intérêts en tension, intérêts arbitraux et intérêts étatiques.

D'un côté en effet, le principe compétence-compétence préserve les intérêts arbitraux : l'autonomie de l'arbitrage est pleinement assurée. Tout d'abord, l'effet positif permet bien évidemment au tribunal arbitral de pouvoir se prononcer lui-même sur sa compétence, tout en garantissant la rapidité de cette forme de justice puisque l'instance arbitrale n'est pas interrompue par n'importe quel moyen de défense opposé au tribunal arbitral, fut-il une exception d'incompétence. Ensuite, l'effet négatif garantit l'efficacité de la convention d'arbitrage, en obligeant les juridictions publiques à renvoyer les parties à l'arbitrage, interdiction leur étant faite de statuer sur la contestation de la convention d'arbitrage opposée. Grâce à l'effet positif, la contestation de la convention d'arbitrage devant le tribunal arbitral n'interrompt pas le cours d'une instance arbitrale déjà engagée. Grâce à l'effet négatif, la contestation de la convention d'arbitrage devant le juge étatique ne paralyse pas l'engagement d'une procédure arbitrale ou la poursuite d'une instance déjà engagée. Aussi le principe compétence-compétence est-il avant tout au service de l'autonomie de l'arbitrage, les

¹ M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé, op.cit.*, p. 408, n° 491.

² Son Excellence M. Gilbert GUILLAUME, Président de la CII, discours du 27 octobre 2000 prononcé devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies.

³ V° « Pluralisme juridique », par H. MOUTOUH, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003.

⁴ Ces formules sont de L. BURGOGNE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges – Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno GENEVOIS*, Dalloz, 2009, p. 99.

contrôles étatiques étant centralisés *in fine* au stade post-arbitral, lors de l'exercice des voies de recours contre la sentence.

D'un autre côté, les intérêts étatiques ne sont pas pour autant sacrifiés sur l'autel de l'autonomie de l'arbitrage. Cela n'est pas fréquemment mis en évidence, mais cette règle de conflit sert les intérêts français. Tout d'abord, le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur la compétence juridictionnelle générale n'est pas supprimé : s'il était paralysé temporairement en amont, il est préservé en aval de l'instance arbitrale. C'est au stade de l'exercice des voies de recours que les juridictions publiques retrouvent le pouvoir de juger de la compétence juridictionnelle générale ; le pouvoir juridictionnel des juridictions étatiques est ainsi recomposé. Ce contrôle leur permettra ainsi de défendre les intérêts fondamentaux de l'ordre juridique français, parfois préservés par une compétence exclusive reconnue aux juridictions publiques. Au terme de ce contrôle, elles pourront en tirer toutes les conséquences : annuler ou refuser l'exequatur d'une sentence par laquelle le tribunal arbitral se serait à tort jugé compétent ou incompétent. L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa compétence n'est pas l'indépendance. Ensuite, ce déplacement du contrôle en aval de l'arbitrage sert un autre objectif central du droit judiciaire français : l'économie procédurale et l'absence de gaspillage des ressources publiques. L'effet négatif de la compétence-compétence réalise une économie de procédure. En effet, c'est sur ce simple constat de l'*apparence* de convention d'arbitrage ou de l'existence d'une procédure arbitrale, que les parties sont renvoyées à mieux se pourvoir. Il est inutile que le procès s'éternise devant les juridictions publiques en amont ou en parallèle de l'instance arbitrale, alors qu'une forte probabilité statistique – résultant de l'apparence de compétence arbitrale – indique que le tribunal arbitral sera compétent. L'exercice des voies de recours contre la sentence étant loin d'être systématique, sans doute parce que le tribunal arbitral a convaincu la partie récalcitrante à l'arbitrage, ou que les recours exercés devant la justice publique en amont de l'instance arbitrale étaient un moyen de gagner du temps, le nombre de procès en aval de l'instance arbitrale est largement inférieur à l'introduction des procédures en amont de l'instance arbitrale. Enfin, on observera que les États ont un intérêt économique à favoriser l'efficacité de la justice arbitrale ; l'arbitrage est aujourd'hui perçu comme étant à l'origine, directe ou indirecte, de gains potentiels pour l'État. En effet, édicter un droit favorable à l'institution arbitrale contribue tout d'abord à attirer les arbitrages sur le sol français et la manne qu'ils représentent – l'État français voulant conserver sa place dans ce « *marché qui aiguise particulièrement les appétits* »¹, le « *marché de l'arbitrage* »², et de manière plus générale, d'attirer les investisseurs étrangers par la possibilité de recours à l'arbitrage.

Au-delà des intérêts propres à chaque ordre juridique, cette règle de conflit sert un objectif commun, ni proprement arbitral, ni proprement étatique, l'objectif commun de Justice : garantir aux citoyens du monde l'accès à la justice, quelle que soit sa nature, privée

¹ J.-B. RACINE, « La marchandisation du règlement des différends : le cas de l'arbitrage », in E. LOQUIN et A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, LexisNexis-Litec, 2010, p. 321, spéc. p. 323.

² B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 10 et p. 107, l'auteur étant particulièrement critique sur le sens de cette évolution de l'arbitrage vers une justice marchande ; S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 1246, n° 608 : « [l']arbitrage s'apparente à un produit, une sorte de machine à résoudre les litiges, disponible sur un marché ». Sur ce phénomène, *cf.* de man. gén.

ou publique, sans se perdre dans des conflits de compétence interminables. La « *coordination* »¹ mise en place par le principe compétence-compétence peut ainsi être perçue comme un *embryon d'organisation juridictionnelle transnationale*. Arbitres et juges sont des « *associés dans un système de Justice commerciale internationale* »² ; ils le sont au stade même de la répartition de leur compétence. Le principe compétence-compétence n'est donc pas tant un principe du droit de l'arbitrage qu'un *principe réglant les relations entre l'ordre judiciaire français et l'ordre arbitral* en délimitant leur sphère concrète d'intervention. C'est ce qui explique pourquoi ce principe est si essentiel au droit français de l'arbitrage, au point qu'il ait été érigé au rang de principe par la jurisprudence et de norme indérogable par les rédacteurs du décret de 2011, tout au moins pour ce qui concerne l'arbitrage interne³. La politique de faveur pour l'arbitrage et la « *promotion* » internationale du droit français de l'arbitrage sur le « *marché de l'arbitrage* »⁴ n'expliquent pas à elles seules cette force particulière du principe. Avec les « *moyens du bord* », en l'absence de convention inter ou transnationale sur la question, les sources du droit français – pouvoir réglementaire, jurisprudence et doctrine – ont su mobiliser et combiner leurs « *forces créatrices* »⁵ pour inventer cet outil original permettant d'éviter, ou tout au moins limiter, le « *désordre* » juridictionnel transnational, dans le respect des intérêts de l'ordre arbitral et de l'ordre étatique.

28. Limites au principe compétence-compétence dans sa fonction de coordination. Règle de conflit, on qualifiera le principe compétence-compétence de simple « *embryon* » d'organisation juridictionnelle transnationale car il ne résout ni toutes les formes de conflits de compétence, ni d'ailleurs toutes les formes de procédures parallèles.

Tout d'abord, le principe compétence-compétence tend à prévenir uniquement les procédures parallèles entre la justice publique et la justice privée. Il n'apporte aucune réponse aux potentiels conflits entre juridictions d'État distincts relativement à un même arbitrage – non engagé, en cours ou achevé –, pouvant être saisies simultanément ou successivement dans de multiples configurations procédurales. Il faut compter avec cette « *concurrence internationale* » entre ordres étatiques et le risque de saisines parallèles des juridictions publiques, ces dernières pouvant diverger sur le tracé de la frontière entre justice publique et justice privée⁶.

¹ Ce rapport de « *coordination* » entre justice publique et justice privée est aujourd'hui fréquemment mis en exergue. Cf. par exemple J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international, op. cit.*, p. 799, n° 1031.

² B. OPPETIT, « Philosophie de l'arbitrage international », *JDI*, 1993.

³ Art. 1448 al. 3 CPC, disposition édictée pour l'arbitrage interne, non reprise pour l'arbitrage international. Sur la valeur de l'effet négatif de la compétence-compétence, cf. *infra*, n°s 69 et s.

⁴ L'expression est empruntée à J.-B. RACINE, « La marchandisation du règlement des différends : le cas de l'arbitrage », *op. cit.*

⁵ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1994.

⁶ Soulignant cette limite à la règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence, J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international, op. cit.*, p. 943, n° 2550. Mettant en évidence ce risque au regard des divergences d'acception de la compétence-compétence et du refus de cette règle par la plupart des États, Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international, op. cit.*, p. 138, n° 242. Cette concurrence relative à l'efficacité de la convention d'arbitrage est l'un des facteurs de contrariété de décisions, mis en évidence par C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international, op. cit.*, p. 145, n° 161.

En outre, le principe compétence-compétence a vocation à résoudre les seuls possibles conflits de compétence entre juridiction d'État internes et tribunaux arbitraux à l'exclusion d'autres conflits d'activité juridictionnelle pouvant se poser au tribunal arbitral.

Il est en effet impuissant tout d'abord à résoudre les autres conflits de compétence entre tribunal arbitral et juridictions interétatiques. Ces conflits surgissent avec une certaine force au vu du développement sans précédent de l'arbitrage au plan international et de la prolifération des juridictions interétatiques¹. La question se pose notamment avec acuité au sein de l'Union européenne au regard de la possibilité de saisine parallèle pour les investissements intracommunautaires des autorités européennes sur le fondement du TFUE, et de tribunaux arbitraux sur le fondement des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements existants, conclus anciennement entre les « États de l'Ouest » et les « États de l'Est »², ces derniers étant devenus membres de l'Union européenne. Si d'aucuns considèrent que l'adhésion des nouveaux États membres a conduit à l'abrogation implicite des traités bilatéraux de protection des investissements intra-communautaires³, ou que ces traités sont incompatibles avec le droit communautaire – les autorités communautaires ayant même, sous peine d'action en manquement, demandé aux États membres la dénonciation des traités en question –, l'analyse ne convainc pas nécessairement les tribunaux arbitraux⁴. Récemment, le tribunal arbitral constitué dans l'affaire opposant la société Eureko BV et la République de Slovaquie saisi sur le fondement d'un traité bilatéral de protection des investissements conclu entre les Pays-Bas et la Tchécoslovaquie en 1992 a rejeté cette analyse, alors même que la Commission européenne était saisie parallèlement d'une procédure en manquement par le même investisseur ayant saisi le tribunal arbitral. La sentence *ad hoc* du 26 octobre 2010 illustre ce phénomène de mise en concurrence des modes de règlement des différends internationaux – arbitrage transnational et autorités européennes –⁵, et des risques de conflit de compétences et de décisions en résultant. Ces saisines parallèles concernent principalement le droit international public et doivent trouver des réponses adaptées aux enjeux propres de la matière. D'autres outils de résolution des conflits de compétence doivent ainsi être

¹ Pour un état de lieux, W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *op. cit.* ; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, *op. cit.* Cf. par ex. la contestation de la compétence du tribunal irano-américain en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage internationale CCI : Tribunal irano-américain des différends, 5 nov. 1982, *Stone and Webster Overseas Group c. National Petrochemical Co. et al.*, *ILR*, vol. 68, pp. 601-607, spéc. pp. 605-607, *Iran-US CTR*, vol. 1, pp. 274-279). Le tribunal international a contourné aisément la difficulté en jugeant qu'il n'y avait pas de compétence exclusive au profit des tribunaux arbitraux, mais une compétence concurrente.

² La formule est de B. POULAIN, note sous sentence *ad hoc* selon règlement CNUDCI rendue à Francfort sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA N° 2008-13), 26 octobre 2010, *Eureko B.V. c. République de Slovaquie*, *Rev. arb.*, 2011.245.

³ C'était notamment l'argument soutenu par la République tchèque afin de s'opposer à la compétence du tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CNUDCI dans l'affaire *Eastern Sugar*, qui a été rejeté : sentence du 27 mars 2007, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, SCC Case No. 088/2004, arbitrage CNUDCI, *Rev. arb.*, 2007.888, obs. Y. NOUVEL.

⁴ Sentence du 27 mars 2007, *Eastern Sugar BV c. République tchèque*, *op. cit.*

⁵ Sentence *ad hoc* selon règlement CNUDCI rendue à Francfort sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA N° 2008-13), 26 octobre 2010, *Eureko B.V. c. République de Slovaquie*, *Rev. arb.*, 2011.245, note B. POULAIN.

recherchés¹, parmi lesquels l'*amicus curiae*, qui pourrait avoir un rôle à jouer aussi bien sur le fond du litige, mais également sur les questions de compétence². Certains tribunaux arbitraux semblent néanmoins y faire obstacle et ont refusé que la Commission européenne dépose des observations sur la compétence du tribunal arbitral³.

Le principe compétence-compétence est ensuite impuissant à résoudre les conflits de compétence entre tribunaux arbitraux. En effet, sur le fondement de la compétence-compétence, chacun des tribunaux arbitraux saisis pourrait s'estimer compétent de manière prioritaire pour juger de sa compétence. D'autres outils de résolution des conflits de compétence doivent être sollicités pour résoudre ce conflit propre à l'arbitrage⁴.

En outre, au sein même des relations juges judiciaires français – tribunal arbitral, le principe compétence-compétence vise à régir uniquement le risque de saisines parallèles *pour la même demande* relative au même complexe de faits : les parties, pour une même « *question litigieuse* »⁵, divergent sur la justice à saisir. Aussi le principe compétence-compétence n'a-t-il pas vocation à apporter une solution aux éventuelles saisines parallèles des juges et arbitres en cas de demandes connexes, ou encore en cas d'incidences d'une procédure étatique « *destinée à protéger un intérêt social considéré comme primordial* », procédures étatiques « *aux confins de l'arbitrage* »⁶ portant fréquemment sur des contentieux non arbitrables : procédures pénales ou procédures collectives. L'articulation entre ces procédures et l'instance arbitrale est résolue par d'autres mécanismes⁷.

Enfin, le principe compétence-compétence a vocation à empêcher les seuls *conflits de procédures*, c'est-à-dire la conduite parallèle d'une procédure étatique et d'une procédure

¹ Sur la question, cf. par ex. la proposition faite par B. POULAIN, note sous sentence ad hoc selon règlement CNUDCI rendue à Francfort sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA N° 2008-13), 26 octobre 2010, *Eureka B.V. c. République de Slovaquie*, op. cit., p. 274, n°s 51 à 53.

² S. MENÉTREY, « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *JDI*, 2010, doctr. 13, n° 29 : « *si le conflit se résout par la caducité de l'engagement international antérieur à l'adhésion à l'Union européenne, alors les dispositions relatives à la résolution des litiges fondant la compétence du tribunal arbitral sont également caduques et seul le droit communautaire s'applique, ce qui se traduit sur le terrain juridictionnel par la compétence des juridictions des États membres et in fine de la CJCE* » ; cf. également B. STERN, « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Rev. arb.*, 2007.3, spéc. p. 22, les tribunaux arbitraux, dans les deux affaires commentées (*Aguas Argentinas* et *Aguas de Santa Fe*), ont refusé l'intervention des *amici curiae* au stade de la compétence. Comme l'observe l'auteur, « *il ne faut pas voir là une affirmation générale selon laquelle des mémoires d'amicus curiae seront toujours inutiles au stade de la compétence, mais seulement une évaluation par le tribunal que tel est le cas dans l'affaire soumise* ».

³ S. MENÉTREY, « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », op. cit., n° 31.

⁴ Certains envisagent la litispendance (résolution 1/2006 de l'International Law Association (ILA) adoptée lors de la 72^{ème} conférence tenue à Toronto (Canada) du 4 au 8 juin 2006 prononçant des recommandations sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage, disponible sur le site de l'ILA : www.ila-hq.org, spéc. recommandation n° 5 de l'association de droit international sur la litispendance en arbitrage ; D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, op. cit., p. 183, n° 188, préconisant l'intégration dans le Code de procédure civile d'une disposition en ce sens) ; d'autres droits ont érigé l'indifférence en règle (art. 186 al. 1 LDIP).

⁵ L'expression reviendrait initialement à H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Bordeaux, Ed. Biere, 1956, p. 253.

⁶ D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, op. cit., pp. 30-31.

⁷ D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, op. cit., pp. 383 et s.

arbitrale sur le même objet. Il n'a pas vocation à résoudre les contrariétés de décisions opposant une sentence arbitrale et une décision étatique¹, mais a pour but de les éviter.

Le principe compétence-compétence constitue ainsi un *mécanisme préventif* visant à éviter la duplication des procédures sur la compétence juridictionnelle générale devant le tribunal arbitral et le tribunal étatique, et ainsi, consécutivement, visant à éviter la duplication des procédures sur le fond du litige. Ainsi circonscrit à ce domaine, le principe compétence-compétence n'en reste pas moins un commencement, une première solution.

29. Le principe compétence-compétence permet-il réellement et systématiquement que le tracé de la frontière entre justice publique et justice privée soit pluraliste ?

Le fil d'Ariane de cette thèse est tout simplement de décrire ce mécanisme de résolution des conflits de compétence, d'établir son existence, en vérifiant à chaque étape du processus le caractère véritablement pluraliste de cette « règle de conflit » : justice arbitrale et justice publique sont-elles toujours associées au tracé de cette frontière commune, et le sont-elles véritablement ? Le principe compétence-compétence s'appuie sur différentes règles, complémentaires, conditions du pluralisme dans la répartition des litiges entre justice privée et justice publique. Si l'une vient à faillir, c'est le mécanisme d'ensemble qui s'écroule. Plutôt que caméléon, la compétence-compétence est un principe *funambule*, un difficile équilibre permanent devant être trouvé entre le monisme étatique et le monisme arbitral, les intérêts de l'État français et les intérêts de l'arbitrage. La thèse est donc traversée par la recherche constante d'un équilibre subtil que tend à réaliser, bon an, mal an, le principe compétence-compétence « version française » : conserver la possibilité aussi bien pour le tribunal arbitral que pour le tribunal étatique de participer au tracé de cette frontière commune entre justice publique et justice privée, tout en les coordonnant. Chemin faisant, nous constaterons que le principe compétence-compétence tend à cet objectif pluraliste, mais échoue parfois, la ventilation des litiges entre justice publique et justice privée étant alors opérée de manière unilatérale soit par la seule justice publique – on parlera de monisme étatique –, soit parfois par la seule justice arbitrale – on parlera de monisme arbitral –. Mécanisme complexe, le principe compétence-compétence est sans doute incomplet et imparfait. Mais n'est-il pas nécessaire, dès lors que l'on quitte les « chemins bien balisés de l'ordre, [d'] abandonner l'illusion d'une nécessaire cohérence, d'une absolue incomplétude »² ?

30. **Annnonce du plan.** Il est d'usage de présenter dans un premier temps l'effet positif de la compétence-compétence, et dans un second temps l'effet négatif de la compétence-compétence. Doit-on se conformer à cet ordre de présentation, déterminé par l'ordre chronologique d'apparition de chacune des règles ? Nous privilégions un autre ordre de présentation, dicté par l'ordre chronologique d'intervention des règles dans le temps du procès arbitral : l'effet négatif de la compétence-compétence précède l'effet positif de la compétence-compétence ; il est le premier rouage de ce mécanisme de résolution des conflits de compétence complexe que constitue le principe compétence-compétence. Cet ordre présente l'avantage de mettre en exergue le phénomène réticulaire qui irrigue la résolution des conflits de compétence. Le tracé de la frontière entre justice publique et justice privée est

¹ De man. gén., cf. C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, op. cit.

² J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 17.

réalisé ni de manière hiérarchique, ni de manière universaliste ; « dépass[ant] cette opposition binaire », le principe compétence-compétence apparaît « inspiré d'une autre conception, dite postmoderne, plus diversifiée, marquant le passage de la pyramide au réseau, autrement dit d'une conception simple à une conception complexe », un modèle « mixte et pluraliste »¹.

Si traditionnellement il est admis que le principe compétence-compétence est constitué de deux effets, il apparaît que les voies de recours contre la sentence statuant sur la compétence occupent une place importante dans les écrits consacrés au principe compétence-compétence. L'existence du contrôle étatique *a posteriori* est d'ailleurs rappelée systématiquement et à l'unisson par toutes les sources du droit – législations internes ou internationales², doctrine française³ comme étrangère¹ –, comme *contrepartie* nécessaire des

¹ M. DELMAS-MARTY, « Du dialogue à la montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno GENEVOIS*, op. cit., p. 305, spéc. p. 315.

² Art. V(3) de la Convention de Genève de 1961 (qui reconnaît l'effet positif de la compétence-compétence « sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for »). Cf. par ex. l'arrêt de la cour d'appel de Madrid, 13 juill. 2009, *ERG Petroleos, SA c. Realessar, S.L.*, aff. n° 4/2008, in *Cah. arb.*, 2010.539 et les obs. d'A. SABATER : « the Court of Appeal asserted that kompetenz-kompetenz does not prevent the judiciary from reviewing and eventually annulling the arbitrator's jurisdictional ruling » ; Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46, *Dallah c. Pakistan*, *JDI*, 2011, note I. MICHOU ; *Cah. Arb.*, 2011, n° 2, p. 433, note G. CUNIBERTI, spéc. n° 86 : « [...] in most national systems, arbitral tribunals are entitled to consider their own jurisdiction, and to do so in the form of an award. But the last word as to whether or not an alleged arbitral tribunal actually has jurisdiction will lie with a court, either in a challenge brought before the courts of the arbitral seat, where the determination may be set aside or annulled, or in a challenge to recognition or enforcement abroad ». Pour les sources privées : Congrès international de l'arbitrage réuni en 1961, *Rev. arb.*, 1961.73 (« la mise en œuvre de l'arbitrage par les parties implique la faculté pour les arbitres de vérifier leur investiture, considère que les arbitres sont autorisés, sous réserve du contrôle judiciaire ultérieur, et sans se dessaisir de la cause, à vérifier leur investiture et à statuer sur l'existence et la validité des conventions d'arbitrage »).

³ Parmi de multiples ex., cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 899, n° 1558 ; J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, op. cit., p. 945, n° 2541 pour l'effet positif, p. 940, n° 2547 pour l'effet négatif ; O. CACHARD, *Droit du commerce international*, op. cit., pp. 468-469, n° 961 ; J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 814, n° 1051 ; N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op. cit., p. 346, n° 5.98, p. 351, n° 5.111 et p. 355, n° 5.122 ; D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, Gualino éditeur, Paris, 2004, p. 171, n° 243 et p. 181, n° 260 ; N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, op. cit., p. 30, n° 33 ; V. CHANTEBOUT, *Le principe de non-révision des sentences arbitrales*, thèse, Paris II, 2007, p. 207, n° 214 ; F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003, p. 390, n° 637 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, op. cit., p. 211, n° 307 ; C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001, p. 71, n° 146 ; C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, op. cit., p. 219, n° 229 ; E. GAILLARD and Y. BANIFATEMI, "Negative Effect of Competence-Competence : The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators", in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. GAILLARD, D. DI PIETRO, Editors), Cameron May, 2008, p. 257, spéc. pp. 259-260 ; E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », op. cit., p. 318 ; « L'effet négatif de la compétence-compétence », op. cit., p. 388 ; note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autre c. dame Bohin*, *Rev. arb.*, 1995.617, p. 619 ; O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 2006.893, p. 906, n° 19 ; D. BUREAU note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *Rev. crit. DIP*, 1999.546, p. 552, n° 10 et p. 553, n° 12 ; Ph. FOUCHARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *Rev. arb.*, 1999.260, spéc. p. 270 ; E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.*, 2006.764 ; I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », op. cit., n° 4 ; Y. DERAÏNS, note sous TGI Paris, 20 nov. 1996, *République du Congo c. Société Qwinzy Capital Group*, *Rev. arb.*, 1999, p. 627, spéc. p. 629 ; E. DOUGIER, « Existence, validité et portée de la convention d'arbitrage : tribunaux arbitraux ou juridictions étatiques ? », *RDAL*, n° 5,

effets négatif et positif du principe compétence-compétence, légitimant l'ensemble du système mis en place par le principe compétence-compétence. Si l'effet positif de la compétence-compétence a été accepté presque universellement, c'est sous réserve du contrôle par les juridictions publiques de la sentence². Si l'effet négatif du principe compétence-compétence s'est imposé en droit français, paralysant la possibilité pour le juge étatique de statuer sur sa compétence au regard de la justice arbitrale, c'est aussi sous réserve de ce même contrôle. Le principe compétence-compétence n'est pas un blanc seing donné à la justice privée ; il est une simple priorité, un pouvoir sous tutelle de la justice publique. Le traité de référence de la matière expose parfaitement cette idée : « [t]rop souvent encore, le principe de compétence-compétence est compris comme donnant aux arbitres le pouvoir de décider seuls de leur investiture, ce qui ne serait ni logique, ni acceptable. En réalité, cette règle n'a nullement pour objet d'abandonner aux arbitres le contrôle de leur compétence. Bien au contraire, cette compétence doit être contrôlée par les juridictions étatiques à l'occasion d'éventuelles instances en annulation ou en exequatur de la sentence »³. Si le tribunal arbitral a la priorité pour juger de la compétence juridictionnelle générale, la « *préséance chronologique* »⁴, les juridictions d'État contrôlant la sentence ont « *le dernier mot* »⁵, l'avantage hiérarchique. Mieux, les voies de recours contre la décision sur la compétence sont intégrées dans certaines définitions de source jurisprudentielle du principe de compétence-compétence : « *selon le principe compétence-compétence, il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur sa propre compétence* »⁶. Il ne nous

2005, p. 680, spéc. pp. 680-681 et pp. 685-686. Sur le fait que le contrôle étatique est à la source de la légitimité de l'arbitrage, Ch. JARROSSON, « Des arbitres sans contrôle ? », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, op. cit., p. 263, spéc. p. 264 ; X. BOUCOBZA, note sous *Rev. arb.*, 2005, spéc. p. 130, n° 11, qualifiant le contrôle de « *conditions pour que le principe de compétence-compétence demeure acceptable* ».

¹ F. GONZALEZ DE COSSIO, « La ironía de competencia-compétence », op. cit. : « *el arbitro no es el juez de su competencia, sino el primer juez de la misma. Decide primero, sujeto a la decisión final del juez durante el análisis de validez del laudo sea el juicio de nulidad o de ejecución del laudo* » ; Congrès international de l'arbitrage réuni en 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 73, considérant que les arbitres sont juges de leur investiture « *sous réserve du contrôle judiciaire ultérieur* » ; A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005 : « *la priorité de l'arbitre n'est que chronologique, le dernier mot appartenant toujours aux tribunaux étatiques* ».

² On soulignera à cet égard que le droit suédois le rappelle de manière explicite à la suite de l'édition de l'effet positif de la compétence-compétence, à l'article 2 al. 2 de la loi suédoise de 1999 : « *[m]ême si les arbitres se sont reconnus compétence pour trancher le litige par une décision prise en cours de procédure, une telle décision n'a pas de valeur définitive. Les dispositions des articles 34 et 36 de la présente loi s'appliquent à tout recours intenté à l'encontre d'une sentence arbitrale contenant une décision relative à la compétence* ».

³ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 414, n° 659. Cf. également *ibid.*, p. 899, n° 1558.

⁴ X. BOUCOBZA, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Rado c. société Painwebber*, CA Paris, 2 avril 2003, *Pourdiu c. SAS Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith SAF*, CA Paris, 28 janv. 2004, *Labalette c. SA Merrill Lynch France*, CA Paris, *Mattei et autres c. SAS Merrill Lynch Pierce, Fenner & Smith SAF*, *Rev. arb.*, 2005.515, p. 130, n° 11.

⁵ L'expression est fréquemment utilisée. Cf. par ex. J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 425, n° 478 ; J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, op. cit., p. 940, n° 2547.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, n° 09-11872. Dans le même sens, intégrant le contrôle étatique post-arbitral dans la définition même du principe compétence-compétence : Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, op. cit. ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Alhinc et autres c. Banque de France et Banque des Règlements internationaux*, *Bull. civ.*, 2006.I.252 ; *Rev. arb.*, 2008.69, note E. LOQUIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, op. cit. ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 02-12259 ; Cass. civ. 2^e, 15 janv. 2004, pourvoi n° 02-13675 ;

restait donc plus qu'à franchir un dernier pas, celui de mettre en évidence cette règle latente en droit positif et à l'intégrer au principe compétence-compétence car elle constitue une étape essentielle, le troisième et dernier rouage de cette mécanique complexe. Il s'agit du *pouvoir des juridictions publiques de juger de la compétence juridictionnelle générale*, que l'on qualifiera d'*effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques*. Le principe compétence-compétence, pour prétendre à accéder au rang de mécanisme pluraliste, doit permettre aux juridictions publiques de ne pas être écartées du tracé de cette frontière commune.

Dans son acception française, le principe compétence-compétence est assis non pas sur deux, mais sur trois piliers. Le principe compétence-compétence est une pièce qui se déroule en trois actes et avec trois acteurs, à savoir le juge étatique saisi *a priori*, le tribunal arbitral et le juge étatique saisi *a posteriori*. Il peut être perçu comme un principe *tripode*, une sorte de *Cerbère* veillant à la bonne entente entre la justice publique et la justice privée.

31. *Règle de conflit pluraliste*, le principe compétence-compétence est un mécanisme composite, un principe *tripode* se déployant dans *le temps du procès arbitral* (utilisant la chronologie du procès arbitral) et dans *l'espace des deux ordres juridiques considérés* (ordre juridique français/ordre arbitral). Trois règles distinctes se déploient pour permettre à chacune des justices – justice française et justice arbitrale – de statuer sur leur propre compétence de manière coordonnée. La chronologie du procès arbitral, trame du déploiement du principe compétence-compétence, guide le plan de la présente étude.

Tout d'abord, en amont et en parallèle de l'instance arbitrale, les juridictions étatiques voient le pouvoir de statuer sur la compétence juridictionnelle générale temporairement paralysé. C'est *l'effet négatif de la compétence-compétence* (première partie).

Le temps du procès arbitral, les juridictions arbitrales exercent leur propre pouvoir de statuer sur leur compétence. C'est *l'effet positif de la compétence-compétence des tribunaux arbitraux* (seconde partie).

Au stade post-arbitral, une fois la sentence rendue, les juridictions étatiques retrouvent le pouvoir de statuer sur la compétence juridictionnelle générale. C'est *l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions étatiques* (troisième partie).

CA Paris, 28 octobre 1999, *Société Fretal c. SA ITM Entreprises*, *Rev. arb.*, 2000, p. 299 ; TGI Paris, 20 nov. 1996, *République du Congo c. Société Qwinzy Capital Group*, *Rev. arb.*, 1999, p. 627, obs. Y. DERAÏNS.

PREMIERE PARTIE.- L'EFFET NEGATIF DE LA COMPETENCE- COMPETENCE

(ARTICLES 1448 ET 1455 CPC)

32. Première étape, les juridictions d'État françaises sont temporairement privées du pouvoir de statuer sur la compétence juridictionnelle générale, en amont et en parallèle de l'instance arbitrale.

En présence de l'apparence de compétence arbitrale, l'ordre juridique étatique neutralise lui-même le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur la compétence juridictionnelle générale. Les juridictions d'État ne peuvent statuer sur leur compétence en présence d'une exception d'arbitrage. L'effet négatif consiste donc pour les droits nationaux en une neutralisation, une dépossession temporaire d'un élément classique du pouvoir de juger que détiennent les juridictions publiques : le pouvoir de juger de leur compétence¹.

33. L'effet négatif contribue ainsi à mettre en évidence un nouveau champ de recherche pour le pluralisme normatif : la neutralisation de l'ordre juridique prépondérant. Comment l'ordre juridique dominant au regard de « *sa pesanteur coercitive* »², l'ordre étatique, seul détenteur de la violence légitime, accepte lui-même de se neutraliser pour laisser place à un autre foyer normatif, l'ordre arbitral. C'est ce qu'accepte ici de faire l'ordre juridique français au profit de l'ordre arbitral. On assiste au mouvement inverse de la création de l'État et de la souveraineté, qui résidait au contraire dans la captation de tous les foyers normatifs.

34. La règle de l'effet négatif, dont l'existence n'est plus à prouver tant elle est omniprésente dans le droit français, pose une question centrale de la théorie du droit, celle de la *validité*. « [Q]ualité première qu'on est en droit d'attendre de la norme juridique »³, elle peut être définie comme « *la qualité qui s'attache à la norme dont on a reconnu qu'elle satisfait aux conditions requises pour produire les effets juridiques que ses auteurs lui attribuent* »⁴. Comment l'ordre juridique français peut-il admettre la validité de l'effet négatif alors que celui-ci vient paralyser temporairement le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence ?

¹ Pour une analyse en ces termes, cf. A. DIMOLITSA, « Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *Rev. arb.*, 1998.305, p. 342, n° 43 : l'effet négatif du principe compétence-compétence y est décrit par l'auteur comme une « *renonciation temporaire* » par les droits nationaux à une de « *leurs prérogatives judiciaires traditionnelles* ».

² L'expression est empruntée à Ph. FRANCESCAKIS, utilisée dans la préface de l'ouvrage de S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002 (rééd.).

³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 307.

⁴ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 314.

Règle « *tombée de la dernière pluie* », création principalement prétorienne, quasiment propre au droit français, l'effet négatif déchaîne les passions et cristallise les positions au regard de son caractère subversif : la neutralisation de l'ordre juridique dominant pour laisser place à un ordre juridique non étatique. Certains chantent ses louanges, d'autres l'accusent des maux les plus terribles¹. L'effet négatif, est-il un ange ou un démon ? La doctrine, aussi bien française qu'étrangère, est divisée quant à savoir si cette norme remplit cette qualité : la validité. La règle de l'effet négatif fait encore, récemment, l'objet des charges les plus violentes. Certains auteurs mettent directement en cause son utilité, sa légitimité et son efficacité², d'autres sa légalité³ ; l'analyse de la jurisprudence montre qu'elle est d'ailleurs occasionnellement non appliquée⁴ ; pire, l'un des rapports élaboré à la demande de la Commission européenne dans l'objectif de refondre le Règlement Bruxelles I vise purement et simplement à son élimination⁵ : « *partout dans le monde, les résistances restent vives* »⁶. Ce sont les trois critères distincts de validité, ces « *trois catégories transcendantales permettant de saisir l'expérience juridique* », qui sont ici bousculés : « *la validité formelle (relative à un ordre juridique donné), la validité empirique (relative aux attitudes, comportements, représentations des autorités et des sujets de droit), la validité axiologique (relative à des valeurs méta-positives)* »⁷.

35. Engageons-nous donc dans l'étude de la règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Chemin faisant, nous apprécierons chacun des critères de validité de cette norme juridique⁸. L'objectif est ainsi, au fil de son étude, d'en proposer un état des lieux : la règle de l'effet négatif est-elle en train de s'éroder ou de se renforcer ? Pour ce faire,

¹ Cf. notamment la charge particulièrement virulente de P. BONASSIES, notes sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, *Bull. civ.*, 2006.I. 366 ; DMF, 681, 2007, p. 398, spéc. p. 401 ; CA Paris, 15 oct. 2008, *United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport*, DMF, 698, 2008, p. 1030. Cf. également, F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *Rev. crit. DIP*, 2006.607, p. 612 ; J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, op. cit., pp. 937-946, l'auteur préférant la litispendance, n° 2551 ; M. LAAZOUZI, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 avril 2009, *Gefu Kuchenboss c. Corema*, *Rev. crit. DIP*, 2009.771 ; Ph. THÉRY, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *UOP c. BP France*, *RTD civ.*, 2008.151.

² Un auteur évoque notamment une « *déperdition de moyens* » (M. LAAZOUZI, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2009, *Gefu Kuchenboss c. Corema*, op. cit.), un autre encore la mise en place de « *procédures inutiles* » (Ph. THÉRY, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *UOP c. BP France*, op. cit.), un autre enfin son inefficacité et son inutilité (G. A. BERMAN, « *Le rôle respectif des cours et des arbitres pour déterminer la compétence arbitrale* », op. cit., p. 122 : « [l]orsque l'exception porte réellement sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage elle-même, il ne semble pas très défendable de soumettre ces points au corps même – le tribunal arbitral – dont l'autorité découle de cet accord, celui qui est contesté. Il paraît également inefficace et, franchement, inutile, de diriger les parties vers l'arbitrage, qui peut être long et onéreux, rien que pour voir ensuite un tribunal civil annuler la sentence au motif que le tribunal arbitral était, dès le départ, incompétent ».

³ P. BONASSIES, notes sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, op. cit. ; CA Paris, 15 oct. 2008, *United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport*, op. cit.

⁴ Cf. *infra*, n°s 270 et s.

⁵ B. HESS, Th. PFEIFFER and P. SCHLOSSER, "Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States", Final Version September 2007, Study JLS/C4/2005/03, op. cit.

⁶ M. REMOND-GOUILLOUD, « *L'inopposabilité d'une clause compromissoire ne permet pas d'échapper au principe compétence-compétence* », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Steinweg Handelsweem c. Generali France assurances*, op. cit., p. 412.

⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 324.

⁸ Nous utiliserons la « *théorie tridimensionnelle de la validité* », telle que définie par F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 310.

il convient tout d'abord de décrire la règle de l'effet négatif (titre 1), qui a connu un essor sans précédent dans l'ordre juridique français. Au-delà de ce qui est officiellement affiché, il reste à mesurer le degré de capacité réelle de neutralisation de l'ordre juridique français. C'est ce que permettra d'évaluer l'étude de la mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence (titre 2). Les juridictions françaises peuvent en effet être tentées de se réapproprier le pouvoir de statuer sur leur compétence. Le risque est alors que le pluralisme dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale disparaisse purement et simplement au profit du seul ordre étatique français – la frontière entre justice publique et justice privée tracée par les seules juridictions publiques – ou pire, à ce que le désordre juridictionnel transnational subsiste, l'ordre étatique français et l'ordre arbitral s'estimant tous deux en mesure d'apprécier parallèlement la compétence juridictionnelle générale. L'enjeu est déterminant : le non-respect de l'effet négatif, premier rouage, ferait tomber la règle de conflit d'ensemble que constitue la compétence-compétence.

Titre 1.- La règle de l'effet négatif

37. Partons de la définition proposée par la jurisprudence. L'effet négatif est la « *priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage* »¹. Autrement dit, puisque la convention d'arbitrage définit positivement la compétence arbitrale et négativement la compétence de la justice publique, la règle consiste à opérer une concentration du contentieux de la compétence juridictionnelle générale devant les arbitres.

Si toute exception d'incompétence constitue en principe une *question préalable* dont les juridictions d'État peuvent connaître, l'exception d'arbitrage aujourd'hui est soumise à un régime dérogatoire. Pour les juridictions d'État, les contestations de la compétence juridictionnelle générale, quelle que soit leur forme – exception d'arbitrage devant un juge d'appui, action principale visant la convention d'arbitrage, contestation de la compétence pour s'opposer à une demande de désignation d'arbitre – deviennent en principe une *question préjudicielle* spécifique, devant entraîner le renvoi devant les arbitres. Cette question préjudicielle produit des conséquences originales, distinctes d'une question préjudicielle classique, car elle entraîne la fin de l'instance ; la juridiction d'État est tenue de « *se déclare[r] incompétente* » aux termes de l'article 1448 al. 1^{er}, et non pas simplement de surseoir à statuer comme le prescrit en principe une question préjudicielle classique². C'est l'une des différences entre l'effet négatif version française et l'effet négatif tel qu'organisé par la Convention de Genève de 1961, cette dernière prévoyant que le juge étatique sursoie à statuer jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale sur la compétence³.

Particularité de cette incompétence, on précisera dès à présent qu'on peut la considérer comme *temporaire*. Cela ne signifie pas que la juridiction d'État en cause, saisie soit du fond du litige auquel est opposée une exception, soit d'une demande principe en nullité ou en validité de la convention d'arbitrage, soit d'une demande de désignation d'arbitre, pourra à nouveau être saisie de la question. Nous voulons simplement souligner que, dès que le tribunal arbitral aura rendu son jugement sur la compétence, l'ordre juridique français sollicité pourra alors à ce stade contrôler la compétence juridictionnelle générale par le biais des juridictions du contrôle de la sentence. L'incompétence de *l'ordre juridique français* pour juger de la compétence juridictionnelle générale est temporaire⁴. La seule juridiction de l'État français pouvant connaître des contestations de la compétence juridictionnelle générale est la cour d'appel saisie d'un recours en annulation ou de l'appel d'une ordonnance d'exequatur.

¹ Parmi de multiples ex., cf. Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, *Société DMN Machinefabriek BV c. société Tripette et Renaud*, *op. cit.* : « le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, la cour d'appel a violé le principe susvisé ».

² En ce sens, B. SEILLER, « Questions préjudicielle », *Rép. Dalloz de contentieux administratif*, 2006, n° 2 : « [l]a question préjudicielle déroge, en revanche, à cette règle puisqu'elle oblige le juge de l'action « non pas à se dessaisir totalement du litige (auquel cas il y aurait incompétence et non question préjudicielle), mais bien à surseoir à statuer jusqu'à ce que le problème incidemment soulevé et qui échappe, par hypothèse, à sa compétence ait trouvé sa solution devant le juge approprié » ».

³ Sur la question, cf. Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 156, n° 261.

⁴ En ce sens, E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, ICC Publishing, 2005, p. 312.

L'effet négatif du principe de compétence-compétence confère une « *priorité chronologique à la décision de l'arbitre par rapport à celle du juge étatique* »¹ ; la compétence arbitrale pour juger de sa compétence n'est donc que temporairement exclusive, et *in fine* concurremment exercée par les juridictions d'État.

38. Règle de conflit inédite en ce qu'elle conduit à la paralysie d'un élément essentiel du pouvoir juridictionnel des juridictions d'État, l'effet négatif du principe compétence-compétence soulève une question centrale de validité. Pour mener à bien cette étude, nous partirons tout simplement du premier critère de validité juridique, le critère de la légalité, c'est-à-dire la validité formelle de la norme. Cette forme de validité est première et prédominante dans un système juridique marqué par la théorie positiviste, pour lequel « *la légalité d'une règle, ou la compétence d'un pouvoir, est une condition nécessaire et suffisante de validité* »².

Ce critère de validité, omniprésent, n'est pourtant pas le seul existant. Sa « *place prépondérante dans le travail des juristes* » conduit à « *rejeter dans l'ombre les dimensions de l'effectivité et de la légitimité* »³. La légalité n'est d'ailleurs pas le critère de validité le plus déterminant pour évaluer l'effet négatif. En effet, cette règle, bien que puisant sa source dans des fondements positifs et textuels, reste une création prétorienne⁴. En contemplation de cette origine jurisprudentielle, les autres critères de validité – validité axiologique (légitimité) et validité factuelle ou empirique (effectivité) – prennent une dimension particulière. Réservant l'étude de la validité factuelle de l'effet négatif à laquelle nous consacrerons l'intégralité du deuxième titre, car son appréciation ne peut être faite qu'à travers l'étude de la mise en œuvre de la règle, notre étude portera tout d'abord sur les fondements positifs de l'effet négatif (chapitre 1), puis sur ses fondements axiologiques (chapitre 2).

¹ E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, p. 317.

² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 372.

³ *Ibid.*, p. 368.

⁴ En ce sens, *ibid.*, p. 358 : « *les sources du droit « originaires » : coutume, principes généraux du droit, jurisprudence, c'est-à-dire des modes de formation du droit collectifs, à surgissement lent et contours assez peu déterminés, appellent une appréciation de leur validité essentiellement en termes de légitimité et d'effectivité* ». L'analyse est confirmée spécifiquement concernant les règles de source jurisprudentielle : « *[q]uant à la force obligatoire (relative) de la jurisprudence, elle repose à la fois sur la pratique (interprétative) concordante des juridictions et sur des valeurs partagées* » (*ibid.*, p. 358, note n° 122).

Chapitre 1.- Les fondements positifs

40. Fréquemment mise en cause par la doctrine, récemment contestée par les plaideurs devant les juridictions françaises¹, la « *légalité* » de l'effet négatif du principe compétence-compétence, c'est-à-dire sa « *validité* « *interne* » ou « *systémique* »², doit être soumise à un examen attentif. Etablir la validité formelle d'une norme passe par deux questionnements distincts : « *la règle a-t-elle été adoptée par un auteur compétent et selon les procédures légales* » ? Cette « *règle inférieure ne contred[it-elle] pas le contenu des règles supérieures* »³ ? La validité formelle de cette règle peut être établie doublement : d'une part, la règle est incontestablement reconnue par les sources du droit français (section 1) ; d'autre part, l'effet négatif est conforme aux normes supérieures de l'ordonnancement juridique français (section 2).

Section 1.- La reconnaissance de l'effet négatif

41. La règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence a été progressivement façonnée en droit français. On retracera brièvement l'émergence de la règle (§1), pour ensuite présenter la systématisation (§2) dont elle fait aujourd'hui l'objet.

§1.- Emergence de la règle

42. Il s'agit ici de se livrer à une rétrospective de l'émergence de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Quand est-ce qu'apparaît l'idée de conférer *priorité* au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence ? Règle récente, l'observateur bénéficie du privilège de pouvoir assister à la création de cette règle dans les trois dernières décennies.

Initialement, le principe compétence-compétence excluait son effet négatif. Ainsi, la règle est absente dans la doctrine (A). L'idée va peu à peu faire son chemin, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, que le tribunal puisse juger par priorité de sa compétence à partir des décrets de 1980-1981. La règle en dormance (B), s'imposant peu à peu, sera ensuite pleinement révélée (C).

A.- La règle absente

43. L'idée que le tribunal arbitral bénéficie de *la priorité* sur les juridictions d'État pour juger de sa compétence est relativement récente. La doctrine qui, des années 1950 à 1980, a mené une lutte acharnée pour la reconnaissance du principe compétence-compétence, ne prétend aucunement imposer une quelconque priorité au profit des arbitres. L'exception d'arbitrage opposée aux juridictions d'État saisies d'un litige sur le fond est une question préalable quelconque dont ils peuvent avoir connaissance. De même, nul n'entend remettre en cause les actions préventives en nullité de convention d'arbitrage.

¹ CA Paris, 15 oct. 2008, *United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport*, *op. cit.*

² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 326.

³ *Ibid.*

44. Il suffit de se replonger dans la lecture de l'arrêt *Buck*¹ et de ses commentaires. Afin de s'opposer à une action préventive en nullité de la convention d'arbitrage, le défendeur soutenait que « *le tribunal [NDLA : étatique] serait incompétent pour connaître de cette demande, les arbitres étant seuls juges de leur propre compétence* », argument repris en appel². Le tribunal civil de la Seine a souligné à cette occasion qu'« *il serait illogique d'obliger la partie contestante à provoquer la constitution d'un tribunal arbitral qui aurait pour seule mission de constater qu'il n'est pas valablement constitué* ». La cour d'appel de Paris approuvera cette argumentation, retenant qu'« *aucune règle de droit n'interdit d'exercer une action directe ou principale devant le tribunal civil, investi de la plénitude de juridiction, en vue de faire proclamer, dès avant le prononcé de toute sentence, la nullité d'une clause compromissoire instituant des arbitres et définissant leur compétence* »³. Seule une convention attribuant expressément la compétence exclusive au profit du tribunal arbitral pourrait faire obstacle à cette compétence concurrente, ce qui était, selon elle, le cas en l'espèce⁴.

La lecture des commentaires de ces deux arrêts révèle qu'il n'était aucunement question de reconnaître exclusivité ou priorité au tribunal arbitral pour juger de sa compétence. Henry Motulsky l'a exprimé en des termes dépourvus d'équivoque. Il retient que, de la reconnaissance au profit du tribunal arbitral du droit de statuer sur sa compétence, « *il ne s'ensuit pas, à l'inverse, une exclusivité pour le tribunal arbitral* »⁵. L'auteur approuve d'ailleurs les juridictions, aussi bien en première instance qu'en appel, d'avoir rejeté toute idée de compétence exclusive au profit du tribunal arbitral afin de statuer sur sa compétence. Ainsi, de manière très vigoureuse, il affirme que « *le tribunal civil, auquel un plaideur vient demander de constater la validité ou, selon le cas, la nullité d'un contrat, peut, dès qu'un intérêt justifie l'action, statuer sur cette dernière, quand bien même le contrat serait assorti d'une clause compromissoire (ou serait constitué par celle-ci), c'est ce que nous n'avons jamais songé à nier* »⁶. L'idée est martelée, afin de lever toute ambiguïté : « *il ne s'est jamais agi, pour nous de soutenir, comme le suppose le jugement commenté, qu'il faille « obliger la partie contestante à provoquer la constitution d'un tribunal arbitral qui aurait pour seule mission de constater qu'il n'est pas valablement institué* » »⁷. Tirant toutes les conséquences de la reconnaissance au profit du tribunal arbitral de ce pouvoir de statuer sur la compétence, Henry Motulsky admettait le risque de voir se développer des procédures parallèles sur la compétence devant le tribunal arbitral et devant le tribunal étatique. Il avait envisagé les outils permettant d'y apporter une solution : l'exception de connexité et le « *règlement de juges* »,

¹ Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, *Buck*, JCP, 1956.II.9 460, note H. MOTULSKY ; in *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, op. cit., p. 231.

² CA Paris, 22 janv. 1957, *Buck*, JCP, 1957.II.10165, note H. MOTULSKY ; in *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, op. cit., p. 371, l'appelant prétendait que « *les arbitres étaient seuls compétents pour statuer sur semblable litige, à l'exclusion de la juridiction de droit commun* ».

³ *Ibid.*

⁴ En réalité, il s'agissait seulement de l'effet positif de la compétence-compétence reconnu par l'article 13.3 du règlement d'arbitrage CCI dans son ancienne version.

⁵ H. MOTULSKY, « *Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale* », in *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, op. cit., p. 208, spéc. p. 218, n°13.

⁶ H. MOTULSKY, note sous Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, *Buck*, op. cit., p. 236.

⁷ *Ibid.*, p. 238.

c'est-à-dire la litispendance¹. Ces propos de l'auteur, alors que celui-ci fut le plus fervent défenseur du principe de compétence-compétence en son temps, démontrent bien que l'objectif de ce principe n'était pas initialement d'octroyer *priorité* au tribunal arbitral sur les juridictions d'État pour juger de la compétence juridictionnelle générale. L'objectif était simplement que le tribunal arbitral détienne l'intégralité du pouvoir de juger, incluant le pouvoir de statuer sur sa compétence.

Cette analyse était d'ailleurs partagée par la majorité de la doctrine². Elle est corroborée par la pleine admission de l'action préventive en nullité de la convention d'arbitrage³, qui « offre l'avantage [...] d'éviter la mise en œuvre, pas toujours simple, de la procédure arbitrale, et de ne pas imposer d'attendre la reddition de la sentence pour, le cas échéant, voir prononcer la nullité de celle-ci et être contraint de retourner devant les Tribunaux judiciaires qui devront trancher le litige »⁴. Nulle trace de priorité au tribunal arbitral.

Au contraire, le pouvoir de juger de la compétence juridictionnelle générale est considérée comme un pouvoir concurrent : « [s]i l'on admet [...] que l'on se trouve en présence de deux juridictions, la compétence de chacune d'elles dépend également – mais en sens inverse – de la validité ou de la nullité de la convention d'arbitrage. Choisir entre les deux apparaît parfaitement arbitraire, car on ne voit pas pourquoi réserver à l'une d'elles le pouvoir de statuer et sur sa propre compétence, et sur celle de l'autre juridiction »⁵.

B.- La règle en dormance

45. Dès 1961, la Convention de Genève avait reconnu priorité au tribunal arbitral pour juger de sa compétence lorsqu'il est déjà saisi, considérée comme créant une « véritable litispendance » en faveur de l'arbitrage, bien qu'il s'agisse d'« une litispendance à sens unique [...] »⁶. Mais c'est véritablement à partir de la réforme du droit de l'arbitrage des années 1980 et 1981 que l'idée va peu à peu germer dans les esprits des juristes français que le tribunal arbitral puisse juger de sa compétence par priorité sur les juridictions d'État.

Différents éléments vont y contribuer. L'effet positif du principe de compétence-compétence vient tout juste – après une longue bataille acharnée – d'être pleinement reconnu

¹ H. MOTULSKY, note sous Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, *Buck, op. cit.*, p. 239. Préconisant la même solution, J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé, op. cit.*, p. 219, n° 320.

² Cf. également en ce sens, J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé, op. cit.*, exposant que l'on ne pourrait pas reconnaître ce pouvoir au seul tribunal arbitral, car de la convention d'arbitrage dépend bien évidemment la compétence arbitrale, mais également la compétence des juridictions étatiques. Le choix de l'une ou de l'autre afin de statuer sur cet acte central « apparaît parfaitement arbitraire, car on ne voit pas pourquoi réserver à l'un d'elles le pouvoir de statuer et sur sa propre compétence, et sur celle de l'autre juridiction » (*ibid.*, p. 233, n° 347-348). L'auteur en conclut que « les partisans convaincus de la nécessité, logique et pratique, d'admettre le pouvoir des arbitres pour statuer sur l'existence aussi bien que sur l'étendue du compromis, n'ont jamais soutenu, et pour cause, que cette compétence serait exclusive ».

³ J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé, op. cit.*, pp. 217-225 ; H. MOTULSKY, « Questions préalables et questions préjudicielles en matière de compétence arbitrale », *op. cit.*

⁴ J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé, op. cit.*, p. 219, n° 320.

⁵ *Ibid.*, p. 233, n° 347, soulignant cet élément, mais dans un autre contexte (reconnaître l'effet positif de la compétence-compétence).

⁶ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international, op. cit.*, pp. 132-133, n° 236.

dans toute son ampleur, par l'ancien article 1466 CPC. Des procès parallèles menés devant les arbitres et les juges étatiques afin de définir la validité, l'existence ou l'applicabilité de la convention d'arbitrage vont alors mettre en relief le risque de conflit de compétences qui peut naître entre la justice publique et la justice privée dès lors que l'on a reconnu à cette dernière le pouvoir de définir son champ d'intervention. Les potentialités des anciens articles 1458 et 1444 CPC allaient alors pouvoir être identifiées et exploitées. Les années 1980 marquent donc la période de balbutiements de la règle de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, où l'on peut trouver les premières traces de l'énoncé de cette règle.

Ainsi, un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 26 novembre 1981¹ met en évidence les risques de conflits de compétence entre arbitres et juges étatiques, l'un des plaideurs, le franchisé, ayant saisi le tribunal arbitral en vertu de la clause compromissoire contenue au contrat de franchise, alors que l'autre plaideur, le franchiseur, saisissait du même litige le tribunal de commerce français, après avoir vainement tenté d'obtenir du juge des référés qu'il constate que la clause d'arbitrage était résiliée. Dans cette affaire, il n'y aura pas conflit de compétences car le tribunal arbitral et le tribunal de commerce sont arrivés à la même conclusion : la convention d'arbitrage était applicable. La cour d'appel, saisie par contredit du jugement d'incompétence du tribunal de commerce et par un recours en annulation de la sentence, approuvera la solution retenue par le tribunal arbitral tout comme par le tribunal de commerce, tout en réservant un point : le tribunal de commerce devait nécessairement se dessaisir non pas au motif que la convention d'arbitrage était applicable, mais au motif qu'il n'avait pas à se prononcer sur la nullité même manifeste de la convention d'arbitrage au regard de l'article 1458 al. 1 CPC. C'est la définition de l'effet négatif du principe de compétence-compétence que l'on retrouve ici, énoncée par la cour d'appel en *obiter dictum* : « *il convient, au demeurant d'observer que, selon les dispositions de l'article 18, alinéa 1^{er}, du décret du 14 mai 1980, les juridictions étatiques doivent impérativement se déclarer incompétentes lorsqu'un tribunal arbitral est préalablement saisi – en vertu d'une convention d'arbitrage – comme c'était le cas en l'espèce – qu'elles ne peuvent, dans cette hypothèse, se saisir du litige même au motif que la convention d'arbitrage serait manifestement nulle* »². Ce point n'échappe pas d'ailleurs au commentateur, qui met parfaitement en évidence la problématique posée à laquelle répond l'effet négatif du principe de compétence-compétence, formulée dans des termes d'une grande clarté dès 1982 : « *[e]n interjetant appel contre le jugement et contre la sentence, le franchiseur n'a pas manqué de soulever la question de savoir si c'est le juge étatique ou l'arbitre qui est compétent pour statuer sur la validité, l'interprétation et l'indépendance de la convention d'arbitrage en soutenant, bien entendu, que le tribunal seul était compétent et que la sentence était déjà critiquable pour avoir osé statuer sur elle. Il est vrai que la première question dans l'ordre logique n'est pas de savoir si la clause compromissoire alléguée est valable, si elle s'applique au litige né entre les parties, si elle a pu survivre à une nullité ou résolution ou résiliation du contrat litigieux. Elle est plutôt de déterminer d'abord la compétence pour statuer sur toutes ces questions* »³. La

¹ CA Paris, 26 nov. 1981, *Société internationale du siège c. société Bocuir*, *Rev. arb.*, 1982.439, note E. MEZGER

² *Ibid.*, spéc. p. 445.

³ E. MEZGER, note sous CA Paris, 26 nov. 1981, *Société internationale du siège c. société Bocuir*, *op. cit.*, p. 452.

réponse à cette question est apportée par l'auteur quelques lignes plus loin, et tout était déjà dit, il y a presque 30 ans : « [c]haque tribunal est en principe juge de sa propre compétence sous réserve des exceptions indiquées par une loi, comme par exemple les articles 79, 86 et 105 du Code de procédure civile. Sauf dispositions contraires, le juge avant de statuer sur le fond doit donc vérifier, à la demande du défendeur, si sa compétence n'est pas écartée par une clause d'attribution de juridiction. L'article 18 fait une entorse à ce principe au profit de la convention d'arbitrage en laissant le premier mot au tribunal arbitral »¹.

L'idée de reconnaître la priorité au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence, afin de coordonner arbitres et juges dans la vérification de leur compétence, est également présente dans les écrits de Philippe Fouchard, bien avant sa théorisation. Ainsi, commentant l'un des multiples arrêts rendus dans l'affaire *République de Guinée*, par lequel la cour d'appel a approuvé le tribunal de grande instance de Paris de s'être refusé à statuer sur l'allégation de nullité des clauses compromissaires en raison d'une erreur commise sur la personne du centre d'arbitrage², l'auteur souscrit à la solution et propose une autre motivation à l'arrêt. C'est l'une des premières fois qu'est formulé en substance ce qu'on allait ensuite désigner comme l'effet négatif du principe de compétence-compétence : « [e]n vérité, l'incompétence du juge étatique, dans une affaire comme celle-ci, pour juger de la nullité d'une convention d'arbitrage, tient à la combinaison de deux règles essentielles, celle de l'article 1466, qui confère à l'arbitre la compétence de statuer sur « la validité de son investiture », et celle des articles 1484 et 1502, qui soumettent la décision sur ce point à un contrôle ultérieur de la cour d'appel. En réservant clairement l'éventualité d'un tel contrôle, le tribunal comme la Cour ont donc rappelé quelles sont les « règles du jeu » : pas de contentieux judiciaire parallèle sur la compétence arbitrale. Ce contrôle s'exercera complètement, en fait et en droit, mais après l'arbitrage et seulement si la sentence est contestée. Alors, la cour d'appel ne sera en aucune manière liée par les constatations et appréciations des arbitres. La Cour de cassation l'a rappelé récemment en des termes excellents [...]. Mais ce contrôle complet doit rester le seul, et la constatation de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage n'est possible que dans les cas précis et limitatifs que la loi a prévus. Il en va de la crédibilité et de l'efficacité de l'arbitrage »³.

46. Cependant, les juridictions n'avaient pas pleinement mesuré toute l'ampleur de ce qu'imposaient les anciens articles 1458 et 1444 CPC. Ainsi, durant les années 1980, l'essentiel des arrêts rendus par les juridictions françaises sur exception d'arbitrage opère un contrôle total⁴. L'observation régulière dans la pratique, dans le courant des années 1980 et le début des années 1990, de litiges donnant lieu à des contentieux parallèles entre arbitres et juges, sur la compétence et le fond du litige (qui ne sont que la conséquence nécessaire de la reconnaissance au profit du tribunal arbitral de pouvoir statuer sur sa compétence), renforcera

¹ E. MEZGER, note sous CA Paris, 26 nov. 1981, *Société internationale du siège c. société Bocuir*, op. cit., p. 453.

² CA Paris, 4 mai 1988, *Chambre arbitrale de Paris, Sociétés Carfa Trade group et Omnium de travaux c. République de Guinée et autres*, Rev. arb., 1988.657 (2^o esp.), note Ph. FOUCHARD.

³ Ph. FOUCHARD, note sous CA Paris, 18 nov. 1987 et 4 mai 1988, *Chambre arbitrale de Paris, Sociétés Carfa Trade group et Omnium de travaux c. République de Guinée et autres*, TGI Paris, 23 juin 1988, *République de Guinée c. MM. R. et O.*, Rev. arb., 1988.657, spéc. p. 673, n^o 5.

⁴ CA Paris, 30 nov. 1988, *Société Korsnas Marma c. société Durand-Auzias*, Rev. arb., 1989.691, note P.-Y. TSCHANZ.

l'idée de reconnaître priorité au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence, aussi bien dans la doctrine¹ que dans la jurisprudence. L'importance de cette disposition du Code de procédure civile, l'ancien article 1458, commence à être mesurée en ce qu'elle permet l'harmonisation des relations entre justice privée et justice publique.

47. Dès le début des années 1990², plus clairement encore autour de l'année 1995³, les juridictions étatiques, alors qu'elles sont saisies au fond du litige et qu'une exception d'arbitrage leur est opposée, n'hésitent pas à affirmer, parfois au visa des articles 1458 et 1466 CPC⁴, que « *les arbitres, sont, en principe, seuls juges de leur compétence* »⁵ sous réserve de la caractérisation d'une nullité manifeste au terme, donc, d'un contrôle sommaire⁶. L'adjonction du mot « *seuls* » démontre que l'on s'éloigne de la seule reconnaissance au profit du tribunal arbitral de la possibilité de statuer sur sa propre compétence, et que les juridictions entendent, mieux, donner priorité au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence. L'effet négatif du principe de compétence-compétence est en train de s'imposer. De simple idée, il devient réalité.

C.- La règle consacrée

48. L'effet négatif de la compétence-compétence sera véritablement révélé par sa théorisation en droit français (1). L'originalité du droit français mise au grand jour, elle a suscité majoritairement à l'étranger une réaction de rejet (2).

1).- Théorisation de la règle en droit français

49. Cette « *légère* » modification du sens du principe de compétence-compétence classiquement entendu, par l'adjonction d'un mot de quatre lettres – l'arbitre est compétent et « *seul* » compétent pour statuer sur sa compétence – passait pour le moins inaperçu, ou, tout au moins, comme faisant partie intégrante du principe compétence-compétence. Mais c'est en

¹ M. VASSEUR, note sous CA Paris, 14 décembre 1987, *Cie de Signaux et d'entreprises électriques c. BNP et Crédit populaire d'Algérie*, *Rev. arb.*, 1989.240.

² Cf. par ex. CA Versailles, 29 oct. 1990, *Société Rodin c. société Wilmart*, *Rev. arb.*, 1992.483, note D. COHEN ; CA Paris, 1^{er} déc. 1993, *Rawlings c. société Kevorkian et Partners*, *Rev. arb.*, 1994.695, note D. COHEN.

³ CA Grenoble, 26 avril 1995, *Delattre ès-qual. et société Weisrock Construction c. société Ascinter Otis*, *Rev. arb.*, 1996.452, note Ph. FOUCHARD, spéc. p. 453 : « *il résulte de l'article 1458 du NCPC que les arbitres, sont, en principe, seuls juges de leur compétence* » ; CA Paris, 20 sept. 1995, *Société Matra Hachette c. société Reteitalia*, *Rev. arb.*, 1996.87 : « *le tribunal arbitral, déjà saisi, a seul compétence pour apprécier sa propre compétence [...]* ».

⁴ CA Paris, 1^{er} déc. 1993, *Rawlings c. société Kevorkian et Partners*, *op. cit.* : « [p]our déterminer si le présent litige pouvait être porté devant la juridiction étatique française, il convient de se référer aux dispositions des articles 1458 alinéa 2 et 1466 du NCPC, selon lesquelles l'arbitre a seul compétence pour statuer sur la validité ou les limites de son investiture, la juridiction étatique devant se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ».

⁵ CA Grenoble, 26 avril 1995, *Delattre ès-qual. et société Weisrock Construction c. société Ascinter Otis*, *op. cit.*, p. 453.

⁶ CA Paris, 3 mai 1995, *Société La Moirette c. sté LTM France*, CA Paris, 13 sept. 1995, *Catel et autres c. Quiliès et autres*, *Rev. arb.*, 1995, p. 631, note P. LEVEL (tous deux retiennent la nullité manifeste de la convention d'arbitrage pour non-respect de la règle d'imparité en matière interne) ; CA Grenoble, 24 janv. 1996, *Société Harper Robinson c. société internationale de maintenance et de réalisations industrielles*, *Rev. arb.*, 1997.87 ; CA Grenoble, 3 octobre 1996, *Société Logic Groupe Concept c. Société Logi Concept*, *Rev. arb.*, 1997.433, obs. Y. DERAÏNS (la nullité manifeste est écartée et la question de l'appréciation de l'existence de la convention d'arbitrage au regard de la résiliation du contrat principal renvoyée au tribunal arbitral).

fait une nouvelle règle du droit français qui était en dormance, créée à couvert du principe compétence-compétence. C'est à M. Gaillard que nous devons la théorisation de cette règle, sa dénomination, et donc sa paternité, la désignant comme « *l'effet négatif du principe de compétence-compétence* »¹. L'expression est depuis passée dans le langage juridique commun². L'auteur expose ainsi cette conception qu'il qualifie lui-même d'« *originale* » du principe de compétence-compétence par le droit français, qui serait constitué, dans le prolongement des effets de la convention d'arbitrage, d'un effet positif et d'un effet négatif, ce dernier étant défini comme suit : « [d]ans son effet négatif, la règle s'adresse aux juridictions étatiques. Elle leur impose de s'abstenir de connaître non seulement des litiges couverts par la convention d'arbitrage – c'est l'effet négatif de la convention d'arbitrage – mais également de connaître des contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral – c'est l'effet négatif de la « compétence-compétence » – tant que les arbitres eux-mêmes n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet »³. Ainsi, « le principe de « compétence-compétence » donne aux arbitres l'occasion de se prononcer les premiers sur la question de leur propre compétence, sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques »⁴.

50. Sous l'ancien décret, les fondements textuels de l'effet négatif retenus majoritairement par la jurisprudence étaient d'une part, pour le juge du fond, les articles 1458 et 1466 CPC, et d'autre part, pour le juge d'appui, les articles 1444 pour l'arbitrage interne ou 1493 pour l'arbitrage international et 1466 CPC⁵. Occasionnellement, les juges s'appuient sur la combinaison de l'effet positif de la compétence-compétence et du principe de validité de la convention d'arbitrage. C'est ce que l'on peut déduire par exemple de l'arrêt *Zanzi*⁶, ou encore de manière plus évidente de l'arrêt *Jules Verne*, par lequel la Cour de cassation affirme que « *la combinaison des principes de validité et de compétence-compétence interdit [...] au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage* »⁷. Ce fondement, qui combine une règle procédurale – l'effet positif de la compétence-compétence des tribunaux étatiques – à une règle substantielle – le principe de

¹ E. GAILLARD, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autre c. dame Bohin*, *op. cit.*; « L'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*; note sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *American Bureau of Shipping c. Copropriété Jules Verne et autres*, *Rev. arb.*, 2001.529; « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*; « Negative Effect of Competence-Competence : The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators », *op. cit.*

² Cf. sur ce point E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 710 : l'auteur souligne que l'expression qu'il a suggérée en 1994 est aujourd'hui reprise par la Cour de cassation elle-même, « par le *Service de la Documentation et d'Etudes de la Cour de cassation* », et unanimement acceptée par la doctrine.

³ E. GAILLARD, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autre c. dame Bohin*, *op. cit.*, p. 619.

⁴ *Ibid.*

⁵ Anciennement, il avait été proposé de reconnaître priorité au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence sur le fondement des articles 1466 et 1484 ou 1502 CPC (Ph. FOUCHARD, note sous CA Paris, 18 nov. 1987 et 4 mai 1988; TGI P., 23 juin 1988, *op. cit.*).

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *op. cit.* : « [v]u le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence; Attendu qu'il en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international ».

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*

validité ou de licéité de la convention d'arbitrage – est repris par de nombreux arrêts¹. Il nous paraît convaincant et rejoint selon nous un argument que nous examinerons ultérieurement en faveur de la règle de l'effet négatif, l'économie procédurale². L'évolution favorable à l'arbitrage concernant les règles de droit procédurale – par la reconnaissance de l'effet négatif comme de l'effet positif du principe de compétence-compétence – est liée à l'évolution favorable à l'arbitrage du droit substantiel applicable à la convention d'arbitrage.

Peu importe le fondement retenu. Le décret du 13 janvier 2011 consacre la règle de l'effet négatif. L'article 1448 al. 1^{er} CPC reprend de manière presque identique l'ancien article 1458 al. 1^{er} et 2nd CPC³ ; il reconnaît priorité au tribunal arbitral pour juger de sa compétence, priorité sur la juridiction de l'État saisie du litige à laquelle est opposée une exception d'arbitrage. L'article 1455 CPC reconnaît également priorité au tribunal arbitral sur le juge d'appui saisi d'une demande de désignation d'arbitre. Mieux, la règle est doublement consacrée puisque le nouvel article 1465 CPC reconnaît non seulement l'effet positif de la compétence-compétence, mais également son effet négatif par l'adjonction de l'adjectif *seul*.

2).- *Le rejet majoritaire en droit comparé*

51. Bien qu'ayant fait l'objet d'une discussion animée⁴, il est peu discutable que majoritairement, les droits étrangers n'admettent pas la règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence⁵. La majorité des États européens rejette la règle⁶, à l'exception notable de la Suisse qui l'admet uniquement lorsque le tribunal arbitral a son siège en Suisse en application de l'article 7 LDIP⁷ – rejetant l'effet négatif lorsque le siège est à l'étranger en application de l'article II(3) de la Convention de New York⁸ –. Récemment, le Tribunal

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *National Broadcasting c. Bernadaux*, *Bull. civ.*, 2006.I.364 ; *D.*, 2006.3026, obs. Th. CLAY ; *JCP G*, 2006.I.187, n° 9, obs. C. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2006.981 ; *JCP G*, 2006 II 10182, note P. CALLE ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 05-21818, en somm. in *Rev. arb.*, 2006.1086.

² Cf. *infra*, n°s 152 et s.

³ Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011, n°1, p. 5, spéc. p. 13, n° 12.

⁴ Le débat a été particulièrement vif entre E. GAILLARD et J.-F. POUDRET (cf. notamment E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.* ; « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, Paris ; J.-F. POUDRET, « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », in *Mélanges Jean-Pierre SORTAIS*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 495.

⁵ A. DIMOLITSA, « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », *op. cit.*, pp. 328 et s. ; W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, p. 28 ; E. DOUGIER, « Existence, validité et portée de la convention d'arbitrage : tribunaux arbitraux ou juridictions étatiques ? », *op. cit.*, p. 682 ; N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 351-352, n° 5.112 et n° 5.113.

⁶ Droit allemand (article 1032 al. 2 ZPO) ; droit belge (1679 al. 1^{er} CJ Belge) ; droit néerlandais (1022 WBR) ; droit suédois (art. 2 de la loi suédoise de 1999, ceci étant explicitement précisé : « [l]es arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence pour trancher le litige. Cela ne fait pas obstacle à ce que, à la demande d'une partie, un tribunal étatique rende une décision sur ce point. Les arbitres peuvent poursuivre la procédure d'arbitrage en attendant la décision du tribunal », sur lequel cf. J. SEKOLEC and N. ELIASSON, « The Uncitral Model Law on Arbitration and the Swedish Arbitration Act: A Comparison », *op. cit.*, p. 195, spéc. pp. 199-200).

⁷ Tribunal fédéral suisse, 29 avril 1996, *Fondation M c. Banque X*, ATF 122 III 139, consid. 2a., *Bull. ASA*, 1996.527. Sur la question, cf. E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.* ; G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, pp. 158 et s., n° 440.

⁸ Tribunal fédéral suisse, 16 janv. 1995, *Compagnie de Navigation et de Transports SA c. msc Mediterranean Shipping Company SA*, ATF 121 III 38, cons. 2b., *Bull. ASA*.1996.

fédéral a ainsi rappelé son plein pouvoir d'examen de l'exception d'arbitrage opposée aux juridictions suisses saisies du fond du litige lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger. La règle de l'effet négatif de la compétence-compétence est dans cette hypothèse rejetée en des termes dénués d'ambiguïté : « *les autorités judiciaires suisses examinent avec plein pouvoir de cognition en fait et en droit la validité d'une convention d'arbitrage lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger, en application des critères de la Convention de New York [...]* »¹. Si le droit anglais a pu être classé parmi les législations reconnaissant l'effet négatif, on se montrera réservé. En effet, si l'article 32 de l'*Arbitration Act* admet la règle, c'est uniquement lorsque le juge anglais est saisi à titre principal de la convention d'arbitrage. Au contraire, l'article 9 de l'*Arbitration Act* autorise les juridictions anglaises saisies du fond du litige de juger de leur compétence lorsqu'elles se voient opposer une exception d'arbitrage². Dans cette configuration procédurale, un éminent comparatiste est formel : « *[l]e juge dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit à ce sujet* »³. L'effet négatif de la compétence-compétence a seulement convaincu quelques États lorsque l'incompétence arbitrale est invoquée afin de faire obstacle à l'intervention du juge d'appui⁴.

Au-delà du continent européen, on observe le même désaveu. C'est par exemple le cas du droit américain. De manière générale, un contrôle concurrent de la convention d'arbitrage entre juges d'Etat et tribunaux arbitraux est admis⁵. Comparant le droit américain et le droit français, un auteur observe que « *a court in the United States need not decline to consider jurisdictional issues just because an arbitral tribunal has been seized of the matter. The interpretation of American Courts is allowed without limitation. Courts can intervene in respect of the jurisdiction of arbitrators at any moment of the arbitral procedure and in relation to any jurisdictional issue* »⁶. Si un auteur réserve le cas des contestations de la portée de la convention d'arbitrage⁷, il semble simplement que les juridictions américaines adoptent une règle substantielle d'interprétation de la convention d'arbitrage favorable à l'arbitrage : « *tout doute concernant la portée des questions arbitrables doit être tranché en faveur de l'arbitrage* »⁸. Seule une hypothèse de contestation de la convention d'arbitrage est renvoyée

¹ Tribunal fédéral suisse, 25 oct. 2010, X. *Holding AG, X. Management SA, A., et B., c. Y, Investments N. V.* (4A_279/2010), *Rev. arb.*, 2010.907, obs. P.-Y. TSCHANZ, I. FELLRATH.

² En ce sens, O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, spéc. p. 724, n° 27. Sur le droit anglais, v notamment W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, pp. 44-48 ; D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 349, n° 14-63.

³ J.-F. POUDRET, « Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse : comment départager le juge et l'arbitre ? », *Bull. ASA*, 2007.230, pp. 230-231.

⁴ En droit suisse : art. 179(3) LDIP. En droit suédois : art. 18 de la loi suédoise d'arbitrage de 1999.

⁵ Notamment sur le fondement de l'art. 3 Federal Arbitration Act. Cf. par ex. Cour fédérale d'appel pour le 5^e circuit, *American Heritage Life Ins. Co c. Lang*, 321 F.3d 533, 538 (2003) ; Cour fédérale d'appel pour le 3^e circuit, *China Minmetals Materials Import and Export Co. Ltd. v. Chi Mei Corp.*, 334 F.3d 274 (3d Cir. 2003).

⁶ V. COLAIUTA, « The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems With Respect to Arbitrators' Powers to Determine Their Jurisdiction », in *International Arbitration 2006 : Back to Basics ?*, *op. cit.*, p. 154, spéc. p. 161. En ce sens également, R. B. DAVIDSON, « Recent U.S. Cases Affecting the Power of an International Arbitral Tribunal to Determine its own Jurisdiction », *op. cit.*, p. 61 ; W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*

⁷ G. A. BERMANN, « Le rôle respectif des cours et des arbitres pour déterminer la compétence arbitrale », *op. cit.*

⁸ Cour suprême des États-Unis, *Moses H. Cone Mem'l Hosp. c. Mercury Constr. Corp.*, 460 u.s. 1, 22, 25-26 (1983), cité par G. A. BERMANN, « Le rôle respectif des cours et des arbitres pour déterminer la compétence arbitrale », *op. cit.*, p. 124.

en priorité au tribunal arbitral : l'hypothèse dans laquelle la compétence arbitrale est indirectement contestée, c'est-à-dire lorsque c'est le contrat principal dans lequel elle est stipulée qui est contesté dans son existence et sa validité¹. Dans ce seul cas, le tribunal arbitral aura priorité pour juger de sa compétence. Selon nous, il s'agit d'une simple application du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal. Le principe reste le rejet de l'effet négatif de la compétence-compétence, sous réserve d'une clause de *Kompetenz-Kompetenz* par laquelle les parties investissent spécifiquement le tribunal arbitral du pouvoir exclusif de juger de leur compétence.

Certaines des législations récemment édictées restent encore insensibles aux charmes de la conception française de la compétence-compétence, rejetant l'effet négatif². Le droit mexicain, ayant tout récemment adopté une réforme visant à améliorer les relations entre tribunaux judiciaires et arbitraux, semble maintenir le principe d'un contrôle plein et concurrent de la compétence juridictionnelle générale entre juges et arbitres³. En effet, l'article 1424 al. 1^{er} du Code de commerce n'est pas modifié. Les juridictions d'État devraient toujours, pour renvoyer les parties à l'arbitrage, vérifier que la convention d'arbitrage n'est pas « *caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée* », sans que cet examen ne subisse de restrictions. Seule la procédure devant les juridictions mexicaines – procédure, voies de recours – et l'articulation avec la procédure arbitrale semblent avoir fait l'objet d'un aménagement par le nouvel article 1464 du Code de commerce.

Du côté des textes internationaux, la Convention de New York de 1958 ne reconnaît pas la règle, l'article II(3) prévoyant que « *le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* ». Seule la Convention de Genève de 1961 l'admet, mais seulement partiellement puisque la priorité n'est reconnue au tribunal arbitral qu'à compter de sa saisine⁴ ; avant l'introduction de

¹ Cf. par ex. Cour suprême des États-Unis, *Buckeye Check Cashing c. Cardegna*, 21 fév. 2006, 546 U.S. 440 (2006).

² Droit japonais (art. 14(1) de la loi n° 138 de 2003, H. TEZUKA, « The Effect of Arbitral Authority and the Timing of Judicial Review : Japan's Approach Under its New Arbitration Law Based on the UNCITRAL Model Law », in *International Arbitration 2006 : Back to Basics ?*, op. cit., p. 167) ; droit écossais de l'arbitrage (art. 10 de l'Arbitration Scotland Act 2010 et Règles 20 à 23 du Règlement écossais d'arbitrage (N. MEYER FABRE et C. BAKER CHISS, « La nouvelle loi écossaise sur l'arbitrage (Arbitration (Scotland) Act 2010), *Rev. arb.*, 2011.801, spéc. p. 808, n° 7, relativement similaire au droit anglais) ; droit chinois (S. LIANBIN, Z. JIAN and L. HONG, « Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People's Republic of China », *JIA*, 2003, vol. n° 20 (2), pp. 169–188).

³ Art. 1424, 1464 et 1465 du Code de commerce mexicain, tels que modifiés par la loi publiée au JO de la Fédération du 24 janvier 2011 (cf. C. LEAL-ISLA GARZA, Z. HORVATH, « Réforme du Code de commerce mexicain relative à l'intervention judiciaire dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2011.325 (disponible sur le site internet <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3.pdf>). Antérieurement, l'effet négatif de la compétence-compétence était également rejeté : cf. Cour suprême du Mexique, 11 janv. 2006, arrêt n° 25/2006, *Rev. arb.*, 2006.1039, obs. J. A. GRAHAM, C. LEAL-ISLA ; F. GONZALEZ DE COSSIO, « La ironía de competencia-compétence », op. cit., p. 524).

⁴ Art. VI(3) de la Convention de Genève de 1961.

l'instance arbitrale, le pouvoir de juger de la compétence juridictionnelle générale peut être concurremment exercé par les juridictions d'État¹.

La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ne reconnaît pas non plus l'effet négatif de la compétence-compétence. L'article 8(1) est similaire à l'article II(3) de la Convention de New York de 1958 : « [l]e tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande [...], à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérant ou non susceptible d'être exécutée ». Le texte ne limite pas ce contrôle à l'inefficacité manifeste de la convention d'arbitrage. Les travaux préparatoires de la loi type sont en ce sens. L'un des rapports du groupe de travail a explicitement rejeter la proposition faite de limiter le contrôle à la nullité ou l'inefficacité manifeste de la convention d'arbitrage, dans le but de reconnaître *“the principle to let the arbitral tribunal make the first ruling on its competence, subject to later control by a court”*. Cette proposition a été écartée dans les termes suivants : *“the prevailing view was that, in the cases envisaged under paragraph(1) where the parties differed on the existence of a valid arbitration agreement, that issue should be settled by the court, without first referring the issue to an arbitral tribunal, which allegedly lacked jurisdiction. The Working Group, after deliberation, decided to retain the text of paragraph (1)”*². C'est pourquoi les commentateurs retenaient initialement que la loi type requiert du juge étatique un contrôle total de la convention d'arbitrage³. La loi type a cependant pu être désignée comme empruntant une « voie moyenne »⁴ car elle permet, en parallèle de la saisine de la juridiction d'Etat, d'initier ou de poursuivre la procédure arbitrale en application de l'article 8(2). Cette seule concession, permettre la saisine du tribunal arbitral ou la poursuite des opérations d'arbitrage, ne nous paraît aucunement être le signe de la reconnaissance de l'effet négatif de la compétence-compétence. C'est plutôt un des aspects de l'effet positif de la compétence-compétence, quelque peu renforcé : autoriser un tribunal arbitral à juger de sa compétence, envers et contre les saisines parallèles d'autres juridictions⁵.

52. Sauf exception⁶, on observe également que la règle est presque inconnue des sources privées du droit de l'arbitrage, au contraire de l'effet positif du principe de compétence-compétence. La solution est logique : les tribunaux arbitraux ne peuvent ordonner aux juridictions étatiques du monde entier de se dessaisir d'un litige identique qui leur est soumis au motif que le litige leur revient, et que, même s'ils jugent que ce n'est pas le cas, il leur revient d'abord à eux, tribunaux arbitraux, de statuer sur ce point.

¹ Art. VI(1) et (2) de la Convention de Genève de 1961, régissant l'exception d'arbitrage opposée devant les tribunaux étatiques. Souligné spécifiquement par J. BÉGUIN ET M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, op. cit., p. 941, n° 2548.

² Rapport du groupe de travail de la 5e session (New York, 22fév.-4 mars 1983)(A/CN.9/233), paragraphe 77

³ H. M. HOLTZMANN and J. E. NEUHAUS, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer, 1989.

⁴ O. SUSLER, “The jurisdiction of the Arbitration Tribunal : a Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence”, op. cit., p. 128, l'auteur utilisant l'expression de « middle road ».

⁵ Cf. infra, n°s 562.

⁶ Cf. notamment l'art. 23.4 du règlement LCIA : « [e]n convenant de l'arbitrage selon le présent règlement, les parties sont considérées comme étant convenues de ne saisir aucune juridiction étatique ou autre autorité judiciaire d'aucune demande relative à la compétence ou aux pouvoirs du tribunal arbitral, sauf si toutes les parties à l'arbitrage y ont consenti par écrit, ou avec l'autorisation préalable du tribunal arbitral, ou par suite d'une sentence de celui-ci statuant sur la question de sa compétence ou de ses pouvoirs ».

Si la Convention de Washington de 1965 édicte expressément l'effet positif de la compétence-compétence à son article 41, repris et précisé par l'article 41 du règlement d'arbitrage CIRDI, aucune disposition ne consacre l'effet négatif du principe compétence-compétence. L'absence de consécration de l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est cependant pas le signe du rejet de cette règle. Comme l'observe un auteur averti, l'article 41 produirait un « *second effet* » : « *it gives the tribunal an exclusive power to decide on matters of its jurisdiction in relation to other decision-makers. These other decision-makers include the International Court of Justice in the context of Art. 64 of the Convention, the Secretary-General of ICSID in the context of Art. 36(3) dans domestic courts* »¹. Peu importe qu'une juridiction d'État se prononce sur une convention d'arbitrage CIRDI. Il suffira aux tribunaux arbitraux d'opposer le principe souvent rappelé concernant le fond du litige selon lequel « *un tribunal international n'est pas tenu de suivre la décision d'une juridiction nationale* »². Ce « *principe de l'autonomie de l'arbitrage CIRDI* »³ autrement qualifié de « *principe of non-interference* »⁴ ne doit-il pas logiquement être aussi appliqué aux questions de compétence ? Les arguments avancés par l'un des premiers tribunaux arbitraux en faveur du principe d'autonomie concernant le fond du litige⁵ valent pour la compétence⁶. La solution a été clairement retenue par le tribunal arbitral dans l'affaire *Holiday Inns c. Maroc*⁷, confirmée plus récemment par le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Pey Casado*⁸. On peut en effet craindre qu'un État tente d'empêcher le principe même du recours à une

¹ C. H. SCHREUER with L. MALINTOPPI, A. REINISCH and A. SINCLAIR, *The ICSID Convention : A Commentary*, 2nd ed., 2009, University Press, Cambridge, 2009, p. 519, n° 9.

² Trib. arb. CIRDI, 20 novembre 1984, *Amco c. Indonésie*, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, Paris, Pedone, 2004, p. 139, spéc. p. 143 (attendu n° 177) : « *un Tribunal international n'est pas tenu de suivre la décision d'une juridiction nationale* » ; trib. arb. CIRDI, 1^{er} nov. 1999, *Azinian c. Mexique*, ARB(AF)/97/02, *JDI*, 2000, p. 150, E. GAILLARD, publié in 14 *ICSID Rev.* n°2 (1999) : « *the Claimants have cited a number of cases where international arbitral tribunals did not consider themselves bound by decisions of national courts* ».

³ E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, op. cit., p. 161.

⁴ C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, op. cit., p. 351, n° 3.

⁵ Trib. arb. CIRDI, 20 novembre 1984, *Amco c. Indonésie*, op. cit., n° 177 : « [I] 'une des raisons de l'institution d'une procédure internationale d'arbitrage est précisément que les parties – à tort ou à raison – font davantage confiance à une institution qui n'est pas entièrement reliée à l'une des parties. Si une décision nationale devait lier un tribunal international, une telle procédure serait sans objet. En conséquence, indépendamment de la description que peut faire une juridiction nationale de la situation d'une partie, une juridiction internationale jouit du droit d'évaluer et d'examiner cette situation sans accepter l'autorité de chose jugée d'aucune juridiction nationale. Cela n'empêche pas qu'elle puisse, dans son appréciation propre, tenir compte de ces décisions nationales comme l'un des multiples facteurs à prendre en considération ».

⁶ En ce sens, C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, op. cit., p. 521, n° 16.

⁷ *Ibid.*, p. 364, n° 49.

⁸ Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 8 mai 2002, *Casado c. Chili*, ARB/98/2, 16 *ICSID Rev.*, 603 (2001); 6 *ICSID Rep.*, 375 (2004), n° 81 : « [i]l convient de noter aussi que l'article 41 confère au Tribunal le pouvoir exclusif de se prononcer sur sa propre compétence, vis-à-vis d'autres organismes internationaux ou nationaux, y compris des tribunaux étatiques (C. Schreuer, *ibid.*, page 371, n°77). De cette compétence exclusive résulte, notamment, l'obligation des tribunaux internes de tous les États contractants de se conformer à la décision prise par un tribunal CIRDI sur sa propre compétence. C'est ce qu'a clairement proclamé le Tribunal dans la première cause soumise au CIRDI, l'affaire *Holiday Inns et Occidental Petroleum v. Morroco*, où l'État défendeur invoquait la compétence des tribunaux marocains, une prétention qui fut rejetée par le Tribunal arbitral au motif notamment que *the Moroccan tribunals should refrain from making a decision until the Arbitral Tribunal has decided this question . . .* » (cf. P. LALIVE, *the First World Bank Arbitration, Holiday Inns v. Morocco, Some Legal Problems*, 51 *British Yearbook of International Law* 123 (1981) ; C. Schreuer, op. cit., n° 16, page 375). Dans l'affaire *LETCO v. Liberia*, le Tribunal constata que le fait pour le Gouvernement d'avoir intenté une procédure parallèle devant ses propres tribunaux constituait une mauvaise foi procédurale qui donne lieu à l'octroi de dépens à la partie adverse (C. Schreuer, op. cit., p. 375) ».

juridiction internationale indépendante en faisant tout simplement juger la convention d'arbitrage CIRDI nulle ou inexistante. C'est en effet la voie la plus simple pour neutraliser tout accès à une justice indépendante et impartiale pour l'investisseur. La règle de l'« *effet négatif* » s'impose donc aussi bien à l'égard de la CIJ¹ que des juridictions nationales. Le tribunal arbitral CIRDI est seul juge de sa compétence ; aussi, il est admis que « *domestic courts of ICSID Contracting States must defer to the tribunal's decision on its own jurisdiction* »². La spécificité de l'arbitrage CIRDI au regard de sa nature mixte, qui fonde son « *autonomie* »³, explique sans doute cette solution⁴. La règle posera sans doute des difficultés particulières puisque la contrepartie du contrôle étatique de la compétence à travers la sentence est impossible pour l'arbitrage CIRDI. Plus qu'une priorité, il s'agit en réalité d'une véritable indépendance.

53. En dépit de ce bilan pour le moins mitigé, on observe récemment quelques signes plus favorables à son admission. Comme l'observe des auteurs avertis, “*there is today a movement towards a greater recognition of the negative effect of competence-competence and the priority of the arbitrators in the determination of their own jurisdiction*”⁵.

Tout d'abord, on observe une légère évolution de l'interprétation de l'article 8(1) de la loi type CNUDCI. Si la plupart des juridictions d'État interprètent cette disposition comme leur reconnaissant un plein pouvoir d'examen, certains droits s'orientent vers la limitation du contrôle de la convention d'arbitrage⁶. Le droit canadien est en ce sens⁷. La reconnaissance de la règle est certes mitigée, puisque l'application de l'effet négatif de la compétence-compétence est limitée aux arbitrages ayant leur siège au Canada, aux questions de fait à l'exclusion des questions de droit, et à la condition que l'État du siège de l'arbitrage

¹ C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, op. cit., p. 519, n° 10.

² *Ibid.*, p. 521, n° 16 et p. 352, n° 6 : « [p]rior to the determination by the Secretary-General and by the ICSID tribunal, it will be incumbent upon the non-ICSID forum seized of the same claim to stay the proceedings and to await the ICSID decision as to jurisdiction ».

³ Pour une définition de ce principe, cf. E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, op. cit., p. 762 : le « *principe de l'autonomie de l'arbitrage CIRDI* » signifie « *que si une contrariété de décisions résulte de cette liberté d'appréciation du tribunal chargé de statuer sur les engagements internationaux de l'État, ce dernier ne pourra pas s'abriter derrière la décision prise dans son ordre juridique pour ne pas respecter celle qui a été rendue dans l'ordre international. C'est ce principe qui, en cas de contrariété de décisions, commande la solution selon laquelle celle qui a été rendue sur le fondement du traité l'emporte en définitive sur la décision rendue sur le fondement du seul contrat [...]* ».

⁴ D'autres pistes pourraient être explorées, à l'image d'une interprétation particulière de l'article 41(2) de la Convention. Il suffit d'insister sur deux éléments qui pourraient fonder cette compétence exclusive : « *tout déclinatoire de compétence [...] doit être examiné par le Tribunal* ». Insistons sur l'utilisation du terme « *devoir* ». Il pourrait être comme une obligation à la charge des parties de soumettre toute contestation de la compétence au Tribunal arbitral.

⁵ E. GAILLARD and Y. BANIFATEMI, “Negative Effect of Competence-Competence : The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators”, op. cit., p. 261.

⁶ Droit indien : Cour suprême indienne, 12 août 2005, *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd c. Aksh Optifibre Ltd et autres*, 7 SCC 234, XXXI YB Com. Arb. 747 (2006), cité par E. GAILLARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, Rev. arb., 2006.945, p. 951. Droit de Hong Kong : Cour suprême de Hong Kong, *Pacific International Lines (Pte) Ltd. v. Tsinlien Metals and Minerals Co. Ltd.*, 30 juill. 1992, XVII YBCA 180 (1993) ; plus récemment : Cour Suprême de Hong Kong, *Pacific Crown Engineering Ltd v. Hyundai Industries & Construction Co Ltd* [2003] 3 HKC 659.

⁷ F. BACHAND, “Kompetenz-Kompetenz, Canadian-Style”, *Arb. Int.*, 2009, p. 431.

reconnaisse l'effet positif de la compétence-compétence¹. Mais c'est un premier pas. Une étude, se penchant plus en détail sur les travaux préparatoires, a renouvelé l'analyse de l'article 8 de la loi type CNUDCI et mis en évidence que les rédacteurs avaient bien pour idée de reconnaître au tribunal arbitral priorité pour juger de sa compétence². Cette analyse est déterminante dès lors que la loi type CNUDCI a inspiré de nombreuses réformes du droit de l'arbitrage. Elle pourrait être un vecteur essentiel de la reconnaissance de l'effet négatif de la compétence-compétence en droit comparé.

Ensuite, certaines législations ont spécialement édicté la règle. On pense notamment aux toutes récentes législations marocaine³, péruvienne⁴, ou mauricienne⁵ ou encore à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage OHADA⁶. Il semble également que ce soit le cas de la nouvelle loi dominicaine de l'arbitrage⁷. C'est ce que retient l'un de ses commentateurs⁸.

¹ Cour suprême de la province de la Colombie britannique, *H&M Marine Engine Service Ltd c. Volvo Penta of the Americas*, 9 octobre 2009, disponible sur le site <http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/09/13/2009BCSC1389.htm> (« Article 16 of the Model Law ...embodies the « competence-competence » principle, which provides that arbitrators should generally be allowed to exercise their authority to rule first on their own jurisdiction »); Cour suprême du Canada, 13 juill. 2007, *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, *Rev. arb.*, 2007.567, note A. PRUJINER (« [l]e Tribunal ne devrait déroger à la règle de renvoi systématique à l'arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit »).

² F. BACHAND, « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or *Prima Facie* Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? », *op. cit.*, pp. 471-472.

³ Pour l'arbitrage interne, art. 327 CPC marocain, auquel renvoi l'article 327-43 pour l'arbitrage international lorsque l'arbitrage est soumis à la loi marocaine de procédure civile (résultant du Dahir n° 1-07-169 du 30 nov. 2007 portant promulgation de la loi n° 08-05 entrée en vigueur le 6 déc. 2007, K. ZAHER, « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », *Rev. arb.*, 2009.71, spéc. pp. 85-87, n° 17, l'auteur réservant l'application de cette disposition en matière internationale au regard de l'article II(3) de la Convention de New York, mais souhaitant que les dispositions plus favorables du droit interne prévalent au regard de l'article VII de la Convention de New York, spéc. pp. 130-131, n° 79).

⁴ L'effet négatif de la compétence-compétence est pleinement reconnu dans des termes quelque peu différends selon que l'arbitrage est interne ou international, par les art. 16(3°) pour l'arbitrage interne et (4°) pour l'arbitrage international du Décret législatif No. 1071 de 2008, sur lequel cf. F. MANTILLA-SERRANO, « La nouvelle loi péruvienne sur l'arbitrage du 27 juin 2008 », *Rev. arb.*, 2009.731. L'article 16(4°) prévoit que « [e]n el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad solo denegara la excepcion cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepcion. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial solo denegara la excepcion cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden publico internacional ».

⁵ Art. 5(2) de la nouvelle loi mauricienne sur l'arbitrage international du 25 nov. 2008 : « La Cour suprême [...] doit renvoyer les parties à l'arbitrage, à moins que l'une des parties ne démontre *prima facie* qu'il existe une très forte probabilité que ladite convention soit caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée, auquel cas la Cour suprême tranchera elle-même la question de savoir si ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée ». Cf. S. A. H. MOOLAN, « Brève introduction à la nouvelle loi mauricienne sur l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2009.933.

⁶ Art. 13 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage OHADA, cf. les al. 1 à 3, reprenant l'ancien article 1458 CPC, nouvel art. 1448 CPC. P. MEYER, *OHADA - Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 115-116, n° 184 : « [l]e droit uniforme retient expressément ce principe de priorité »; B. MARTOR, N. PILKINGTON et al., *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, 2° éd., Paris, Litec, 2009, p. 287, n° 1236 et les réf. Sur les difficultés de stricte application de cette disposition par les juridictions des États membres, cf. P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », *Rev. arb.*, 2010.467, spéc. p. 485, n° 17, spéc. CCJA, arrêt n° 43 du 17 juill. 2008.

⁷ Art. 12 de la loi dominicaine n° 489-08 relative à l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008, reproduit *Rev. arb.*, 2009, p. 661.

⁸ S. ADELL, « La nouvelle loi dominicaine sur l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008 », *Rev. arb.*, 2009.503, spéc. p. 507.

Cependant, nous ne montrerons plus circonspect. Si en effet, l'exception d'incompétence tirée de la convention d'arbitrage fait l'objet d'un régime juridique aménagé – elle doit être examinée à titre préliminaire et ne peut faire l'objet d'une voie de recours –, le texte ne précise pas que l'examen de la convention d'arbitrage par les juridictions de l'État dominicain soit l'objet de restrictions. Dans sa version traduite comme originale, l'article 12 prévoit que l'exception d'arbitrage « *devra être résolue* » ou « *debe ser resuelta* » sans plus de précision. Ce pouvoir d'examen n'est pas limité aux seules nullité et inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage. Peut-être le commentateur a-t-il confondu effet négatif de la convention d'arbitrage et effet négatif de la compétence-compétence.

Enfin, en Europe, quelques signes perceptibles montrent une moindre hostilité à son égard. Le droit suisse, déjà partiellement conquis, serait en passe d'admettre totalement la règle. Une initiative parlementaire est actuellement en cours d'examen¹. Elle vise à ajouter un alinéa 2 à l'article 7 LDIP ainsi conçu : « *[e]n matière internationale, le tribunal suisse, sans égard au siège du tribunal arbitral, sursoit à statuer jusqu'à ce que celui-ci se soit prononcé sur sa compétence, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage* ». L'objectif est ainsi de reconnaître l'effet négatif de la compétence-compétence, là où jusque là le Tribunal fédéral s'y est refusé, c'est-à-dire lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas en Suisse. Elle est favorablement accueillie par une partie de la doctrine suisse², mais devrait sans doute susciter le rejet d'une autre partie, non moins active³. La commission des affaires juridiques du Conseil national a proposé de donner suite à cette initiative parlementaire, au contraire de la Commission des affaires juridique du Conseil des États du 15 février 2010 au motif de son éventuelle contrariété avec l'article II(3) de la Convention de New York. Le 10 juin 2010, le Conseil des États (chambre haute de l'Assemblée fédérale suisse) a proposé à la majorité de ne pas donner suite à cette initiative parlementaire⁴. Le droit autrichien semble avoir tout au moins partiellement accueilli la règle. Si l'article 584 al. 1^{er} CPC autrichien écarte l'effet négatif de la compétence-compétence lorsque le tribunal arbitral n'est pas saisi, autorisant le tribunal étatique saisi au fond à accueillir l'action s'il « *constate que la convention d'arbitrage fait défaut ou qu'elle n'est pas susceptible d'être exécutée* »⁵, l'article 584 al. 3 CPC prévoit au contraire que « *[s]i une procédure d'arbitrage est pendante, nul autre litige relatif au droit que l'on fait valoir ne peut être porté devant un tribunal ou un tribunal arbitral ; une action portant sur le même droit doit être rejetée* », réservant une exception dans le cas où la décision du tribunal arbitral « *ne peut être obtenue dans un délai raisonnable* ». Le droit serbe récemment réformé semble

¹ P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH, « Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse », *Rev. arb.*, 2010.877, spéc. p. 880 ; P.-Y. TSCHANZ, « De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP », *op. cit.*

² P.-Y. TSCHANZ, « De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP », *op. cit.*, p. 480, exposant que « *[l]e texte à l'examen devant le Parlement consacre la solution souhaitable* » (souligné par l'auteur lui-même).

³ Cf. notamment ayant exprimé sa désapprobation, qualifiant la décision du Tribunal fédéral accueillant l'effet négatif de la compétence-compétence lorsque le tribunal arbitral a son siège en Suisse de « *jurisprudence malencontreuse* », J.-F. POUDRET, « Le pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage », *Bull. ASA*, 2005.401. L'hostilité de l'auteur à l'égard de l'effet négatif a été plus récemment rappelé : J.-F., POUDRET, « Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse : comment départager le juge et l'arbitre ? », *op. cit.*

⁴ L'ensemble des documents est disponible sur le site suivant :

http://www.parlament.ch/e/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20080417

⁵ En ce sens, A. REINER, « La réforme du droit autrichien de l'arbitrage par la loi du 13 janv. 2006 », *Rev. arb.*, 2006.401, spéc. p. 414, note n° 31.

également consacrer l'effet négatif. L'article 14 de la loi sur l'arbitrage de la République de Serbie adoptée le 25 mai 2006 prévoit que la juridiction d'État saisie au fond qui se voit opposer une exception d'arbitrage doit se juger incompétente à moins qu'elle « *établit que la convention d'arbitrage est manifestement nulle, sans effet ou que son exécution est impossible* »¹.

54. En définitive, en dépit de ces évolutions récentes qui laissent peut-être présager un meilleur accueil, l'effet négatif est loin de présenter un caractère universel à l'opposé de l'effet positif du principe de compétence-compétence.

§2.- La systématisation de la règle

55. A peine théorisée, la règle de l'effet négatif a été progressivement systématisée. Tout d'abord, le champ d'application de l'effet négatif a été généralisé au sein même de l'ordre juridique français (A). Ensuite, afin d'éviter toute paralysie de la règle au sein de l'ordre juridique français par le biais de la demande de reconnaissance ou d'exequatur d'un jugement étranger statuant sur la compétence juridictionnelle générale – les fameuses « *torpilles* »² anti-arbitrales –, l'effet négatif a été élevé au rang de condition d'accueil du jugement étranger (B).

A.- La généralisation de l'effet négatif dans l'ordre juridique français

56. Dans l'ordre juridique français, la jurisprudence confère à cette règle la portée la plus vaste possible qu'il soit. L'effet négatif se déploie à l'égard de toute juridiction de l'ordre judiciaire, quelle que soit la juridiction saisie (1), quelle que soit la voie d'action utilisée (2), quelle que soit la nature de l'arbitrage et le lieu du siège de l'arbitrage (3), quelle que soit la volonté des parties (4).

1).- Quelle que soit la juridiction saisie

57. On rappellera cette évidence : toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, quelles qu'elles soient, sont liées par l'effet négatif du principe de compétence-compétence. La règle s'adresse généralement aux juridictions intervenant classiquement dans le champ des litiges arbitrables en l'absence de convention d'arbitrage, qui représente généralement les relations d'affaires, les juridictions civiles ou commerciales.

La règle s'applique également aux juridictions saisies du contentieux des procédures collectives. La question ne se pose pas relativement au tribunal de la faillite. Les contentieux dont ont vocation à connaître généralement le tribunal arbitral – relations contractuelles – et le tribunal de la faillite sont distincts. Si une telle hypothèse survenait, l'un des litigants contestant la compétence du tribunal de la faillite au profit du tribunal arbitral sur une question concernant directement la procédure collective, il ne fait nul doute que le tribunal pourrait faire obstacle à l'effet négatif, en opposant la nullité manifeste de la clause

¹ Loi sur l'arbitrage de la République de Serbie adoptée le 25 mai 2006 publiée en français in *Rev. arb.*, 2006.1095.

² La formule est de S. BOLLÉE, *Rev. arb.*, 2007.93, reprise par exemple par H. MUIR WATT, note sous CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, p. 373, citant « le spectre de la « torpille italienne », liée à la lenteur de la procédure judiciaire, ou de la « torpille grecque », née de l'impossibilité procédurale de délier la contestation de la compétence et la défense au fond ».

compromissoire au regard de l'inarbitrabilité de la matière¹. En sens inverse, on imagine mal qu'un tribunal de la faillite soit saisi d'un classique contentieux contractuel des relations d'affaires pouvant être soumis au tribunal arbitral. Mais cette question survient fréquemment devant le juge-commissaire². Celui-ci est notamment en charge d'accueillir ou de rejeter les créances antérieures. Il lui est parfois soumis des créances contentieuses prenant leur source dans une convention comportant une convention d'arbitrage. Dans cette hypothèse, le juge-commissaire est tenu de respecter l'effet négatif du principe de compétence-compétence³. Le système mis en place est original, adaptant les règles du droit de l'arbitrage au respect des exigences fondamentales du droit la faillite.

En dépit de quelques réticences initiales, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est également ralliée à l'application de l'effet négatif du principe compétence-compétence en cas de contestation de l'applicabilité de la clause compromissoire au porteur du connaissance de charte-partie⁴.

58. Cependant, la règle connaît deux exceptions.

59. Tout d'abord, les juridictions sociales refusent d'appliquer la règle lorsqu'est en jeu un contrat de travail, interne ou international, compte tenu de la protection particulière dont doivent bénéficier les salariés⁵. Après s'être un temps prononcée pour sa nullité⁶, la Cour de cassation a préféré l'inopposabilité de la clause compromissoire au salarié. Invariablement, la chambre sociale juge que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* »⁷. L'inopposabilité de la clause compromissoire, qui n'est sans doute qu'une forme de nullité relative, est généralement fondée sur les articles L. 1411-4 et R. 1412-4 du Code du travail (anciens articles L. 511-1 et R. 517-1 du Code du travail) et 2061 du Code civil. Concernant les contrats internationaux, la solution s'impose, quelle que soit le lien de

¹ Sur la notion de nullité manifeste, cf. *infra*, n^{os} 234 et s.

² E. JOLIVET, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : quelques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2006, n^o 348, p. 16.

³ Cass. com., 2 juin 2004, n^o 02-18700 : « *lorsque l'instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture, le juge-commissaire, saisi d'une contestation et devant lequel est invoquée une clause compromissoire, doit, après avoir, le cas échéant, vérifié la régularité de la déclaration de créance, se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable* ».

⁴ Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *Bull. civ.*, 2006.IV.41 ; *D.*, 2006.3028, obs. Th. CLAY ; *RTD com.*, 2006.765, obs. E. LOQUIN ; *Rev. crit. DIP*, 2006.607, note F. JAULT-SESEKE ; *JDI*, 2006.622, note C. LEGROS ; *DMF*, 2006, p. 379, note Ph. DELEBECQUE. Cf. E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, pp. 710-711, n^o 15.

⁵ De man. gén., cf. J.-M. OLIVIER, « Arbitrage et droit du travail », *Dr. et patr.*, 2002.5.52.

⁶ Cass. soc., 12 fév. 1985, *Ceramiche Ragno c. Chauzy*, *Bull. civ.*, 1985.V.97.

⁷ Cass. soc., 12 mars 2008, n^o 01-44654, inédit ; Cass. soc., 28 janv. 2005, *Taiphon c. Bobinet*, Navire *Nan Shan*, *JCG*, 2005, I 179, obs. J. BÉGUIN ; *DMF* 666, janv. 2006, p. 35, note P. CHAUMETTE ; *JDI*, 2006.616, note S. CHAILLÉ DE NERÉ ; Cass. soc., 9 fév. 2001, *Kis c. Lopez-Alberdi*, *Rev. arb.*, 2002.347, note T. CLAY ; *LPA*, 2002.242.18, note F. JAULT-SESEKE ; Cass. soc., 4 mai 1999, *Picquet c. Sacinter*, *Bull. civ.*, 1999.V.191 ; *Rev. arb.*, 1999.291, note M.-A. MOREAU ; *JCP G*, 2000.II.10337, note D. AMMAR ; *Rev. crit. DIP*, 1999.745, note F. JAULT-SESEKE ; Cass. soc., 16 fév. 1999, *Château Tour Saint Christophe c. Aström*, *Bull. civ.*, 1999.V.78 ; *Rev. arb.*, 1999.292, note M.-A. MOREAU ; *Rev. crit. DIP*, 1999.745, note F. JAULT-SESEKE ; *Gaz. Pal.*, 2000.I.somm. 699, obs. M.-L. NIBOYET.

rattachement justifiant la compétence internationale du conseil de prud'hommes français : lieu où le salarié accomplit habituellement son travail¹, lieu où se trouve l'établissement qui a embauché le salarié², combinant parfois les deux³. On observera que la clause compromissoire est ici rattachée aux conflits de juridictions puisque celle-ci conduit à l'incompétence de la justice publique. La raison de cette méfiance envers les clauses de compétence et de son élévation au rang de police est simple : « *le salarié qui contracte un contrat de travail se place en position de subordination donc de faiblesse* » ; le caractère international du contrat n'y change rien⁴.

Cette solution est pleinement opportune. L'effet négatif de la compétence-compétence, s'il était appliqué, pourrait renforcer les tentatives d'obstruction à l'accès au juge par les employeurs, en contraignant la partie à saisir le tribunal arbitral pour apprécier la validité et l'applicabilité de la clause compromissoire. En outre, la sanction de l'inopposabilité préserve le droit du salarié de s'en prévaloir. Peut-être pourrait-elle d'ailleurs inspirer la première chambre civile de la Cour de cassation pour le contrat international de consommation⁵. Sa mise en œuvre devrait s'avérer relativement aisée : dès lors que le conseil de prud'hommes français est saisi par un salarié et qu'il est internationalement compétent, l'employeur qui oppose la clause compromissoire stipulée au contrat de travail devrait se voir opposer la nullité manifeste de cette dernière.

60. Ensuite, l'effet négatif du principe compétence-compétence est inapplicable aux juridictions pénales. C'est ce que l'on peut déduire d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendu le 7 mars 2006⁶. En l'espèce, l'assureur d'une société d'armement d'un cargo, dont les dirigeants, propriétaires et armateurs du navire ayant fait naufrage ont été reconnus coupables d'homicides involontaires, a été mis en cause sur le fondement des articles 388-1 et 388-2 du Code de procédure pénale. L'objectif de cette intervention forcée était de rendre opposable à l'assureur la décision criminelle, pour ce qui concerne l'action civile relative à l'homicide involontaire de 11 personnes suite au naufrage du cargo. Pour s'opposer à cette mise en cause, les assureurs ont invoqué la clause compromissoire stipulée à la police d'assurance afin d'être mis hors de cause, ou tout au moins que ce point soit tranché par les arbitres et non par les juridictions criminelles. Il est vrai que c'est une action civile qui est ici en cause et qu'elle peut être jugée arbitrale. Mais encore faut-il qu'il existe une clause compromissoire entre les assureurs et les victimes à indemniser, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La juridiction d'appel relève tout d'abord que l'exception d'arbitrage n'est pas une des causes de nullité de l'article 385-1 du CPP afin d'exonérer l'assureur de l'obligation de garantie à l'égard des tiers et à titre surabondant que « *cette clause compromissoire n'apparaît*

¹ Cass. soc., 4 mai 1999, *Picquet c. Sacinter*, *op. cit.*, l'action du salarié devant le conseil de prud'hommes avait été engagée le 4 juillet 1995 et que le salarié exécutait son travail en France.

² Cass. soc., 9 fév. 2001, *Kis c. Lopez-Alberdi*, *op. cit.*, le contrat était exécuté exclusivement au Mexique, mais « *l'employeur était établi en France, en sorte que le conseil de prud'hommes était compétent pour statuer sur le litige en application de l'article R. 517-1, alinéa 3, du Code du travail* ».

³ Cass. soc., 16 fév. 1999, *Château Tour Saint Christophe c. Aström*, *op. cit.*

⁴ J. BÉGUIN, note sous *JCP* 2005.I.179.

⁵ En ce sens, Ch. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *op. cit.*, n^{os} 26. On peut y voir en effet « *une exception à l'effet négatif du principe compétence-compétence* ». Cf. *infra*, n^o 240 et 241.

⁶ Cass. crim., 7 mars 2006, n^o 05-80890 ; L. JANBON, « Le naufrage du *Number One* », *DMF*, 675, juill. 2006, pp. 563-572.

pouvoir être opposée qu'à l'assuré lui-même, mais non aux victimes qui, profitant de la mise en cause de l'assureur, concluent directement contre lui ». Les assureurs ont alors tenté le tout pour le tout et invoqué devant la Cour de cassation le principe de compétence-compétence dans son effet négatif au regard de la convention d'arbitrage contenue dans la police d'assurance¹. La Haute juridiction n'y répond pas directement, mais il est évident qu'elle estime le principe de compétence-compétence inapplicable, tout comme la convention d'arbitrage. Elle approuve la cour d'appel de Rennes qui, pour retenir sa compétence, a énoncé que « *la clause compromissoire invoquée, qui n'oblige que les parties au contrat, ne saurait être opposée aux parties civiles, ayants droit des victimes, et que l'intervention forcée de l'assureur n'a pour objet que de lui rendre opposable la décision rendue sur les intérêts civils* ». Cette décision nous paraît pleinement justifiée. Bien évidemment, un compromis d'arbitrage conclu pour un litige résultant d'une infraction serait manifestement nul. Concernant plus spécifiquement l'action civile qui seule était en cause, on était bien en présence d'un cas d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage : la clause compromissoire conclue entre un assureur et l'assuré, auteur d'une infraction, est manifestement inapplicable à la victime. Plus fondamentalement, il nous semble que l'effet négatif de la compétence-compétence ne devrait pas avoir droit de cité dans le champ de la matière pénale, dès lors que la matière est au cœur de l'inarbitrabilité *per se*. Les juridictions criminelles devraient conserver toute latitude pour apprécier leur compétence pour connaître de l'action publique comme de l'action civile.

2).- Quelle que soit la voie d'action utilisée

61. Second indice de sa généralisation, l'effet négatif de la compétence-compétence s'applique aujourd'hui quel que soit le chemin emprunté, autrement dit quelle que soit la voie d'action utilisée. Deux types de règles se combinent, certaines écrites, d'autres non écrites.

62. **Les règles écrites.** L'effet négatif trouve sa terre d'élection dans deux types d'actions qui sont fréquemment utilisées par les plaideurs afin de contester la convention d'arbitrage, que les rédacteurs du décret du 14 mai 1980 avaient envisagées, les articles 1458 et 1444 CPC, repris aujourd'hui par les nouveaux articles 1448 et 1455 CPC.

La première voie d'action est la contestation de la convention d'arbitrage réalisée à titre incident devant le juge de l'État. Saisi d'un litige au fond, celui-ci se voit opposer une exception d'incompétence tirée d'une convention d'arbitrage. L'article 1448 al. 1^{er} CPC envisage cette hypothèse et prévoit que la juridiction de l'État saisie du fond est tenue de respecter l'effet négatif du principe compétence-compétence. L'exception d'arbitrage, autrefois simple question préalable dont pouvait connaître le juge étatique, s'est aujourd'hui

¹ Cass. crim., 7 mars 2006, n° 05-80890, *op. cit.* Cf. spécifiquement le pourvoi : « *en vertu du principe de "compétence-compétence", selon lequel il appartient à l'arbitre international de statuer, par priorité, sur sa propre compétence, la juridiction étatique est sans pouvoir pour statuer sur cette question, sauf nullité manifeste de la convention d'arbitrage ; que, dans ses conclusions (page 7), la société Terra Nova Insurance Company LTD soulevait d'emblée l'incompétence des juridictions françaises pour statuer sur l'action dirigée contre elle, en l'état de la clause 7, section C, de la police d'assurance qui précisait que tout litige survenant au titre ou en rapport avec cette convention serait soumis aux arbitres de Londres ; qu'en écartant cette exception d'incompétence au motif que celle-ci ne relevait pas des causes de nullité ou des clauses de non-garantie susceptibles d'exonérer totalement l'assureur et que, de surcroît, la clause compromissoire "n'apparaissait" pouvoir être opposée qu'à l'assuré lui-même et non à la victime (arrêt attaqué, page 11 5), la cour d'appel a méconnu le principe précité et les articles 385-1, 388-1 et 388-2 du Code de procédure pénale* ».

transformée en une question préjudicielle originale. Le juge d'État est tenu de renvoyer la contestation de la compétence juridictionnelle générale au tribunal arbitral.

La seconde voie d'action envisagée par les textes est la contestation de convention d'arbitrage opposée pour empêcher le juge d'appui d'ordonner les mesures d'assistance à l'arbitrage, notamment la demande de désignation d'arbitre(s), pour quelque motif que ce soit. Le juge d'appui se voit dans cette hypothèse lié par l'effet négatif du principe compétence-compétence ; il est tenu de procéder à la désignation d'arbitre(s) demandée, sans pouvoir contrôler la convention d'arbitrage. Le nouvel article 1455, dans le prolongement de l'ancien article 1444 al. 3 CPC, impose la solution.

63. **Les règles non écrites.** Outre les hypothèses précédemment décrites, d'autres voies d'actions ont été empruntées par les plaideurs afin de contester la validité, l'applicabilité ou l'existence d'une convention d'arbitrage. Ces chemins de traverse qu'ont tenté de prendre les plaideurs ont été verrouillés par la jurisprudence, contrainte de poser des règles complémentaires. Particularité, lorsque ces voies d'action sont utilisées, les exceptions à l'effet négatif du principe compétence-compétence ne peuvent être en aucun cas invoquées. La solution s'impose car ces autres voies peuvent légitimement être suspectées d'être engagées dans un but dilatoire.

64. En premier lieu, les actions principales engagées contre la convention d'arbitrage, que ce soit devant le juge du fond ou le juge d'appui, sont expressément fermées¹. Concernant le juge d'appui, les parties ne peuvent dévier cette institution de son objectif et l'utiliser contre l'arbitrage. Ces actions préventives, généralement dénégatoires, étaient auparavant admises². Cette règle est d'une telle évidence qu'elle n'a pas été consacrée par le nouveau décret. Cependant, afin d'accroître l'intelligibilité du droit français alors que ces voies sont ouvertes par de nombreux autres droits étrangers – même si l'on observe de plus en plus de réticences à leur encontre³ –, on regrettera que le nouveau décret n'ait pas spécifié que

¹ Pour le juge d'appui, Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autre c. dame Bohin*, *op. cit.* ; préalablement, TGI Paris, 3 juin 1985, *Rev. arb.*, 1987.149, 1^{ère} esp., note Ph. FOUCHARD ; CA Paris, 4 mai 1988: *Rev. arb.*, 1988. 657 (2^o esp.), note FOUCHARD.

Pour le juge du fond, Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *op. cit.* : « [v]u le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ; Attendu qu'il en résulte que la juridictions étatique est incompétente pour statuer à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage, et que l'article 2061 du Code civile st sans application dans l'ordre international » ; préalablement, CA Paris, 4 mai 1988, *Rev. arb.*, 1988.657, 2^o esp., note FOUCHARD ; Cass. civ. 2^{ème}, 14 mai 1997, *Justices*, 1997, n° 7, 214, obs RIVIER.

² Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, *Buck*, *op. cit.* : « la nullité de la clause compromissoire peut être contestée dès avant la naissance de tout litige relatif au contrat qui contient une telle clause », car « il serait illogique en ce cas d'obliger la partie contestante à provoquer la constitution d'un tribunal arbitral qui aurait pour seule mission de constater qu'il n'est pas valablement institué » ; « ni l'article 1028 du CPC [...] ni ledit texte, ni une autre règle de droit n'interdisent d'exercer une action directe et principale en vue de faire proclamer, dès avant le prononcé de toute sentence, la nullité de l'acte instituant des arbitres ». Sur la question, cf. J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, pp. 217-225.

³ L'action en déclaration d'invalidité de la convention d'arbitrage a par exemple été récemment prohibée en droit autrichien, cf. A. REINER, « La réforme du droit autrichien de l'arbitrage par la loi du 13 janv. 2006 », *op. cit.*, p. 404. Ce type d'action est autorisé par ex. en droit américain (sur le fondement des articles 4, 206 ou 303 Federal Arbitration Act), en droit allemand mais uniquement jusqu'à la constitution du tribunal arbitral (art. 1032(2) ZPO) ; il en est de même en droit anglais, mais dans des conditions strictes, nécessitant soit l'accord des parties à la procédure, soit l'accord du tribunal arbitral lui-même (art. 32(2) *Arbitration Act*. De man. gén., cf D. M. LEW,

seules les voies ouvertes par les articles 1448 et 1455 CPC autorisent le contrôle de l'apparence de convention d'arbitrage et qu'en dehors de ces deux possibilités, toute autre voie d'action contre la convention d'arbitrage est totalement fermée.

65. En second lieu, le juge des référés – et non le juge d'appui – ne devrait pas non plus pouvoir être saisi du contentieux de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage sur le fondement d'une disposition du droit commun. Peut-on imaginer qu'un plaideur puisse trouver une voie de droit lui permettant de saisir le juge des référés de cette question : l'attribution du litige au fond à la justice publique ou à la justice privée ? Sur le fondement du référé urgence de l'article 808 CPC, une mesure pourrait être ordonnée en l'absence de contestation sérieuse, une demande tendant à voir constater la validité ou la nullité de la convention d'arbitrage, son existence ou son absence. En vertu de ce texte, le juge des référés peut en effet connaître des actes juridiques¹. Par exemple, il peut constater l'acquisition d'une clause résolutoire. Un obstacle risquerait toutefois de s'opposer à l'intervention du juge des référés : la caractérisation de l'urgence. On ne voit pas quelle situation pourrait caractériser l'urgence nécessaire à la saisine du juge des référés alors qu'un juge ou un tribunal arbitral peut être saisi. Autre fondement, on pourrait imaginer qu'un plaideur recourt au référé-injonction tel que prévu à l'article 809 al. 2 CPC, « *ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* ». Si le juge des référés constate qu'il existe manifestement une obligation, soumettre le litige au tribunal arbitral, ne pourrait-il pas ordonner l'exécution de cette obligation et ainsi ordonner le renvoi devant le tribunal arbitral du litige ? Une telle proposition nous semble inopportune pour deux raisons. La première est que la question de l'existence ou de l'absence de convention d'arbitrage est une question de fond et que la décision du juge des référés aura autorité de chose jugée uniquement au provisoire, et non au principal². La seconde raison est qu'il existe déjà une juridiction spécialement investie de cette fonction par le CPC, chargée d'ordonner le renvoi à l'arbitrage si elle en est présente d'une apparence de convention d'arbitrage, en cas d'inertie des parties – en particulier, en cas de refus de désignation de l'arbitre –. Il s'agit bien évidemment du juge d'appui. Créer une concurrence entre le juge d'appui – que l'on peut concevoir comme le juge de l'urgence de l'organisation de l'arbitrage – et le juge des référés de droit commun est un facteur de complexification inutile. Elle engendrerait le risque de saisines parallèles de ces juges. En toute hypothèse, l'effet négatif devrait s'imposer au juge des référés saisi à titre principal d'une action visant la convention d'arbitrage³.

Toutefois, le juge des référés devrait pouvoir apprécier l'apparence de convention d'arbitrage afin de déterminer les conditions d'octroi du référé-provision de l'article 809 al. 2

L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 351, n° 14-69.

¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 306, n° 260.

² G. COUCHEZ, « Référé et arbitrage (Essai de bilan ... provisoire) », *Rev. arb.*, 1986.155, p. 169, n° 17, note n° 29.

³ *Contra*, une société saisissant le juge des référés pour être reconnue non concernée par la procédure arbitrale introduite à son endroit, dont la recevabilité n'a pas été contestée : Cass. civ. 1^{ère}, 17 janv. 2008, pourvoi n° 07-13619 : la convention d'arbitrage sera déclarée inapplicable, à juste titre selon nous. Mais il est étonnant que cette action préventive en inapplicabilité de la convention d'arbitrage, action dénégatoire, ait été accueillie. Elle aurait dû être purement et simplement jugée irrecevable, sans même qu'il soit besoin d'opposer les exceptions d'inapplicabilité et de nullité manifestes de la convention d'arbitrage.

CPC ou 873 al. 2 CPC, qui diffèrent selon que la compétence sur le fond du litige revient au juge étatique ou au juge arbitral. Elles sont plus contraignantes en présence d'une convention d'arbitrage puisqu'outre les conditions de droit commun, la jurisprudence requiert d'une part, l'absence de constitution du tribunal arbitral¹ et d'autre part, que l'urgence soit démontrée². La compétence au principal du tribunal arbitral jouit alors d'une protection supplémentaire afin de garantir son exclusivité³. Ces conditions supplémentaires, posées par la jurisprudence sont aujourd'hui reprises par l'article 1449 CPC⁴. Le juge des référés doit se refuser dans ce cas à procéder à un examen approfondi de la convention d'arbitrage. La solution a été posée anciennement⁵ et rappelée plus récemment sur le fondement du principe de compétence-compétence⁶.

En dehors de ces hypothèses, on observera que l'effet négatif de la compétence-compétence n'est pas applicable au juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage pour ce qui concerne le contentieux du provisoire. Si certains prônent l'exclusivité de la compétence arbitrale en matière de mesures provisoires à compter de la constitution du tribunal arbitral⁷, il semble que le nouveau droit français réserve à l'article 1468 al. 1^{er} CPC d'une compétence subsidiaire⁸ et exclusive des juridictions d'État pour prononcer des saisies conservatoires et sûretés judiciaires⁹.

66. En troisième lieu, l'effet négatif devrait s'imposer au juge du contrôle de la sentence tant que le tribunal arbitral n'a pas statué en fait et en droit sur sa compétence. Certes, on rappellera cette évidence : l'effet négatif du principe de compétence-compétence n'a pas vocation à s'appliquer aux juridictions de l'ordre judiciaire lorsque celles-ci sont saisies *a posteriori* du contrôle de la sentence arbitrale par laquelle le tribunal arbitral a statué sur sa compétence et, dans l'éventualité où il s'est jugé compétent, sur le fond du litige. La règle selon laquelle les juridictions étatiques peuvent contrôler la compétence arbitrale, et

¹ Cf. notamment Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1990, *Rev. arb.*, 1990.633, note G. COUCHEZ ; CA Paris, 5 mai 2004, *Société Egire Finance et Participations c. Société Thema Terra*, *Rev. arb.*, 2006.751, obs. P. DUPREY.

² Pour l'arbitrage international : Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1989 et 6 mars 1990, *Rev. arb.*, 1990.663. Pour l'arbitrage interne : Cass. civ. 2^e, 2 avr. 1996, *RTD com.*, 1997.434, obs. E. LOQUIN ; Cass. civ. 2^{ème}, 18 oct. 2001, 13 juin 2002, *Rev. arb.* 2006.751, obs. R. DUPREY.

³ Sur le référé-provision, cf. M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 51 et s. ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 741 et s.

⁴ Après maintes hésitations, la jurisprudence a finalement ajouté deux conditions au prononcé d'un référé-provision en présence d'une convention d'arbitrage : l'urgence et l'absence de saisine du tribunal arbitral. Ces deux conditions sont reprises de manière générale par l'article 1449 CPC. Cf. M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, *op. cit.*, pp. 52 et s.

⁵ CA Rouen, 7 mai 1986, *Rev. arb.*, 1986.565, pp. 572 et 573 ; CA Paris, 14 mai 1986, *Rev. arb.*, 1986.565, p. 577, le juge des référés se refuse à vérifier la validité et l'existence des clauses compromissoires au motif que cela revient au tribunal arbitral : « *il importe peu que l'appelante ait décliné la compétence du tribunal arbitral qui, aura à apprécier lui-même le bien-fondé des moyens ou à la portée des clauses compromissoires* ».

⁶ CA Paris, 5 mai 2004, *Société Egire Finance et Participations c. Société Thema Terra*, *op. cit.*

⁷ Cf. D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, pp. 67 et s. En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, *Schwind c. Léon Grosse*, *Bull. civ.*, I.2005.463 ; *JCP E*, 2005, p. 344, note G. CHABOT ; *RTD com.*, 2006, p. 297, obs. E. LOQUIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, *Gaz. Pal.*, 2008, p. 37.

⁸ Concernant ce « *principe de subsidiarité* », cf. D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, pp. 72 et s., n° 65.

⁹ Cette réserve est reprise de manière similaire en droit anglais à l'article 44(5) de l'*Arbitration Act*, permettant au juge des référés anglais d'intervenir si le tribunal arbitral est dans l'impossibilité d'agir efficacement.

corrélativement leur compétence au stade de la sentence, fait partie intégrante du mécanisme même du principe de compétence-compétence et l'effet négatif ne saurait l'altérer¹. Cependant, il nous semble que le juge du contrôle de la sentence doit également se voir contraint à respecter l'effet négatif de la compétence-compétence *tant que le tribunal arbitral n'a pas jugé sa compétence*. On pourrait penser qu'en présence d'une sentence, un tribunal arbitral a nécessairement apprécié sa compétence, explicitement ou implicitement, en jugeant du fond de l'affaire. Sans doute, un tribunal arbitral qui juge du principal se reconnaît nécessairement compétent pour en connaître, même si c'est seulement de manière implicite. Aussi, toute sentence sur le fond devrait nécessairement pouvoir être contrôlée par le juge saisi d'un recours en annulation sans qu'on puisse lui opposer l'effet négatif du principe compétence-compétence. Mais il peut arriver que le tribunal arbitral rende une sentence par laquelle il prononce une mesure provisoire tout en réservant sa compétence. En effet, il est fréquent dans le contentieux international, et en particulier dans l'arbitrage CIRDI, que les juges interétatiques ou arbitres acceptent d'ordonner une mesure provisoire – en générale urgente – bien que leur compétence soit contestée. Les tribunaux arbitraux reportent alors le plein examen de leur compétence, mais acceptent de vérifier tout de même *prima facie*, qu'ils sont apparemment compétents pour connaître du fond du litige. La même pratique s'observe en droit de l'arbitrage commercial international, un auteur averti observant que les mesures provisoires ou conservatoires sont « destinées à parer aux situations les plus pressantes » et souvent « prises par l'arbitre sur la base d'un examen *prima facie* de sa compétence »². Dans cette hypothèse, il nous semble que le juge du contrôle devrait refuser de contrôler la compétence arbitrale concernant le fond du litige en faisant application de l'effet négatif du principe compétence-compétence, et accepter de reporter son examen contre la sentence statuant sur la compétence et/ou sur le fond du litige³. Le juge du contrôle pourrait seulement éventuellement vérifier la compétence du tribunal arbitral pour prononcer cette mesure provisoire.

67. Quelle que soit la créativité des plaideurs pour trouver de nouvelles voies de contestation de la convention d'arbitrage, les juridictions judiciaires devraient toujours opposer la même arme : l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

3).- *Quelle que soit la nature de l'arbitrage*

68. L'effet négatif s'impose aux juridictions d'État françaises, que l'arbitrage présente un caractère interne ou international. Il importe peu que le litige mette en cause, ou non, les intérêts du commerce international. Les anciennes dispositions édictaient l'effet négatif exclusivement dans la partie consacrée à l'arbitrage interne. Toutefois, la jurisprudence avait étendu leur application à l'arbitrage international⁴, la doctrine retenant que

¹ Cf. *supra*, n° 30, *infra*, n°s 610 et s.

² S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess, 1998, p. 345, n° 600.

³ *Contra*, CA Paris, 3 juill. 1997, *Millac-Deletang c. SCOP Couécou*, *Rev. arb.*, 1997.611. Saisie d'un recours en annulation contre une sentence par laquelle un tribunal arbitral avait seulement ordonné une expertise, la cour d'appel a accepté de contrôler la compétence juridictionnelle générale au motif que les arbitres « ont nécessairement retenu leur compétence en ordonnant une expertise », infirmant la sentence au motif que le litige ressortissait de la compétence du Conseil de prud'hommes.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1989, *Eurodif*, *Bull. civ.*, 1989.I.255 ; *Rev. arb.*, 1989, p. 653 (2^e esp.), note Ph. FOUCHARD ; *JDI*, 1990, p. 1004 (2^e esp.), note P. OUKRAT ; CA Paris, 20 sept. 1995, *Rev. arb.*, 1996, p.

l'article 1458 « est rédigé en termes assez généraux pour être appliqué à toute juridiction de l'État en présence de n'importe quelle convention d'arbitrage en face de n'importe quel tribunal arbitral »¹. Opportunément, le décret du 13 janvier 2011 édicte la règle dans le titre consacré à la partie interne aux articles 1448 et 1455 CPC et opère un renvoi exprès à ces dispositions dans le titre consacré à l'arbitrage international, par l'article 1506 1^o et 2^o CPC.

En présence d'un arbitrage international, est-il pour autant nécessaire que la loi française soit applicable à l'arbitrage en cause ? Le nouveau décret n'édicte pas de règles de conflit permettant de déterminer quelle loi est applicable à l'arbitrage, en présence d'un arbitrage international. La réponse est toutefois évidente : le principe compétence-compétence, sous ses trois facettes, est une règle matérielle de droit français, devant être appliquée par les juridictions d'État françaises en toutes circonstances. Peu importe la loi applicable à la convention d'arbitrage ou à l'arbitrage lui-même, peu importe le siège de l'arbitrage². La règle de conflit édictée en faveur de l'arbitrage fonctionne dès lors que le juge français est saisi, à un titre ou un autre, du litige sur le fond, de difficultés relatives à l'instance arbitrale ou de contestations visant la sentence arbitrale. La qualification de règle matérielle de la compétence-compétence est opportune. Elle permet ainsi de préserver en toutes circonstances un certain ordre dans l'État français, quel que soit le siège de l'arbitrage.

Allant plus loin, il apparaît que la fonction assurée à cette qualification ne heurte aucunement les règles classiques de droit international privé. Il suffit de se référer à la fonction centrale assurée par la compétence-compétence : c'est une règle de conflit entre les juridictions françaises et la justice arbitrale, visant à la répartition de la compétence sur le fond du litige, par la coordination de la compétence sur la compétence³. Or, les règles traditionnelles du droit international privé plaident en faveur de l'application systématique de la *lex fori*. En effet, le droit international public reconnaît une compétence normative exclusive à tout État pour « s'auto-organiser », notamment afin d'organiser son service de la justice⁴, et ainsi définir la limite d'intervention de ses propres juridictions qui ne peut dépendre de l'application d'une loi étrangère⁵. Les règles du droit international public et privé admettent l'application automatique de la *lex fori*. Or, c'est bien la fonction du principe compétence-compétence, règle de conflit qui trouve à s'appliquer à l'interface de l'État

87, note D. COHEN ; Cass. com., 20 mai 1997, *Gaz. Pal.*, 2-3 oct. 1998, somm. p. 19, obs. H. CROZE ; Cass. com., 4 mars 2003, *JCP*, 2003.I.164, n° 6, obs. C. SERAGLINI.

¹ Ph. FOUCHARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 1989, 28 juin 1989, *Rev. arb.*, 1989, p. 641, spéc. p. 664.

² Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.* : « la combinaison des principes de validité et de compétence-compétence interdit, par voie de conséquence, au juge étatique français de procéder à une examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage, et ce, quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral [...] », en réponse au pourvoi qui prétendait que « les règles relatives à l'arbitrage stipulées à la clause d'arbitrage ne reconnaissant pas à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, en s'abstenant de rechercher si la loi choisie par les parties donnait à l'arbitre ce pouvoir [...] ».

³ En ce sens, P.-Y. TSCHANZ, note sous CA Paris, 30 nov. 1988, *Société Korsnas Marma c. société Durand-Auzias*, *Rev. arb.*, 1989.691, pp. 700-701 : « l'application des règles [...] ne doit pas dépendre du choix de droit des parties, car ces règles ne concernant pas en réalité la convention arbitrale elle-même, mais plutôt les rapports entre compétences arbitrale et judiciaire ».

⁴ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 93, n° 78.

⁵ En ce sens, N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, l'analyse étant menée spécifiquement concernant l'article 1458 CPC. De man. gén., S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préface de P. MAYER, Paris, Economica, 2004, pp. 114-116.

français avec l'ordre arbitral. La compétence-compétence doit être rattachée à la méthode des conflits de juridiction, et non pas à la méthode des conflits de lois.

4).- *Quelle que soit la volonté des parties*

69. On a pu autrefois s'interroger sur la valeur de l'effet négatif¹. Les anciens articles 1466 et 1458 CPC ont été considérés comme applicables non pas aux seuls arbitrages internationaux soumis à la loi française, mais à « *tous les arbitrages internationaux* »², peu importe la loi régissant l'arbitrage international³. La doctrine s'est ensuite interrogée sur le fait de savoir si les parties pouvaient déroger à cette disposition en application de l'ancien article 1495 CPC. Au regard de son caractère fondamental, il a été retenu que les articles 1458 et 1466 CPC ne pouvaient être supplétifs. Mieux, concernant spécifiquement l'arbitrage international, le principe compétence-compétence a été identifié comme l'un des « *principes fondateurs de l'arbitrage international* », définis comme « *les règles de droit de l'arbitrage qui ont un caractère impératif, d'application nécessaire – à l'instar de celles que l'on désigne en droit international privé sous le vocable de lois de polices* »⁴.

70. Aujourd'hui, il ne fait plus aucun doute que l'effet négatif revêt le caractère d'une norme d'ordre public en matière d'arbitrage interne. Concernant la juridiction d'État saisie d'une exception d'arbitrage, l'article 1448 al. 3 CPC le reconnaît explicitement, précisant que « *[t]oute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite* ». La même remarque vaut pour le juge d'appui, l'article 1455 CPC étant également de valeur impérative puisque l'article 1461 CPC prévoit que « *[s]ous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 1456, toute stipulation contraire aux règles édictées au présent chapitre est réputée non écrite* ».

71. La question se pose toutefois de savoir si ces dispositions sont également d'ordre public international, s'appliquant à un arbitrage international en dépit de la volonté contraire des parties. En effet, ni l'article 1448 al. 3 CPC, ni l'article 1461 CPC ne sont applicables à l'arbitrage international, l'article 1506 n'opérant pas de renvoi. Pour autant, doit-on en déduire que l'effet négatif du principe compétence-compétence a simplement valeur supplétive ? Comme le retient une partie de la doctrine, on ne peut automatiquement déduire de l'absence de renvoi par l'article 1506 la non-applicabilité des dispositions à l'arbitrage international. « *Ce serait aller un peu vite en besogne* »⁵. Au regard de l'importance que le principe compétence-compétence dans son ensemble revêt, règle de conflit entre justice publique et justice privée, d'autant plus indispensable en matière internationale car c'est dans ce domaine que le risque de procédures parallèles est le plus élevé, l'effet négatif, la première étape du mécanisme, ne devait pas être à la disposition des parties⁶.

¹ D. COHEN, « La soumission de l'arbitrage international à la loi française (commentaire de l'article 1495 NCPC) », *Rev. arb.*, 1991.155.

² *Ibid.*, p. 199, n° 90.

³ *Cf. supra*, n° 68.

⁴ J.-P. ANCEL, « La Cour de cassation est les principes fondateurs de l'arbitrage international », *op. cit.*

⁵ Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 13, n° 12.

⁶ En ce sens, *ibid.*, p. 60, n° 85.

Néanmoins, compte tenu de la diversité des solutions retenues en droit comparé afin de résoudre les conflits de compétence entre justice publique et justice privée, il nous semble tout à fait acceptable que les parties puissent elles-mêmes choisir la manière dont ce conflit peut être résolu. Par exemple, elles pourraient donner compétence exclusive à un juge d'État défini pour juger de la convention d'arbitrage. La possibilité de stipuler une telle convention d'élection de for a été envisagée avant nous par un auteur, perçue comme « *un moyen efficace pour limiter, voire éliminer, les interférences de procédures* »¹ (même si le problème n'est que déplacé car la question de déterminer qui est compétent pour apprécier la validité d'un tel accord reste entière). En ce sens, l'*Arbitration Act* anglais de 1996 autorise à l'article 32 les juridictions d'État à juger de la compétence arbitrale avec l'accord écrit de toutes les parties à la procédure². Compte tenu de la diversité des solutions retenues par les États pour régler les conflits de compétence entre justice publique et justice privée, et le besoin pour les parties de prévisibilité, il nous paraît souhaitable que les articles 1448 et 1455 CPC soient considérés comme des dispositions supplétives pour l'arbitrage international, modifiables par la volonté commune des parties.

B.- L'élévation de l'effet négatif au rang de condition de régularité du jugement étranger

72. L'effet négatif du principe compétence-compétence fait-il partie intégrante des normes auxquelles un jugement étranger doit se conformer pour être accueilli en France ? La solution serait sans doute opportune en ce qu'elle permettrait de « *déjouer les tentatives de contournement de la règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence* »³. En effet, nombreux pays n'admettent pas l'effet négatif de la compétence-compétence et permettent à leurs juridictions de juger de la convention d'arbitrage soit à titre incident, alors qu'elles sont saisies au fond, soit à titre principal, saisies d'une action déclaratoire. En l'absence d'élévation de l'effet négatif au rang des conditions de régularité du jugement étranger, un jugement étranger statuant sur la convention d'arbitrage – soit par le biais d'une action déclaratoire visant directement la convention d'arbitrage, soit par le biais d'une exception d'arbitrage opposée à un litige soumis au fond au juge – pourrait être accueilli en France. Ce jugement ferait alors obstacle au mécanisme mis en place par le principe compétence-compétence, en contournant la priorité reconnue au tribunal arbitral de statuer sur sa compétence et en entravant la liberté des juridictions étatiques de statuer sur leur compétence au stade post-arbitral, puisque ces dernières seraient liées par l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale faite par le jugement étranger reconnu en France. Il en découlerait que seules les juridictions étrangères saisies directement de la convention d'arbitrage procéderaient au tracé de la frontière entre compétence arbitrale et compétence de la justice publique. Le risque est alors que ces « *torpilles anti-arbitrales* » pénètrent librement l'ordre

¹ C. KESSEDJIAN, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », *op. cit.*, p. 608, recommandant aux parties de stipuler une convention d'élection de for attribuant compétence exclusive à un juge d'État pour juger de la convention d'arbitrage.

² Art. 32(2)(a) de l'*Arbitration Act* anglais de 1996.

³ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 719, n° 10. En ce sens également, Th. CLAY, obs. sous CA Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio, D.*, 2006, pp. 3035-3036.

juridique français et pulvérisent le mécanisme du principe compétence-compétence, équilibre fragile du pluralisme ordonné.

Compte tenu de ce fort risque d'anéantissement du principe compétence-compétence, l'élévation de son effet négatif au rang de condition de régularité du jugement étranger est la seule parade efficace. La règle bénéficierait ainsi de la portée spatiale la plus large qu'il soit dans l'État français. Cette mesure nous semble une condition suffisante afin de préserver cette règle de conflit, rendant inutile l'émission d'une injonction *anti-suit* afin de préserver la compétence prioritaire du tribunal arbitral pour juger de sa compétence. Une telle mesure extraterritoriale serait non seulement illégitime, mais surtout inefficace¹.

73. **La solution.** L'effet négatif de la compétence-compétence a été érigé en condition de régularité du jugement étranger par la cour d'appel de Paris par l'arrêt *Fincantieri*². Dans cette affaire, la cour d'appel de Gênes avait statué par un arrêt du 7 mai 1994 sur la validité des conventions d'arbitrage contenues dans différents contrats d'armement conclus entre des sociétés italiennes et le gouvernement de la République d'Irak, constatant la nullité des différentes clauses compromissaires en raison des règles d'embargo prononcées par les Nations unies dans la résolution 661 de 1990 et se jugeant compétente pour statuer sur le fond du litige qui lui était soumis. Le jugement italien statuait donc sur la seule exception d'arbitrage, à l'exclusion du fond du litige. Une procédure d'arbitrage, dont le siège était en France, a néanmoins été engagée par la République d'Irak. Alors que la reddition de la sentence était imminente, les sociétés italiennes ont alors présenté pour exequatur en France le jugement de la cour d'appel de Gênes. La cour d'appel de Paris, après avoir écarté l'application de la Convention de Bruxelles de 1968 à l'entrée de ce jugement dans l'ordre juridique français eu égard à l'exclusion de la matière de l'arbitrage, se réfère à la Convention bilatérale d'accueil des décisions rendues en matière civile et commerciale signée entre la France et l'Italie le 3 juin 1930 afin de déterminer les conditions d'accueil du jugement italien. Cette convention requiert comme condition de reconnaissance du jugement étranger « *que la décision émane d'une juridiction compétente selon les règles admises en la matière par la législation du pays où la décision est invoquée lorsque les règles du titre II de la Convention précitée sont inapplicables, comme en l'espèce où la contestation n'oppose pas une partie française à une partie italienne* ». C'est à ce titre donc, au titre de règle de compétence internationale indirecte, que l'effet négatif du principe de compétence-compétence est alors opposé au juge italien. Ce dernier ayant « *conclu, après un examen substantiel, à l'inefficacité des clauses compromissaires des contrats passés entre le gouvernement et la République d'Irak et les sociétés Fincantieri [...] en raison des règles de l'embargo décrété par les Nations unies dans la résolution 661 de 1990* », le jugement présenté « *a été rendu par une juridiction incompétente dont l'arrêt ne saurait être accueilli* ».

C'est le premier arrêt qui, à notre connaissance, a explicitement considéré l'effet négatif du principe compétence-compétence comme constituant une condition de régularité du

¹ *Contra*, D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, pp. 210 et s.

² CA Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*, *Rev. arb.*, 2007.87, note S. BOLLÉE ; *D.*, 2006.3035, obs. Th. CLAY ; *Europe*, août-septembre 2006, p. 28, obs. L. IDOT.

jugement étranger. On n'insistera pas plus sur les mérites d'une telle solution : les faits caricaturaux de cette espèce se suffisent à eux seuls, illustrant à merveille l'ingéniosité déployée par les parties pour faire obstacle à une procédure arbitrale. La reconnaissance du jugement italien écartant l'exception d'arbitrage et retenant la compétence des juridictions publiques italiennes, jugement prononcé dix ans plus tôt, était demandée dans un seul but : faire obstacle à la sentence imminente qui devait être rendue par un tribunal arbitral siégeant en France et qui leur était sans doute défavorable.

Depuis, la Cour de cassation n'a pas été saisie de la question. Au vu de la politique menée en faveur de l'arbitrage, on peut espérer qu'elle se range à cette solution.

74. **Le fondement de la solution.** Opportune, la solution est également d'une parfaite rectitude. En effet, il est tout à fait possible de rattacher l'effet négatif du principe compétence-compétence à l'une et peut-être même plusieurs des conditions de régularité internationale du jugement étranger. Trois conditions sont requises pour accorder l'exequatur à une décision étrangère depuis l'arrêt *Cornelissen* : « *la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi* »¹.

Première possibilité, le respect de l'effet négatif de la compétence-compétence par le jugement étranger pourrait être contrôlé au titre du contrôle de la compétence. Différents éléments indiquent que la cour d'appel rattache le respect de l'effet négatif à la compétence internationale indirecte². En revanche, on a du mal à cerner auquel des trois éléments posés par l'arrêt *Simitch*³ – l'absence de compétence exclusive des tribunaux français⁴, l'existence d'un lien caractérisé entre le litige et l'ordre dont relève la juridiction étrangère et l'absence de choix frauduleux de cette juridiction – se rattache l'effet négatif. Ce rattachement n'est-il pas artificiel ? C'est ce que se demande notamment M. Bollée, qui ne voit pas en quoi l'effet négatif du principe compétence-compétence pourrait se rattacher à « *la simple exigence d'un lien caractérisé* » entre le litige et le pays dont le juge a été saisi [...] »⁵. Cette

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *Cornelissen c. Avianca*, *Gaz. Pal.*, 29 avr.-3 mai 2007, n° 119-123, note M.-L. Niboyet, p. 2 ; *Rev. crit. DIP*, 2007.420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *D.*, 2007.1115, note S. BOLLÉE et L. D'AVOUT ; *chron.*, P. COURBE ET F. JAULT-SESEKE, 1751 ; *JDI*, 2007.1195, note F.-X. TRAIN.

² CA Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*, *op. cit.* De nombreux indices montrent que son raisonnement se situe sur le terrain de la compétence : c'est la condition de « *juridiction compétente* » qui est invoquée ; la cour conclut que le jugement présenté « *a été rendu par une juridiction incompétente* ».

³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 1985, *Simitch*, *Rev. crit. DIP*, 1985.369 ; *JDI*, 1985.460, note A. HUET ; *D.*, 1985.469, note J. FRANCESKAKIS ; *D.*, 1985.469, note J. MASSIP et IR, 497, obs. B. AUDIT. : « *toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux* ».

⁴ On rappellera pour mémoire que depuis l'arrêt *Prieur* (Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Prieur*, *Bull. civ.*, 2006.I.254 ; *G.A.*, n° 87 ; *D.*, 2006.1561, obs. I. GALLMEISTER ; *D.*, 2006.1846, note B. AUDIT ; *D.*, 2007.1758, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP*, 2006.870, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 2006.1377, note C. CHALAS), l'art. 15 du Code « *ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux* ».

⁵ S. BOLLÉE, note sous CA Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*, *op. cit.*, p. 94, n° 5.

difficulté provient, selon nous, du fait que les conditions de régularité internationale du jugement étranger ont été pensées pour les seules questions de conflit de compétence entre ordres juridiques étatiques, mettant ainsi en jeu la seule compétence internationale interétatique. Rien n'a été fait pour intégrer la possibilité de contrôle de la compétence juridictionnelle générale – définir si ce litige déterminé relève de la justice publique ou de la justice arbitrale – qui est pourtant un pré-requis aux questions de compétence internationale interétatique – déterminer si ce litige précis relève de la justice de tel État ou de la justice d'un autre État –. Une parade est alors possible : adopter une interprétation renouvelée de la condition de « *compétence exclusive française* » en l'élargissant aux cas dans lesquels le droit français considère la compétence d'un juge étranger – tribunal étatique ou arbitral – comme exclusive. En ce sens, on peut s'appuyer sur le régime de la clause attributive de compétence : sa violation par le juge d'origine fait obstacle à son accueil en France, peu importe qu'elle désigne les juridictions françaises ou des juridictions étrangères¹. Le seul fait que le droit français désigne une compétence comme exclusive – peu importe que ce soit au profit des juridictions françaises – suffit à empêcher l'accueil d'un jugement étranger. Ainsi, le respect de l'effet négatif du principe compétence-compétence par le jugement étranger pourrait être exigé par le juge français au titre du contrôle de la compétence internationale indirecte, l'effet négatif posant une compétence exclusive, même si c'est seulement de manière temporaire, au tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence².

Deuxième possibilité, le respect de l'effet négatif de la compétence-compétence par le jugement étranger pourrait être contrôlé au titre de l'ordre public international. Une partie de la doctrine est en ce sens³. Un élément milite en faveur de cette solution. Il s'agit de l'importance de l'effet négatif, première étape d'une règle de conflit fondamentale pour l'ordre juridique français dans ses relations avec l'ordre arbitral. Aussi doit-il être préservé. L'idée d'intégrer l'effet négatif du principe compétence-compétence aux valeurs d'ordre public international procédural présente un avantage incontestable sur l'autre élément de rattachement, la compétence indirecte : la possibilité d'opposer l'effet négatif du principe compétence-compétence au juge étranger pourrait jouer même dans le cadre du Règlement Bruxelles I, dans sa version actuelle. Néanmoins, cette voie ne nous convainc pas pleinement. En effet, en dépit de toute la faveur que l'on peut avoir pour l'arbitrage, l'effet négatif du principe compétence-compétence est une règle d'ordre public interne, mais ne devrait pas être d'ordre public international⁴. L'effet négatif doit-il être mis sur le même pied d'égalité que « *les grands principes de notre procédure* », respect des droits de la défense, principe d'impartialité du juge, droit à une procédure contradictoire, valeurs admises comme faisant partie de l'ordre public international procédural ? Nous ne le croyons pas. Certes, c'est un outil essentiel que l'ordre juridique français a forgé afin de résoudre les conflits de

¹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, p. 284, n° 379 ; B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 409, n° 472. Admettant la solution pour la clause attributive de juridiction comme pour la convention d'arbitrage : C.A. ARRUE-MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions : en droits français et panaméen*, thèse, Paris II, 2010, pp. 408-410.

²² En ce sens, C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international, op. cit.*, pp. 342-343, n° 365.

³ S. BOLLÉE, note sous CA Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio, op. cit.*, p. 94, n° 5.

⁴ Cf. *supra*, n° 71.

compétence qui pourraient naître entre justice publique et justice arbitrale. Mais on ne peut imposer son respect au titre de l'ordre public international aux juridictions du monde entier, alors que cet instrument est méconnu de la plupart des autres ordres juridiques étatiques. De même, il nous paraît inopportun en élevant l'effet négatif au rang de norme d'ordre public international d'empêcher les parties à une convention d'arbitrage internationale d'anticiper les éventuels conflits de compétence par la désignation d'un juge étatique compétent pour juger de ce litige spécifique – la validité, l'existence ou l'applicabilité de la convention d'arbitrage – désigné par une convention d'élection de for. D'ailleurs, nous ne sommes pas convaincus que la CJUE, en charge de l'interprétation uniforme du Règlement Bruxelles I, se rangera à cet argument. Si l'ordre public est en effet une « *notion définie par les règles du for* », il est admis que la « *Cour de Justice se réserve [...] la possibilité de contrôler que l'application par les États de leur conception de l'ordre public ne conduit pas à priver d'effets la norme communautaire* »¹.

75. **Les possibilités d'extension de la solution.** Si les faits caricaturaux de l'affaire peuvent laisser penser, de prime abord, que cet arrêt n'a qu'une portée limitée, ce jugement contient selon nous de fortes potentialités. Il pourrait être appliqué à des jugements étrangers rendus dans d'autres configurations procédurales : le jugement statuant sur une action préventive en nullité de la convention d'arbitrage ou encore le jugement étranger statuant à titre incident sur la convention d'arbitrage rendu par le juge d'appui saisi d'une demande de soutien à l'arbitrage. Dans ces deux hypothèses, l'objectif principal de la partie à l'origine de la demande de reconnaissance en France est sans aucun doute d'imposer à l'ordre juridique français la délimitation des territoires de la justice publique et de la justice privée telle que tracée par le juge étranger. Il n'y a pas d'autre intérêt possible à la reconnaissance de ces jugements. L'objectif central est donc, pour ce litigant à l'origine de la demande de reconnaissance ou d'exequatur de ce jugement, de « *couper l'herbe sous le pied* » du tribunal arbitral et des juridictions publiques françaises dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale.

76. Nous nous montrerons plus réservés concernant le jugement statuant sur une exception d'arbitrage et au principal sur le fond du litige. D'autres impératifs, primant alors sur la préservation du principe compétence-compétence, nous conduisent à écarter la solution. A la différence de la jurisprudence *Fincantieri*, l'affaire a été instruite et jugée. Alors qu'une juridiction étrangère, dont le droit ne reconnaît pas l'effet négatif du principe compétence-compétence, a écarté une exception d'arbitrage et statué sur le fond du litige, est-il bien légitime d'écarter en toutes circonstances son jugement alors que le procès a été mené à son terme ? Dans ce cas en effet, le principe d'économie procédurale plaide pour une neutralisation de l'effet négatif du principe compétence-compétence. En outre, le procès sur le fond du litige ayant été mené à son terme, la quasi présomption, ou tout au moins suspicion, de comportement dilatoire du plaideur, tentant de remettre en cause par tous les moyens son engagement à l'arbitrage devant un juge étranger enclin à le faire, est à mesurer.

¹ A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires (droit communautaire, droit comparé)*, op. cit., p. 53, n° 70 et p. 319, n° 584. Cf. CJCE, 11 mai 2000, Aff. C-38/98, *Renault c. Maxicar*, Rec., p. I, 2973 ; *Rev. crit. DIP*, 2000.497, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 2001.696, note Huet ; *RDAl*, 2001.94, obs. A. MOURRE.

Simplement, une solution d'équilibre est à trouver. D'un côté, on devrait admettre la neutralisation de l'effet négatif de la compétence-compétence. Le jugement étranger ne sera pas écarté simplement parce qu'il a jugé de l'exception d'arbitrage, qu'il n'a pas respecté *l'effet négatif de la compétence-compétence*. Mais, d'un autre côté, il est indispensable de préserver la possibilité pour les juridictions françaises d'apprécier elles-mêmes la convention d'arbitrage – et donc la compétence juridictionnelle générale –. Les juridictions françaises devraient pouvoir apprécier la compétence de la juridiction étrangère au regard de l'existence de la convention d'arbitrage. Le jugement étranger pourrait être écarté s'il n'a pas respecté *l'effet négatif de la convention d'arbitrage*. En l'absence de dispositions particulières prévoyant que le respect d'une convention d'arbitrage est une condition d'accueil du jugement étranger, à l'image de la solution retenue en droit anglais¹ ou en droit suisse², il nous semble que les classiques conditions de régularité internationale du jugement devraient permettre au juge français requis de donner force exécutoire au jugement étranger de contrôler la compétence, et le respect de la convention d'arbitrage directement en invoquant :

- soit l'absence de contrariété du jugement étranger à l'ordre public international français, la violation d'une convention d'arbitrage valable et applicable dont l'une des parties s'est prévaluée avant toute défense au fond pouvant être considérée comme une atteinte à l'ordre public international français³ ;
- soit la compétence internationale indirecte, en s'appuyant sur l'absence de fraude au jugement ou en adaptant quelque peu l'une des conditions posées par l'arrêt *Simitch*, l'absence de compétence exclusive des tribunaux français, et en l'étendant aux hypothèses dans lesquelles, selon les règles françaises de compétence internationale française, la compétence est exclusive même si ce n'est pas au profit des juridictions françaises.

En ce sens, le juge français peut refuser l'exequatur à un jugement étranger rendu en méconnaissance d'une convention d'élection de for désignant non par le for français, mais un État tiers⁴. D'ailleurs, cette voie a déjà été empruntée par la Cour de cassation dans un arrêt déjà ancien il est vrai, le respect de la convention d'arbitrage ayant été contrôlé au titre de la compétence internationale indirecte⁵.

¹ Cf. par ex. le droit anglais prévoyant explicitement le refus de reconnaître un jugement étranger méconnaissant une convention d'arbitrage ou d'élection de for, art. 32 of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982, cité par N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, op. cit., p. 208, n° 201 : le droit commun anglais « prévoit explicitement la possibilité de refuser la reconnaissance d'un jugement étranger rendu au mépris d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for ».

² Rappelé par J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., pp. 962-963, n° 1012. Cf. Tribunal fédéral suisse, 19 déc. 1997, *Cia Minera Condesa SA et Cia de Minas Buenaventuras SA c. BRGM Pérou SAS*, ATF 124 III 83, Bull. ASA 1998.365, note J.-M. VULLIEMIN ; *Rev. suisse dr. int. dr. eur.*, 1998.594, F. PERRET ; *ASA Special Series*, n° 15, janv. 2001, p. 65.

³ A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires (droit communautaire, droit comparé)*, op. cit., pp. 51 à 54, n°s 67 et s. ; C. KESSEDJIAN, « Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2009.699, p. 718, n° 39. *Contra*, D. HASCHER, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 fév. 1992, *Mamadou Ba c. SIDECI*, *Rev. arb.*, 1993.255, (1^{ère} esp.), p. 267 ; N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, op. cit., p. 209, n° 201.

⁴ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 381, n° 473 ; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, thèse, Paris X, 2000, pp. 376-377, n° 541 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., p. 274, n° 380.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 fév. 1992, *Mamadou Ba c. SIDECI*, op. cit.

77. Les potentialités de la jurisprudence *Fincantieri*, conduisant à l'élévation de l'effet négatif au rang de condition de régularité du jugement étranger, pourraient toutefois se voir restreintes par leur éventuelle incompatibilité avec les systèmes intra-européens de circulation des jugements. C'est pourquoi l'effet négatif du principe compétence-compétence doit être confronté aux valeurs supérieures de l'ordonnement juridique français.

Section 2.- La compatibilité de l'effet négatif avec les normes de l'ordonnement juridique français

78. L'idée a germé dans la doctrine que la règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence serait illégale et pourrait être contestée par le biais d'une exception d'illégalité¹. Certains plaideurs se sont alors engouffrés dans la brèche². L'attaque a été immédiatement contrée par la cour d'appel de Paris au motif que la question préjudicielle était dépourvue de caractère sérieux.

Une fois l'auteur du contrôle de la compatibilité de l'effet négatif avec les normes supérieures identifié (§1), nous pourrions vérifier la conformité de l'effet négatif aux normes de contrôle (§2).

§1.- L'organe de contrôle

79. Concernant les modalités de mise en œuvre de la contestation de la règle, on admettra que l'effet négatif relève de la catégorie des actes administratifs réglementaires³, bien que la création initiale résulte d'une combinaison de sources et qu'il soit élevé au rang de principe⁴. De source réglementaire, l'exception d'illégalité visant l'effet négatif devrait en principe relever du Conseil d'État, en charge du contrôle de la légalité des normes réglementaires⁵, et notamment des règlements autonomes⁶. En effet, selon une analyse traditionnelle, si les juridictions civiles peuvent interpréter un acte administratif réglementaire, l'appréciation de la légalité de ces actes relève en principe de la compétence exclusive des juridictions administratives⁷ : « [l]e juge civil doit surseoir à statuer sur cette question préjudicielle »⁸. Les seules exceptions admises à cette règle résultent d'une part, de

¹ P. BONASSIES, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, *op. cit.*, p. 401.

² CA Paris, 15 oct. 2008, *United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport*, *op. cit.*, p. 1031. L'une des parties a soulevé « l'exception d'illégalité de l'article 1458 du Code de procédure civile et la nécessité de surseoir à statuer dans l'attente de la question préjudicielle à poser sur ce point au Conseil d'État ».

³ P. BONASSIES, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, *op. cit.*, p. 401.

⁴ On peut en effet se demander si la qualification de principe de l'effet négatif le place à un échelon supérieur dans la hiérarchie normative. En ce sens, O. CACHARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2008, *Société Océa c. Bouet*, *Rev. arb.*, 2008.677, p. 685, n° 2.

⁵ De manière générale, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, Lextenso, 2008, pp. 665 et s. ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif général*, 19^e éd., LGDJ, 2010, p. 577, n° 1235 ; O. GOHIN, « Exception d'illégalité », *Rép. Dalloz contentieux administratif*, 2005.

⁶ Admettant le contrôle de la légalité des règlements autonomes, CE 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils*, *RDP*, 1959, p. 1004, concl. Fournier ; *D.*, 1959, p. 541, note J. L'HUILLIER ; spécifiquement admettant le contrôle de la conventionnalité des règlements autonomes, CE, 12 fév. 1960, *Société Eky*, *D.*, 1960, p. 263, note J. L'HUILLIER. Sur la question, R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.*, 1960, Chron., p. 119, spéc. p. 123.

⁷ T. confl., 16 juin 1923, *Septfonds*, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17^e éd., p. 234.

⁸ J.-C. BONICHOT, P. CASSIA et B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 705, n° 2.

la possibilité reconnue au juge pénal de connaître des moyens d'illégalité visant tout acte administratif, réglementaire ou non¹, d'autre part, de « *l'acte [...] port[ant] gravement atteinte au droit de propriété ou à la liberté individuelle* », c'est-à-dire une situation caractéristique de la voie de fait². Ces exceptions sont toutes deux exclues de notre hypothèse d'étude.

80. Sans s'attarder sur ce point, deux remarques doivent être formulées.

Première remarque, la cour d'appel de Paris a neutralisé la question préjudicielle, sans même examiner les arguments invoqués au soutien de l'exception. Il arrive en effet que les juridictions judiciaires bloquent le renvoi devant les juridictions administratives en jouant sur les conditions d'accueil de la question préjudicielle, notamment par l'interprétation restrictive de la « *difficulté sérieuse* »³. L'appréciation de cette condition permet au juge judiciaire d'accroître son pouvoir dans l'appréciation de l'illégalité d'un acte administratif. C'est ce qu'illustre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 octobre 2008. La Cour refuse de faire droit à cette question préjudicielle au regard de l'absence de « *caractère sérieux* » de l'exception formulée, retenant qu'en l'espèce « *est dépourvue d'un tel caractère sérieux l'exception qui, pour démontrer l'illégalité du décret litigieux, estime que « celui-ci n'a jamais fait l'objet d'une confirmation par le législateur » alors que ce texte a été pris en vertu du pouvoir réglementaire autonome dont dispose le gouvernement par application des articles 34 et 37 de la Constitution, la procédure civile relevant de la plénitude de ce pouvoir* »⁴. Si l'attendu de la cour d'appel paraît d'une parfaite rectitude, il semble que la juridiction soit loin d'avoir répondu aux questions posées par la partie à l'origine de l'exception d'illégalité, esquivant purement et simplement certains moyens d'illégalité et ainsi certaines questions centrales de validité posées par l'effet négatif : est-il conforme au droit au juge ? Est-il conforme au principe de liberté contractuelle ? Ces deux moyens d'illégalité présentés par les parties au soutien de leur exception n'étaient d'ailleurs pas même rappelés dans l'exorde de l'arrêt. Aussi doit-on leur connaissance au commentateur de l'arrêt, s'étant mis en rapport avec les conseils des parties. Or, ces deux moyens pouvaient constituer ces indices premiers de l'existence d'une difficulté sérieuse qu'est « *l'énoncé d'arguments faisant apparaître une contestation sérieuse* »⁵. Le caractère sérieux de l'exception a été gommé par les juridictions judiciaires par l'interception pure et simple des arguments développés au soutien de l'exception d'illégalité.

Seconde remarque, on peut se demander si les juridictions judiciaires sont tenues de renvoyer l'examen de la conformité de dispositions règlementaires aux conventions

¹ Article 111-5 du Code pénal. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 668, n° 770 ; Ch. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 279, n° 276, note n°1) et p. 280, n° 278.

² B. SEILLER, « Questions préjudicielles », op. cit., n° 106.

³ Ch. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 275, n° 272. Ce risque avait été perçu dès l'origine par le Tribunal des conflits (T. confl. 20 mai 1882, *Rodier*, Rec. CE, p. 527). V. également B. SEILLER, « Questions préjudicielles », op. cit., n°s 70 et 71 mettant en évidence le phénomène : « [i]l suffit au juge du fond de nier l'existence d'une difficulté sérieuse pour faire disparaître une question préjudicielle et, en conséquence, empiéter sur les compétences de l'autre ordre de juridictions »³. L'auteur cite également l'utilisation parfois abusive de la « *théorie de « l'acte clair* », qui « *consiste à donner compétence au juge du fond pour régler la question rencontrée dès lors que la solution de cette dernière ressort clairement du dossier* ».

⁴ CA Paris, 15 oct. 2008, *United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport*, op. cit., p. 1031.

⁵ B. SEILLER, « Questions préjudicielles », op. cit., n° 82.

internationales. Selon l'analyse traditionnelle, un acte administratif relève de la compétence exclusive des juridictions administratives, quelle que soit la valeur de la norme de contrôle, légale, conventionnelle ou constitutionnelle. Une résistance se fait cependant jour dans la jurisprudence judiciaire, qui revendique une compétence partagée concernant le contrôle de conventionnalité des actes administratifs sur le fondement de l'article 55 de la Constitution¹. Les termes du débat ont été posés concernant le contrat nouvelle embauche, qui marque la résistance des juridictions judiciaires². Celles-ci se sont estimées compétentes pour apprécier la conformité de l'ordonnance du 2 août 2005 à la Convention OIT n° 158 sur le licenciement³, en dépit des critiques opposées : un argument pratique tiré du fait que le Conseil d'État opère ce contrôle, le bloc de légalité incluant les normes à valeur conventionnelles⁴ ; un argument théorique déterminant, tiré du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire⁵. Le Tribunal des conflits saisi par l'arrêté de conflit pris par le préfet n'a cependant pas tranché la question, l'ordonnance ayant été implicitement ratifiée par le législateur ; élevée au rang de loi, elle pouvait nécessairement être soumise au contrôle de conventionnalité devant les juridictions judiciaires au regard de l'article 55 de la Constitution⁶.

La même question devrait se poser dans notre hypothèse : les juridictions judiciaires pourraient s'estimer compétentes pour apprécier la conformité de l'effet négatif – norme réglementaire – à des normes de source conventionnelle, au motif qu'elles sont tout autant investies que le Conseil d'État du contrôle de conventionnalité des normes – légales ou réglementaires, peu importe – . La question se posera avec acuité alors que les normes en cause relèvent du pouvoir réglementaire autonome. D'ailleurs, on remarquera que saisies d'une contestation de la conventionnalité de l'effet négatif au regard de la Convention de New York⁷ ou de l'article 6 §1 CEDH⁸, les juridictions judiciaires ne se sont guère soucies du principe de séparation des autorités judiciaire et administrative et ont alors opéré le contrôle demandé de la conformité de cette disposition réglementaire au regard des normes conventionnelles opposées. Il n'est venu à l'esprit ni des juridictions, ni des parties au litige,

¹ Cass. com., 6 mai 1996, n° 94-13.347, *AJDA*, 1996.1033, note M. BAZEX ; *RFDA*, 1996, 1161, note B. SEILLER ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2001, sur lequel cf. M. VERPEAUX, *AJDA*, 2007.1357 ; Cass. civ. 2^{ème}, 20 déc. 2007, n° 06-20563.

² B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *op. cit.*,

³ CA Paris 20 oct. 2006, n° 06-6992, *JCP soc.*, 2006.1876, note P. MORVAN ; X. PRETOT, « Le régime du CNE et la convention n° 158 de l'OIT. Conflit de normes ou conflit de juridictions ? », *RJS*, 2007.6 ; F. ROLIN, « De l'utilisation abusive du déclinatoire de compétence pour échapper à la censure de l'ordonnance sur le contrat "nouvelles embauches" », *D.*, 2006.2265 ; M. VERPEAUX, « Le contrat nouvelles embauches, source de conflit ? », *AJDA* 2006.2033 ; M. VERPEAUX, « La guerre du CNE n'est pas finie ... », *AJDA*, 2007.135

⁴ B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *op. cit.*, n° 17 ; l'argument est également avancé par le Préfet de l'Essonne au soutien de son exception d'incompétence opposée aux juridictions judiciaires (CA Paris 20 oct. 2006, n° 06-6992, *op. cit.*). De man. gén., J. WALINE, *Droit administratif*, 22^e éd., Précis Dalloz, p. 251 et s., spéc. p. 253, n° 286 et s. ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 534 et s., spéc. n° 1146.

⁵ L'argument est invoqué par le Préfet de l'Essonne au soutien de son exception d'incompétence à l'encontre de l'exception d'inconventionnalité opposée à l'ordonnance CNE (rapporté par l'arrêt de la CA Paris 20 oct. 2006, n° 06-6992, *op. cit.*) et par le commissaire du Gouvernement près le Tribunal des conflits dans la même affaire.

⁶ T. confl., 19 mars 2007, *Rec.* 592 ; *Dr. soc.*, 2007.750, concl. DE SILVA ; *AJDA*, 2007.1357, note M. VERPEAUX ; *JCP adm.*, 2007.2251, note E. CHEVALIER.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Alhinc et autres c. Banque de France et Banque des Règlements internationaux*, *Rev. arb.*, 2008.69, note E. LOQUIN.

ni d'un quelconque préfet, ni des commentateurs, que les juridictions judiciaires puissent être incompétentes pour statuer sur la question. Il semble en effet qu'en pratique la conventionnalité des dispositions de l'arbitrage contenues au livre IV du Code de procédure civile soit, *de facto*, de la compétence des juridictions judiciaires, sans que les juridictions administratives n'en prennent ombrage.

81. Pour finir, on observera que l'identification de l'organe de contrôle n'est pas neutre dès lors que la justice administrative et la justice civile ont, manifestement, une vision différente de la justice et de la place qu'y occupe l'arbitrage, la première concevant encore l'arbitrage comme une justice sous tutelle n'ayant pas sa place dans le contentieux administratif (même si une évolution tend à se dessiner en faveur de l'arbitrage¹), la seconde accueillant l'arbitrage comme une véritable forme de justice, *alter ego* de la justice d'État, qui doit être préservée et favorisée.

§2.- Les normes de contrôle de l'effet négatif

82. L'effet négatif de la compétence-compétence doit être confronté d'une part aux principes de droit processuel et de droit des obligations (A), d'autre part aux conventions internationales de droit judiciaire privé (B).

A.- Les principes du droit processuel et du droit des obligations

83. Les plaideurs qui excipaient de l'illégalité de l'effet négatif devant la cour d'appel invoquaient la violation de la liberté contractuelle et du droit au juge. C'est à regret que l'on constate que la cour d'appel de Paris ne s'est pas donnée la peine d'y répondre. Elle aurait pu le faire, peu importe le terrain choisi :

- soit en écartant la question préjudicielle au motif de l'absence de caractère sérieux de l'exception d'illégalité, ce qui nous aurait donné un signe clair de la compatibilité de l'effet négatif avec ces normes (ou en utilisant la théorie de l'acte clair) ;
- soit en renvoyant la question au Conseil d'État, accueillant la question préjudicielle ;
- soit en s'estimant apte à répondre à ces moyens d'illégalité au motif que le contrôle de la conventionnalité des actes administratifs relève de la compétence du juge judiciaire comme de la compétence du juge administratif².

84. La juridiction d'appel ayant ainsi laissé planer une ombre sur la validité formelle de l'effet négatif, il nous revient d'évaluer les chances de succès de ces moyens d'illégalité, soufflés par M. Bonassies dans son commentaire de l'arrêt *Andhika Lines*³. L'effet négatif doit être confronté à deux types de normes fondamentales de l'ordre juridique français, en

¹ D. LABETOULLE (dir.), « L'arbitrage en droit public », Rapport remis le 27 mars 2007 au Garde des Sceaux, *JCP A*, 2007.2082 ; *Rev. arb.*, 2007, p. 580, note O. LE BOT ; *D.*, 2007, p. 645, note A. ASTAIX.

² Pour ce qui concerne les normes conventionnelles, c'est-à-dire le seul droit au juge, la liberté contractuelle n'étant pas reconnue par la CESDH (cependant, proposant d'explorer certains recoins inexplorés de la CESDH : D. DE BECHILLON, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 53, spéc. p. 54).

³ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, *op. cit.*

correspondance avec la nature hybride de l'arbitrage : la liberté contractuelle (1) et certains principes généraux de droit processuel (2).

1).- La liberté contractuelle

85. Il a été tout d'abord envisagé de confronter l'effet négatif à l'article 1134 du Code civil, principe du consensualisme qui a « *la valeur d'un principe législatif de caractère général* », seule la loi pouvant y porter atteinte : « *le principe du consensualisme, tout autant que celui de liberté contractuelle auquel il est lié, inclut tant le droit de conclure un contrat que le droit de ne pas adhérer à des relations contractuelles non voulues. Dans la mesure où la Cour de cassation refuse au juge judiciaire le droit de se prononcer sur l'opposabilité de la clause compromissoire à quelqu'un qui n'y a pas adhéré, la Cour méconnaît le principe du consensualisme envisagé sous son aspect négatif* »¹.

86. Nous suivons l'auteur sur les prémices du raisonnement – la liberté contractuelle s'exprime notamment par la « *faculté* » de « *contracter ou ne pas contracter* »² et elle s'impose au pouvoir réglementaire³ –, mais moins sur les conclusions qu'il en tire – l'effet négatif du principe compétence-compétence contreviendrait à cette règle –.

La liberté contractuelle est hors de propos, puisque l'effet négatif est une règle procédurale définissant qui, du juge public ou du juge privé, peut statuer sur l'existence ou l'absence de l'obligation de porter le litige devant le tribunal arbitral ; autrement dit, l'existence ou l'absence de convention d'arbitrage n'est ni établie, ni écartée à ce stade. Les juridictions d'État n'en préjugent pas et cèdent la priorité au tribunal arbitral au regard de la seule *apparence* de compétence arbitrale, disposant pour leur part du dernier mot au stade des voies de recours contre la sentence. Ainsi, lorsqu'il est affirmé que « *la Cour de cassation refuse au juge judiciaire le droit de se prononcer sur l'opposabilité de la clause compromissoire à quelqu'un qui n'y a pas adhéré* », le commentateur préjuge en réalité de l'absence d'existence d'une obligation, que les juridictions judiciaires se refusent justement à trancher dans un premier temps en laissant la priorité aux arbitres.

Il faut distinguer la question procédurale – définir l'organe juridictionnel qui peut trancher le litige relatif à l'existence de l'obligation – et l'aspect substantiel de l'affaire – déterminer si la convention d'arbitrage stipulée au connaissance de charte-partie est ou non opposable au destinataire de la marchandise. Il serait erroné de rattacher l'effet négatif du principe du principe compétence-compétence à un mécanisme de présomption ou de forçage d'obligation contractuelle.

¹ P. BONASSIES, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, *op. cit.*, spéc. p. 402.

² F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 29, n° 23.

³ La liberté contractuelle fait partie intégrante du bloc de légalité et du bloc de constitutionnalité (décision du Conseil constitutionnel n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, cons. 37 ; P. Terneyre et L. Rapp (dir.), *Droit public des affaires*, Lamy, 2006, p. 2152 et s. ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd., note sous la décision n° 132 DC du 16 janv. 1982, p. 356, spéc. pp. 378-379, n° 34, retraçant sa lente consécration constitutionnelle et rapportant également une décision se fondant sur les articles 4 et 16 de la DDHC [décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, cons. 4]).

2.- Les principes généraux de droit processuel

87. Compte tenu de son caractère procédural, l'effet négatif peut potentiellement entrer en conflit avec des règles de même nature. Il doit être confronté tout d'abord aux principes rattachés à la prorogation légale de compétence (a), et ensuite, au droit au recours juridictionnel devant le juge naturel (b).

a).- Les principes rattachés à la prorogation légale de compétence

88. Deux principes généraux du droit pouvant faire obstacle à l'effet négatif viennent immédiatement à l'esprit du processualiste : le principe de plénitude de juridiction, selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception (i) et le principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence (ii).

i).- Le principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception

89. Selon M. Bonassies, l'effet négatif du principe compétence-compétence se heurterait au principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception¹. Ce principe, ancestral² et commun aux différents contentieux³, est au cœur de la prorogation légale de compétence. Il permet de répondre positivement à la question de savoir si la juridiction compétente pour connaître de la demande initiale l'est également pour « *se prononcer sur les moyens de défense, alors que ceux-ci, pris en eux-mêmes et évoqués à titre principal, eussent relevé d'un tribunal différent* »⁴. Plus simplement, le principe explique également que la juridiction compétente puisse connaître des moyens de défense opposés, simples questions préalables, sans que soit nécessairement en cause une quelconque dérogation à la répartition légale des compétences : défenses au fond relevant de sa compétence, fins de non-recevoir, exceptions de procédure⁵ et incidents d'instance⁶. Le principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception peut donc être rattaché aussi bien à la *théorie de la juridiction*⁷, en ce qu'il fonde une prorogation légale de compétence – la juridiction pouvant connaître au titre

¹ P. BONASSIES, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, *op. cit.*, p. 403, note n° 16. Et déjà, au préalable : P. BONASSIES, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, DMF, 666, janv. 2006, p. 163 : « [r]efuser à ce juge, devant qui est invoqué une clause compromissoire, le droit de statuer sur la validité ou la portée de la clause peut, en effet, apparaître comme contraire aux principes régissant les institutions judiciaires ».

² B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *op. cit.*, n° 4 et 5.

³ Le principe est édicté pour le droit judiciaire privé, dans les dispositions communes à toutes les juridictions, à l'article 49 CPC (occasionnellement rappelé dans les dispositions particulières, cf. par ex. article R. 221-40 COJ pour le tribunal d'instance), pour la procédure pénale, à l'article 384 CPP et pour le contentieux administratif à l'article R. 312-3 CJA.

⁴ V° « Juge (Le) de l'action est juge de l'exception », in H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit.* ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 366 et s.

⁵ V° « Juge (Le) de l'action est juge de l'exception », in H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit.* ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2011, p. 148, n° 236 : « [l]a solution est traditionnelle : le juge de l'action est le juge de l'exception, ce que l'article 49 du CPC édicte de façon plus moderne. Constituent des moyens de défense les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir et les défenses au fond ». S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 367, n° 345 concernant pour le TGI, et p. 372, n° 351 pour les autres juridictions.

⁶ Art. 50 CPC.

⁷ En ce sens, S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*

des moyens de défense en principe exclus de sa compétence –, qu'à la *théorie de l'action*, en autorisant la juridiction à connaître des défenses opposées aux demandes, manifestations de l'exercice de l'action en justice. Aussi, le principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception justifierait la possibilité pour les juridictions étatiques de statuer sur toute exception d'incompétence, dont l'exception d'arbitrage. L'effet négatif du principe compétence-compétence entrerait en conflit avec cet autre principe de droit processuel.

90. Fort utile concernant les moyens de défense tirés d'une défense au fond, d'une fin de non-recevoir, d'incidents d'instance ou d'autres exceptions de procédure, le principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception apparaît toutefois hors de propos concernant l'exception d'incompétence. En effet, ce principe suppose à titre de pré-requis que l'on soit en présence du juge de l'action, c'est-à-dire de la juridiction compétente ! Ce qui permet à un juge civil de droit commun, tel le tribunal de grande instance, de connaître d'un moyen de défense quelconque, ou d'une demande incidente entrant ou non dans le champ de sa compétence initiale¹, c'est qu'il est compétent pour connaître de la demande introductive d'instance². Or, lorsqu'une exception d'incompétence est opposée, c'est le fait même que ce juge soit le juge de l'action qui est contesté. Il convient alors de se tourner vers le principe qui, véritablement, fonde le pouvoir des juges étatiques de statuer sur leur compétence.

ii).- Le principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence

91. On peut douter, de prime abord, de la compatibilité de l'effet négatif avec le principe de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Ce principe, relativement méconnu et pourtant quotidiennement appliqué, permet en effet aux juridictions étatiques de connaître de leur compétence. L'effet négatif s'y oppose en les dépossédant de ce pouvoir lorsque c'est leur compétence juridictionnelle générale qui est contestée.

92. Cependant, deux éléments conduisent à relativiser ce premier constat.

Premier élément, si l'effet négatif porte atteinte au pouvoir des juridictions d'État de statuer sur leur compétence, ce n'est que de manière temporaire. Il est donc erroné de voir dans l'effet négatif une exception pure et simple au pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence. En effet, le principe compétence-compétence dans sa nouvelle acception conduit simplement à une paralysie du pouvoir de statuer sur la compétence des juridictions judiciaires le temps de l'instance arbitrale, d'autres juridictions d'État – les

¹ Art. 51 al. 1^{er} CPC : « [l]e tribunal de grande instance connaît de toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction ».

² En ce sens (tout au moins implicitement), H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., v° « Juge (Le) de l'action est juge de l'exception », op. cit. : « [l]a juridiction qui est compétente pour statuer sur la demande ou sur le délit peut-elle également se prononcer sur les moyens de défense [...] » ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 148, n° 236, partant du principe qu'« [u]ne juridiction est saisie d'une demande initiale qui entre bien dans le champ de sa compétence » ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 366, n° 343 : « [s]i nous supposons un tribunal compétent pour statuer sur la demande introductive d'instance, ce tribunal pourra-t-il connaître également de tous les moyens de défense opposés à la demande [...] ». Ce pré-requis est d'ailleurs présent dans des écrits anciens, cf. MERLIN, *Jur. Gén.*, t. 38, v° Question préjudicielle, p. 610, note 1 : « principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès dont il est saisi, l'est, par là même, pour statuer sur les questions qui s'élèvent incidemment dans ce procès, quoique, d'ailleurs, ces questions fussent hors de sa compétence, si elles lui étaient proposées principalement [...] ».

juridictions du contrôle – retrouveront en principe ce pouvoir au stade post-arbitral, lors de l'exercice des voies de recours contre la sentence¹.

Second élément, la validité formelle d'une règle de droit s'apprécie au regard des seules normes ayant une valeur supérieure. Or, différents indices tendent à faire pencher la balance en faveur de la nature réglementaire du principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Ce principe aurait donc la même valeur que l'effet négatif. Tout d'abord, il suffit de se référer à la répartition constitutionnelle des compétences entre législatif et exécutif telle qu'opérée entre les articles 34 et 37 de la Constitution, attribuant à l'exécutif la réglementation de la procédure civile². Puisque le fait de pouvoir connaître d'un tel moyen de défense – une exception d'incompétence – est une question de pure procédure, d'organisation du procès *stricto sensu*, le principe devrait avoir un caractère réglementaire. Le caractère réglementaire est conforté par le fait que ce principe ne relève pas des droits fondamentaux protégés par des conventions internationales ou la Constitution, à l'image des droits de la défense ou du principe du contradictoire³. Ensuite, on peut s'appuyer sur les traces de ce principe dans le droit positif. Qu'elles soient explicites ou implicites⁴ – résultant de la définition du régime de l'exception d'incompétence –, les manifestations du principe convergent unanimement dans le sens de la nature réglementaire de cette norme. Ainsi, l'article 771 CPC reconnaissant explicitement au juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance, la compétence pour « *statuer sur les exceptions de procédure* » résulte d'une disposition réglementaire. Il en est de même des rares exceptions apportées à cette règle comme l'atteste l'article 847-5 CPC pour le juge de proximité, tenu de renvoyer toutes les exceptions d'incompétence au tribunal d'instance⁵ : c'est par la voie d'un décret que ce pouvoir lui a été retiré. Aussi ne voit-on pas ce qui pourrait s'opposer à ce qu'une norme à caractère réglementaire – l'effet négatif du principe compétence-compétence – puisse venir limiter une norme de même valeur – le principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Il n'y a pas de rapport de hiérarchie entre les deux règles.

b).- Le droit au recours juridictionnel devant le juge naturel

93. Dernière critique qui bénéficie d'un véritable engouement ces dernières années, l'effet négatif violerait le « *droit de tout justiciable* » d'exercer un recours effectif devant une juridiction »⁶, conduisant à priver « *le justiciable de son droit de recours devant son juge naturel : une juridiction de l'ordre judiciaire* »⁷. C'est à la vérité une double attaque contre l'effet négatif qu'il convient d'examiner. Il porterait atteinte aussi bien au droit au juge *stricto sensu*, droit d'agir en justice (a), qu'au droit au juge naturel (b).

¹ Cf. *infra*, troisième partie.

² En ce sens, cf. par ex. Y. STRICKLER, *Procédure civile*, 3^e éd., Paradigme, 2010, p. 9, n° 14.

³ On pourrait d'ailleurs étendre la décision du Conseil constitutionnel écartant le caractère constitutionnel du principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception (cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 366, n° 343 et la décision n° 2004-49 DC, 12 fév. 2004, cons. n° 112) au principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence au regard du lien de complémentarité existant entre les deux règles.

⁴ Cf. *infra*, n°s 421 et s.

⁵ Art. 847-5 CPC. Sur la question, cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 1046, n° 1556 et p. 1147, n° 1734.

⁶ P. BONASSIES, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, *op. cit.*, p. 403.

⁷ *Ibid.*

i).- *Le droit d'agir en justice*

94. L'effet négatif porterait atteinte au droit à un recours juridictionnel, premier des droits fondamentaux, composante du droit au procès équitable, consacré aux plus hauts échelons de la pyramide des normes¹. Cette critique, « *audacieu[se]* »² tant elle paraît difficilement tenable dans les relations entre professionnels, s'est intensifiée ces dernières années ; elle est menée sous trois angles distincts.

95. Tout d'abord, il est affirmé que l'effet négatif « *contrevient tant au principe constitutionnel de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme qu'à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, principe et dispositions desquels résulte le droit pour tout justiciable « d'exercer un recours effectif devant une juridiction », étant de surcroît ajouté que ce recours doit être gratuit* »³. Autrement dit, la stipulation d'une clause compromissoire porterait atteinte au droit d'accès effectif à un juge dès lors que l'arbitrage est un mode de règlement des différends payant.

On avouera avoir du mal à entrevoir en quoi l'effet négatif peut faire obstacle au droit d'agir en justice, sauf à nier purement et simplement l'existence d'une justice autre que la justice publique et à condamner le principe du recours à l'arbitrage en toutes circonstances. Or, comme l'a rappelé un auteur, la CEDH elle-même a jugé que « *la stipulation d'une clause compromissoire n'était pas contraire à l'article 6 parag. 1 CEDH* »⁴. Elle a encore eu à le rappeler récemment afin de condamner l'État ukrainien pour violation de l'article 6 §1 CEDH en raison de son refus d'exécution effective d'une sentence arbitrale pourtant exécutoire qui le condamnait au paiement d'une somme d'argent : « *l'article 6 n'interdit pas le recours à des tribunaux arbitraux chargés de régler des litiges entre parties privées. Le terme « tribunal » de l'article 6 § 1 ne doit pas nécessairement être entendu au sens d'une cour de justice classique, intégrée à la structure judiciaire ordinaire du pays* »⁵. Loin de faire obstacle au droit au juge, l'arbitrage y concourt⁶. On rappellera d'ailleurs que la Cour de cassation admet que la justice arbitrale participe aux côtés de la justice étatique à la réalisation du droit au juge⁷. L'arbitrage est un des deux modes de réalisation de la Justice. Le droit d'accès au juge

¹ Le droit au juge est en effet une norme à valeur constitutionnelle. Cf. S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 504, n° 247 ; Th. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP*, 1993.I.3675 ; « La constitutionnalisation du droit au juge en France », rapport au colloque du CEDORE, Nice, 25 et 26 avr. 1997, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 109 ; L. FAVOREU et T. S. RENOUX, « Constitutionnalité des actes administratifs (contrôle de la) », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, n°s 176-184) ; CE, Ass., 17 fév. 1950, *Dame Lamotte*, in J.-C. BONICHOT, P. CASSIA et B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, op. cit.

² E. LOQUIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Alhinc et autres c. Banque de France et Banque des Règlements internationaux*, op. cit.

³ CA Paris, 15 oct. 2008, *United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport*, op. cit., p. 1033.

⁴ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », op. cit., p. 722, n° 20 : Commission, 5 mars 1963, *X c. Allemagne*, n° 1197/61, DR 8, p. 68 ; CEDH, 27 fév. 1980, *Deweer c. Belgique*, Série A, n° 35, p. 25, § n° 49.

⁵ CEDH, 3 avril 2008, *Regent Company c. Ukraine*, Rev. arb., 2009, p. 797, note J.-B. RACINE.

⁶ M.-A. FRISON-ROCHE et J.-M. COULON, « Le droit d'accès à la justice », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et al. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 9^e éd., Dalloz, 2003, p. 401, spéc. p. 405, n° 572. Spécialement sur le droit d'accès à l'arbitre, F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant ; Paris, LGDJ ; Liban, DELTA, 2005, p. 16, n° 9.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} fév. 2005, *Etat d'Israël c. NIOC*, op. cit. En ce sens également, CA Beyrouth, arrêt n° 1815, 26 oct. 2001, cité par F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 17, n° 9.

arbitral serait même en voie d'être constitutionnalisé¹. En revanche, on émettra une réserve à notre raisonnement : l'effet négatif du principe compétence-compétence pourrait faire obstacle au droit au juge pour les parties en état de faiblesse ou d'impécuniosité en raison du caractère onéreux de la justice arbitrale. Ne l'oublions pas : pour pouvoir accéder à la justice arbitrale, il faut payer². La possibilité de financement de l'arbitrage par les tiers – « *situation dans laquelle un demandeur à une procédure arbitrale obtient de la part d'un tiers les fonds nécessaires au financement de cette procédure* »³ – ne suffit pas à franchir cet obstacle. L'accès effectif à la justice requiert la gratuité, bien que cette dernière soit toute relative⁴. Cependant, l'argument n'est pas déterminant. La mise en œuvre de l'effet négatif par les juridictions étatiques requiert la caractérisation de l'apparence de compétence arbitrale, apparence pouvant être détruite par la nullité ou l'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage. Les exceptions à l'effet négatif du principe compétence-compétence pourront ainsi jouer leur rôle de garde-fou si la jurisprudence accepte de considérer comme manifestement nulle la clause compromissoire conclue par des parties en état de faiblesse, ce à quoi elle s'est jusqu'ici malheureusement refusée pour les contrats de consommation⁵.

96. Ensuite, il a été soutenu devant la première chambre civile de la Cour de cassation qu'en appliquant l'effet négatif, le juge étatique commettrait un *déni de justice négatif* par le refus de juger d'un litige dont il est saisi, celui de sa compétence. Le juge étatique « *méconnaît[rait] son office* » en renvoyant le litige au tribunal arbitral, refusant ainsi d'exercer la fonction qui lui incombe⁶.

La Cour ne s'est pas donnée la peine de répondre à ce moyen du pourvoi, tant, sans doute, il lui paraissait incongru. Comme le met parfaitement en évidence le commentateur de l'arrêt, le moyen tiré du déni de justice ne tient pas à l'analyse au regard de différents éléments qui éliminent toute possible contradiction entre l'effet négatif et l'article 6 CEDH : l'apparence de convention d'arbitrage et donc de compétence arbitrale, « *le contrôle du juge de l'annulation de la sentence* » et « *[l]a soupape de sécurité résultant de l'exception de nullité ou d'inapplicabilité manifeste évit[ant] qu'un plaideur n'abuse de l'effet négatif de la clause compromissoire dans des cas où, à l'évidence, le tribunal arbitral ne peut être*

¹ En ce sens, cf. la décision de la Cour constitutionnelle de l'Equateur, (sentence 006-10-SEP-CC publiée le 26 mars 2010) affirmant que le droit de recourir à l'arbitrage est un droit protégé par la Constitution, disponible sur le site www.corteconstitucional.gov.ec

² On observera cependant que des récentes statistiques ont mis en évidence que sur la totalité des frais engagés par les parties pour une procédure arbitrale, le paiement des arbitres et centres d'arbitrage représentaient en moyenne moins de 20%, et les honoraires d'avocat les 80% restant.

³ Ph. PINSOLLE, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.*, 2011, n° 2, p. 385.

⁴ Sur l'accès effectif à un tribunal par la levée des obstacles financiers, cf. S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 522 et s., n° 296, et notamment l'arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979 de la CEDH qui a étendu l'obligation à la matière civile.

⁵ Cf. *infra*, n°s 240 et 241.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Alhinc et autres c. Banque de France et Banque des Règlements internationaux*, op. cit., le moyen du pourvoi soutenant « *qu'une juridiction ne peut, sans méconnaître son office, renvoyer à une autre autorité, l'appréciation des éléments de fait et de droit nécessaires à la résolution du litige dont elle est saisie, si bien qu'en abandonnant à la juridiction arbitrale ... le soin d'apprécier l'applicabilité de cette clause à un litige né de la perte de la qualité d'actionnaire et, par voie de conséquence en renvoyant à une juridiction arbitrale l'appréciation des éléments de fait et de droit, dont elle était saisie, la cour d'appel, qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé l'article 1458 NCP et l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales* ».

compétent »¹. On ajoutera que cette analyse est confortée par un arrêt plus récent de la Haute juridiction relatif à la clause d'élection de for². Le demandeur au pouvoir s'appuyait sur un argument identique afin de faire échec à l'accueil d'un jugement américain prononçant une injonction *anti-suit* à l'encontre des juridictions françaises. Le résultat concret de ce jugement étranger était similaire à celui produit par l'effet négatif du principe compétence-compétence : priver temporairement les juridictions françaises du pouvoir de statuer sur leur compétence, au profit des juridictions désignées par une convention de procédure, en l'espèce, les juridictions américaines désignées tout au moins en apparence par une convention d'élection de for. Le demandeur au pourvoi prétendait en effet que la cour d'appel de Versailles avait violé « l'article 509 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » en jugeant exécutoire la décision américaine alors « qu'en refusant de retenir la contrariété à l'ordre public international français d'une décision d'une juridiction étrangère prononçant une injonction, dite « anti-suit », ayant pour objet d'interdire à une partie d'introduire ou de poursuivre une instance devant le juge français, sans même que ce dernier puisse se prononcer sur sa compétence, cependant qu'une telle injonction porte atteinte tant à une prérogative de souveraineté de l'État français qu'au droit d'accès au juge de la partie ayant saisi la juridiction française ou envisageant de le faire ». La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « l'arrêt retient exactement, en premier lieu, par motif propre, qu'eu égard à la clause attributive de compétence librement acceptée par les parties, aucune fraude ne pouvait résulter de la saisine par la société américaine de la juridiction expressément désignée comme compétente et, en second lieu, par motif propre et adopté, qu'il ne peut y avoir privation de l'accès au juge, dès lors que la décision prise par le juge géorgien a précisément pour objet de statuer sur sa propre compétence et pour finalité de faire respecter la convention attributive de compétence souscrite par les parties [...]»³. L'analyse doit être approuvée. Le droit d'accès au juge est invoqué trop promptement afin de défendre non pas l'accès à la justice, mais l'accès à la justice française, dans une vision quelque peu nationaliste du juge compétent. Or, il nous semble qu'en présence d'une relation commerciale internationale, le droit d'accès au juge ne peut se restreindre à l'accès aux juridictions françaises, qui n'ont pas plus de légitimité à intervenir que d'autres juridictions étatiques, et plus largement que les juridictions arbitrales. Dans l'espèce ici rapportée, certains éléments indiquaient au contraire que le juge vraisemblablement compétent, du point de vue de la compétence étatique générale, était le juge américain en raison de l'existence, ou tout au moins de l'apparence d'existence, d'une convention d'élection de for.

97. Enfin, on apportera un dernier élément en faveur de l'absence de violation du droit au recours par l'effet négatif, en levant l'obstacle « technique » qui subsisterait, lié à « l'écoulement du temps et le risque de forclusion de l'action judiciaire dans l'hypothèse où

¹ E. LOQUIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Alhinc et autres c. Banque de France et Banque des Réglements internationaux*, *op. cit.*

² Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 2009, *In Beverage International c. In Zone Brands Inc.*, *Rev. crit. DIP*, 2010.158, note H. MUIR WATT ; *D.*, 2010.177, note S. BOLLEE ; *Gaz. Pal.*, 2009.332, note M.-L. NIBOYET ; *JCP*, 2009, n° 49, 505, note C. LEGROS ; *Procédures*, 2009, repère 11, obs. C. NOURISSAT ; *JDI*, 2010.146, note S. CLAVEL.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 2009, *In Beverage International c. In Zone Brands Inc.*, *op. cit.*

l'arbitre se déclarerait incompétent »¹. Même si la sentence se prononçant de compétence du tribunal arbitral était ultérieurement désavouée par les juridictions judiciaires au stade post-arbitral ou la sentence d'incompétence confirmée, la possibilité de saisir un juge public pouvant compétemment connaître du fond du litige n'est pas supprimée par les délais de prescription. Il suffit en effet d'appliquer un remède bien connu, la règle de droit processuel selon laquelle la saisine d'un juge incompétent interrompt les délais de prescription, posée aux articles 2245 et 2246 du Code civil².

ii).- *Le droit au juge naturel*

98. De prime abord, on peut s'étonner que le juge naturel soit invoqué afin de faire obstacle à l'effet négatif du principe compétence-compétence. Quel est le lien entre le droit au juge naturel et l'arbitrage ? Selon M. Bonassies, l'effet négatif priverait « *le justiciable de droit de recours devant son juge naturel : une juridiction de l'ordre judiciaire* »³, la justice publique « *de surcroît* » gratuite. L'idée sous-tendue par l'auteur est que le juge naturel des litiges opposant les justiciables est le juge public puisqu'à défaut de volonté contraire, le litige lui revient. Au contraire, la compétence arbitrale requiert le consentement des parties. Au regard de ces éléments, la justice publique devrait, à tout le moins, pouvoir statuer sur l'existence de la convention d'arbitrage. Cette nouvelle acception du droit au juge naturel sonnerait le glas de l'effet négatif du principe compétence-compétence. En ce sens, la Cour suprême du Mexique a suivi cette analyse afin d'écarter l'effet négatif du principe compétence-compétence. Se fondant sur l'article 17 de la Constitution qui dispose que tout citoyen a accès à la justice, la Cour a jugé qu' « *en cas de doute, les questions litigieuses doivent être soumises aux tribunaux étatiques dans la mesure où l'arbitrage est un « mécanisme d'exception et que par voie de conséquence la clause compromissoire est d'interprétation stricte, excluant la possibilité d'une interprétation analogique ou a fortiori* » »⁴.

99. En réponse, on observera que l'analyse occulte un élément fondamental du mécanisme du principe compétence-compétence : le juge judiciaire conserve une possibilité de contrôle *a posteriori*, lors du contrôle de la sentence. L'argument est écarté au regard du caractère *effectif* du droit au juge naturel, qui serait mis à mal, « *purement formel* », dès lors

¹ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, spéc. p. 725, n° 29.

² *Ibid.*

³ P. BONASSIES, note sous CA Paris, 15 oct. 2008, *United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport*, *op. cit.*

⁴ J. A. GRAHAM, « Chronique de jurisprudence étrangère. Mexique », *Rev. arb.*, 2010.147 : le droit mexicain écarte clairement l'effet négatif du principe compétence-compétence au motif que « *l'institution arbitrale n'en reste pas moins une juridiction d'exception* ». « *Comme nous l'avons vu dans une décision antérieure, en cas d'une éventuelle inexistence de la clause compromissoire, c'est aux tribunaux judiciaires qu'il revient de décider de cette question au motif qu'il ne peut y avoir d'arbitrage sans accord arbitral et que la juridiction de droit commun est celle des tribunaux étatiques. Dans une affaire d'arbitrage interne – précisons que les dispositions mexicaines ne distinguent pas entre arbitrage interne et international – un arrêt du Quatrième tribunal collégial en matière civile du premier Circuit vient de rappeler ce principe de base* ». L'auteur s'appuie sur deux décisions, notamment Amparo directo 131/2007, 24 janvier 2008. Antérieurement, cf. L. PEREZNIETO CASTRO and J. A. GRAHAM, « Mexican Supreme Court rejects the Principle of Kompetenz-Kompetenz », *Arb.*, 2006.388 ; décision récente, Amparo directo 131/2007, 24 janvier 2008.

que la possibilité de saisine du juge judiciaire intervient après que se soit écoulé un délai souvent assez long, une procédure d'arbitrage pouvant se dérouler sur plusieurs années.

Plus fondamentalement, cette analyse n'est pas convaincante au regard des prémices du raisonnement : en présence d'un contrat du commerce international, le juge naturel est-il bien le juge public, le juge judiciaire français, comme dans l'espèce commentée, ce dernier étant saisi par les sociétés d'assurance subrogées dans les droits du porteur du connaissance de charte-partie¹? On peut légitimement en douter alors que, dans l'espèce ayant donné lieu au commentaire, on était en présence d'un contrat de transport maritime conclu par un transporteur indonésien, défendeur à l'action, que les ports de chargement se situaient en Indonésie et les ports de déchargement au Mexique et aux États-Unis, les avant-contrats de réservation de fret (« *booking notes* ») comportaient une clause prévoyant un arbitrage à Singapour en application du droit anglais, et que le connaissance stipulait une convention d'élection de for au profit du pays où était établi le transporteur : l'Indonésie. On ne peut considérer que le juge judiciaire français est le juge naturel d'un contrat transnational de transport maritime, qui présente un lien plus que ténu avec le territoire français² à moins d'adopter une conception quelque peu impérialiste de la compétence internationale des juridictions françaises.

100. Un retour sur le droit au juge naturel nous conduit à penser que la notion n'est pas inconciliable avec l'effet négatif du principe compétence-compétence, d'une part au regard de son sens actuel, d'autre part au regard de son sens premier. Bien au contraire.

Tout d'abord, revenons-en au sens *actuel* du droit au juge naturel. La notion de droit au juge naturel ne signifie pas « *droit au juge public* ». Dans son acception renouvelée³, la notion de droit au juge naturel en France est intimement liée au juge compétent, rattachée à la théorie de la juridiction⁴. Le juge naturel est « *celui vers lequel, naturellement, le litige doit être orienté* »⁵, « *le juge matériellement et territorialement compétent selon les règles ordinaires de compétence* »⁶. Une étude de son utilisation sur ces vingt dernières années aboutit à la

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, *op. cit.*

² Dans l'espèce en cause, nous ne connaissions pas même ce lien : était-ce le siège de la société d'assurance subrogée dans les droits du destinataire de la marchandise ? Concernant les différents chefs de compétence internationale des juridictions françaises en matière de responsabilité des transporteurs et la fréquence de l'utilisation du privilège de juridiction de l'article 14, les auteurs soulignent que « *les assureurs-facultés y ont souvent recours, même lorsqu'ils sont subrogés aux droits d'un assuré étranger* », P. BONASSIES et C. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2010, p. 791, n° 1149.

³ Le renouveau de la notion de droit au juge naturel revient à T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *op. cit.*

⁴ S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 294, n° 178, qualifié de principe constitutionnel de procédure civile, rattaché au principe d'égalité. Une partie de la doctrine aspire à ce que la notion joue un rôle dans l'organisation judiciaire, à l'image du droit allemand, le droit au juge naturel ayant un rôle essentiel dans la distribution des affaires au sein d'une juridiction (S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 536 et s., n° 304 bis) : E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Revue française d'administration publique*, 2008/1, n° 125, p. 33. Sur le « *droit à une même justice* », L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 149, n° 42.

⁵ V° « Juge naturel », par Th. CLAY, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

⁶ G. ROYER, « Le juge naturel en droit interne », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006.787.

même conclusion¹. Même élargi aux trois éléments constitutifs qui lui sont aujourd'hui attribués, « *droit pour tous d'être jugés de manière égale, devant les mêmes juridictions, statuant selon les mêmes règles de procédure et appliquant les mêmes règles de droit substantiel* »², l'élément central reste le juge compétent dès lors que la compétence détermine les règles de procédure et de fond. Pris en ce sens, le droit au juge naturel n'est aucunement violé par l'effet négatif. Au contraire, ce dernier y contribue. En effet, l'effet négatif n'est pas mis en œuvre aveuglément par le juge étatique. Ce dernier, avant de renvoyer les parties à l'arbitrage, vérifie *l'apparence vraisemblable de compétence arbitrale*, que l'arbitrage soit interne ou international. C'est donc uniquement s'il existe une probabilité plus importante que le litige au fond relève de la compétence arbitrale que l'effet négatif est mis en œuvre. Aussi, le juge en apparence compétent, *le juge naturel apparent*, est la justice arbitrale, non la justice publique. Le juge naturel peut être découvert par l'apparence d'une convention de procédure – convention d'arbitrage ou convention d'élection de for –³ compte tenu de l'importance accordée à la volonté des parties dans les relations du commerce international. En droit du commerce international, le juge naturel ne serait pas « *introuvable* ». En ce sens, on rappellera spécifiquement que dans les relations commerciales internationales, le juge « *naturel* » du point de vue sociologique n'est pas le juge étatique, mais l'arbitre⁴. Bien qu'une manifestation expresse de volonté soit toujours requise, les statistiques penchent incontestablement en faveur de la justice arbitrale : 90% des contrats du commerce international prévoiraient une convention d'arbitrage. Au final, le droit au juge naturel n'est-il pas le fondement de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, en ce qu'il permet d'accéder au juge conformément aux prévisions *apparentes* des parties et à leurs attentes légitimes ?

Ensuite, en revenant aux *racines historiques* de la notion, on constate que le droit au juge naturel n'a jamais été en opposition avec le recours à la justice arbitrale. A l'époque révolutionnaire, droit au juge naturel et recours à l'arbitrage sont loin d'être antinomiques. Ils coexistent, sans contradiction, certains textes consacrant dans le même temps le principe du recours à l'arbitrage et le droit au juge naturel⁵. Le sens initial de la notion de droit au juge

¹ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *op. cit.*, spéc. p. 36 : « [p]lus de la moitié de ces décisions concernent le juge naturel au sens de la compétence internationale en relation notamment avec l'article 14 du code civil », et pour le reste, des questions de compétence d'attribution au plan interne.

S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 535, n° 304. Ces trois éléments fondamentaux ont été mis en évidence à l'origine par T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *op. cit.* : « tous les justiciables ont droit à être jugés de manière égale, devant les mêmes juridictions, statuant selon les mêmes règles de procédure, appliquant les mêmes règles de droit », l'auteur en déduisant « une triple identité : identité de juridiction ; identité de règles de forme ; identité de règles substantielles ».

³ En ce sens, v° « Juge naturel », par Th. CLAY, *op. cit.*, p. 683 : « [p]ar une clause attributive de juridiction, dans les matières où cela leur est permis, ils vont écarter le juge que l'organisation judiciaire estime être naturellement celui de ce type de litige, au profit d'un autre juge qui tiendra sa légitimité du fait qu'il aura été choisi par les parties. C'est cela qui en fera le juge naturel du litige ».

⁴ En ce sens, v° « Juge naturel », par Th. CLAY, *op. cit.*, p. 683 : « [l]'arbitrage est d'ailleurs devenu tellement usuel en matière internationale que chacun s'accorde à voir en l'arbitre le juge naturel du commerce international ».

⁵ La loi des 16 et 24 août 1790 consacre en effet en parallèle le principe du recours à l'arbitrage (cf. notamment l'article 1^{er} du titre I) et le droit au juge naturel (article 17 du titre II). Cf. dans le même sens, la Constitution de 1791 (le droit au juge naturel et le droit de recourir à l'arbitrage sont juxtaposés, le premier posé par l'art. 4, ch. V, titre III, le second par l'article 5) ; Constitution de l'an III (le droit au juge naturel est posé à l'article 204, et le droit de recourir à l'arbitrage à l'article 210 : « [i]l ne petit être porté atteinte au droit de faire prononcer sur les différends par des arbitres du choix des parties »).

naturel permet d'imposer le respect de compétences préétablies, mais dans un objectif aujourd'hui occulté, absent d'une de ses définitions initiales¹ : lutter contre l'immixtion *post factum* du pouvoir royal ou exécutif dans l'organisation judiciaire. Historiquement en effet, le droit au juge naturel est une notion qui apparaît sous l'Ancien Régime afin de lutter contre l'utilisation abusive de la justice retenue par le pouvoir royal, par le recours à l'« évocation » ou aux « commissions », qui permettait de retirer l'affaire aux juridictions normalement compétentes au regard de la loi en vigueur au moment des faits reprochés et faire juger l'affaire par le roi lui-même ou par une juridiction *ad hoc* créée et composée de membres acquis à sa cause. Le droit au juge naturel apparaît donc à ses débuts comme un instrument de lutte contre l'immixtion intempestive et arbitraire du pouvoir exécutif dans le fonctionnement de la justice, gage de l'indépendance du pouvoir judiciaire². Affirmé sous l'Ancien Régime, par les différents régimes constitutionnels révolutionnaires³ ou encore à la Restauration, le droit au juge naturel, largement violé en ces périodes politiques troubles, conserve le même sens. Bien qu'elle soit aujourd'hui rattachée au principe d'égalité des citoyens devant la loi⁴, la notion prend sa source plus fondamentalement dans le principe de séparation des pouvoirs, comme le rappelait l'article 17 du projet constitutionnel du Sénat du 6 avril 1814⁵. Replacé dans son contexte constitutionnel, le droit au juge naturel repose sur deux critères. *Primo*, toute juridiction doit être créée ou sa compétence, son fonctionnement, ses règles modifiés par

¹ Le Dictionnaire de l'Académie française de 1694 définit le juge naturel ordinaire comme celui « à qui naturellement, ordinairement et de droit appartient la connaissance d'une affaire »

² P. ALVAZZI DEL FRATE, « Le principe du « juge naturel » et la Charte de 1814 », in *Juges et criminels, Etudes en hommage à Renée MARTINAGE*, Lille, L'Espace juridique, 2001, p. 465 : « [l]a création ou la suppression de juridiction par le gouvernement [...] amena les juristes à théoriser l'obligation de respecter la compétence et l'ordre des juridictions, interdisant toute modification *post factum* par une loi précédente à l'accomplissement du fait ou par la coutume. L'adjectif « naturel » suggérait l'idée de la conformité de cette juridiction au « droit naturel » et cela lui donnait un certain caractère d'emphase « sacrale ».

³ Sur l'historique de ce principe dans l'histoire constitutionnelle, T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *op. cit.* ; P. ALVAZZI DEL FRATE, « Le principe du « juge naturel » et la Charte de 1814 », *op. cit.* et T. JANVILLE, « Petite histoire des principes généraux de droit processuel dans les constitutions de la France », *LPA*, 22 mars 2005, n° 57, p. 6. Le pouvoir royal persistant dans l'utilisation de la justice retenue, le droit au juge naturel sera une revendication unanime des Cahiers de doléances de 1789. La révolution française consacre alors ce droit au côté de l'abolition des privilèges – et en particulier des privilèges de juridictions à l'article 17 de la loi des 16-24 août – qui sera repris en substance par de nombreux textes constitutionnels (art. 4, ch. V, titre III de la Constitution de 1791 : « [l]es citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par la loi » ; article 204 de la Constitution du 5 fructidor an III, titre VIII, Pouvoir judiciaire : « [n]ul ne peut être distrait des juges que la loi lui assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions que celles qui sont déterminées par une loi antérieure »). Lors de la Restauration, cf. les chartes constitutionnelles (art. 62 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 : « [n]ul ne pourra être distrait de ses juges naturels » ; art. 53 et 54 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830, issus de la réforme constitutionnelle de la Révolution de juillet : « [n]ul ne pourra être distrait de ses juges naturels » ; « [i]l ne pourra être créé de commissions et tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce puisse être »).

⁴ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD Civ.*, 1993.33 : « le Conseil Constitutionnel arrive au même résultat par une application rigoureuse du principe d'égalité devant la justice, composante du principe d'égalité devant la loi » ; S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 535, n° 304 : « c'est un principe supérieur, lui-même contenu dans un texte ayant valeur constitutionnelle qui va fonder le droit au juge naturel : l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme posant le principe d'égalité des citoyens devant la loi, son corollaire norme est le principe d'égalité devant la Justice et dans l'accès aux tribunaux ». Et en matière pénale, pour le rattachement possible au principe de la légalité des délits et des peines, G. ROYER, « Le juge naturel en droit criminel interne », *op. cit.*.

⁵ « L'indépendance du pouvoir judiciaire est garantie. Nul ne peut être distrait de ses juges naturels ».

le seul pouvoir législatif ; autrement dit, le juge naturel est « *le juge institué par la loi* »¹. La création d'une juridiction par le pouvoir exécutif violerait le droit au juge naturel. *Secundo*, et cela vise selon nous aussi bien le pouvoir exécutif que le pouvoir législatif, une juridiction (et sa compétence) ne peut être établie qu'*ante factum*. C'est-à-dire que la juridiction – existence, compétence, fonctionnement – doit être préalablement, antérieurement établie au litige, au fait ou à l'infraction jugé : « *la notion de juge naturel impose une préconstitution du juge par le législateur [...] avant la réalisation des faits litigieux* »². C'est ce qu'un auteur désigne sous le terme de « *critère d'antériorité de la compétence du juge par rapport à l'action illicite* »³.

101. Ainsi, la fonction historique et première du droit au juge naturel est de sanctionner une violation des règles de compétence arbitraire opérées par le pouvoir exécutif⁴. Nulle contradiction avec le recours à l'arbitrage. Plus fondamentalement, l'arbitrage n'est-il pas un « *droit naturel des individus* »⁵ ?

B.- Les conventions internationales du droit judiciaire privé

102. La question ne posant pas de difficultés majeures, nous examinerons brièvement la compatibilité de l'effet négatif avec certaines des principales conventions internationales du droit de l'arbitrage (1). Nous consacrerons l'essentiel de ces développements à la compatibilité de l'effet négatif avec le Règlement Bruxelles I, au cœur de l'actualité (2).

1).- Les conventions du droit de l'arbitrage

103. L'effet négatif du principe compétence-compétence est compatible avec les principales conventions internationales multilatérales conclues dans le domaine de l'arbitrage, bien qu'il soit en contradiction apparente avec une disposition de la Convention de New York de 1958 (a) et consacré seulement en partie par la Convention de Genève de 1961 (b)⁶.

a).- La Convention de New York de 1958

104. La Convention de New York ne reconnaît pas l'effet négatif de la compétence-compétence. Au contraire, l'article II(3) de la Convention de New York admet la possibilité pour le juge d'un État contractant saisi du fond auquel est opposée une exception d'arbitrage de contrôler si la convention d'arbitrage « *est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* ». Les juridictions d'État conservent donc le pouvoir de statuer sur leur compétence

¹ G. ROYER, « Le juge naturel en droit criminel interne », *op. cit.*, n° 6.

² T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *op. cit.*

³ G. ROYER, « Le juge naturel en droit criminel interne », *op. cit.*, n° 10 et n° 7. Également mis en évidence par A. MAHUL, *Tableau de la constitution politique de la monarchie française*, cité par P. ALVAZZI DEL FRATE, « Le principe du « juge naturel » et la Charte de 1814 », *op. cit.* : « *les juges naturels de chaque français sont ceux que la loi assigne d'avance aux diverses espèces de délits, à la qualité des personnes, qui en sont prévenus et enfin au territoire sur lequel il ont été commis* ».

⁴ C'est l'un des critères utilisés par la juridiction constitutionnelle allemande dans son application du droit au juge naturel, décrit par S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.* (même si les auteurs sont réservés). La Cour ne sanctionne pas tout non respect des règles de compétence par les juges : « *il n'y a soustraction au juge naturel par le pouvoir judiciaire uniquement lorsque les tribunaux ont appliqué les règles de compétence de façon arbitraire* » (*ibid.*, p. 537), c'est-à-dire « *une décision en matière de compétence du juge qui ait été carrément incompréhensible ou grossièrement erronée* » (*ibid.*, p. 542).

⁵ R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 74, n° 60.

⁶ Concernant la compatibilité de l'effet négatif du principe compétence-compétence avec la Convention de Washington de 1965, cf. *supra* n° 52.

en présence d'une exception d'arbitrage sans aucune restriction, c'est-à-dire sans être limitées à un contrôle *prima facie*¹. De même, la Convention ne s'oppose pas à la saisine des juridictions des États contractants d'une action déclaratoire en validité ou en nullité de la convention d'arbitrage².

105. La question de la compatibilité de l'effet négatif du principe compétence-compétence avec la Convention de New York a été directement posée aux juridictions françaises dans l'affaire *Jules Verne*. Afin d'obtenir la réparation résultant d'une grave avarie subie par leur navire, les propriétaires avaient assigné devant les juridictions françaises la société de classification américaine, ABS, qui opposa une exception d'arbitrage fondée sur la clause compromissoire prévue au contrat de classification conclu avec le constructeur du voilier Tencara. Devant la cour d'appel de renvoi³, l'un des intimés, la copropriété Jules Verne, prétendait que l'article 1458 n'était pas applicable en la cause, « *l'article 2 de la Convention de New York du 10 juin 1958 prévalant sur les dispositions de droit interne* ». Le plaideur prétendait ainsi que, dès lors que l'arbitrage est international, les juridictions françaises devraient opérer un contrôle total de la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage. La cour d'appel de Paris a écarté cet argument sur le fondement de la règle de l'article VII(1) de la Convention⁴, clause dite de la « *more-favour-right-provision* »⁵. Cet article prévoit que les dispositions de la Convention de New York « *ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée* ». Bien que visant la seule sentence arbitrale, la Cour a jugé cette disposition applicable à l'article II, disposition tendant à régir la convention d'arbitrage : « *la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ratifiée par les États-Unis et la France, réserve à son article VII l'application du droit commun plus favorable ou ne privant aucune partie du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ; que cette disposition s'applique nécessairement dans le contexte de l'article II de la Convention concernant la convention d'arbitrage en raison du lien que fait la Convention entre l'article II et le paragraphe 1 (a) de l'article V sur la validité de la convention d'arbitrage pour l'exécution de la sentence* »⁶. La

¹ En ce sens, A. DIMOLITSA, « Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *op. cit.*, p. 342, n° 43 ; J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 941, n° 2548.

² A. DIMOLITSA, « Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *op. cit.*, p. 333, n° 33.

³ CA Paris, 4 déc. 2002, *American Bureau of Shipping c. Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, *Rev. arb.*, 2003.1286, note E. GAILLARD. La cassation avait été prononcée un peu plus d'un auparavant, Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001.529, note E. GAILLARD, sans que la question de la conformité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence à la Convention de New York ne soit soulevée.

⁴ Article VII (1) de la Convention de New York : « *les dispositions de la présente convention [...] ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée* ».

⁵ L'expression est d'A. J. VAN DEN BERG, cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 152, n° 267.

⁶ CA Paris, 4 déc. 2002, *American Bureau of Shipping c. Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, *op. cit.*, p. 1290.

Cour de cassation, saisie d'un pourvoi, a approuvé le raisonnement¹. La solution est depuis invariable².

L'argument, avancé près de 10 ans auparavant par M^{me} Dimolitsa comme « *palliatif* » à l'absence de reconnaissance de l'effet négatif par la Convention de New York³, est convaincant : favoriser la validité des conventions d'arbitrage, c'est favoriser corrélativement l'accueil des sentences arbitrales⁴. L'article VII(1) de la Convention de New York, s'il ne vise formellement que la sentence arbitrale, doit être étendu aux dispositions visant la convention d'arbitrage. Si une partie de la doctrine a proposé d'autres voies afin d'admettre la conventionnalité de l'effet négatif⁵, celle suivie par la jurisprudence est aujourd'hui la plus sûre. En effet, cette interprétation proposée de l'article VII(1) semble aujourd'hui favorablement accueillie par la CNUDI elle-même. Par sa recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York, adoptée par la CNUDCI le 7 juillet 2006, confirmée par une résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies 61/33 du 4 septembre 2006, la CNUDCI a proposé une interprétation de l'article II(2) visant à ce que l'exigence de forme régissant les convention d'arbitrage, à savoir un écrit, soit assouplie. Notamment, les écrits visés par l'article II(2), « *contrat* » ou « *un échange de lettres ou de télégrammes* », ne doivent pas être considérés comme exhaustifs, pour tenir compte notamment de la forme électronique. Mais c'est la seconde recommandation qui nous intéresse directement, recommandant que l'article VII(1) de la Convention de New York « *soit appliqué pour permettre à toute partie de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention* ». C'est l'interprétation de l'article VII(1), proposée par M^{me} Dimolitsa, confirmé par la Haute juridiction française, qui se voit ici confortée par la CNUDCI elle-même. Le recours à cette disposition afin de permettre l'application de l'effet négatif de la compétence-compétence en matière d'arbitrage international nous paraît dès lors parfaitement justifié, le mécanisme visant à mettre en œuvre l'arbitrage sur simple apparence de convention d'arbitrage.

L'absence d'incompatibilité de l'effet négatif de la compétence-compétence avec la Convention de New York de 1958 pourrait être pris en considération en droit comparé. C'est en effet principalement au motif de la prétendue contrariété de l'effet négatif avec cette convention internationale que la Commission des affaires juridiques du Conseil des États en

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.* : « l'arrêt retient [...] à bon droit, que la Convention de New York, ratifiée par les États-Unis et la France, réserve l'application d'un droit interne plus favorable pour la reconnaissance de la validité de la convention d'arbitrage ».

² Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, *Navire Régine*, DMF, 681, mai 2007, p. 404, note Ph. DELEBECQUE ; en somm. in *Rev. arb.*, 2006.1086.

³ A. DIMOLITSA, « Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *op. cit.*, p. 342, n° 43.

⁴ En ce sens, E. GAILLARD, note sous CA Paris, 4 déc. 2002, *American Bureau of Shipping c. Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, *op. cit.*, p. 1295. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 152, n° 267 et p. 153, n° 269 ; E. DOUGIER, « Existence, validité et portée de la convention d'arbitrage : tribunaux arbitraux ou juridictions étatiques ? », *op. cit.*, p. 681.

⁵ Proposant par ex. une interprétation de l'article II(3) de la Convention de New York compatible avec l'effet négatif du principe compétence-compétence, A. MOURRE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, JDI, 2006.1384, p. 1404.

Suisse a proposé de ne pas donner suite à l'initiative parlementaire visant à la modification de l'article 7 LDIP¹, au contraire du Conseil national. Mais, comme cela a été justement souligné précédemment et mis en évidence par une partie de la doctrine suisse, on est en présence d'un « *faux conflit* » ; l'effet négatif de la compétence-compétence et la Convention de New York peuvent parfaitement être « *conciliés* »².

b).- La Convention de Genève de 1961

106. De prime abord, la Convention de Genève de 1961 ne paraît pas susciter de difficulté. L'effet négatif du principe compétence-compétence serait pleinement compatible avec ce texte puisque l'article VI(3) pose expressément la règle. Cependant, leur compatibilité n'est que partielle, puisque cette disposition joue exclusivement lorsque la procédure d'arbitrage est « *introduite* ». En effet, dans l'hypothèse inverse, celle où la procédure arbitrale n'est pas encore engagée, c'est la règle contraire qui est consacrée à l'article VI(1) et (2), qui décrit avec minutie le régime de l'exception d'arbitrage opposée au juge judiciaire³. Le deuxième alinéa ne laisse aucun doute : le contrôle réalisé par le juge judiciaire est total, approfondi, en fait et en droit⁴.

107. Pour autant, doit-on en déduire que l'effet négatif du principe de compétence-compétence devrait être écarté au profit de l'article VI lorsque la Convention de Genève est applicable ? Il existe selon nous une échappatoire afin de préserver l'effet négatif du principe compétence-compétence en toutes circonstances, que le tribunal arbitral soit ou non saisi, résultant de la complémentarité des dispositions de la Convention de Genève et de la Convention de New York mise en place par l'article X(7) de la Convention de Genève⁵.

¹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 15 février 2010 (Suisse) : « [I]a **majorité de la commission** rappelle, d'une part, que l'article 1 alinéa 2 LDIP prévoit que les traités internationaux sont réservés et, d'autre part, que l'article II alinéa 3 de la convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12) - ratifiée par la Suisse - règle de manière exhaustive la situation lorsqu'un tribunal arbitral a son siège à l'étranger et que la clause d'arbitrage est invoquée devant un tribunal étatique. Aussi la majorité de la commission estime-t-elle que légiférer dans le sens voulu par l'auteur de l'initiative contreviendrait aux dispositions de la convention, raison pour laquelle elle propose de ne pas se rallier à la décision du Conseil national de donner suite à l'initiative parlementaire ».

Le rapport est disponible à l'adresse suivante :

http://www.parlament.ch/afs/data/f/bericht/2008/f_bericht_s_k25_0_20080417_0_20100215.htm#3

² P.-Y. TSCHANZ, « De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP », *op. cit.*, p. 482.

³ En ce sens, J. BÉGUIN et M. MENJUCQ, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 941, n° 2548.

⁴ Article VI de la Convention de Genève de 1961 : « 1. *L'exception prise de l'existence d'une convention d'arbitrage et présentée, devant le tribunal judiciaire saisi par une des parties à la convention d'arbitrage doit être soulevée par le défendeur à peine de forclusion avant ou au moment de l'exception d'incompétence comme une question de procédure ou de fond.*

2. *Quand ils auront à se prononcer sur l'existence ou la validité d'une convention d'arbitrage, les tribunaux des États contractants statueront en ce qui concerne la capacité des parties selon la loi qui leur est applicable et en ce qui concerne les autres questions :*

(a) *selon la loi à laquelle les parties ont soumis la convention d'arbitrage ;*

(b) *à défaut d'une indication à cet égard, selon la loi du pays où la sentence doit être rendue ;*

(c) *à défaut d'indication sur la loi à laquelle les parties ont soumis la convention et, si au moment où la question est soumise à un tribunal judiciaire il n'est pas possible de prévoir quel sera le pays où la sentence sera rendue, selon la loi compétente en vertu des règles de conflit du tribunal saisi. Le juge saisi pourra ne pas reconnaître la convention d'arbitrage si, selon la loi du for, le litige n'est pas susceptible d'arbitrage ».*

⁵ Article X(7) de la Convention de Genève : « [I]es dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus ou à conclure par des États contractants en matière d'arbitrage ».

L'historique et l'imbrication de ces deux instruments sont ainsi retracés : «[I]es négociateurs de la Convention européenne étaient convaincus qu'ils pouvaient et devaient aller plus loin que leurs devanciers de New York, mais sans rupture. Modestement, ils ont décidé (art. X, § 7) que ses dispositions ne porteraient pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux passés ou futurs. De fait, tous les États européens liés par la Convention de Genève le sont aussi par celle de New York. Leurs tribunaux ont donc naturellement vu dans ces deux conventions des instruments complémentaires, applicables « simultanément »¹. On retrouve ici tout simplement l'un des « principes de solution habituellement proposés pour résoudre ces conflits de conventions », qui n'est ni la « primauté de la convention la plus récente », ni la primauté de la convention « la plus « spéciale » », mais la « règle dite de « l'efficacité maximale » », ou encore « de la primauté de la convention la plus favorable », selon laquelle « [s]era toujours préférée la convention la plus favorable à la validité de l'arbitrage et à l'exécution de la sentence »². C'est cette dernière règle qui est expressément consacrée par l'article X(7) de la Convention de Genève. Dès lors que les États parties à la Convention de Genève sont également parties à la Convention de New York (ce qui est le cas), l'article X(7) de la Convention de Genève prescrit de faire prévaloir les dispositions plus favorables d'autres « accords multilatéraux ou bilatéraux passés ou futurs », permettant ainsi l'application de l'article VII(1) de la Convention de New York renvoyant à l'application du droit national plus favorable. Si cette interprétation combinée peut paraître un tant soit peu tirée par les cheveux, il ne fait pas de doute que les juridictions françaises, dans leur politique de faveur pour l'arbitrage, exploiteront toutes les possibilités qui leur sont offertes pour que soit appliquée en toutes circonstances l'une des règles matérielles essentielles du droit français, au cœur du système de résolution des conflits de compétence entre la justice publique et la justice privée.

2).- Le Règlement Bruxelles I

108. Dernier élément permettant de vérifier la compatibilité de l'effet négatif avec les normes supérieures, il reste à déterminer si l'effet négatif de la compétence-compétence est compatible avec les instruments intra-européens de circulation des jugements.

109. Nous limiterons nos développements à l'examen de la compatibilité de l'effet négatif de la compétence-compétence avec le Règlement CE 44/2001, dit Règlement Bruxelles I, l'analyse pouvant être étendue à son ancêtre la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 encore applicable *ratione tempore* dans certaines hypothèses, à la Convention de Lugano révisée du 30 octobre 2007, et son ancêtre, celle du 16 septembre 1988, étendant les solutions posées par la Convention de Bruxelles entre États membres de l'UE et États non membres de l'UE, notamment la Suisse, la Norvège et l'Islande. Si comme il a été justement souligné, la rencontre de l'arbitrage avec d'autres textes européens pourrait survenir³, nous ne pouvons aborder toutes les formes multiples de rencontre du droit de l'arbitrage et du droit de l'Union européenne dans le cadre limité de ces développements. Les textes européens se sont

¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 162, n° 286.

² Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 127, n° 218 et p. 153, n° 268.

³ L. IDOT et Ch. JARROSSON, « Arbitrage », *Rép. Dalloz communautaire*, Paris, Dalloz, 2010, n° 2.

en effet multipliés en matière de droit international privé. Il suffit de songer au règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, au Titre exécutoire européen¹ ou encore à la procédure applicable aux petits litiges². Surtout, elles ne se poseront pas nécessairement dans les mêmes termes puisque certains de ces instruments n'excluent pas de leur champ d'application l'arbitrage³. Nous nous concentrerons donc sur les seuls rapports entre l'effet négatif et le règlement Bruxelles I, question posée de manière récurrente.

110. Même circonscrit à ce champ d'étude, la question n'en demeure pas moins particulièrement sensible : elle l'est, tout d'abord, car la validité de la convention d'arbitrage met en jeu aussi bien la compétence du tribunal arbitral que celle des juridictions étatiques ; elle l'est d'autant plus que la question de l'applicabilité de la Convention de Bruxelles à l'arbitrage a récemment resurgi suite à la publication du « *rapport Hess* » établi à la demande de la Commission européenne dans l'objectif de refondre le Règlement Bruxelles I⁴. Ce rapport a suscité l'émoi d'une part de la doctrine⁵, l'inquiétude des praticiens⁶ et des institutions d'arbitrage⁷. Dans la lignée d'un article de doctrine⁸, il propose de poser une règle de conflit de juridictions reconnaissant compétence au juge de l'État du siège de l'arbitrage pour juger par une action déclaratoire de l'existence, la validité ou l'étendue d'une convention d'arbitrage, les juridictions d'autres États tenues de surseoir à statuer dans l'attente du jugement. Aucune éventuelle association des arbitres au tracé de cette frontière pourtant commune n'est envisagée⁹.

111. Distinguons selon que l'effet négatif est invoqué à titre de règle de compétence internationale directe devant les juridictions françaises (a), ou à titre de condition de régularité du jugement étranger (b).

a).- L'effet négatif, règle de compétence directe

i).- *Le Règlement Bruxelles I dans sa version actuelle*

112. Au premier abord, l'effet négatif du principe compétence-compétence invoqué directement devant les juridictions françaises ne devrait pas être contraire au Règlement

¹ Règlement n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil, 21 avr. 2004, JOUE, n° L 143, 30 avr.

² Règlement n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil, 11 juill. 2007, JOUE, n° L 199, 31 juill.

³ L. IDOT et Ch. JARROSSON, « Arbitrage », *op. cit.*, n° 2.

⁴ B. HESS, TH. PFEIFFER AND P. SCHLOSSER, "Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States", Final Version September 2007, Study JLS/C4/2005/03, *op. cit.*

⁵ Cf. le vif échange entre M. LAZAREFF et les auteurs du rapport *Hess* : S. LAZAREFF, « Et ça continue ! Arbitre, entends-tu le vol noir de Bruxelles sur la plaine ? », *Gaz. Pal.*, 2 juill. 2008, n° 184, p. 3 ; P. SCHLOSSER, B. HESS and T. PFEIFFER, « Les propositions du rapport Heidelberg concernant l'application de "Brussel I" à l'arbitrage – une réponse à l'éditorial de Serge Lazareff », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2008, n° 290, p. 26. L'intégration de l'arbitrage dans le champ d'application du Règlement de Bruxelles I avait également été récemment proposée par H. VAN HOUTTE, « Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation ? », *Arb. Int.*, 2005, vol. 21, n° 4, p. 509.

⁶ O. SAUMON et J.-Y. GARAUD, « Barreau de Paris : rapport du conseil de l'Ordre et résolution sur le projet d'intégration de l'arbitrage dans le règlement n° 44/2001 », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2008, n° 290, p. 28.

⁷ « Rapport du groupe de travail et résolution d'ICC-France sur l'application à l'arbitrage du rapport relatif à l'application du Règlement de Bruxelles I dans les États membres de l'Union européenne », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2008, n° 290, p. 20.

⁸ H. VAN HOUTTE, « Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation ? », *op. cit.*

⁹ B. HESS, TH. PFEIFFER AND P. SCHLOSSER, "Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States", Final Version September 2007, Study JLS/C4/2005/03, *op. cit.*, n°s 131 à 136.

Bruxelles I dans sa version actuelle. En ce sens, il suffit de se référer à l'exclusion de la matière de l'arbitrage du champ d'application du Règlement par l'article 1(2)(d)¹. Spécifiquement concernant les relations entre juridictions d'État et arbitrage, il était encore récemment affirmé, sans que la solution ne prête débat, que « [l]'attitude du juge confronté en cours d'instance à l'existence d'une procédure arbitrale parallèle sera [...] régie par les dispositions propres du for » ; le juge français pourrait donc incontestablement appliquer l'effet négatif du principe compétence-compétence².

Sans doute, la solution ne prête-t-elle pas à discussion lorsque le juge d'appui est saisi d'une difficulté de constitution du tribunal arbitral, et que, pour s'y opposer, l'une des parties excipe de la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Dans ce cas, le Règlement Bruxelles I est inapplicable à la demande principale comme à l'exception d'incompétence opposée. C'est ce qu'il résulte de la jurisprudence *March Rich* selon laquelle « l'article 1^{er} al. 2(4) doit être interprété en ce sens que l'exclusion qu'il prévoit s'étend à un litige pendant devant une juridiction étatique qui a pour objet la désignation d'un arbitre, même si ce litige soulève au préalable la question de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage ».

113. En revanche, la question de la conformité de l'effet négatif de la compétence-compétence, en tant que règle de compétence directe, avec le droit communautaire se pose avec acuité pour le juge saisi au fond sur le fondement d'un chef de compétence internationale du Règlement Bruxelles I auquel est opposé une exception d'arbitrage. Le juge saisi du fond dans une matière relevant du Règlement Bruxelles I auquel est opposé une exception d'arbitrage, peut-il en connaître ? Plus précisément, les règles de compétence internationale posées par le Règlement Bruxelles I ont-elles vocation à définir le juge étatique compétent dans l'espace judiciaire européen pour juger de la validité et de l'applicabilité d'une convention d'arbitrage ? La doctrine et la jurisprudence sont divisées³ depuis que la question a été posée explicitement par le Royaume-Uni lors de son adhésion ; cette problématique

¹ De man. gén., cf. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe (Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007))*, op. cit., pp. 41 et s. ; A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires (droit communautaire, droit comparé)*, op. cit., pp. 44 et s.

² A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires (droit communautaire, droit comparé)*, op. cit., p. 49, n° 63.

³ Se prononçant pour l'application de la Convention de Bruxelles au jugement dans son ensemble : OLG. Celle, 8 décembre 1977, *RIW*, 1979, p. 131 (la juridiction allemande a appliqué le régime de la Convention de Bruxelles à une décision italienne dans son ensemble, bien qu'elle constate que cette dernière ait violé une convention d'arbitrage) ; Hambourg, *Prax*, 1995, p. 391, rapporté par J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 965, n° 1015 ; High Court, *Aff. The Heidberg*, 1994, 2, *Lloyd Rep.* 287, jugement qui est resté isolé ; rapport *SCHLOSSER*, op. cit., spéc. p. 93, n° 62 ; rapport des professeurs D. EVRIGENIS et K. D. KERAMEUS relatif à l'adhésion de la République hellénique à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* 1986, C 298/1, 24 nov. 1986, p. 10, n° 35 ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., pp. 964-966, n° 1012.

Se prononçant contre l'application de la Convention de Bruxelles au jugement dans son ensemble : H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano – Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, op. cit., p. 228, n° 318 ; A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires (droit communautaire, droit comparé)*, op. cit., pp. 46-47.

formulée il y a près de trente ans, récurrente¹ et qui était d'ailleurs latente dans l'affaire *Marc Rich*², a finalement trouvé une réponse dans l'arrêt *West Tankers*. Plus célèbre pour sa condamnation des injonctions *anti-suit* au regard des objectifs du Règlement Bruxelles I, l'arrêt *West Tankers* apporte une réponse tout aussi attendue à la question de savoir si l'exception d'arbitrage, opposée à un juge étatique saisi du fond d'un litige relevant du Règlement Bruxelles I tombe elle-même dans le champ d'application de cet instrument³. On rappellera succinctement les circonstances de l'affaire ayant donné lieu à l'intervention de la CJCE, avant de nous attarder sur les motifs de l'arrêt, prémices de la condamnation des injonctions *anti-suit*, qui nous concernent plus directement.

Le litige à l'origine de la question préjudicielle est né de l'endommagement d'un embarcadère situé à Syracuse par la collision d'un navire, le *Front Comor*, appartenant à *West Tankers* et affrété par la société *Erg Petroli*, l'embarcadère endommagé appartenant à cette dernière. *Erg Petroli* obtint indemnisation par ses assureurs, *Allianz* et *Generali*, dans la limite de sa couverture d'assurance et engagea pour le surplus une procédure d'arbitrage à l'encontre de *West Tankers* conformément à la clause d'arbitrage contenue au contrat d'affrètement. Les assureurs, ayant versé à *Erg Petroli* l'indemnisation pour le préjudice subi et ainsi subrogés dans ses droits, engagèrent alors une action récursoire contre *West Tankers*, formant un recours devant le tribunal de Syracuse, la compétence internationale de ce tribunal résultant de l'article 5(3) du Règlement Bruxelles I qui en matière délictuelle donne compétence au juge du lieu du fait dommageable, en l'espèce Syracuse. Pour s'y opposer, *West Tankers* engagea alors une procédure devant les juridictions du Royaume-Uni en leur demandant d'enjoindre aux assureurs de ne pas poursuivre la procédure en Italie et de se soumettre à l'arbitrage. *West Tankers* estimait que la clause d'arbitrage contenue dans la charte-partie était applicable au dommage subi par *Erg Petroli*, les assureurs subrogés dans les droits de cette dernière société elle-même liée par cette clause. La High Court of Justice ayant accueilli la demande, les assureurs ont fait appel de la décision devant la House of Lords, invoquant le fait qu'une telle injonction serait contraire au Règlement Bruxelles I. C'est dans ce contexte que la House of Lords a saisi la CJCE de la question préjudicielle suivante : « [I]e fait, pour une juridiction d'un État membre, d'adopter une décision interdisant à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure dans un autre État membre au motif qu'une telle procédure viole une convention d'arbitrage est-il compatible avec le Règlement n° 44/2001 »⁴ ?

¹ La Cour de cassation a manqué une bonne occasion d'y apporter des éléments de réponse : Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2000, *AGF c. M. Goettgens*, *Rev. arb.*, 2001.507, note L. IDOT ; *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 172, note H. MUIR WATT.

² Dans cette affaire en effet, la société italienne *Impianti* invoquait la compétence exclusive du juge italien pour statuer sur l'efficacité de la convention d'arbitrage en vertu des règles de compétence internationale directe de la Convention de Bruxelles.

³ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc., D.*, 2009.981, note C. KESSEDJIAN ; Pan. 2384, obs. S. BOLLÉE ; *RTD civ.*, 2009.357, obs. P. THÉRY ; *RTD com.*, 2009.644, obs. P. DELEBECQUE ; *Rev. arb.*, 2009.407, note S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP*, 2009.373, note H. MUIR WATT ; *JCP*, 2009 I 148, § 3, obs. C. SERAGLINI ; *JCP*, 2009.I.462, n° 4, obs. J. BÉGUIN ; *DMF*, 2009.211, obs. R. CARRIER ; *JCP*, 2009.II.227, note P. CALLE ; *Gaz. Pal.*, 17-18 juill. 2009, Cah. Arb., 2009/2, p. 20, obs. A. MOURRE ET A. VAGENHEIM.

⁴ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*

Le premier point du raisonnement, essentiel, était de déterminer si l'exception d'arbitrage opposée à un litige entrant dans le champ d'application du Règlement relève elle-même de cet instrument. La Cour part tout d'abord d'une analyse classique de l'étendue de l'exclusion de l'arbitrage : « *pour déterminer si un litige relève du champ d'application du Règlement n° 44/2001, seul l'objet de la procédure doit être pris en compte* ». On retrouve ici le critère de délimitation de l'exclusion de l'arbitrage tel que posé par l'arrêt *Marc Rich*¹. La Cour ajoute que « *[p]lus précisément, l'appartenance au champ d'application du Règlement n° 44/2001 est déterminée par la nature des droits dont la procédure en question assure la sauvegarde* »². C'est ici le critère complémentaire posé par l'arrêt *Van Uden*³. Cette analyse classique rappelée, la Cour de Justice s'en écarte immédiatement : « *[t]outefois, bien qu'une procédure ne relève pas du champ d'application du Règlement n° 44/2001, elle peut néanmoins avoir des conséquences qui portent atteinte à l'effet utile de ce dernier, à savoir empêcher la réalisation des objectifs de l'unification des règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale ainsi que de la libre circulation des décisions dans cette même matière. Il en est ainsi notamment lorsqu'une telle procédure empêche une juridiction d'un autre État membre d'exercer les compétences qui lui sont attribuées en vertu du Règlement n° 44/2001* »⁴. L'exclusion de l'arbitrage est ici réduite à une peau de chagrin, voire à néant au nom de la préservation de l'« effet utile » du Règlement.

C'est au regard de cette nouvelle règle d'interprétation de l'étendue du champ d'application du Règlement Bruxelles I, son champ d'application s'étendant alors même aux matières exclues si elles portent atteinte à son effet utile, que la Cour affirme explicitement au regard des conclusions de l'avocat général qu'« *il convient de considérer [...] que, si, par l'objet du litige, c'est-à-dire par la nature des droits à sauvegarder dans une procédure, telle qu'une demande en dommages-intérêts, cette procédure relève du champ d'application du Règlement n° 44/2001, une question préalable portant sur l'applicabilité d'une convention d'arbitrage, y compris notamment sur sa validité, rentre également dans le champ d'application de ce Règlement* »⁵. La Cour en conclut donc qu'en l'espèce « *l'exception d'incompétence, soulevée par West Tankers devant le Tribunale di Siracusa et tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, y compris la question de la validité de cette dernière, relève du champ d'application du Règlement n° 44/2001 et qu'il appartient alors exclusivement à cette juridiction de statuer sur sa propre compétence en vertu des articles 1^{er}, paragraphe 2, sous d) et 5, point 3 de ce Règlement* »⁶. La problématique concernant l'identification du juge compétent pour statuer sur l'exception d'arbitrage en cas de saisines parallèles en droit judiciaire européen trouve enfin son dénouement⁷.

¹ CJCE, 25 juill. 1991, Aff. C-190/89, *Marc Rich c. Impianti*, Rec. CJCE, 1991.I.3855 ; Rev. arb., 1991.677, note D. HASCHER ; Rev. crit. DIP, 1993, p. 310, note P. MAYER, n° 26 : « *[p]our déterminer si un litige relève du champ d'application de la Convention, seul l'objet de ce litige doit être pris en compte* ».

² CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, op. cit., n° 22.

³ CJCE, 17 nov. 1998, Aff. C-391/95, *Van Uden Maritime c. Deco-Line*, Rec. CJCE, 1998.I.7091 ; Rev. arb., 1999.143, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁴ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, op. cit., n° 24.

⁵ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, op. cit., n° 26.

⁶ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, op. cit., n° 27.

⁷ Antérieurement, cf. A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires (droit communautaire, droit comparé)*, op. cit., pp. 46-47, n°s 59-60, considérant que le Règlement Bruxelles I n'a pas vocation à régir l'exception d'arbitrage.

114. Cet arrêt pourrait remettre en question l'effet négatif de la compétence-compétence au sien de l'UE. En effet, l'argument central invoqué à l'encontre des injonctions *anti-suit* peut également être opposé à l'effet négatif. Plus précisément, il s'agit de l'argument retenu par la CJCE selon lequel une telle mesure conduit à « priver son destinataire « d'une forme de protection juridictionnelle à laquelle il a droit » en lui interdisant l'accès au tribunal qu'il a saisi sur le fondement des critères de compétence du Règlement, ce alors même qu'il considère que la convention d'arbitrage ne saurait être valablement invoquée par l'autre partie ». Or, le résultat pratique de l'effet négatif de la compétence-compétence est identique sur ce point à une injonction *anti-suit* : « le demandeur se voit « fermer l'accès à la juridiction étatique » sans être en mesure de contester l'efficacité de la convention d'arbitrage »¹. L'arrêt *West Tankers* conduit en effet à ouvrir au plaideur le droit de saisir une juridiction d'un État membre qui aurait été compétente sur le fond du litige en vertu du Règlement Bruxelles I en l'absence de la convention d'arbitrage, pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage². L'objet du litige relevant du Règlement, l'exception d'arbitrage, question préalable, rentre également dans son champ d'application ; consécutivement, la Cour retient donc que l'exception d'arbitrage opposée à la juridiction « relève du champ d'application du règlement n° 44/2001 et qu'il appartient alors exclusivement à cette juridiction de statuer sur cette exception ainsi que sur sa propre compétence en vertu des articles 1^{er}, paragraphe 2, sous d), et 5, point 3, de ce règlement », pour ensuite condamner le recours à l'injonction *anti-suit*. Clairement, en reconnaissant compétence exclusive à la juridiction de l'État membre pour statuer sur l'exception d'arbitrage lorsqu'elle est compétente en vertu des chefs de compétence internationale du Règlement Bruxelles I, saisi d'un différend relevant bien, à titre principal, de la matière civile et commerciale, l'effet négatif de la compétence-compétence est condamné. Le juge français, valablement saisi d'un litige relevant du Règlement Bruxelles I, sur un chef de compétence internationale pour connaître du fond du litige posé par ce Règlement, ne pourrait plus opposer l'effet négatif de la compétence-compétence en présence de l'apparence d'une convention d'arbitrage valable et applicable ; il serait tenu d'en juger, sans se limiter à un examen *prima facie*, le Règlement Bruxelles I l'investissant du pouvoir de juger de sa compétence.

115. Cependant, cette éventuelle condamnation de l'effet négatif de la compétence-compétence par une telle interprétation extensive de l'arrêt *West Tankers* doit être relativisée. Peut-être a-t-on exagéré sa portée. En effet, à la différence des injonctions *anti-suit*, l'effet négatif, en tant que règle de compétence directe, s'adresse aux seules juridictions françaises. Il ne produit aucun effet extra-territorial ; il ne peut donc pas porter une quelconque atteinte « au principe selon lequel chaque juridiction saisie détermine elle-même, en vertu des règles qui lui sont applicables, si elle est compétente pour trancher le litige qui lui est soumis »³, ni une quelconque atteinte au principe de confiance mutuelle⁴. L'effet négatif de la compétence-compétence s'adresse aux seules juridictions françaises et reportent simplement l'examen de

¹ S. BOLLÉE, note sous CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *Rev. arb.*, 2009.407, spéc. p. 424, n° 9.

² Proposant une telle interprétation, bien qu'y étant hostile, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe (Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, *op. cit.*, p. 44, n° 48.

³ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, n° 29.

⁴ *Ibid.*, n° 30.

leur propre pouvoir de juger de la compétence au stade du contrôle de la sentence. Surtout une telle analyse occulte la possibilité reconnue au juge étatique de contrôler en toutes circonstances l'efficacité apparente de la convention d'arbitrage. Par ces deux gardes-fous – contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste *a priori*, contrôle total *a posteriori* –, on ne peut soutenir qu'« *une partie pourrait se soustraire à la procédure en se bornant à exciper de ladite convention et le requérant, qui considère que cette dernière est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, se verrait ainsi fermer l'accès à la juridiction étatique qu'il a saisie en vertu de l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001 et serait dès lors privé d'une forme de protection juridictionnelle à laquelle il a droit* »¹.

116. Surtout, le premier temps de raisonnement de la Cour de Justice dans l'arrêt *West Tankers*, seul à nous intéresser directement, est peu convaincant.

Certes, certains éléments vont incontestablement dans le sens de la décision prononcée par la Cour de Justice. En effet, la solution posée dans l'arrêt *West Tankers* serait simplement l'application d'une règle plus générale qui veut que « [l]a décision rendue dans le cadre d'un litige portant à la fois sur des matières incluses et sur des matières exclues relève[] sans restriction des instruments pour ce qui concerne sa reconnaissance et son exécution »². De manière générale en effet, ne doit-on pas admettre que le régime de reconnaissance applicable à l'objet principal du litige s'étende également aux questions incidentes ou préalables, même si l'objet de ces dernières est expressément exclu ?

Néanmoins, les prémices de la démonstration de l'arrêt *West Tankers*, relatif à l'inclusion ou l'exclusion dans le champ d'application du Règlement Bruxelles I des dispositions d'un jugement étranger statuant sur une exception d'arbitrage, ont « *l'allure d'un véritable cache-misère* »³. Pour justifier l'application du Règlement à l'exception d'arbitrage, la Cour de Justice invoque principalement « *l'atteinte à l'effet utile* » du Règlement, en considérant que « *bien qu'une procédure ne relève pas du champ d'application du règlement n° 44/2001, elle peut néanmoins avoir des conséquences qui portent atteinte à l'effet utile de ce dernier, à savoir empêcher la réalisation des objectifs de l'unification des règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale ainsi que de la libre circulation des décisions dans cette même matière. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'une telle procédure empêche une juridiction d'un autre État membre d'exercer les compétences qui lui sont attribuées en vertu du règlement n° 44/2001* »⁴. S'appuyant sur les conclusions de l'avocat général et sur le rapport relatif à l'adhésion de la République hellénique qui admet que « *si, par l'objet du litige, c'est-à-dire par la nature des droits à sauvegarder dans une procédure, telle qu'une demande en dommages-intérêts, cette procédure relève du champ d'application du règlement n° 44/2001, une question préalable portant sur l'applicabilité d'une convention d'arbitrage, y compris notamment sur sa validité, rentre également dans le champ d'application de ce règlement* »⁵, la Cour en déduit que « *l'exception d'incompétence, soulevée par West Tankers*

¹ *Ibid.*

² A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires (droit communautaire, droit comparé)*, *op. cit.*, p. 38, n° 45. Cf. également sur cette règle, L. USUNIER, note sous *Chambre des Lords, West Tankers Inc c. Riunione Adriatica di Sicurtà SpA et autres*, *Rev. crit. DIP*, 200.434, pp. 450-451.

³ S. BOLLÉE, note sous CJCE, 10 fév. 2009, *Allianz SpA et autre c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, p. 416, n° 2.

⁴ CJCE, 10 fév. 2009, *Aff. C-185/07, Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, n° 24.

⁵ *Ibid.*, n° 26.

devant le Tribunale di Siracusa et tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, y compris la question de la validité de cette dernière, relève du champ d'application du règlement n° 44/2001 et qu'il appartient alors exclusivement à cette juridiction de statuer sur cette exception ainsi que sur sa propre compétence en vertu des articles 1^{er}, paragraphe 2, sous d), et 5, point 3, de ce règlement » (point n° 27).

L'« effet utile » du Règlement est le point central du raisonnement. La Cour de Justice adopte une interprétation du champ d'application du Règlement Bruxelles I élargi au regard de ce critère démusément souple proposé, l'« atteinte à l'effet utile » du Règlement. En réalité, cette interprétation conduit à vider de son sens l'exception posée, en intégrant toute contestation de la convention d'arbitrage. En ce sens, l'existence d'une convention d'arbitrage a précisément pour objet de faire échec à la compétence de la justice publique et empêchera nécessairement « la réalisation des objectifs de l'unification des règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale ainsi que la libre circulation des décisions dans cette même matière »¹. Toute convention d'arbitrage porte potentiellement « atteinte à l'effet utile » du Règlement Bruxelles I car, par définition, elle exclut la compétence des juridictions publiques et fait ainsi obstacle à l'application des règles de droit international privé – règles de conflit de juridictions – telles que posées par cet instrument. Plus généralement, il nous semble que les matières exclues limitent le champ d'application du Règlement Bruxelles I et feront toujours obstacle à « son effet utile ». Cette interprétation, « singulier tour de passe-passe »², conduit ainsi, de manière paradoxale, à priver de tout effet utile les limitations du champ d'application *ratione materiae* du Règlement Bruxelles I elles-mêmes.

Ensuite, en reconnaissant compétence exclusive à la juridiction désignée selon les règles de compétence posées par le Règlement Bruxelles I pour connaître de l'exception d'arbitrage, la Cour de justice méconnaît l'ordre logique d'imbrication des questions de compétence. En effet, les questions de compétence juridictionnelle générale conditionnent l'application des règles de compétence internationale interétatique. Autrement dit, l'exception d'arbitrage ne peut être incluse dans le Règlement Bruxelles I car elle conditionne son application elle-même. C'est cet argument qui résume la position française depuis l'origine, argument de pure logique : « la validité de la convention d'arbitrage [est] une question préjudicielle dont dépend[] non seulement la compétence du juge ayant statué, mais l'application des Conventions elles-mêmes. En d'autres termes, cette question se situe en amont de la procédure de reconnaissance proprement dit et doit être résolue préalablement par le juge de l'exequatur. Il en découle qu'une convention d'arbitrage valable devrait exclure l'application des Conventions en vertu même de leur clause d'exclusion »³. Dans la même lignée d'arguments, il nous paraît difficile de prétendre que le juge, compétent selon les règles de Bruxelles I pour connaître d'un litige, serait également exclusivement compétent pour statuer sur la compétence juridictionnelle générale. Le Règlement Bruxelles I reconnaît bien en effet au juge saisi le pouvoir exclusif de statuer sur sa compétence, le juge de l'État requis étant lié

¹ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, n° 24.

² S. BOLLÉE, note sous CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, p. 418, n° 4.

³ Position d'auteurs français synthétisée par J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 966, n° 1016. Cf. par ex. : J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 835, n° 1076.

par l'appréciation de la compétence faite par le juge de l'État d'origine. Mais ce texte régit la seule compétence interétatique et n'a pas vocation à régir les questions de compétence juridictionnelle générale. La Cour de Justice donne une portée alors exagérée au pouvoir exclusif que détient le juge de l'État d'origine pour statuer sur sa propre compétence – dès lors que le juge de l'État requis est lié par cette appréciation – en l'étendant abusivement aux questions de compétence juridictionnelle générale, exclues par définition du Règlement Bruxelles I, régissant les seules règles de compétence interétatique¹.

Enfin, la solution posée par la Cour de Justice est inopportune puisqu'elle prive le juge de l'État requis de la possibilité d'apprécier la compétence juridictionnelle générale alors que le Règlement Bruxelles I ne contient aucune règle commune, uniforme, régissant la convention d'arbitrage – existence, validité, applicabilité, arbitrabilité –². Le juge de l'État d'origine imposera donc aux autres États sa propre conception de la compétence juridictionnelle générale, alors que chaque État dispose de sa propre réglementation. L'absence de contrôle de la compétence internationale étatique indirecte dans le cadre du Règlement Bruxelles I s'explique par le fait que ce dernier instrument édicte des règles de compétence internationale directe communes aux différents États membres. Pourquoi vouloir alors imposer « *le principe de confiance mutuelle* » aboutissant au « *principe de reconnaissance mutuelle* » du jugement sur la compétence, principe s'inscrivant dans le cadre du Règlement Bruxelles I, à un domaine exclu par définition de cet instrument ? L'argument, avancé par la *House Of Lords* au soutien de sa question préjudicielle, était plus que convaincant³. A défaut de règles communautaires uniformes, le principe de confiance mutuelle entre États membres n'a pas lieu d'être dans un domaine non uniformisé. Il est dès lors exclu que les dispositions plus libérales de reconnaissance des jugements posées par le Règlement Bruxelles I s'appliquent à l'arbitrage. Cette « *fonction de la confiance mutuelle comme principe attributif de compétence* » est discutable.

117. L'exception d'arbitrage ne serait pas une simple « *question incidente* », « *question préliminaire* » qui doit suivre le régime de reconnaissance de l'objet principal du litige. Il serait donc souhaitable que l'on en revienne à une lecture raisonnable de l'exclusion de l'arbitrage et que l'on ne fasse pas disparaître toute utilité à cette disposition. Pour notre part, nous préconisons, avec un auteur⁴, d'appliquer dans ces circonstances la solution posée dans l'affaire *De Cavel II*⁵ distinguant entre question préalable et question accessoire¹. Les

¹ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, n^{os} 28 et 29.

² En ce sens, S. BOLLÉE, « Quelques remarques sur les injonctions *anti-suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The Front Comor* de la chambre des Lords », *Rev. arb.*, 2007.223, p. 242, n^o 14.

³ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, n^o 15 : dans le domaine de l'arbitrage, « *il n'existerait pas d'ensemble de règles communautaires uniformes, condition nécessaire pour que la confiance mutuelle entre les juridictions des États membres puisse s'établir et s'appliquer* ».

⁴ En ce sens, cf. C. KESSEDJIAN, « Arbitrage et droit européen : une désunion irrémédiable ? », *D.*, 2009.981 : « *la Cour aurait dû reprendre la distinction qu'elle avait admise dans l'arrêt de Cavel II et dire que les questions de validité et d'applicabilité de la convention d'arbitrage sont des questions accessoires, parfaitement séparables de la question sur le fond. Partant, elles doivent suivre un régime différent des questions incidentes. La question accessoire ayant trait à la validité ou à l'applicabilité d'une convention d'arbitrage doit pouvoir être soulevée devant un juge spécialement compétent à cet effet* ».

⁵ CJCE, 6 mars 1980, Aff. C-120/79, *Rec. CJCE* 731 ; *Rev. crit. DIP*, 1980.615, 2^e esp., note G. DROZ, n^o 9 : « *les demandes accessoires relèvent du champ d'application de la convention suivant la matière qu'elles concernent et non suivant la matière dont relève la demande principale* ».

juridictions françaises pourraient ainsi continuer à appliquer l'effet négatif de la compétence-compétence.

ii).- *Le Règlement Bruxelles I dans sa version refondue*

118. La légalité communautaire de l'effet négatif en tant que règle de compétence directe se pose avec acuité au regard de la version future du Règlement Bruxelles I, telle qu'elle résulte de l'actuelle proposition de refonte de la Commission du 14 décembre 2010². Si la règle de l'effet négatif de la compétence-compétence était condamnée par le « *Rapport Hess* », les réponses au rapport et au livre vert préparé par la Commission ont permis de mettre à jour une vive opposition. Cette dernière, menée par certains États et d'éminents juristes, a été relayée par le Parlement européen. Par la résolution adoptée le 7 septembre 2010, il retient de manière général que l'arbitrage devrait rester exclu du Règlement 44/2001³, et précise spécifiquement que « *les différents moyens procéduraux de droit national mis en place pour protéger la juridiction arbitrale (tels que les « anti-suit injunctions » dans la mesure où elles sont compatibles avec la libre circulation des personnes et avec les droits fondamentaux, la déclaration de validité d'une clause d'arbitrage, l'octroi de dommages et intérêts pour violation d'une clause d'arbitrage, l'impact négatif du principe compétence-compétence, etc.) doivent rester disponibles et que les effets de telles procédures et les décisions de justice qui en découlent dans les autres États membres doivent être laissés à l'appréciation du droit national de ces États membres, comme c'était le cas avant l'arrêt rendu dans l'affaire West Tankers (...)* ». Le Parlement conclut ainsi en s'opposant « *fermement à la suppression même partielle, des dispositions excluant l'arbitrage du champ d'application* ». Il propose que soit explicitement affirmé dans le futur Règlement l'exclusion des « *procédures judiciaires visant à établir la validité ou l'étendue de la compétence arbitrale, que ce soit à titre principal ou incident ou à titre préjudiciel* », en opposition frontale avec la jurisprudence de la CJCE résultant de l'arrêt *West Tankers*.

La proposition de refonte du Règlement Bruxelles I du 14 décembre 2010 émise par la Commission⁴ a partiellement suivi la résolution du Parlement en maintenant en principe l'exclusion de l'arbitrage⁵. L'exclusion de l'arbitrage est rappelée, par le considérant 11⁶, tout

¹ Sur la notion de questions accessoires, cf. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe (Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007))*, op. cit., p. 48, n° 51.

² Proposition de la Commission européenne de Règlement du Parlement européen et du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 14 décembre 2010 (COM(2010) 748 final 2010/0383 (COD)).

³ Cf. sa présentation par Ch. JARROSSON in *Rev. arb.*, 2010.697.

Disponible sur le site : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0304+0+DOC+XML+V0//FR>

⁴ Pour les premiers commentaires, cf. C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *RTD eur.*, 2011.117 ; L. IDOT, « Refonte du règlement « Bruxelles I » et autres projets en matière d'actions collectives... », *Europe* n° 3, mars 2011, alerte 19 ; M. DOUCHY-LOUDOT et E. GUINCHARD, « Espace judiciaire civil européen (15 novembre 2010 – 15 mai 2011) », *RTD eur.*, 2011.465.

⁵ Cf. sa présentation par F.-X. TRAIN in *Rev. arb.*, 2010.1010 ; C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *Rev. trim. Dr. eur.*, 2011.117.

⁶ Considérant n° 11 : « [l]e présent règlement ne s'applique pas à l'arbitrage, en dehors des cas restreints qui y sont prévus. En particulier, il ne régit pas la forme, l'existence, la validité ni les effets des conventions d'arbitrage, les compétences des arbitres, la procédure devant les tribunaux d'arbitrage, ni la validité, l'annulation, et la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ».

comme par l'article 1 (2)(d), mais « *sous réserve des dispositions de l'article 29, paragraphe 4, et de l'article 33* ». Le futur article 29(4) de la proposition vise à mettre en place une coordination internationale entre juridictions des États membres dans l'appréciation de la convention d'arbitrage, interférant sur la coordination entre la justice publique et la justice privée, ainsi décrite par le premier alinéa : « [l]orsque le siège convenu ou désigné d'un arbitrage se situe dans un État membre, les juridictions d'un autre État membre dont la compétence est contestée en vertu d'une convention d'arbitrage sursoient à statuer dès que les juridictions de l'État membre où se trouve le siège d'arbitrage ou le tribunal arbitral ont été saisis d'un recours ayant pour objet de déterminer, à titre principal ou incident, l'existence, la validité ou les effets de ladite convention d'arbitrage »¹. Cette disposition se refuse à consacrer pleinement la priorité de l'arbitre pour juger de la compétence sur le plan européen, ce qui aurait renforcé l'autonomie de l'arbitrage. Surtout, il est regrettable que cette nouvelle forme de litispendance, édictée pour déterminer en cas de saisines parallèles laquelle des juridictions des États membres de l'Union européenne peut statuer sur la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage, ait été pensée sans associer réellement le tribunal arbitral à cette prise de décision. Mais, fort heureusement, elle ne l'exclut pas totalement contrairement à ce que préconisait initialement le rapport Schlosser.

119. Premier élément, le champ d'application de cette disposition devrait être limité par trois conditions.

Primo, il faut que « le siège convenu ou désigné d'un arbitrage se situe dans un État membre ». L'article 29(4) devrait être considéré comme inapplicable lorsque le siège de l'arbitrage – défini par le considérant 20 du préambule du Règlement comme « le siège choisi par les parties ou [...] le siège désigné par un tribunal arbitral, par une institution d'arbitrage ou par toute autre autorité directement ou indirectement désignée par les parties » – se situe en dehors d'un État membre.

Secundo, la compétence des juridictions d'un autre État membre saisi du principal doit être contestée en vertu d'une convention d'arbitrage. On peut penser que l'article 29(4) devrait être écarté lorsque la juridiction de l'autre État membre a été saisie d'une action principale visant la convention d'arbitrage – action préventive en nullité ou en validité de la convention d'arbitrage –². Les actions déclaratoires ou dénégatoires de droit, vivement critiquées par la doctrine, tendent en effet aujourd'hui à être exclues des mécanismes de litispendance puisqu'il est fréquent qu'elles soient engagées dans un but dilatoire et qu'elle peut être

¹ Article 29(4) de la proposition de Règlement du Parlement européen et du conseil :

« Lorsque le siège convenu ou désigné d'un arbitrage se situe dans un État membre, les juridictions d'un autre État membre dont la compétence est contestée en vertu d'une convention d'arbitrage sursoient à statuer dès que les juridictions de l'État membre où se trouve le siège d'arbitrage ou le tribunal arbitral ont été saisis d'un recours ayant pour objet de déterminer, à titre principal ou incident, l'existence, la validité ou les effets de ladite convention d'arbitrage.

Le présent paragraphe ne fait pas obstacle à ce que la juridiction dont la compétence est contestée se dessaisisse dans le cas visé ci-dessus si sa législation nationale l'exige.

Lorsque l'existence, la validité ou les effets de la convention d'arbitrage sont établis, la juridiction saisie décline sa compétence.

Le présent paragraphe n'est pas applicable aux litiges relatifs aux matières visées aux sections 3, 4 et 5 du chapitre II ».

² En ce sens également, cf. F.-X. TRAIN, *Rev. arb.*, 2010.1012.

détournée pour faire obstacle à une « *valeur de principe à la compétence des juges de l'État du domicile du défendeur* »¹, la règle *actor sequitur forum rei*.

Tertio, il faut que le contrat litigieux en cause ne porte pas, selon l'article 29(4) al. 4 sur des « *litiges relatifs aux matières visées aux sections 3, 4 et 5 du chapitre II* », c'est-à-dire des litiges en matière d'assurance, de consommation et de contrats individuels de travail. On approuvera pleinement cette dernière réserve : la coordination internationale des juridictions étatiques relativement à l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale est un objectif qui doit céder face à un autre objectif, la protection des parties faibles. Cette limite est bienvenue, alors que les États membres n'ont pas nécessairement la même conception de l'arbitrabilité de ce type de litiges.

120. Second élément, à titre de remarque préalable, on a pu souligner les maladroites de rédaction de cette disposition. La confrontation des alinéa 1 et 2, le premier prévoyant que la juridiction d'un autre État membre que celui du siège de l'arbitrage puisse « *surseoir à statuer* », le second qu'elle puisse éventuellement se « *dessaisir* » si sa législation nationale l'exige, démontre que la Commission européenne analyse l'exception d'arbitrage, en termes de litispendance, alors qu'elles devraient être faite en termes d'incompétence².

La proposition semble ainsi méconnaître les règles essentielles du droit de l'arbitrage : l'exception d'arbitrage est une exception d'incompétence, et non une simple exception de litispendance comme le laisse supposer les termes employés par le projet. Ce texte méconnaîtrait ainsi indirectement l'une des règles fondamentales les mieux assises du droit de l'arbitrage : l'effet négatif de la convention d'arbitrage. En réalité, il semble que l'objectif de cette disposition soit de mettre en place une exception non pas d'incompétence, mais de *litispendance* entre le tribunal arbitral ou la juridiction d'un État membre lieu du siège de l'arbitrage et la juridiction d'un autre État membre. Ce serait d'ailleurs une autre condition d'application de l'article 29(4), que l'on soit en présence de saisines parallèles.

Il aurait préférable au lieu de poser une exception de *litispendance* de mettre en place une exception d'*incompétence*, seule à même d'opérer une coordination réelle des juridictions européennes pour juger de la convention d'arbitrage. Pour ce faire, il suffirait d'édicter une nouvelle règle de compétence, reposant sur la compétence exclusive, soit des juridictions de l'État du siège de l'arbitrage, soit du tribunal arbitral lui-même. Cette dernière solution, reconnaître priorité au tribunal arbitral pour juger de sa compétence au plan européen, est à nos yeux la plus opportune. La reconnaissance d'une compétence exclusive au profit des juridictions de l'État du siège de l'arbitrage pour juger de la convention d'arbitrage conduirait à exclure complètement le tribunal arbitral de l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale, au rebours de toute l'évolution du droit de l'arbitrage.

121. Ces remarques faites, l'article 29(4) ne devrait pas venir perturber significativement l'effet négatif de la compétence-compétence. Distinguons selon que la France est ou non l'État du siège de l'arbitrage.

Lorsque la France n'est pas le siège de l'arbitrage, le juge d'État français pourra se dessaisir en application de l'al. 2 – et non pas seulement surseoir à statuer, comme le prévoit

¹ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 149, n° 131.

² En ce sens, cf. C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *op. cit.*

l'al. 1^{er} –, dès lors que le tribunal arbitral est saisi de la contestation de sa compétence, à titre principal ou incident. La règle de priorité est donc préservée le temps de l'instance arbitrale. Il devrait en être de même en amont de la procédure arbitrale en l'absence de règles édictées par le Règlement Bruxelles I, ce dernier laissant subsister le droit commun français. Cependant, que ce soit en amont ou le temps de l'instance arbitrale, la priorité est également donnée aux juridictions du siège pour apprécier la compétence juridictionnelle générale. La proposition de Règlement perturbe ainsi notre mécanisme par la mise en place de règles de compétence internationale directe. Dans ce cas, le juge français sera également tenu de se dessaisir lorsque « *les juridictions de l'État membre où se trouve le siège d'arbitrage [...] ont été saisis d'un recours ayant pour objet de déterminer, à titre principal ou incident, l'existence, la validité ou les effets de ladite convention d'arbitrage* ». Certes, comme sous l'ancienne version, le juge français devra renvoyer les parties à mieux se pourvoir. Mais ce ne sera plus au profit du tribunal arbitral, mais des juridictions de l'État du siège de l'arbitrage.

Lorsqu'au contraire, la France est le siège de l'arbitrage, l'effet négatif de la compétence-compétence devrait également pouvoir être mis en œuvre par les juridictions françaises sans difficultés. En effet, l'article 29(4) envisage la possibilité que l'existence, l'étendue ou la validité de la convention d'arbitrage soit examinée soit par les juridictions de l'État du siège, soit par le tribunal arbitral. Il est donc indifférent que la question soit tranchée par les juridictions de l'État du siège ou le tribunal arbitral. En effet, il suffit de comprendre la fonction principale de l'article 29(4). Il s'agit d'une règle de conflit qui vise essentiellement à empêcher les appréciations parallèles de la convention d'arbitrage. Pour cela, la règle de conflit interdit aux juridictions d'un État membre autre que celui du siège de l'arbitrage d'apprécier la convention d'arbitrage. Mais, cette règle de conflit ne vise pas à résoudre au sein même de l'État du siège les relations entre les juridictions de cet État et le tribunal arbitral, afin de déterminer qui peut juger de la convention d'arbitrage. Preuve en est : la juridiction d'un autre État membre que celui du siège convenu ou désigné d'un arbitrage doit surseoir à statuer ou se dessaisir peu importe qui est saisi parallèlement de la convention d'arbitrage : « *les juridictions de l'État membre où se trouve le siège de l'arbitrage ou le tribunal arbitral* ». La conjonction « ou » marque cette indifférence. Aussi, le Règlement Bruxelles I ne devrait avoir aucune incidence sur l'effet négatif de la compétence-compétence. Lorsque le siège de l'arbitrage est en France, les juridictions françaises peuvent parfaitement appliquer l'effet négatif de la compétence-compétence et donner priorité au tribunal arbitral pour juger de la compétence juridictionnelle générale.

122. Une question reste cependant en suspens : le projet d'article 29(4) doit-il être interprété comme obligeant les États membres à mettre en place des « *recours ayant pour objet de déterminer, à titre principal ou incident, l'existence, la validité ou les effets de ladite convention d'arbitrage* » ? Nous ne le pensons pas. Le Règlement Bruxelles I n'a pas pour objet d'uniformiser les recours ouverts à l'encontre d'une convention d'arbitrage ; le principe de subsidiarité devrait avoir vocation à jouer. De même, l'alinéa 1^{er} ne devrait pas avoir vocation à régir les relations entre juridictions de l'État membre du siège de l'arbitrage et le tribunal arbitral lui-même. L'objectif est que la juridiction d'un autre État membre que celui du siège sursoie à statuer ou se dessaisisse, peu importe que ce soit au profit du tribunal arbitral ou des juridictions de l'État membre du siège de l'arbitrage. Aussi les juridictions

françaises devraient-elles pouvoir faire prévaloir l'effet négatif du principe compétence-compétence, et se limiter à l'examen de l'apparence de convention d'arbitrage.

b).- L'effet négatif, condition de régularité du jugement étranger

123. Comme précédemment exposé, l'effet négatif a été élevé au rang de condition de régularité du jugement étranger. La question se pose de la compatibilité de cette élévation avec le Règlement Bruxelles I, mettant en place une quasi libre circulation des jugements au sein de l'Europe, limitant les motifs de contrôle de la régularité internationale du jugement d'origine par le juge de l'État requis. En première analyse, on pourrait retenir qu'il n'y a pas d'interférences possibles entre ces deux domaines puisque le Règlement exclut explicitement de son champ d'application le domaine de l'arbitrage. Cependant, la réalité est plus nuancée dans la version actuelle du Règlement (i), et risque de l'être encore plus dans sa version future (ii).

i).- *Le Règlement Bruxelles I dans sa version actuelle*

124. En l'état actuel du droit positif, il faut distinguer entre le jugement statuant sur la seule matière arbitrage, du jugement statuant à titre incident sur une exception d'arbitrage opposée à une demande principale relevant du Règlement Bruxelles I.

Le jugement statuant sur la seule matière arbitrale

125. Qu'il s'agisse d'un jugement statuant sur une action dénégatoire de la convention d'arbitrage ou d'un jugement statuant à titre principal sur une demande de mesure de soutien à l'arbitrage et à titre incident sur la convention d'arbitrage, aucun doute n'est permis : l'effet négatif du principe compétence-compétence pourra être opposé à la juridiction étrangère bien qu'elle relève d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à la Convention de Lugano. La compatibilité de l'effet négatif à ces instruments résulte tout simplement de l'absence d'applicabilité de ces derniers aux jugements ici étudiés, l'arbitrage étant expressément exclu du champ d'application *ratione materiae* du Règlement Bruxelles I et des Conventions de Bruxelles et de Lugano, l'article 1(2)(d) retenant que « *sont exclus de [leur] application [...] l'arbitrage* ».

L'interprétation de cette exclusion telle que proposée par la Cour de Justice dans l'affaire *Marc Rich* est en ce sens. L'exclusion de l'arbitrage vise en effet bien évidemment les sentences arbitrales, mais également « *les procédures introduites devant les juridictions étatiques* » relatives à l'arbitrage¹. Concernant ces dernières décisions, la clef permettant de savoir ce qui est inclus ou exclu de la Convention est l'« *objet du litige* ». Dès lors que l'objet du litige porte sur la matière exclue, la Convention de Bruxelles n'est pas applicable.

126. Examinons une à une chacune des situations ici visées.

Première situation, le jugement étranger a statué sur une action préventive en nullité de la convention d'arbitrage, action dénégatoire de droit. L'objet du litige ici tranché par le juge d'origine vise sans nul doute la seule matière arbitrale. La doctrine la plus autorisée est

¹ CJCE, 25 juill. 1991, Aff. C-190/89, *Marc Rich c. Impianti*, *op. cit.*, n° 18.

unanime¹. Il s'agit du « *noyau dur* »² de la matière exclue. C'est également ce que retient l'un des rapports officiels de la Convention, le rapport *Schlosser*, affirmant que « *la convention ne s'applique pas aux décisions judiciaires constatant la validité ou la nullité d'un compromis d'arbitrage ou ordonnant aux parties de ne pas poursuivre une procédure d'arbitrage en raison de son invalidité* »³. Comme le souligne M. Hascher de manière générale, l'extension du champ d'application du Règlement de Bruxelles I à l'arbitrage constituerait sans nul doute une « *solution dirigiste, hostile à l'arbitrage* », « *facteur de complication obligeant les parties à rechercher le tribunal compétent d'après la Convention de Bruxelles* » dès lors que les règles de compétences de la Convention « *ne coïncident pas avec celles résultant du droit interne pour connaître des contestations relatives à un arbitrage* ».

Seconde situation, le juge étranger est saisi au principal d'une demande de mesure de soutien à l'arbitrage – par exemple, une demande de désignation d'arbitre auquel se refuse le défendeur – et, pour s'y opposer, l'une des parties excipe de l'incompétence arbitrale. Un tel jugement, accueillant ou écartant l'exception prise de la nullité ou l'inexistence de la convention d'arbitrage, relève également de l'exclusion de l'arbitrage limitant le champ d'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano et du Règlement CE 44/2001. C'est tout simplement ce qui résulte de l'affaire *Marc Rich*⁴, appuyée par les rapports officiels⁵ : « *l'article 1^{er} al. 2 4) doit être interprété en ce sens que l'exclusion qu'il prévoit s'étend à un litige pendant devant une juridiction étatique qui a pour objet la désignation d'un arbitre, même si ce litige soulève au préalable la question de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage* ». L'objet principal du litige – une demande de mesure de soutien de l'arbitrage –, tout comme la demande incidente qui y opposée – portant sur l'existence, l'applicabilité et l'étendue de la convention d'arbitrage –, relèvent sans aucun doute de la

¹ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe (Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007))*, op. cit., p. 29, n° 39 : l'auteur estime qu'il faudrait étendre la solution posée dans l'affaire *Marc Rich* « *au cas où le procès se limite à la contestation de la convention d'arbitrage : c'est un procès « en matière d'arbitrage » qui est exclu du domaine de la Convention* » ; L. IDOT et Ch. JARROSSON, « Arbitrage », op. cit., n° 6 : « [I]a solution de l'arrêt *Marc Rich* devrait en toute logique être étendue à cette hypothèse, même si le litige au fond relève d'une question [...] entrant dans le champ des textes communautaires » ; D. HASCHER, note sous CJCE, 25 juill. 1991, Aff. C-190/89, *Marc Rich c. Impianti*, op. cit. Cependant, contra, S. BESSON, « Le sort et les effets au sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond », op. cit.

² S. BOLLÉE, note sous CA Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*, op. cit., p. 91, n° 2. En ce sens, J.-F. POUDRET, « Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton* ? Réponse à Philippe Fouchard », *Rev. arb.*, 1998.7, p. 16 : « *les jugements déclaratifs au sujet de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage sont exclus du champ d'application des Conventions de Bruxelles/Lugano* ».

³ Rapport sur la Convention du 27 septembre 1968 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE*, C 59, 5 mars 1979, p. 71, dit Rapport *SCHLOSSER*, spéc. p. 93, n° 64.

⁴ CJCE, 25 juill. 1991, Aff. C-190/89, *Marc Rich c. Impianti*, op. cit.

⁵ Rapport *SCHLOSSER*, op. cit., p. 93, n° 64 : « [I]a convention ne s'applique pas aux procédures judiciaires qui servent à la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage, telles les procédures de désignation ou de récusation d'un arbitre, de détermination du lieu d'arbitrage et de prorogation du délai fixé pour le prononcé de la sentence [...] » ; rapport sur la Convention du 27 septembre 1968 relatif à l'adhésion de la Grèce du 25 oct. 1982, *JOCE*, C 298, 24 nov. 1986, p. 10, dit Rapport *Evrigenis et Kerameus*, spéc. n° 35 : « [I]es procédures qui concernent directement et à titre principal l'arbitrage ne sont pas couvertes par la convention. Il s'agit par exemples des cas suivants : l'intervention d'un tribunal pour la constitution de l'organe d'arbitrage [...] ».

matière de l'arbitrage exclue du champ d'application des instruments intra-européens de circulation des jugements.

127. Un tel jugement exclu du champ d'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano et du Règlement Bruxelles I, il ne pourra pas bénéficier des conditions plus favorables de reconnaissance. Aussi, il n'y a pas d'obstacle à ce que le juge français, au titre des conditions de régularité internationale du jugement étranger du droit commun, impose le respect de l'effet négatif du principe compétence-compétence.

Le jugement statuant à titre incident sur une exception d'arbitrage opposée à une demande principale relevant du Règlement Bruxelles I

128. Question des plus épineuses, il s'agit ici de déterminer si le jugement statuant à titre incident sur une exception d'arbitrage – litige portant sur une matière exclue, l'arbitrage – opposée à un litige au fond entrant dans le champ d'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano ou du Règlement CE 44/2001 – litige principal portant sur une matière incluse – relève dans son intégralité de ces derniers instruments¹.

L'enjeu est essentiel. Si l'on étend les conditions de régularité internationale du jugement telles que posées par les Conventions de Bruxelles et Lugano ou le Règlement à ce jugement sans distinguer les dispositions statuant sur la matière arbitrale et les dispositions statuant sur le principal, il devient alors impossible pour le juge de l'État requis d'imposer le respect de l'effet négatif du principe compétence-compétence ou encore de contrôler la compétence juridictionnelle générale². En effet, les instruments de « *libre circulation des jugements* » allègent les conditions de régularité internationale du jugement. Le contrôle de la compétence internationale indirecte – auquel est intégré l'effet négatif du principe compétence-compétence ou encore de manière générale la compétence juridictionnelle générale – serait impossible, interdiction étant faite au juge requis de contrôler la compétence du juge d'origine, en vertu de l'article 28(3) de la Convention de Bruxelles, actuels articles 35(3) du Règlement Bruxelles I et de la Convention de Lugano³.

Consciente de cette difficulté, une partie de la doctrine a privilégié le rattachement de l'effet négatif à l'ordre public international⁴, le juge requis conservant la possibilité de refuser l'exequatur en cas de violation de sa conception de l'ordre public aux termes des articles

¹ Sur la question, cf. notamment S. BESSON, « Le sort et les effets au sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond », in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET*, Lausanne, Université de Lausanne, 1999, p. 329.

² En ce sens, J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 964, n° 1015.

³ N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, op. cit., p. 212, n° 203 : « il faut considérer qu'en invoquant une convention d'arbitrage, une partie soulève un déclinatoire de compétence du juge saisi. Pour le juge d'origine, la clause d'arbitrage constituait donc l'un des éléments à envisager dans le cadre de l'appréciation de sa propre compétence. Dès lors, cette question ne peut faire l'objet d'un contrôle par le juge requis, sauf dans le cadre limité par l'article 28 (1) et (2) ».

⁴ En ce sens, L. IDOT et Ch. JARROSSON, « Arbitrage », op. cit., n° 10 : « [c]'est ici l'ordre public [...], à travers la règle de compétence-compétence de l'arbitre, qui pourrait prendre le relais et s'opposer à ce que la décision rendue au fond par une juridiction d'un Etat membre puisse être reconnue, lorsqu'elle repose sur une violation d'une convention d'arbitrage » ; S. BOLLÉE, note sous CA Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*, op. cit.

34(1) du Règlement Bruxelles I et de la Convention de Lugano, selon lesquels « [u]ne décision n'est pas reconnue si: 1) la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ; [...] ». Si cette voie est sans nul doute séduisante, permettant de contourner la difficulté ici envisagée, nous ne nous y engagerons pas estimant au contraire que l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est pas une règle d'ordre public international mais bel et bien une simple règle de compétence coordonnant tribunal arbitral et tribunal étatique dans l'examen de la compétence juridictionnelle générale.

129. Conséquence de l'arrêt *West Tankers*, le régime de reconnaissance applicable à l'objet principal litigieux est étendu à la question préalable, même si la matière dont fait l'objet cette question préalable est exclue du champ d'application du Règlement. Cette solution se situe dans le prolongement du rapport relatif à l'adhésion de la République hellénique présenté par MM. Evrigenis et Kerameus¹, la CJCE jugeant que « si, par l'objet du litige, c'est-à-dire par la nature des droits à sauvegarder dans une procédure, telle qu'une demande en dommages-intérêts, cette procédure relève du champ d'application du règlement n° 44/2001, une question préalable portant sur l'applicabilité d'une convention d'arbitrage, y compris notamment sur sa validité, rentre également dans le champ d'application de ce règlement »².

Nous devons donc en tirer les conséquences : l'arrêt *West Tankers* écarte l'application de l'effet négatif dans cette configuration particulière. En effet, les conditions libérales du régime de circulation des décisions posées par le Règlement Bruxelles I interdisent en principe le contrôle de la compétence indirecte du juge de l'État d'origine au titre de la confiance mutuelle qui doit présider aux relations entre États membres (sauf quelques exceptions spécifiques qui ne nous concernent pas ici)³. Ainsi, la violation d'une clause attributive de juridiction par une juridiction d'un État membre ne fait pas obstacle à sa reconnaissance au sein de l'Union européenne⁴. Elles empêcheront le juge de l'État français requis d'opposer l'effet négatif du principe compétence-compétence⁵. Pire, ces conditions empêcheront le contrôle du respect par la juridiction étrangère de la convention d'arbitrage, le juge de l'État d'origine disposant d'une compétence exclusive pour statuer sur ce point selon la Cour de Justice⁶. Les juridictions françaises requises seront donc liées par l'appréciation faite de la compétence juridictionnelle générale par le juge de l'État d'origine.

L'arrêt *West Tankers* devrait également condamner la solution posée par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Fincantieri*, c'est-à-dire lorsque le jugement présenté pour exequatur statue de manière incidente sur la seule exception d'arbitrage, réservant le fond du litige.

¹ Rapport Evrigenis et Kerameus, *op. cit.*, n° 35 sur lequel s'appuie d'ailleurs la CJCE pour justifier son interprétation : « [c]e rapport indique que le contrôle incident de la validité de la clause d'arbitrage, demandé par une partie, en vue de contester la compétence internationale de la juridiction devant laquelle elle est attraité, en vertu de la Convention de Bruxelles, relève de cette dernière ».

² *Op. cit.*, n° 26.

³ Art. 35(3) du Règlement Bruxelles I.

⁴ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 276, n° 271.

⁵ Mis en évidence par S. BOLLÉE, note sous CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, p. 424, n° 9.

⁶ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, affirmé explicitement aux n°s 27 à 29.

L'arrêt ne distingue pas selon que le jugement ait ou non statué sur le fond du litige. On ne peut en effet distinguer là où la Cour de Justice ne distingue pas.

130. Cependant, deux hypothèses devraient toutefois pouvoir empêcher la reconnaissance ou l'exequatur d'un jugement étranger sur le fondement du Règlement Bruxelles I.

Tout d'abord, il s'agit de l'hypothèse classique d'inconciliabilité entre un jugement français et le jugement étranger. Par exemple, on peut imaginer que les juridictions françaises aient déjà rendu un jugement reconnaissant priorité au tribunal arbitral pour juger de sa compétence, ou ait accueilli la sentence arbitrale de compétence. Dans cette hypothèse, le jugement étranger retenant au contraire sa compétence après avoir écarté sa compétence pourrait être écarté. Le Règlement Bruxelles I autorise en effet le juge requis a refusé la reconnaissance de la décision rendue par une juridiction d'un État membre si cette décision est « *inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre requis* »¹. La solution devrait-elle également valoir en présence d'une décision étrangère inconciliable avec une sentence arbitrale, statuant de manière opposée sur la convention d'arbitrage ? Dans l'affaire *Groupe Antoine Tabet c. République du Congo* du 4 juillet 2007, la Cour de cassation a jugé que « *les décisions rendues en matière d'arbitrage, sont exclues du champ d'application de la Convention de Lugano et ne sont donc susceptibles ni de bénéficier du système de reconnaissance simplifié mis en place par la Convention ni de faire obstacle à la reconnaissance de décisions rendues dans un Etat membre* »². Ce raisonnement devrait cependant trouver une limite lorsque la sentence en question a bénéficié de la reconnaissance ou de l'exequatur en France, antérieurement ou postérieurement à la date où la décision étrangère a été rendue. On se retrouverait alors dans la configuration de l'art. 34(3) du Règlement Bruxelles I.

Ensuite, on peut imaginer que les juridictions françaises refusent l'accueil d'un jugement étranger qui méconnaîtrait non pas l'effet négatif de la compétence-compétence, mais *une convention d'arbitrage valable et applicable selon les règles matérielles de droit français*, ou, se basant sur un dénominateur commun international minimal, selon les règles de la Convention de New York de 1958. Dans cette hypothèse en effet, on pourrait considérer qu'une telle décision viole l'ordre public international. En application de l'article 34(1), « *une décision n'est pas reconnue si [...] la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis* ». Néanmoins, l'article 35(3) du même Règlement ne permet pas au juge requis, au titre du contrôle de l'ordre public, de contrôler les règles de compétence. Quoi qu'il en soit, comme cela a été justement observé avant nous, les règles visées sont, sans doute, celles du Règlement ; « *les règles de compétence relatives à la question de la validité de la convention d'arbitrage ne relèvent pas du système de Bruxelles* »³. Une partie de la doctrine s'accorde ainsi sur la possibilité qu'une violation

¹ Art. 34(3) du Règlement Bruxelles I (art. 27(3) de la Convention de Bruxelles).

² Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2007, *Groupe Antoine Tabet, D.*, 2007.2025, obs. X. DELPECH ; *JCP E*, 2007, somm., p. 2145 ; *JCP G*, 2007, IV, 2706 ; *Rev. arb.*, 2007.805, note S. BOLLÉE.

³ C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international, op. cit.*, p. 346, n° 369.

manifeste d'une convention d'arbitrage puisse autoriser le juge requis à refuser la reconnaissance à un jugement émanant d'un État membre¹. Nous la suivrons.

ii).- *Le Règlement Bruxelles I dans sa version refondue*

131. Le futur Règlement Bruxelles I allège les conditions de circulation des jugements étrangers, l'essentiel des décisions pouvant librement circuler sans passer par la traditionnelle procédure d'exequatur. La procédure d'exequatur supprimée, il suffira d'obtenir de la juridiction d'origine un certificat². L'autorité requise ne pourra alors refuser en principe l'exécution. Deux dispositions autorisent l'autorité requise à exercer un contrôle, les articles 43 et 46 de la Proposition. Permettraient-elles au juge français requis de contrôler la compétence juridictionnelle générale ?

Premièrement, l'article 43 de la Proposition autorise l'autorité de l'État membre d'exécution de refuser l'exécution de la décision à la demande du défendeur si elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre d'exécution ou si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre d'exécution. Nul contrôle du respect de la compétence ou de l'ordre public. Le respect de l'effet négatif du principe compétence-compétence par la juridiction de l'État d'origine ne pourrait plus être contrôlé. Seul un jugement français statuant dans un sens contraire à la décision étrangère sur le tracé de la frontière entre compétence arbitrale et compétence de la justice publique pourrait y faire obstacle. Au regard de l'effet négatif du principe compétence-compétence, c'est principalement le jugement d'exequatur ou statuant sur un recours en annulation contre la sentence qui est concerné.

Deuxièmement, l'article 46 de la Proposition organise une « *voie de recours extraordinaire dans l'État membre d'exécution, qui autoriserait le défendeur à contester tout autre vice de forme survenu durant la procédure devant le tribunal d'origine et portant atteinte à son droit à un procès équitable* »³ : « *une partie a le droit de demander le refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'une décision lorsque cette reconnaissance ou cette exécution ne serait pas permise en vertu des principes fondamentaux qui sous-tendent le droit à un procès équitable* ». Incontestablement, l'effet négatif de la compétence-compétence ne nous semble pas relever de ces « *principes fondamentaux qui sous-tendent le droit à un procès équitable* ». Certes, le droit à l'arbitre tend à s'imposer. Mais encore faut-il qu'existe incontestablement une convention d'arbitrage valable et applicable. Or, c'est précisément ce qui est discuté.

132. A la vérité, la question centrale est de savoir si le jugement émanant de l'État membre où se trouve le siège d'arbitrage statuant sur le recours ayant « *pour objet de déterminer, à titre principal ou incident, l'existence, la validité ou les effets de ladite*

¹ A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires*, *op. cit.* ; du même auteur, « Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage ? », *Rev. aff. eur.*, 2005.191, spéc. pp. 202-203.

² Article 37 de la Proposition de la Commission européenne de Règlement du Parlement européen et du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 14 décembre 2010 (COM(2010) 748 final 2010/0383 (COD)).

³ C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *op. cit.*

convention d'arbitrage », dans les conditions de l'article 29(4), doit bénéficier des conditions de reconnaissance, force exécutoire et d'exécution du Règlement Bruxelles I.

Il est fort possible que la CJUE décide de poursuivre son œuvre dans la lignée de l'arrêt *West Tankers* et accepte que le jugement émanant de l'État du siège de l'arbitrage, respectant les règles de compétence internationale édictées par l'article 29(4), ayant écarté la convention d'arbitrage et statué sur le fond dans une matière relevant du Règlement Bruxelles I, puisse librement circuler dans l'Union européenne sur le fondement de ce texte. Consécutivement, les juridictions françaises requises seraient tenues d'accueillir ce jugement, sans pouvoir opposer la règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence.

Pourtant, différents arguments s'y opposent. Premier argument, une telle solution ne devrait prévaloir selon nous que si les règles applicables à la convention d'arbitrage avaient été uniformisées par le futur Règlement. Or, le futur considérant 11 du Préambule l'exclut expressément : « *il ne régit pas la forme, l'existence, la validité ni les effets des conventions d'arbitrage, les compétences des arbitres [...]* ». Second argument, l'exclusion de l'arbitrage est de principe, sous réserve des exceptions tirées des articles 29(4) et 33 du Règlement Bruxelles I. Or, les exceptions sont en principe d'interprétation stricte. Comme il n'est pas précisé par l'article 29(4) que le jugement bénéficie du système de circulation des jugements, ce jugement étatique ayant pour objet l'arbitrage devrait être exclu, peu importe qu'il se prononce à titre principal ou incident sur la compétence arbitrale, au regard de l'exception posée par l'article 1(2)(d). Troisième argument, si on admettait une telle solution, il faudrait l'étendre à la sentence du tribunal arbitral sur sa compétence pour conserver une certaine cohérence à l'al. 1^{er} de l'article 29(4). Ceci paraît improbable au vu de l'exclusion indiscutable des sentences du champ d'application du Règlement Bruxelles I, dans sa version ancienne comme future, le considérant 11 du préambule les excluant expressément¹. Par analogie, il nous paraît tout autant discutable d'admettre que la décision prise sur la compétence juridictionnelle générale par la juridiction du siège de l'arbitrage s'impose telle quelle aux autres États membres.

Aussi est-il envisageable, en application de la version future du Règlement Bruxelles I, que la juridiction de l'Etat requis procède à un éclatement des dispositions du jugement étranger, en dissociant les *dispositions statuant sur l'exception d'arbitrage*, soumises aux classiques conditions du droit commun de la régularité internationale du jugement et ainsi à un véritable contrôle de la compétence juridictionnelle générale opérée par le juge français, des *dispositions statuant sur le principal*, soumises à l'instrument de circulation intra-européen des jugements étrangers dont elle relève, *si et seulement si* les dispositions du jugement statuant sur l'exception d'arbitrage ont été accueillies dans l'ordre étatique requis.

¹ Considérant n° 11 du préambule de la Proposition de la Commission européenne de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Règlement Bruxelles I, Bruxelles, 14 déc. 2010, COM (2010) 748 final, 2010/0383 (COD) : « [l]e présent règlement ne s'applique pas à l'arbitrage, en dehors des cas restreints qui y sont prévus. En particulier, il ne régit pas [...] la validité, l'annulation, et la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ».

Conclusion

133. Au terme de ces développements, à travers l'examen approfondi de ses sources légales, l'effet négatif de la compétence-compétence apparaît formellement valable. Sa légalité est doublement établie.

D'un côté, la règle est pleinement admise par les sources de droit français. Bénéficiant d'une véritable consécration dans l'ordonnement juridique français, la règle a été généralisée, hissée au rang de règle de compétence directe de toutes les juridictions françaises, mais également au rang de règle de compétence indirecte, afin d'éviter que la règle ne puisse être contournée par la saisine d'un juge étranger. L'effet négatif est d'ailleurs qualifié cumulativement de règle matérielle ou de principe, visé par la Cour de cassation indépendamment des textes. C'est aujourd'hui incontestablement une règle incontournable du droit français de l'arbitrage, à tout le moins d'ordre public interne.

D'un autre côté, la règle est également conforme aux normes supérieures de l'ordre juridique français. Si l'on a pu craindre sa remise en cause par la refonte du Règlement Bruxelles I, bien heureusement les autorités européennes auront été à l'écoute des besoins de l'arbitrage. Elles ont trouvé une voie d'équilibre qui, si elle n'est pas selon nous totalement satisfaisante, a le mérite de préserver aussi bien l'autonomie de l'arbitrage que la nécessité d'éviter les saisines parallèles des juridictions des États membres. Surtout, les charges dont fait l'objet l'effet négatif nous auront permis de rattacher la règle à une institution connue de notre droit, mais dont il est malaisé de tracer les contours, le droit au juge naturel.

Sa validité formelle établie, il faut encore vérifier si la règle de l'effet négatif de la compétence-compétence est légitime, par l'étude de ses fondements axiologiques.

Chapitre 2.- Les fondements axiologiques

134. Partir en quête de la « *validité axiologique* » de l'effet négatif conduit à mesurer sa « *légitimité* », son « *acceptabilité* »¹. Ce critère, qui « *entend apprécier la validité des actes et normes juridiques à l'aune de valeurs méta-positives* »², est déterminant. En effet, les critiques principales faites à l'encontre de l'effet négatif se concentrent sur ce terrain : la règle ne répondrait à aucune valeur, sinon à une foi aveugle envers l'arbitrage et en son autonomie, s'incarnant dans l'expression de *favor arbitrandum* ; pire, un véritable système de rente au bénéfice des arbitres, percevant systématiquement une rémunération, même pour constater leur incompétence³.

135. L'évaluation de la légitimité d'une règle de droit est essentielle : elle détermine l'acceptation de la norme par ses destinataires, condamne ou consolide les « *attitudes d'allégeance et d'adhésion* »⁴. Cependant, les États n'ont pas mis en place de mécanisme de contrôle de la légitimité à l'image des outils de contrôle de la légalité ou de l'effectivité⁵ des règles de droit. Toutefois, il serait erroné de croire que la recherche de la validité axiologique est absente. Elle est au contraire permanente, le plus souvent pratiquée par la doctrine à travers la recherche des fondements et justifications d'une règle, ou encore indirectement appréhendée par les contrôles de légalité et d'effectivité⁶. On pourra toujours opposer que ces fondements et justifications sont proprement juridiques et qu'ils n'ont rien d'éthiques. Mais même réappropriés par l'ordre juridique, ces fondements trouvent fréquemment leurs origines au-delà du droit⁷. Cette remarque est d'autant plus valable pour le droit processuel au regard de la spécificité de son objet – le procès –, objet proprement juridique et non pas social : la découverte de valeurs méta-juridiques paraît impossible et la matière riviée à des fondements proprement juridiques. Aussi la validité axiologique des règles processuelles s'apprécie-t-elle essentiellement à l'aune de valeurs qui paraissent proprement juridiques.

136. Cette spécificité soulignée, il nous semble toutefois que l'on peut découvrir les formes de légitimité particulières au droit processuel. Deux pôles presque contradictoires de valeurs semblent aujourd'hui guider le procès, dont la balance permet la réalisation de la Justice, au sens éthique du terme : le droit au procès équitable d'une part – qui trouve ses origines dans l'équité, de même que dans la notion philosophie de Justice, requérant un tiers impartial et désintéressé –, et l'efficacité procédurale d'autre part, nouvel objectif de politique juridique aux frontières de la matière économique⁸.

¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 325.

² *Ibid.*, p. 337.

³ L'argument est rapporté par W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », op. cit., p. 44.

⁴ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 361.

⁵ Concernant les procédures d'évaluation législative, *ibid.*, pp. 329-333.

⁶ *Ibid.*, p. 337 : « [...] bien des examens de légalité et bon nombre d'évaluations pratiques prennent en compte, au moins implicitement, la conformité de la règle (ou du contrat) à des exigences éthiques ».

⁷ *Ibid.*

⁸ Ce nouvel objectif de politique juridique marque ainsi les limites aux distinctions entre critères de validité, hypothèse dans laquelle les critères d'effectivité et d'efficacité sont absorbés par le critère de légitimité (sur ce phénomène de « *réduction de la légitimité aux diverses formes de la performance* » (F. OST et M. VAN DE

137. Quels sont les fondements de l'effet négatif du principe compétence-compétence, valeurs éthiques ou éthico-juridiques, qui justifient l'édition de cette norme ? L'effet négatif répond-il à une logique théorique ou pratique innervant notre ordre juridique et au-delà, le monde éthique ? Loin de cette illégitimité prétendue, l'effet négatif prend appui dans des valeurs de notre ordonnancement juridique solidement assises, théoriques (section 1) et pratiques (section 2).

Section 1.- Les fondements théoriques

138. Le principal fondement théorique invoqué au soutien de l'effet négatif du principe de compétence-compétence réside dans la force obligatoire de la convention d'arbitrage (§1). Ne résistant pas à l'analyse, il nous semble plus exact de rattacher l'effet négatif de la compétence-compétence à la théorie de l'apparence (§2), l'apparence de compétence arbitrale justifiant la règle de l'effet négatif.

§1.- Le fondement écarté : la force obligatoire de la convention d'arbitrage

139. Le premier fondement retenu par le père fondateur de la règle est l'*effet négatif de la convention d'arbitrage*. Ce dernier, qui fait interdiction aux juridictions étatiques de connaître des litiges couverts par la convention, le fond du litige, interdirait « *également de connaître des contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral [...] tant que les arbitres eux-mêmes n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet* »¹. Ainsi, l'effet négatif du *principe de compétence-compétence* ne serait que le « *prolongement* » de l'effet négatif de *la convention d'arbitrage*. Le rattachement de l'effet négatif de la compétence-compétence à la force obligatoire de la convention d'arbitrage est régulièrement repris par la doctrine².

140. Ce rattachement théorique, si séduisant soit-il, n'emporte pas notre pleine adhésion.

Tout d'abord, nous pouvons faire appel à un argument déjà rencontré afin d'écarter toute incompatibilité de l'effet négatif du principe compétence-compétence avec le principe de la liberté contractuelle³ : *l'absence de pertinence* de la force obligatoire des contrats. L'objectif du contrôle opéré par les juridictions étatiques ou par le tribunal arbitral est justement de

KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 338). Il ne faut cependant pas négliger le rôle particulier de l'efficacité en droit processuel : elle est liée à l'exigence même de Justice au sens éthique.

¹ E. GAILLARD, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autre c. dame Bohin*, op. cit., p. 619.

² M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, op. cit. ; O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », op. cit., qui retient que « *le principe d'autonomie de la volonté paraît plutôt conforter l'effet négatif de compétence-compétence que le fragiliser. La priorité reconnue aux arbitres, aussi longtemps que la clause n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, respecte la volonté des parties de recourir à l'arbitrage* » (ibid., p. 722, n° 21) et en conclut que « *l'effet négatif de compétence-compétence garantit la mise en œuvre de la parole donnée, ce qui, en droit des contrats n'a rien de choquant* » (ibid., p. 725, n° 29) ; J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 813, n° 1050 : « *si la présence d'une convention d'arbitrage prive le juge de sa compétence éventuelle sur le fond du litige, elle le prive aussi de la possibilité de juger la contestation sur la compétence arbitrale* » ; F. GONZALEZ DE COSSIO, « La ironía de compétence-compétence », op. cit., pp. 523 et 529.

³ Cf. *supra*, n°s 85 et s.

vérifier l'existence ou l'absence d'un accord de volonté des parties sur le recours à l'arbitrage. On ne peut donc prétendre justifier l'effet négatif du principe compétence-compétence par le respect de la commune volonté des parties – la force obligatoire de la convention d'arbitrage, alors que l'objet de cette règle est de désigner l'organe compétent pour juger s'il existe ou non une volonté commune des parties de recourir à l'arbitrage. Effet négatif de la convention d'arbitrage et effet négatif de la compétence-compétence n'ont pas la même source : l'effet négatif de la convention d'arbitrage résulte de la convention d'arbitrage, prenant sa source dans la volonté des parties, au contraire de l'effet négatif du principe compétence-compétence, règle de conflit édictée par le droit judiciaire français afin d'éviter les conflits de compétence entre justice publique et justice privée.

Ensuite, dans la continuité de l'argument précédent, on remarquera que les compétences accordées au tribunal arbitral sur le fond du litige, en vertu de l'effet négatif de la convention d'arbitrage, et celle sur la compétence arbitrale, en vertu de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, sont de nature distinctes. La compétence sur le fond du litige est exclusive, reconnue soit au profit du tribunal arbitral en présence d'une convention d'arbitrage, soit au profit de la justice publique en l'absence de convention d'arbitrage. Il n'y a pas de compétence partagée en matière. Ce n'est pas le cas de la compétence accordée au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence, qui est une compétence prioritaire, temporaire, non exclusive. On est alors en présence d'une compétence partagée, que le tribunal arbitral et le tribunal étatique exerceront chacun leur tour : le tribunal arbitral lors du procès arbitral, le juge étatique au stade des voies de recours ouvertes contre la sentence arbitrale.

141. Bien qu'écarté, le fondement tiré de la force obligatoire de la convention d'arbitrage nous guide vers une autre assise. Certes, l'effet négatif du principe compétence-compétence ne commande pas que le juge étatique constate l'existence de la convention d'arbitrage ; mais il requiert tout au moins que le juge étatique ait caractérisé *l'apparence* d'existence de convention d'arbitrage, théorie vers laquelle nous devons à présent nous tourner.

§2.- Le fondement retenu : la théorie de l'apparence

142. Peut-on imaginer qu'un juge étatique renvoie les parties à mieux se pourvoir, afin que le tribunal arbitral puisse statuer sur la compétence juridictionnelle générale – attribution du litige à la justice publique ou à la justice privée –, en toutes circonstances et de manière automatique ? Une telle solution est inenvisageable, improbable : tous les litiges n'ont pas à être renvoyés devant le tribunal arbitral pour que ce dernier juge de l'attribution du litige soit à la justice publique, soit à la justice privée. En l'absence évidente de convention d'arbitrage ou en l'absence d'exception d'incompétence tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, il revient à la justice publique et à elle seule de connaître de la compétence et du fond du litige, sans que l'effet négatif ou ses exceptions ne soient mis en cause. C'est d'ailleurs une grande part du contentieux. Comme l'expose une auteure, « [l]a preuve des faits ou des situations ostensibles, ordinaires, n'a pas à être rapportée. Il suffit d'établir ce

qui est anormal, extraordinaire »¹. La compétence ordinaire, normale, est celle de la justice publique, non pas en ce que le recours à la justice privée serait anormal en soit, mais parce qu'il requiert le consentement des parties au litige. Or, « [e]n principe, nul ne doit rien à son prochain »² ; « les sujets de droit sont en principe libres et ne dépendent pas les uns des autres. Celui qui demande l'exécution d'une obligation doit donc détruire cette apparence de liberté et établir qu'elle ne correspond pas à la situation réelle »³. C'est d'ailleurs ce qu'il résulte de l'article 1315 du Code civil, selon lequel « [c]elui qui réclame l'exécution de l'obligation doit la prouver ».

La question précédemment posée est à la vérité absurde. Mais elle permet de souligner le fait que la neutralisation du pouvoir de statuer sur leur compétence par les juridictions publiques n'est pas automatique, et ainsi, de mettre en exergue la nécessité de subordonner la mise en œuvre de l'effet négatif à une *condition* qui consiste dans *l'apparence de compétence arbitrale* qui crée corrélativement l'apparence d'incompétence de la justice publique. L'apparence de compétence de la justice publique, situation ordinaire, doit être combattue par une contestation sérieuse résultant de l'apparence de compétence de la justice privée. En l'absence d'une telle apparence, le litige doit rester devant les juridictions publiques et la règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence être écartée.

143. La règle de l'effet négatif de la compétence-compétence trouve ainsi son fondement et sa raison d'être dans la théorie de l'apparence. Certains auteurs l'avaient d'ailleurs pressenti⁴. A l'image du langage courant, la notion juridique d'apparence est polysémique. Des différentes acceptions dont elle fait l'objet (A), seule l'apparence vraisemblable (B) rend compte du phénomène étudié.

A.- Les différentes acceptions de la notion juridique d'apparence

144. L'apparence a plutôt retenu l'attention des juristes dans une situation particulière, celle de l'« *apparence trompeuse* »⁵, la « *construction trompeuse sans coïncidence avec la réalité* »⁶. La question est alors de déterminer si cette apparence, simple illusion, peut produire des effets de droit, notamment dans l'objectif de protection des tiers à la situation apparente. On citera à titre d'exemple la théorie du mandat apparent, permettant « *au contractant d'un mandataire sans pouvoir d'opposer au mandant l'acte passé par cet intermédiaire peu fiable* »⁷. La conséquence est que le mandant est engagé « *comme si le mandataire avait agi dans la limite des pouvoirs qui lui avaient été conférés* »⁸. De nombreux

¹ A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, Paris, PUF, Droit, éthique, société, 2003, p. 211.

² *Ibid.*, p. 213.

³ *Ibid.*, p. 211. Dans le même sens, A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, préface G. VINEY, LGDJ, 2004, p. 13, n° 14 : « [i]l est [...] normal que les individus ne soient pas liés les uns par rapport aux autres ce qui implique que c'est à celui qui se prévaut d'un contrat valable d'en prouver l'existence ».

⁴ E. LOQUIN, note sous Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006, *Mme Alhinc et autres c. Banque de France et autre*, *op. cit.*, p. 73 : « [i]l n'en est pas moins vrai que la saisine du juge étatique est contraire à l'apparence du droit, en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage, dont la nullité ou l'inapplicabilité n'est pas évidente. Il est donc admissible que le juge apparent, à savoir l'arbitre, reste compétent pour vérifier sa compétence ».

⁵ V° « Apparence », par M.-N. JOBARD-BACHELLIER, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

⁶ A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, *op. cit.*

⁷ A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, *op. cit.*, p. 4, n° 6.

⁸ *Ibid.*, p. 127, n° 185

autres exemples illustrent la théorie de l'apparence trompeuse, dans les domaines les plus variés : depuis la reconnaissance du fonctionnaire de fait en droit romain – l'esclave Barbarius Philippus, ayant dissimulé sa qualité d'esclave afin d'exercer la charge de prêteur –, à sa reconnaissance en droit contemporain par la théorie de l'héritier apparent¹, la théorie de l'apparence trompeuse a su démontrer son ubiquité en s'illustrant dans toutes les branches du droit². L'apparence trompeuse trouve d'ailleurs sa place en droit de l'arbitrage dès l'époque romaine, le code justinien acceptant que « *la sentence rendue par un arbitre, réputé libre alors qu'il était esclave, devait conserver son autorité* »³ en dépit de l'impossibilité pour les esclaves d'être arbitres édictée par le Code.

145. La théorie de l'apparence semble se réduire alors à l'apparence trompeuse⁴. Nombre d'ouvrages consacrés à la question se limitent à cet aspect de la théorie de l'apparence⁵. Pourtant, cette forme d'apparence ne doit pas éclipser les autres acceptions de la notion juridique d'apparence, la polysémie de la notion ayant été initialement mise en exergue par une étude menée dans le champ de la matière pénale⁶. La théorie de l'apparence limitée à l'apparence trompeuse est « *insuffisante* » : « *ramener l'apparence à une erreur, c'est confondre la cause et l'effet* »⁷. En effet, le droit prend en compte l'apparence aussi bien lorsqu'elle « *dissimule la réalité* », que lorsqu'elle la « *révèle* »⁸. On aurait pu penser cette étude restreinte au champ d'étude sélectionné, compte tenu des spécificités de la matière pénale, mais une auteure a, dans le sillage ainsi tracé, élaboré une nouvelle théorie générale de l'apparence en droit privé⁹. La notion d'apparence consiste à s'interroger sur « *le rapport du droit à la réalité* »¹⁰ : « *[l]'apparent désigne ainsi soit la représentation d'un fait qui exprime la réalité qui se donne à voir, soit une construction trompeuse sans coïncidence avec la réalité* »¹¹. L'apparence est aussi « *ce qui paraît aux yeux* »¹², « *ce qui est visible et non ce qui est trompeur* »¹³.

146. On peut alors distinguer, aux côtés de l'apparence trompeuse, deux autres acceptions juridiques de l'apparence, en correspondance avec les acceptions du langage courant.

¹ M. BOUDOT, « Apparence », *Rép. droit civil*, Paris, Dalloz, 2009, n^{os} 2 et 91.

² Pour un tour d'horizon, cf. M. BOUDOT, « Apparence », *op. cit.*

³ *Ibid.*, cf. Code justinien (C.J. 2. 7. 75).

⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction*, PUF, 2004, pp. 328-329, n^o 163.

⁵ Sur ce point, cf. par ex. J.-P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé : contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, thèse, Nice, 1974 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé. Essai sur les représentations individuelles en droit international privé*, Préface de Paul Lagarde, LGDJ, Paris, 1984 ; C.-W. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, Préface de J. Ghestin, LGDJ, 2000 ; M. BOUDOT, « Apparence », *op. cit.*, n^o 13 : « *la définition juridique retenue oppose la réalité d'un droit ou d'une qualité à la perception erronée ou la croyance fautive – l'apparence – de cette réalité : elle suppose une situation vraisemblable mais inexacte en droit* ».

⁶ Ph. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 1984.

⁷ P. CONTE, « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçus sur la notion d'apparence en procédure pénale) », *RSC*, 1985.471, spéc. p. 473, n^o 4.

⁸ P. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, *op. cit.*, p. 11, n^o 6.

⁹ A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse, Paris II, 2004 ; cf. en particulier p. 13, n^o 26.

¹⁰ A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, *op. cit.*, p. 18.

¹¹ *Ibid.*, p. 17.

¹² V^o « Apparence », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 1.

¹³ A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, *op. cit.*, p. 17.

Tout d'abord, « *ce qui apparaît peut être conforme à la réalité juridique* »¹. C'est ce que l'on désignera sous l'expression de « *l'apparence, caractère ostensible d'une chose* »² ou « *apparence ostentatoire* ». D'aucuns doutent de ce que l'on puisse parler d'apparence alors que l'apparition à l'origine de l'apparence est parfaitement conforme à la réalité³. Nous ne suivrons pourtant pas ce raisonnement. Le recours à la notion d'apparence est justifié. C'est ici le rôle de l'agent, de l'observateur qui explique que l'on puisse parler d'apparence : il peut ou doit « *s'en tenir à l'aspect extérieur des choses* »⁴. « *La notion d'apparence à laquelle il est ici fait référence est donc l'aspect extérieur d'une chose, ce qui se voit, ce qui apparaît à première vue* »⁵. Un des exemples classiquement donné de cette situation consiste dans les vices apparents, l'article 1642 du Code civil prévoyant que « *[l]e vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même* »⁶.

Ensuite, « l'apparence est « *le caractère plausible, vraisemblable d'une chose* » »⁷. En effet, « *ce qui apparaît peut aussi rendre seulement vraisemblable la conformité de l'apparition à la réalité juridique* »⁸. C'est ce que l'on dénomme « l'apparence, caractère vraisemblable d'une situation »⁹. Sa particularité est qu'elle « *permet un certain doute sur la réalité juridique* ». Ce n'est « *ni la conviction erronée, ni le doute pur et simple* »¹⁰. L'apparence vraisemblable indique une forte probabilité de conformité avec la réalité, en laissant une dose d'incertitude. Comme l'expose le premier auteur à avoir théorisé la notion, « *il est parfaitement concevable que l'apparition puisse être suffisamment ressemblante pour évoquer telle réalité, sans pour autant emporter la conviction totale de l'observateur qui, par conséquent, conserve présent à l'esprit un certain doute : ce seuil où l'erreur disparaît, mais où l'apparence subsiste, c'est la vraisemblance* »¹¹. Les exemples les plus probants foisonnent dans la matière pénale¹². Plus précisément, le domaine de prédilection où le droit accepte de faire produire des effets juridiques à une apparence vraisemblable indépendamment de la réalité est la procédure pénale, « *domaine où, à l'évidence, l'agent est en effet souvent contraint de procéder sur le fondement sinon de la réalité – puisqu'il l'ignore et que ses opérations ont précisément pour but de l'établir -, du moins d'une vraisemblance dont le législateur a donc à juste titre décidé qu'elle devait parfois suffire à justifier les actes*

¹ V° « Apparence », par M.-N. JOBARD-BACHELLIER, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

² A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, op. cit., p. 4, n° 6.

³ Sur ce point, v. P. CONTE, « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçus sur la notion d'apparence en procédure pénale) », op. cit., p. 473, n° 6 ; *L'apparence en matière pénale*, op. cit.

⁴ A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, op. cit., p. 8, n° 11.

⁵ *Ibid.*, p. 6, n° 9.

⁶ Ex. cité par A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, op. cit., pp. 5-6, n° 9.

⁷ *Ibid.*, p. 4, n° 6.

⁸ V° « Apparence », par M.-N. JOBARD-BACHELLIER, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

⁹ A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, op. cit., p. 4, n° 6.

¹⁰ V° « Apparence », par M.-N. JOBARD-BACHELLIER, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

¹¹ P. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, op. cit., p. 23, n° 18.

¹² On précisera bien évidemment que la seule apparence vraisemblable d'infraction ne doit pas en principe aboutir à la condamnation. La présomption d'innocence est à la source de la règle selon laquelle « *le doute profite à l'accusé* ». Cf. sur ce point, J. PRADEL, *Procédure pénale*, 14^e éd., Paris, Ed. CUJAS, 2008, p. 344, n° 393 : « *lorsque la culpabilité est « probable », mais lorsque les éléments présentés au juge « n'entraînent pas une certitude absolue », celui-ci doit considérer « qu'il demeure un doute dont le prévenu doit bénéficier »* ».

de recherche, dès lors qu'elle constitue une véritable apparence »¹. On prendra pour seul exemple la perquisition dans le cadre de l'enquête de flagrance, archétype de l'apparence vraisemblable². La perquisition constituant une atteinte certaine aux libertés individuelles, et notamment à l'inviolabilité du domicile, il est logique que sa légalité soit subordonnée à l'existence de l'apparence vraisemblable, que le lieu perquisitionné soit le domicile « *des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés* » aux termes de l'article 56 al. 1^{er} CPP. C'est donc l'apparence vraisemblable qu'un individu ait participé à la commission d'un crime ou qu'une personne détienne des informations ou objets relatifs aux faits incriminés qui produit un effet juridique propre : permettre à l'officier de police judiciaire de perquisitionner leur domicile. L'apparence vraisemblable d'une infraction, « *apparence de culpabilité* » d'une personne que désigne le terme de « *suspect* », produira alors des effets juridiques propres – justifier une perquisition par l'officier de police judiciaire dans le cadre d'une enquête de flagrance, ou encore permettre le prélèvement d'empreintes³ – qui se distingueront des effets juridiques de l'infraction elle-même, qui, si elle est caractérisée, conduira alors à la condamnation du coupable. L'apparence vraisemblable suffira à justifier les mesures prises par l'officier de police judiciaire, indépendamment de la décision prise par la juridiction de jugement, qu'elle écarte ou caractérise l'infraction. C'est le même mécanisme que l'on retrouve encore derrière les arrestations, pouvoir que détient la police judiciaire uniquement en matière de crimes ou délits, à l'exclusion des contraventions. L'apparence vraisemblable de gravité de l'infraction suffit alors à justifier la régularité de l'arrestation, peu importe, *in fine*, que l'infraction soit qualifiée de contravention⁴.

147. Afin de mieux comprendre le rôle de chacune de ces notions et laquelle s'applique à la situation ici visée – quelle forme d'apparence de compétence arbitrale permet la mise en œuvre de l'effet négatif –, il faut identifier le point commun et les variables de cette notion.

Un seul point est commun à toutes ces formes d'apparence : l'apparence juridique suppose toujours un examen superficiel. Le degré d'investigation dont jouit l'acteur en cause – individu quelconque, agent de police, juge – est limité. L'apparence est la situation qui « *saute aux yeux* ». Quant aux divergences, on peut identifier au moins trois variables traversant la notion d'apparence, à l'origine de son caractère polysémique.

¹ P. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, *op. cit.*, p. 507, n° 403.

² P. CONTE, « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçu sur la notion d'apparence en procédure pénale) », *op. cit.* Dans le même sens, C. AMBROISE-CASTÉROT, *La procédure pénale*, 2^e éd., Paris, Gualino, 2009, p. 201, n° 287. Pour d'autres exemples, *cf.* P. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, *op. cit.* ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 345, n° 394.

³ Article 55-1 CPP : les opérations des prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête peuvent être réalisées notamment « sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction ».

⁴ C. AMBROISE-CASTÉROT, *La procédure pénale*, *op. cit.*, p. 206, n° 293 ; A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, *op. cit.*, pp. 639-640, n°s 1235 à 1237. Pour un autre exemple d'intervention policière sur le fondement d'une apparence vraisemblable, *cf.* A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, *op. cit.*, pp. 614 et s., traitant des contrôles d'identité, de titres et d'état.

La première concerne la capacité des apparences à rendre compte de la réalité. On peut alors distinguer l'apparence trompeuse, qui ne rend pas compte de la réalité et conduit à l'erreur de l'observateur, des apparences ostentatoire et vraisemblable, qui rendent compte de la réalité¹, soit de manière certaine pour l'apparence ostentatoire², soit de manière probable pour l'apparence vraisemblable.

La seconde variable, qui permet d'isoler l'apparence vraisemblable des deux autres acceptions de la notion d'apparence, est la prise en compte ou l'absence de prise en compte de la conformité de l'apparence à la réalité. L'apparence trompeuse suppose une opposition entre l'apparence et la réalité, tandis que l'apparence ostentatoire indique une conformité de cette apparence à la réalité. Ces deux formes d'apparence prennent donc en considération la conformité ou l'absence de conformité de l'apparence à la réalité. Elles font produire des effets de droit à l'apparence, effets identiques à ceux de la réalité du droit. Ce n'est pas le cas de l'apparence vraisemblable, qui est indifférente à la conformité ou non-conformité de l'apparence à la réalité. L'apparence vraisemblable indique simplement une probabilité, mais laisse subsister une part de doute. Le droit accepte alors de faire produire des effets à cette seule probabilité, à la seule apparence, les effets de droit de cette apparence étant distincts des effets de droit produits par la réalité de la situation juridique visée.

La troisième variable est le degré de certitude de la conformité de l'apparence à la réalité. L'apparence trompeuse et l'apparence ostentatoire requièrent de l'agent une conviction, une certitude, au terme d'un examen restreint, de la conformité de l'apparence à la réalité³. Il n'est pas nécessaire que cette conviction s'avère conforme à la réalité. Il suffit que l'agent soit convaincu par la conformité de l'apparence à la réalité, que cette conviction s'avère ou non erronée, peu importe. Cette certitude porte donc sur l'apparence elle-même. Au contraire, l'apparence vraisemblable peut être caractérisée alors qu'existe une part de doute quant à la conformité de l'apparence à la réalité juridique. La position du curseur sur la ligne tracée entre l'incertitude et la certitude varie donc selon le type d'apparence concerné : si cette apparence doit fortement approcher de la certitude concernant l'apparence trompeuse ou ostentatoire, l'apparence vraisemblable se caractérise au contraire par cette position intermédiaire, entre simple possibilité et certitude absolue : « *la vraisemblance doit être conçue comme en deçà de la conviction [...] du prototype de référence, mais au-delà du doute* ».

¹ Sans distinguer entre apparence ostentatoire et vraisemblable, dissociant l'apparence trompeuse de l'apparence « *reflet de la réalité juridique* », A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, op. cit., p. 12, n° 22 : « [I]e droit français [...] reprend le double sens du mot apparence. L'apparence désigne ainsi soit la représentation d'un fait qui exprime la réalité qui se donne à voir soit une construction trompeuse sans coïncidence avec la réalité ».

² Concernant l'apparence ostentatoire, soulignant sa conformité avec la réalité, A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, op. cit., p. 5, n° 8 : « [u]n certain nombre d'applications de la notion juridique d'apparence correspondent à l'aspect extérieur des choses, à ce qui est visible sans que l'apparence prise en compte ne s'oppose à la réalité ».

³ Cf. par ex. en matière pénale, Ph. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, op. cit., p. 23, n° 18 : concernant la théorie de l'apparence trompeuse, « *il y apparence lorsque la ressemblance a été si parfaite qu'une personne, abusée, a été convaincue d'avoir affaire à une réalité* » ; A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, op. cit., p. 44, n° 84, rappelé concernant par exemple la théorie de la propriété apparente d'un immeuble : « [I]es circonstances de fait ayant entouré la conclusion du contrat jouent aussi de manière négative. Elles convainquent parfois les magistrats que celui qui prétend avoir commis une erreur commune aurait dû avoir des doutes sur la réalité du droit de son cocontractant. Ce doute aurait dû l'inciter à opérer des vérifications susceptibles de le détromper. Le doute est par conséquent exclusif du jeu de l'apparence ».

pur et simple »¹. L'apparence vraisemblable est « *le caractère plausible* »² d'une réalité, une « *forte probabilité* »³. C'est ce doute présent à l'esprit de l'observateur qui caractérise l'apparence vraisemblable⁴.

B.- Le choix de l'apparence vraisemblable

148. Cette présentation détaillée, exigée par la diversité des sens de l'apparence, permet aisément d'identifier à quelle acception de l'apparence se rattache l'effet négatif du principe compétence-compétence.

La première variable à prendre en compte est la capacité ou l'incapacité de l'apparence de compétence à rendre compte de la réalité. Loin d'être en discordance avec la réalité juridique, l'apparence de compétence arbitrale rend compte, tout au moins probablement, de la réalité juridique. L'apparence trompeuse ne nous concerne donc aucunement dans la situation ici étudiée.

Il reste alors à prendre en considération une seconde variable, constituée par le degré de certitude de la conformité de l'apparence à la réalité. Le juge étatique saisi doit-il se satisfaire de la vraisemblance de la compétence arbitrale ou, au contraire, acquérir la certitude de la compétence arbitrale au terme de cet examen restreint par l'apparence ? C'est bien à la théorie de l'apparence vraisemblable que notre sujet se rattache, car un certain doute sur la compétence arbitrale est autorisé. En ce sens, la doctrine la plus autorisée retient que « *le doute profite à l'arbitrage* »⁵. L'apparence de compétence arbitrale pourra ensuite aussi bien être établie que réfutée par le tribunal arbitral suite à ce contrôle opéré par le juge étatique. La partie qui se prévaut de la compétence arbitrale doit ainsi simplement établir qu'elle est « *vraisemblable* », du monde du possible, le « *caractère de vérité possible de quelque chose* »⁶, sans certitude. La mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence repose sur une simple probabilité non exclusive du doute qui, dans la plupart des hypothèses, s'avèrera conforme à la réalité. L'effet négatif consiste donc pour le juge étatique « *à procéder à un véritable pari* »⁷ sur la compétence arbitrale.

149. On peut se convaincre du rattachement de l'effet négatif à l'apparence vraisemblable en le comparant avec le contrôle opéré par le juge des référés. Si elle était

¹ Ph. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, op. cit., p. 501, n° 400 et pp. 27-28, n° 21 : « *à l'inverse de la solution retenue dans les autres disciplines juridiques, le doute n'est pas nécessairement exclusif de l'apparence. Certes, lorsque l'apparition est à même de permettre plusieurs interprétations aussi possibles les unes que les autres, on ne saurait conclure à l'apparence ; mais si, dépassant le seuil des simples possibilités entre lesquelles, par définition, l'observateur n'a effectivement aucune raison de choisir l'une ou l'autre, on en arrive à une vraisemblance, l'apparence est alors caractérisée. En effet, entre plusieurs interprétations de l'apparition, l'observateur se sentira autorisé à choisir l'une plutôt que les autres, parce qu'elle ressemblera suffisamment à une réalité pour qu'elle lui semble vraisemblablement exacte : la vraisemblance suppose en effet une « apparence de vérité » ».*

² A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, op. cit., p. 11, n° 13.

³ *Ibid.*

⁴ Ph. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, op. cit., p. 23, n° 18.

⁵ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », op. cit. ; « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », op. cit. ; F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Société SIAL c. société Vinexpo*, Rev. arb., 2008.453, p. 455, n° 3 : « *le doute profite à l'arbitre* ».

⁶ V° « Vraisemblance », in *Le Petit Larousse*, op. cit.

⁷ Ph. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, op. cit., p. 553, n° 446

historiquement fondée sur l'urgence, l'intervention du juge des référés se justifie aujourd'hui de plus en plus au regard des notions d'évidence¹ et d'apparence². Les procédures de référés ont pu être qualifiées de « *théâtre d'apparence* »³. Certains rattachent l'institution à l'apparence vraisemblable⁴, d'autres sont plus hésitants⁵. Cependant, parmi les multiples « *espèces de référé* »⁶, la plupart révèlent que l'intervention du juge des référés doit être exclusive de toute incertitude, au terme de ce contrôle apparent, devant ainsi être rattachée à cette autre théorie de l'apparence, l'apparence ostentatoire. En effet, par exemple, concernant le référé-provision ou le référé-injonction, proche de notre hypothèse car ils peuvent également mettre en cause l'exécution forcée d'une obligation contractuelle, l'intervention du juge des référés est subordonnée à la certitude qu'il détient de l'existence de la créance ou de l'obligation, qui doit être « *apparemment fondée* » et non « *sérieusement contestable* »⁷. Ainsi, le juge des référés ne peut allouer une provision au créancier s'il subsiste un doute sur l'existence même de la créance ; ce doute pourra porter sur l'étendue de la créance⁸, mais non son existence même. Lorsque l'obligation est de source conventionnelle, il est nécessaire que le contrat ne soit pas sérieusement contestable : « *[t]ous les contrats, sous réserve de leur clarté, peuvent servir de base à une demande de provision* »⁹. Par exemple, la nécessité même d'interpréter des conventions ou des clauses imprécises, l'ambiguïté d'une convention, constitue une obligation sérieusement contestable, empêchant le juge des référés d'allouer une provision ou d'ordonner une injonction¹⁰. De même, constituent des cas de contestation sérieuse en matière contractuelle s'opposant au prononcé d'une provision l'incertitude relative à « *la compatibilité d'un contrat au droit communautaire* », à « *l'annulation d'une convention sur la situation des parties* », et la nécessité d'« *interprétation des stipulations obscures d'un contrat* »¹¹.

Ces éléments sont édifiants de la différence d'approche du juge étatique dans le cadre du référé ou dans le cadre de l'effet négatif : les nécessités d'interprétation d'une convention

¹ R. PERROT, « L'évolution du référé », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales, Toulouse, 1981, p. 645.

² A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, op. cit., pp. 426 et s., spéc. p. 430, n° 885, mettant en évidence le recul de la place de l'urgence et de l'interdiction de préjuger au principal au profit de l'apparence : « [I] l'apparence permet au juge des référés de statuer. Elle conditionne et limite son intervention ».

³ R. MARTIN, « Le référé, théâtre d'apparence », *D.*, 1979, Chron. 158.

⁴ V° « Apparence », par M.-N. JOBARD-BACHELLIER, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

⁵ A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, op. cit., le rattachant aussi bien à l'apparence ostentatoire (*ibid.*, p. 7, n° 11) qu'à l'apparence vraisemblable (*ibid.*, p. 11, n° 13).

⁶ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 408, n° 629.

⁷ En ce sens, cf. par ex. A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, op. cit., p. 447, n° 910 et spécifiquement pour le référé-provision, *ibid.*, pp. 485 et s.

⁸ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 412, n° 634 et les réf. note n° 490. Cf. par ex., Cass. civ. 2^{ème}, 10 nov. 1998, *Bull. civ.*, II.1998.271; *Procédures*, 1999, Comm. 4, obs. R. PERROT (dès lors que le principe même de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, une provision peut être allouée, même si le montant de l'obligation est encore sujet à controverse).

⁹ Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse, Strasbourg, 1993 ; EUE, 2010, p. 125, note n° 4 et les réf.

¹⁰ En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1998 ; *Bull. civ.*, 1998.I.137 : le juge des référés qui procède à l'interprétation de clauses imprécises d'un contrat d'assurance tranche une contestation sérieuse ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, *Bull. civ.*, 2006.I.337, *D.*, 2007.1385, obs. P. JULIEN ; *RTD com.*, 2006.764, obs. E. LOQUIN. Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, op. cit., p. 111 : « si les termes de la convention impliquent leur interprétation, le Président se heurte à une contestation sérieuse ».

¹¹ A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, op. cit., p. 495, n° 975.

d'arbitrage fonderont au contraire son apparence, et justifieront la mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence ! Tous les exemples cités – validité de la convention, obscurité imposant une interprétation, sort de la convention d'arbitrage suite à une annulation, une modification ou une cession de la convention principale – n'empêchent pas le renvoi des parties devant le tribunal arbitral.

Le référé provision ou injonction et l'effet négatif du principe compétence-compétence sont donc fondés sur des mécanismes distincts : le premier repose sur l'apparence ostentatoire, le moindre doute – présentant un caractère sérieux – sur l'existence de l'obligation contractuelle allant à l'encontre de l'allocation d'une provision, alors que le second s'appuie sur l'apparence vraisemblable, le doute n'excluant pas la mise en œuvre de l'effet négatif. La même analyse peut être étendue à d'autres formes de référés¹.

150. Différentes conséquences peuvent être déduites du rattachement de l'effet négatif de la compétence-compétence à la théorie de l'apparence vraisemblable.

Première conséquence, on comprend mieux en quoi l'effet négatif doit être détaché de la force obligatoire des contrats. Il ne s'agit pas de faire produire effet à l'obligation dont la réalité n'est pas encore établie. Il faut distinguer les effets de droit produits par l'obligation elle-même – la convention d'arbitrage produisant un effet négatif, *l'effet négatif de la convention d'arbitrage* interdisant au juge étatique de connaître du fond du litige – des effets de droit produits par la seule apparence d'obligation – *l'effet négatif de la compétence-compétence* donnant priorité au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence. A l'image de la matière pénale, où, par exemple, la vraisemblance d'une infraction suffit à régulariser l'enquête, peu importe que l'auteur soit ensuite condamné ou non², les effets de droit de l'apparence de compétence arbitrale sont distincts des effets de droits de la réalité de la compétence arbitrale. On remarquera cependant, pour être tout à fait complet, que l'effet propre de l'apparence de droit est édicté en vue de renforcer l'effet du droit réel lui-même. L'apparence de compétence arbitrale permet la mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence, qui conduit au renvoi devant le tribunal arbitral ; si ce dernier se juge compétent, il pourra ainsi connaître du fond de l'affaire. L'effet négatif du principe compétence-compétence contribue ainsi à garantir le respect des effets positif et négatif de la convention d'arbitrage eux-mêmes.

Deuxième conséquence, le fait de rattacher l'effet négatif à la théorie de l'apparence vraisemblable présente l'incontestable avantage de préserver le mécanisme d'ensemble mis en

¹ Pour le cas ordinaire du référé urgence, tel que prévu à l'article 808 CPC pour le TGI, A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, op. cit., pp. 454 et s. Cf. les propos particulièrement éclairants de M. STRICKLER qui, s'interrogeant sur le sens de la notion d'absence de contestation sérieuse, retient qu'« [i]l se dégage [...] un « seuil d'évidence », qui se caractérise par une certitude absolue de l'existence du droit. « Le moindre doute doit l'amener à rejeter » la demande dans son intégralité, ou pour partie s'il n'apparaît pas que la somme réclamée à titre de provision est justifiée en son entier. La contestation sérieuse existe dès « que l'un des moyens de défense opposé à la prétention (du demandeur) n'est pas manifestement vain ». Il suffit qu'il y ait « une incertitude, si faible soit-elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond ». L'absence de contestation sérieuse implique alors « la conviction absolue de l'existence d'un droit manifestement incontestable ». Cette nécessaire certitude du droit invoqué fait du juge des référés « le juge de l'évident et de l'incontestable » selon l'expression de M. le Premier Président Draï ; « tout au moins au niveau des apparences », rappellent les auteurs » (Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, op. cit., p. 97).

² Ph. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, op. cit., pp. 673 et s.

place par le principe compétence-compétence. Cela permet de justifier que le tribunal arbitral et les juridictions étatiques du contrôle saisis ultérieurement, qui statuent au contraire sur *la réalité* de la compétence juridictionnelle générale, se retrouvent en principe libres de statuer sur ce point, sans être liés par l'appréciation faite préalablement par les juges saisis *a priori* jugeant de la seule apparence de droit¹.

Troisième conséquence, le recours à la théorie de l'apparence comme condition de mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence permet de mettre en évidence la double fonction que cette règle assure. Tout d'abord, l'effet négatif contribue à préserver la confiance, et consécutivement la sécurité juridique. Le sujet peut ainsi se fier au fait qu'en présence d'une apparence de convention d'arbitrage, simple représentation, le litige relèvera en priorité du tribunal arbitral. Les sujets de droit peuvent donc « *s'en remettre à la situation ostensible pour agir* »². Ensuite, l'appui sur la théorie de l'apparence conforte un argument pratique développé précédemment au soutien de l'effet négatif du principe compétence-compétence : l'économie procédurale. Il est plus logique de rechercher à donner effet – tout au moins dans un premier temps – à l'apparence. Pourquoi ? Parce que « *l'apparence et la réalité concordent le plus souvent. Consacrer la première permet donc de faire aisément produire effet à la seconde [...]. La réalité se donne à voir et l'apparence facilite, rend possible l'accès aux droits subjectifs* »³. En présence de l'apparence d'une convention d'arbitrage valable, un examen approfondi de la situation en cause, parfois complexe et long, confirmera dans la plupart des hypothèses la réalité de la compétence arbitrale. L'apparence de compétence arbitrale est donc un bon gage de la réalité de cette dernière, suffisant pour conduire le juge étatique au renvoi devant le tribunal arbitral, juge apparemment compétent, le juge étatique réalisant ainsi une « *économie d'investigation* »⁴. C'est cette analyse qui a conduit une partie de la doctrine à voir dans l'effet négatif du principe compétence-compétence « *une mesure de morale pratique* »⁵. Les droits du « *débiteur apparent* » n'en seront pas pour autant sacrifiés puisqu'il pourra combattre cette apparence devant le tribunal arbitral, puis, éventuellement, devant les juridictions du contrôle de la sentence. C'est cet aspect de l'apparence vraisemblable répondant à une logique probabiliste, presque mathématique, développée dans le cadre des présomptions⁶, que l'on retrouve ici.

Section 2.- Les fondements pratiques

151. Poursuivant notre quête de l'identification des fondements de l'effet négatif, des justifications de nature pratique propres au procès peuvent être identifiées. A l'examen, ces fondements apparaissent déterminants ; ils fournissent selon nous les bases les plus solides de la validité axiologique de l'effet négatif de la compétence-compétence.

¹ Cf. *infra*, n° 336 et s.

² A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, *op. cit.*, p. 21.

³ *Ibid.*, pp. 17-18, et p. 201.

⁴ *Ibid.*, p. 201.

⁵ I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *op. cit.*,

⁶ A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, *op. cit.*, p. 11, n° 13 et la note n° 71, exposant que « *de nombreux auteurs ont rattaché le mécanisme des présomptions à la notion de probabilité* » ; F. GENY, *Science et technique en droit privé*, t. III, Sirey, 1921, n° 230, p. 265.

Initialement, ce sont d'ailleurs des justifications pratiques qui ont été invoquées par M. Gaillard, énoncées dans ses écrits fondateurs¹ et reprises dans ses plaidoyers pour l'exportation de la conception originale du principe de compétence-compétence à l'étranger : économie de moyens², souci de déjouer les manœuvres dilatoires des parties qui tentent de « *perturber le déroulement d'un arbitrage* »³, et enfin « *rationalisation* » des voies de recours en matière d'arbitrage, par la « *centralisation des procédures de contrôle de l'arbitrage* » au stade du contrôle de la sentence devant *une* juridiction, la cour d'appel du lieu où la sentence a été rendue⁴.

Sans conteste, l'effet négatif du principe compétence-compétence participe de l'économie procédurale (§1). Plus fondamentalement, il constitue l'unique solution prenant en compte le pluralisme juridictionnel permettant de résoudre efficacement les conflits de compétence au regard de l'inadaptation des mécanismes de résolution des conflits de compétence admis entre juridictions étatiques (§2).

§1.- L'économie procédurale

152. L'argument de l'économie procédurale a été immédiatement avancé au soutien de l'effet négatif. La règle contribuerait à réaliser une « *économie de moyens* »⁵ en ce qu'elle « *évite un détour inutile par le juge* »⁶.

153. Les opposants ont immédiatement contré l'argument, prétendant que la règle de l'effet négatif « *risque de se révéler contraire à l'objectif d'efficacité de la justice* »⁷. Ils soutiennent alors qu'il est préférable que le contentieux relatif à la convention d'arbitrage soit

¹ E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*

² E. GAILLARD and Y. BANIFATEMI, "Negative Effect of Competence-Competence : The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators", *op. cit.*, p. 260 : "the arbitral process would seriously be hindered if parties were allowed to exploit the courts to progress of the arbitration. Correlatively, the parties' time and costs efforts would be better preserved if they are no submitted to the obligation of going through parallel and duplicative proceedings on the question of the existence and validity of the arbitration agreement".

³ E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, pp. 399-400 ; E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, spéc. p. 324 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 424, n° 680.

⁴ E. GAILLARD, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autre c. dame Bohin*, *op. cit.*, p. 620 ; « L'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, spéc. pp. 400-401 ; « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, pp. 325-326 ; E. GAILLARD and Y. BANIFATEMI, "Negative Effect of Competence-Competence : The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators", *op. cit.*, p. 260 : "allowing the arbitrators to make a first determination on their own jurisdiction and inviting the courts to conduct a full examination of the arbitral process rather than immediately safeguards, in those legal systems where it exists, the centralisation (both territorially and in terms of subject matter) of the court review of disputes associated with arbitration".

⁵ E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, pp. 398 et s. ; « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, pp 318 et 322.

⁶ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 721, n° 19.

⁷ F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *op. cit.*, pp. 613-614. En ce sens également, considérant l'effet négatif comme contraire aux impératifs d'économie de procédure : J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 502-504, p. 457-459 ; p. 408, n° 457 ; J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 941-942, n° 2549.

jugé immédiatement par le juge étatique car c'est ce dernier qui tranche de manière définitive ce contentieux au stade de la sentence, qui a le dernier mot¹. Selon eux, l'effet négatif du principe de compétence-compétence constituerait un détour inutile devant les tribunaux arbitraux : « [p]ourquoi faire le détour par la procédure arbitrale alors que le juge étatique aurait pu ab initio indiquer que le litige échappait à la compétence arbitrale »² ? On ne saurait mieux dire : la règle de l'effet négatif de la compétence-compétence « implique [...] un détour inutile car elle reporte la décision définitive sur compétence, alors que celle-ci pourrait être rendue d'emblée »³ par les juridictions publiques. Cette partie de la doctrine propose alors d' « inverser le principe » et ainsi « d'admettre la compétence du juge étatique dès lors qu'il existe un doute sur l'efficacité de la clause compromissoire »⁴.

154. Cette contre-argumentation ne nous paraît pas déterminante. Contrairement à ce qui a pu être affirmé, l'argument de l'économie procédurale n'est pas un « principe neutre »⁵.

Il l'est, on le concédera, *in abstracto* : *a priori*, rien ne peut préjuger que le litige relève de la compétence de la justice arbitrale ou de la justice publique. Le raisonnement tenu par chacune des parties en présence, tenants et opposants à l'effet négatif, est vicié car chacun part du postulat qui sert son raisonnement : les tenants de l'effet négatif postulent que le juge étatique serait saisi à tort du fond du litige, au mépris de la convention d'arbitrage, la compétence revenant à la justice arbitrale ; au contraire, les opposants à l'effet négatif présupposent quant à eux que le tribunal arbitral serait saisi à tort du fond du litige, la convention d'arbitrage étant nulle ou inexistante, ce que constatera le juge étatique *a posteriori*, la compétence revenant à la justice publique.

Mais l'argument de l'économie procédurale n'est pas neutre, en pratique, *in concreto* compte tenu de deux facteurs : la politique juridique de faveur dont bénéficie aujourd'hui l'arbitrage dans les ordres étatiques et le fait que l'arbitrage soit la justice de droit commun des relations du commerce international. Rappelons-le : la mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence suppose l'apparence vraisemblable de convention d'arbitrage. Or, il est fort probable que l'apparence de compétence arbitrale et ainsi l'apparence d'incompétence de la justice publique soient confirmées *dans leur réalité* par les juridictions étatiques lors du contrôle, en fait et en droit, opéré au stade post-arbitral. La seule probabilité d'accueil favorable de la sentence sur la compétence – argument mathématique –

¹ F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *op. cit.*, pp. 612-614 ; P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, n° 15 ; Ph. DELEBECQUE, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *American Bureau of Shipping c. Copropriété Jules Verne et autres*, DMF, 2002.623 : « [n]e met-il pas le demandeur dans l'obligation de saisir en priorité le tribunal arbitral, uniquement pour contester sa compétence ? Ce qui est, d'un point de vue procédural, assez singulier ».

² F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *op. cit.*, p. 614.

³ J.-F., POUURET, « Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse : comment départager le juge et l'arbitre ? », *op. cit.*, p. 238.

⁴ F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *op. cit.*, p. 614.

⁵ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 721, n° 19.

va en ce sens. Peu de sentences de compétence ou d'incompétence sont censurées, les règles matérielles françaises applicables à la convention d'arbitrage étant d'un grand libéralisme, autant du point de vue de la validité de la convention que de son applicabilité : dès lors qu'une clause d'arbitrage se profile, les juridictions étatiques la jugeront valable et applicable dans la grande majorité des cas. Sous l'ancien décret, une analyse détaillée des sentences arbitrales devant le juge français a mis en évidence que si le moyen d'annulation est relativement fréquemment invoqué, le taux de censure est relativement faible¹. Un second élément statistique rend compte de la part infime, négligeable de ce taux de censure : la part de sentences soumises au contrôle des juridictions publiques est négligeable. En effet, dans la grande majorité des hypothèses, la sentence arbitrale sera exécutée spontanément, et les questions de compétence non portées devant les juridictions étatiques. En moyenne, seulement 5% des sentences seraient effectivement contestées devant les juridictions d'appel². Moins de 20% des 5% des sentences contrôlées seraient donc annulées pour incompétence. On peut donc considérer que seulement 1% des sentences rendues par les tribunaux arbitraux sont annulées pour incompétence. En dépit de leur relative ancienneté, ces statistiques ne devraient pas être démenties au regard de la faveur grandissante pour l'arbitrage³. On conviendra donc – face à cet argument statistique de poids – que l'économie procédurale est mieux assurée *par le renvoi devant les arbitres*, dont la sentence sur la compétence sera sans doute accueillie par l'ordre juridique français, *que par le renvoi devant les juridictions françaises* qui, dans la grande majorité des hypothèses, renverront les parties à l'arbitrage, le juge étatique ayant été inutilement saisi et des moyens publics inutilement dépensés. L'argument vaut d'autant plus en matière internationale : 90% des contrats du commerce international stipuleraient une clause compromissoire ; aussi y a-t-il plus de chance qu'un contrat du commerce international comporte une convention d'arbitrage qu'il n'en comporte pas.

155. Aussi, nous suivrons M. Gaillard en considérant que, compte tenu de la rareté des annulations des sentences de compétence, il est conforme au principe d'économie procédurale que les juges étatiques renvoient le litige au tribunal arbitral dès lors qu'ils sont en présence d'une apparence de convention d'arbitrage.

¹ S. CRÉPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français – Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, préface Ph. FOUCHARD, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1995, pp. 189 et 195, n° 289, rapportant que devant la cour d'appel de Paris, le taux de censure moyen sur le fondement du premier grief, incluant les censures pour dépassement du délai d'arbitrage, est respectivement de 17,07% pour l'arbitrage interne, et de 11,11% pour l'arbitrage international.

² S. CRÉPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français – Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, *op. cit.* On peut distinguer avec l'auteur entre les simples demandes d'exequatur des sentences qui ne sont pas nécessairement suivies d'un recours en annulation, qui représentent 22% des sentences rendues sous l'égide de la CAP et 18% des sentences rendues sous l'égide de la CCI (*ibid.*, pp. 30-31, n° 36 et 37), des contestations effectives des sentences par un recours en annulation ou l'appel de l'ordonnance d'exequatur, qui représentent en moyenne seulement 5% des arbitrages (*ibid.*, p. 135, n° 181: « *il est possible de conclure que 5% des arbitrages sont contestés. Selon les années, le taux de contestation est très inégal (entre 2% et 9%)* »).

³ Par ex., la nullité de la clause compromissoire en matière civile et mixte pour l'arbitrage interne a été fréquemment invoquée et retenue (S. CRÉPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français – Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, *op. cit.*, pp. 210 et s.), alors qu'elle est aujourd'hui écartée depuis la réforme de l'art. 2061 du Code civil. La même remarque vaut pour la clause blanche (*ibid.*, p. 208, n° 315).

§2.- L'inadaptation des mécanismes de résolution des conflits de compétence admis entre juridictions étatiques

156. L'effet négatif du principe de compétence-compétence répond dès sa création à une « *considération pratique* »¹ essentielle : « *prévenir l'engagement de contentieux parallèles et [...] se soustraire aux complications découlant de la double saisine du juge et de l'arbitre* »². Dans le même ordre d'idées, l'argument le plus déterminant en faveur de l'effet négatif nous paraît résider dans le fait qu'il constitue la seule solution efficace permettant de résoudre les conflits de compétence entre justice arbitrale et justice étatique dans le respect du pluralisme juridictionnel. En effet, les « *outils de gestion des conflits de procédure* »³ traditionnels, utilisés pour résoudre les conflits de compétence entre juridictions étatiques, s'avèrent relativement inadaptés à la résolution des conflits de compétence entre justice publique et justice privée⁴ ; au contraire, l'effet négatif constitue une « *forme moderne de répartition des compétences* »⁵, plus appropriée.

157. Les conflits de compétence sont légion, et ce, dans tous les domaines : droit judiciaire privé interne ou international, droit international privé commun ou conventionnel, droit administratif ou encore droit international public. La résolution des conflits de compétence constitue une préoccupation constante des processualistes. Ainsi, par exemple, à propos du risque de conflit entre les deux ordres de juridictions au sein de l'État français, il est expliqué que « [l]'exercice de la justice serait incertain si chaque ordre de juridictions pouvait fixer souverainement les frontières de sa compétence. Or, les justiciables doivent disposer de procédures leur permettant de trouver un juge et d'obliger ce juge à statuer »⁶. Le seul jeu de l'autorité de chose jugée est généralement considéré comme hasardeux.

158. L'unification ou l'harmonisation des règles substantielles applicables à la répartition des compétences est une première étape essentielle afin de supprimer, ou tout au moins limiter la survenance des conflits de compétence. Mais elle est insuffisante ; des zones frontières subsistent ou se créent : certaines règles évoluent, de nouvelles questions se posent. Ces différentes branches du droit ont alors intégré des mécanismes procéduraux permettant de résoudre les éventuels conflits de compétence.

159. La résolution des conflits de compétence peut aussi bien être reliée à l'économie procédurale, en ce qu'elle consiste à limiter la déperdition des moyens judiciaires, qu'être rattachée à la théorie du procès équitable si l'on considère que la duplication des procès génère un risque de déni de justice, négatif ou positif. Les outils de résolution des conflits de compétence servent l'accès effectif au juge, en offrant aux litigants un moyen sûr d'identifier

¹ L'expression est d'O. CACHARD.

² O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 716, n° 3. En ce sens également, E. GAILLARD, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autre c. dame Bohin*, *op. cit.*, p. 619, l'effet négatif répondant au « *souci purement pragmatique d'éviter le développement anarchique de contentieux dilatoires relatifs à l'existence et à la validité de la convention d'arbitrage devant les juridictions étatiques* ».

³ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 202, n° 208.

⁴ Cela a été mis en évidence par O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, pp. 722 et s., spéc. n° 22.

⁵ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 715, n° 2.

⁶ Ch. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 119, n° 111-1.

le juge compétent, le juge à même de rendre la justice et la bonne Justice, selon les règles de fond et de forme adaptées¹. En ce sens, tous les spécialistes du droit de l'arbitrage s'accordent sur la nécessité de résoudre les conflits de compétence entre justice arbitrale et justice étatique, pour condamner « *l'ouverture de deux fronts parallèles portant sur le même contentieux* »². Mais les solutions divergent quant à la solution à apporter. Les différentes branches du droit confrontées à cette difficulté ont su inventer des outils de résolution des conflits de compétence. C'est en leur sein que les détracteurs les plus fervents de l'effet négatif ont puisé d'autres solutions qu'ils jugent plus appropriées, parfois retenues en droit comparé, pour résoudre les conflits de compétence entre arbitres et juges d'État.

160. Sans prétendre trancher « *one of the most complex and controversial questions of modern arbitration law* »³, il nous semble néanmoins que les principes généraux (A) de même que les outils plus techniques (B) de résolution des conflits de compétence utilisés entre juridictions étatiques se révèlent dans l'ensemble relativement inadéquats et inefficaces afin de résoudre les conflits de compétence entre la justice publique et la justice privée. Seul l'effet négatif du principe compétence-compétence fournit, à nos yeux, une solution adaptée au problème posé.

A.- L'inadaptation des principes de résolution des conflits de compétence admis entre juridictions étatiques

161. Deux sortes de principe de résolution des conflits de compétence peuvent être identifiées. On entend par « *principe* » la manière générale de concevoir les conflits de compétence, une façon d'envisager ses relations avec les autres juridictions, indépendamment des outils techniques qui peuvent être utilisés. D'un côté, les relations entre juridictions peuvent être verticales ; l'éventuel conflit de compétence est alors résolu par le recours hiérarchique (1). D'un autre côté, les rapports entre juridictions peuvent être horizontaux ; les éventuels conflits de compétence sont alors par principe non résolus, la coordination simplement éventuelle (2). Aucun de ces principes de solution n'est adapté à la résolution des conflits entre justice arbitrale et justice étatique. Le principe compétence-compétence ouvre une troisième voie : celle du dialogue et de la coordination entre ordres juridiques.

1).- Les rapports verticaux : le recours hiérarchique

162. Au sein de l'ordre juridique français, l'unité de chacun des ordres juridictionnels – judiciaire et administratif – permet de résoudre assez aisément les éventuels conflits de compétence, qu'ils soient d'attribution ou territoriaux, par différentes techniques assez

¹ M.-L. NIBOYET, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006.937 : les plaideurs « *recherchent tantôt les règles de procédure les plus adéquates [...], tantôt les règles substantielles les plus favorables, tantôt encore le juge culturellement le plus sensible à certains type d'intérêts, ou encore ils tentent une manœuvre dilatoire pour que le procès s'enlise ou pour affaiblir par harcèlement le demandeur* ».

² E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, p. 399. En ce sens, bien que très critique à l'égard de l'effet négatif de la compétence-compétence, cf. J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 943, n° 2550 : « *retenir des compétences concurrentes entre le juge et l'arbitre pour régler les contestations relatives à la validité et à l'étendue de la convention d'arbitrage, quelle que soit l'autorité saisie en premier, n'est pas une solution plus satisfaisante* ».

³ F. BACHAND, « *Kompetenz-Kompetenz, Canadian-Style* », *Arb. Int.*, 2009, p. 431.

similaires dans l'ensemble¹ : le cœur du système de résolution des conflits de compétence est le recours hiérarchique, compte tenu de l'unité et de l'organisation hiérarchique de ces ordres juridictionnels², autour duquel gravitent d'autres techniques qui ont un champ d'application plus ou moins vaste, et qui s'avèrent plus ou moins efficaces (on pense notamment au renvoi³, c'est-à-dire la désignation obligatoire de la juridiction compétente, à la litispendance, la connexité ou encore l'autorité de la chose jugée). Certes, chacune des juridictions composant l'ordre judiciaire ou l'ordre administratif détient le pouvoir de statuer sur sa compétence. Mais en cas de divergences d'appréciation, le recours hiérarchique résout le conflit de procédures ou le conflit de décisions, le jugement rendu par la juridiction du premier degré sur la compétence, qu'il statue sur ce seul point ou également sur le fond de l'affaire, pouvant toujours faire l'objet d'un recours devant la juridiction hiérarchiquement supérieure : cour d'appel ou cour administrative d'appel, et en cas de désaccord persistant (en imaginant que les juridictions de première instance ne relèvent pas de la même juridiction d'appel et qu'un conflit subsiste), la question pourra être soumise à la juridiction suprême unique – Cour de cassation⁴ ou Conseil d'État⁵ – qui résoudra alors le conflit. On observera que la place du recours hiérarchique prévaut également dans le renvoi tel qu'organisé en contentieux administratif, puisque les juridictions administratives ne peuvent, tout au moins formellement, se juger incompétentes lorsqu'elles estiment que le litige relève bien de leur ordre juridictionnel, justice administrative, mais pas de la juridiction administrative saisie en particulier⁶ ; aussi doivent-elles saisir le Président de la section du contentieux, organe auquel on a confié la charge de ventiler le contentieux entre juridictions administratives dans ce contexte particulier.

163. Il est alors tentant d'étendre ce raisonnement et notamment, comme l'idée s'est imposée durant près de deux siècles, d'envisager les relations tribunaux étatiques-tribunaux

¹ Les actuels mécanismes de résolution des incidents relatifs à la compétence ont été mis en place concernant l'ordre judiciaire par le décret du 20 juillet 1972, qui a résolu l'essentiel des difficultés par l'adoption de près de vingt-cinq dispositions consacrées au règlement des exceptions d'incompétence (sur lequel, cf. Cl. GIVERDON, *D.*, 1973, chron. 155), et concernant l'ordre administratif, par le décret du 22 février 1972.

² L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 431 : « [l']organisation judiciaire est le plus souvent présentée sous forme d'une pyramide avec, au sommet de chaque ordre, une haute juridiction ».

³ La procédure de renvoi permet de coordonner les juridictions quant à leur compétence, en supprimant tout simplement le pouvoir de statuer sur la compétence de la juridiction désignée. Pour le droit judiciaire privé, cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 402, n° 399, b : « [l]a règle a pour but d'éviter qu'après la discussion sur la compétence, il soit à nouveau discuté de la désignation, quelle que soit l'opinion du juge désigné ou les changements éventuels (par ex. de domicile) ».

⁴ L'incompétence est un cas d'ouverture du recours en cassation devant la Cour de cassation. Il n'est pas visé expressément par l'article 604 CPC, mais la formule, même si elle est « laconique » est assez large pour inclure sans nul doute les questions de compétence. Cf. en ce sens, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation (poursuits et arrêts en matière civile)*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 122 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 1263, n° 1806. L'inconciliabilité de décisions est également un cas d'ouverture à cassation (art. 617 et 618 CPC).

⁵ L'incompétence est un cas d'ouverture du recours en cassation devant le Conseil d'État, Ch. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 561, n° 711. Il en est de même pour les contrariétés de décisions à l'intérieur de la juridiction administrative par une procédure spécifique, le règlement de juges (*ibid.*, p. 237, n° 257).

⁶ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 252, n° 315, qualifié de « principe d'interdiction des jugements d'incompétence ».

arbitraux sous un rapport hiérarchique, la justice arbitrale étant alors sous la tutelle de la justice publique, simple « *infra-justice* ». On peut tout à fait envisager d'ériger cette idée en système de répartition : il reviendrait aux juridictions étatiques de délimiter le champ respectif de compétence entre justice publique et justice privée, soit de manière incidente, sur exception d'arbitrage, soit par le biais d'une action déclaratoire. Cette conception avait encore les faveurs du droit français il y a seulement quelques années ; elle resurgit avec force par le biais du droit européen¹. Dans ce sillage, une partie de la doctrine propose ainsi d'élaborer une règle de droit international privé qui serait adoptée par un grand nombre d'États, « *désignant de manière exclusive un juge d'appui [...] qui seul serait habilité à aider le processus arbitral et à déterminer les effets de l'accord compromissaire des parties* ». En l'absence d'une telle règle, elle préconise aux parties d'insérer une clause d'élection de for en ce sens². Le tribunal arbitral serait ainsi exclu du processus.

Cependant, de manière générale, le pluralisme juridique conduit à remettre en cause l'ordre unitaire, hiérarchisé et cohérent. Comme l'observe un auteur averti, « *la régularion juridique passe, dans les sociétés contemporaines, par l'intervention d'acteurs multiples, situés dans des espaces juridiques différents ; et la relation entre ces espaces n'est plus commandée par le principe de hiérarchie* »³. En ce sens, l'idée de la supériorité hiérarchique de la justice publique sur la justice privée ne cesse de reculer face à la renaissance du pluralisme juridictionnel. L'autonomie de l'ordre arbitral, théorie à laquelle nous adhérons qui est actuellement celle qui a les faveurs du droit positif français, va à l'encontre d'une conception hiérarchisée, justice arbitrale soumise à la justice d'État. Ce sont des relations de coordination, sur un plan vertical, qui sont mises en place. Une justice ne peut imposer à l'autre unilatéralement sa sphère de compétence. En ce sens, il arrive que les tribunaux arbitraux ne prennent pas en considération les décisions des juridictions étatiques statuant sur leur compétence, que ce jugement émane ou non d'une juridiction de l'État du siège de l'arbitrage. Pour autant, les juridictions d'autres États n'en tiennent pas toujours rigueur aux tribunaux arbitraux lors de la procédure d'annulation ou l'appel contre l'ordonnance d'exequatur, accueillant la sentence pourtant prononcée au mépris d'un jugement étranger. De plus, en présence d'un litige international, il est délicat de définir quelle juridiction étatique aurait vocation à imposer sa propre conception d'une convention d'arbitrage valable. Actuellement, le risque est que les parties se lancent dans une course à la saisine de la juridiction étatique la plus favorable ou, au contraire, la plus hostile à l'arbitrage.

2).- Les rapports horizontaux : une coordination éventuelle

164. Au contraire de la situation précédente, les juridictions entretiennent parfois des relations non hiérarchiques, placées sur un pied d'égalité. L'hypothèse ici visée concerne d'une part, les relations entre juridictions émanant d'ordres étatiques différents et d'autre part, les relations entre juridictions internationales. Les principes de solutions identifiés afin de

¹ B. HESS, TH. PFEIFFER and P. SCHLOSSER, "Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States", Final Version September 2007, Study JLS/C4/2005/03, dit « Rapport Hess ».

² C. KESSEDJIAN, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », *op. cit.*, p. 608.

³ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 124.

résoudre ces conflits de compétence sont bien plus pertinents pour notre étude dans la mesure où le conflit de compétence se pose :

- premièrement, entre ordres juridictionnels distincts – les juridictions, issues d’ordres juridiques distincts, n’étant pas dans un rapport de hiérarchie, subordonnées les unes aux autres, mais dans un rapport d’égalité, juxtaposées les unes aux autres – ;
- deuxièmement, en l’absence d’ordre juridique unitaire et parfaitement organisé qui engloberait les juridictions en conflit.

On se trouve donc dans une situation similaire aux conflits de compétence entre justice publique et justice privée, un conflit entre ordres juridiques relativement égalitaires.

a).- Droit international privé

165. **Présentation.** En droit international privé, sous réserve d’intégrations régionales particulières sous l’égide d’une Cour internationale unificatrice à l’image de l’espace judiciaire européen, le système de résolution des conflits de procédure est nécessairement plus complexe en raison de l’absence d’ordre hiérarchique entre les juridictions des différents États et de l’absence d’organe juridictionnel supérieur qui aurait pour objet de ventiler les litiges entre les différents États. C’est ce que soulignent MM. Mayer et Heuzé : « [c]omme aucune autorité supranationale n’est compétente pour répartir les litiges entre les divers ordres juridictionnels, chaque État doit tenter pour son propre compte de pallier cette carence »¹. La résolution des conflits de juridictions est une question essentielle traitée par le droit international privé. A une procédure judiciaire nationale peut être opposée soit une autre procédure juridictionnelle étrangère engagée préalablement (par le mécanisme de la litispendance), soit le jugement étranger déjà rendu (par le biais de l’autorité de la chose jugée). Cependant, l’État requis se trouvant sur un pied d’égalité avec la juridiction étrangère, il n’est aucunement tenu de prendre en compte la procédure étrangère parallèle ou le jugement étranger. Les conflits de compétence entre ordres étatiques se résolvent donc tout simplement par la prise en compte ou l’absence de prise en compte, et donc l’ignorance du procès étranger ou du jugement étranger. De quoi dépend la prise en compte ou l’absence de prise en compte de la procédure ou du jugement étranger par l’ordre étatique requis ? Outre le respect de l’ordre public, c’est bien évidemment la compétence internationale de la juridiction étrangère d’origine qui conditionne sa prise en compte par l’État requis : le contrôle de la compétence internationale indirecte du juge étranger est en effet une constante des deux outils qui permettent la prise en compte ou l’absence de prise en compte du procès ou du jugement étranger – litispendance internationale² ou procédure de reconnaissance ou d’exequatur¹.

¹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, p. 311, n° 434.

² Cass. civ. 1^{ère}, 26 nov. 1974, *Miniera di Fragne*, *Rev. crit. DIP*, 1975.491, note D. Holleaux ; *JDI*, 1975.108, note A. Ponsard ; *G.A.*, n° 54. La litispendance internationale ne fonctionne que si le second juge saisi vérifie, notamment, parmi les différentes conditions posées :

1° - qu’il est compétent selon les règles de compétence internationale directe et que la juridiction étrangère s’estime également compétente selon ses propres règles de compétence internationale directe (on parle de « *compétence internationale directe des juridictions concurrentes* », cf. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 689, n° 490-6)

2° - que selon les règles de compétence internationale indirecte, le juge étranger est compétent au regard des critères posés par l’arrêt *Simitch*, modifiés par l’arrêt *Cornelissen*, puisque le juge saisi au fond doit se livrer au « *pronostic de régularité* » afin de savoir si la décision qui doit intervenir à l’étranger bénéficie de la possibilité

Ainsi, les conflits de compétence sont soit résolus si les règles de compétence convergent, soit non résolus si les règles de compétence divergent.

La coordination entre les juges étatiques, et donc la répartition de compétence internationale, se fera si l'ordre juridique sollicité estime que la juridiction étrangère était bien compétente au regard des règles de compétence internationale indirecte. A défaut, chaque juridiction s'estimant compétente de manière exclusive², elles rendront un jugement sur la compétence et le fond du litige qui sera valable dans leur propre ordre juridique, et non valable dans l'autre ordre juridique. Ainsi, en toutes circonstances, chaque juridiction reste juge de sa compétence. La stricte égalité des ordres étatiques, transcrite dans le caractère unilatéral des règles de conflit de juridictions, conduit à ce qu'aucun des deux ordres ne puisse imposer sa propre vision de la répartition de la compétence judiciaire internationale à l'autre. Au pire, chaque ordre juridique se retient compétent. La coordination n'est donc possible que si les deux ordres de juridictions convergent sur la ventilation des litiges au plan international, soit en raison de l'identité des règles de conflits de juridictions édictées au plan national, soit en raison d'une conception assouplie des règles de compétence internationale du juge étranger (comme c'est le cas en France, en raison de la dissociation des règles de compétence internationale directe, et des règles de compétence internationale indirecte, plus souples que les premières³) ou, encore, en raison de l'édition de règles internationales communes.

166. **Appréciation.** Le mode de résolution des conflits de compétence reposant sur la simple éventualité de prise en compte de l'autre ordre juridique ne peut être transposé aux relations justice publique/justice privée. Il est insuffisant. Le problème des procédures parallèles resterait entier. Compte tenu des limites à la coordination internationale de l'activité juridictionnelle par ce système, deux techniques ont été développées : les conventions bi ou multinationales d'une part, des instruments hybrides permettant le dialogue entre juges

d'une reconnaissance en France (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 689-690, n° 490-7) : existence d'un lien caractérisé entre le juge étranger et le litige, absence de compétence exclusive du juge français et absence de choix frauduleux du juge étranger.

¹ La compétence internationale indirecte constitue en effet une condition essentielle, « *cardinale* » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 252, n° 264), de la régularité internationale du jugement étranger pour qu'il puisse produire ses effets normatifs sur le territoire français. Elle est ancienne (arrêt de Wrède, 9 mai 1900), et a été posée explicitement lorsque la Cour de cassation interdira la révision au fond des jugements étrangers par l'arrêt *Munzer* (Cass. civ. 1^{ère}, 7 janv. 1964, G.A., n° 41 ; JCP, 1964.II.13590, note B. ANCEL).

² Les cas de conflit négatif de compétence sont plus rares, et, sans doute, l'absence de possibilité de saisir un juge compétent est à lui seul un chef de compétence pour le juge français : cf. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 609, n° 451 : « [I]a jurisprudence française admet la compétence française résiduelle fondée sur la nécessité d'éviter un déni de justice » ; L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, préface Y. LEQUETTE, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

³ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 378, n° 469 : le système français des règles de la compétence internationale indirecte « *consiste à s'assurer simplement du caractère raisonnable de l'exercice par le juge étranger de sa compétence dans le cas donné. Ce système consacre une présomption de régularité dont doit bénéficier une décision rendue au nom d'un État souverain* » ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, p. 269, n° 373, les auteurs envisageant les « *règles spéciales de compétence internationale indirecte, sous le signe du libéralisme* ».

concernant le tracé de la compétence – mélangeant litispendance et *forum non conveniens* – d'autre part¹.

167. La solution idéale afin de résoudre les conflits entre justice publique et justice privée – le même idéal valant en droit international privé – serait la création d'une juridiction mondiale mixte opérant cette ventilation des litiges. Un tel organe indépendant des ordres de juridictions en conflit existe dans l'ordre juridique français. Le Tribunal des conflits, juridiction paritaire, résout les conflits de compétence persistants entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif. Le Tribunal des conflits est un organe juridictionnel qui a ainsi, sauf exceptions, pour principale mission de résoudre les conflits de compétence entre la justice civile et la justice administrative : son « *unique fonction consiste à rendre à chacun sa compétence* »². Afin d'assurer son impartialité et son indépendance, il est tout d'abord extérieur aux deux ordres de juridictions en conflit, même s'il siège formellement dans les locaux du Conseil d'État (et que son étude est plutôt l'apanage des publicistes que des privatistes), et donc insoumis aux deux juridictions suprêmes, et ensuite, mixte et paritaire, composé pour moitié de membres de la Cour de cassation, et pour l'autre moitié de membres du Conseil d'État, contribuant ainsi à la prise en compte de la particularité et des objectifs propres de chaque ordre juridictionnel³. La technique de résolution des conflits de compétence entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif consiste donc dans le recours hiérarchique à un organe juridictionnel indépendant des deux ordres. On rapprochera de ce mécanisme les Règlements Bruxelles I et II : la CJUE, en charge de l'interprétation uniformisée de ces textes sur l'ensemble du territoire de l'UE, peut occasionnellement contribuer à résoudre les conflits de compétence pouvant surgir entre juridictions européennes.

Cette technique est ingénieuse. Elle couple d'une part, le pouvoir de chaque juridiction de statuer sur sa compétence au regard de l'autre ordre juridictionnel, ce qui permet de ne pas encombrer inutilement le Tribunal des conflits de toute exception, si futile soit-elle, et d'autre part, le recours subsidiaire à un organe juridictionnel extérieur et indépendant des deux ordres juridictionnels, le Tribunal des conflits, supérieur hiérarchique des deux ordres de juridictions en cause, ce qui contribue à résoudre de manière impartiale et efficace les conflits de compétence entre les deux ordres juridictionnels. Ce système original est parfaitement conforme aux spécificités des relations ici existantes : horizontalité, absence de hiérarchie. Les spécialistes de contentieux administratif soulignent d'ailleurs l'exigence d'indépendance de l'organe au regard des deux ordres juridiques concernés⁴.

La transposition de cette solution aux relations justice publique/justice privée paraît idéale en ce qu'elle assure une répartition impartiale du contentieux entre les différentes justices. Cependant, ce système requiert l'existence d'un ordre juridique unitaire intégrant les

¹ Sur lesquels, D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 159, n° 156. Dans le même sens, cf. M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 478 et s., n° 545.

² L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, p. 415, n° 109.

³ On réservera ce constat d'égalité entre les deux ordres juridictionnels concernant les possibilités de saisine du Tribunal des conflits, spécifiquement en cas de conflit positif avéré. Le système mis en place favorise la saisine du Tribunal des conflits afin de protéger la justice administrative des empiètements de la justice judiciaire, plutôt que l'inverse.

⁴ Ch. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 119, n° 111-1.

différentes formes de justice en conflit. Il est en effet impossible de le transposer, tel quel, aux relations entre l'ordre arbitral et la multitude d'ordres juridictionnels étatiques. L'ordre juridictionnel transnational n'est pas encore assez organisé. On peut en effet rêver à la mise en place d'une telle institution, organe juridictionnel mixte, par une convention transnationale en charge de la répartition des litiges entre justice arbitrale et justice étatique, comme a été préalablement aussi imaginée « *une hypothétique juridiction supra-nationale de contrôle des sentences arbitrales* »¹. La création d'une telle juridiction transnationale se heurterait à de nombreux obstacles. Premier obstacle, quelles seraient les parties à cette convention transnationale ? Les États pour la justice publique, mais qui du côté du monde arbitral ? La particularité même de l'arbitrage réside dans ce caractère furtif, les tribunaux arbitraux naissant et mourant chaque jour au fil de l'émergence et du dénouement des litiges. Toutefois, si les tribunaux arbitraux sont éphémères, les centres d'arbitrage marquent eux la permanence de l'institution, mais ne peuvent prétendre représenter toute l'institution. Seconde difficulté, quels arbitres pourraient faire partie de cet organe paritaire ? En effet, n'importe quel justiciable peut être désigné comme arbitre. Néanmoins, il est vrai qu'il y a aujourd'hui des arbitres « *professionnels* » qui pourraient tout à fait prétendre représenter l'ensemble de la communauté des arbitres. Quelle que soit la composition de cette Cour, l'obstacle principal reste les réticences étatiques à un tel système. Il est presque impossible qu'un jour un consensus transnational naisse sur ce point, les États acceptant que la répartition des litiges entre la justice publique et la justice privée leur échappe. « *[N]e rêvons pas* »². L'existence d'un organe juridictionnel mixte intervenant de manière subsidiaire par rapport aux justices publique et privée postule l'existence d'un ordre juridique d'ensemble cohérent et unitaire. Le système fonctionne bien pour un ordre juridique aussi hiérarchisé que l'État français, ou intégré à l'image de l'Union européenne³, mais n'est pas envisageable à l'heure actuelle concernant les relations tribunaux judiciaires et tribunaux arbitraux.

¹ C'est une juridiction internationale dont la création a été imaginée afin de donner force exécutoire aux sentences arbitrales par Philippe FOUCHARD, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 1997.329, p. 350, n° 36 : l'auteur abandonne même l'idée d'un contrôle unique des sentences arbitrales : « *[i]l y aurait une solution idéale : instituer un contrôle unique, véritablement international, sur toutes les sentences intéressant le commerce international. Serait créée une juridiction internationale qui aurait seule compétence pour annuler ou déclarer exécutoires ces sentences, et sa décision s'imposerait dans tous les États liés par le système [...]* »). A la différence de celle que nous envisageons, celle-ci était interétatique et excluait par définition l'ordre arbitral.

² Ph. FOUCHARD, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *op. cit.*, p. 350, n° 36.

³ En ce sens, on signalera que le recours à un organe juridictionnel indépendant et hiérarchiquement supérieur aux juridictions a été proposé dans le cadre du Règlement de Bruxelles I afin de limiter les conflits de juridictions. L'idée a été proposée par M^{me} MUIR WATT (note sous CJCE, 27 avr. 2004, Aff. C-159/02, *Turner c. Grovit*, *Rev. crit. DIP*, 2004.654, p. 663) et développée par M. Carrier, qui estime que « *la création d'un juge communautaire jugeant en référé les conflits de compétence existant entre plusieurs tribunaux d'États membres serait assurément une très bonne chose. En effet, celle-ci procurerait l'assurance d'une homogénéité des critères de l'abus et elle ôterait toute suspicion sur l'hypothèse d'une révision de la compétence du premier juge saisi* » (R. CARRIER, « *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage », *D.*, 2005.2712).

b). Droit international public

168. **Présentation des solutions.** En droit international public, en cas de saisines parallèles entre juridictions internationales¹, l'idée s'impose également que le recours hiérarchique est exclu², sous réserve d'exceptions spécifiquement prévues³. Le « *principe général d'autonomie* » des juridictions internationales prévaut, au risque d'un possible désordre international⁴. Chaque juridiction statue en principe sur sa compétence sans égard pour les procédures juridictionnelles pendantes ou ayant abouti à une décision. Ce principe d'indifférence est corrigé par quelques mécanismes permettant également d'ordonner les relations entre juridictions étatiques internationales : litispendance ou autorité de chose jugée⁵ (exceptionnellement mis en œuvre au regard de « *l'interprétation extrêmement rigoureuse de « l'identité de parties, de cause et d'objet »* »⁶), exception *electa una via*⁷, dialogue informel entre juges⁸. Surtout, de toute évidence, jusqu'à aujourd'hui, les procédures parallèles entre juridictions internationales ne représentent tout au plus que « *quelques couacs* » dès lors que les modes juridictionnels de règlement des différends ne sont pas privilégiés pour résoudre les différends entre États⁹.

169. **Appréciation des solutions.** Si la situation décrite préalablement n'est pas invivable pour l'ordre international, cette absence de coordination n'aboutissant pas à un grand désordre juridictionnel international, c'est en raison de certaines spécificités de l'ordre juridictionnel international qui le différencient des relations ordres étatiques et ordre arbitral.

Première spécificité, la compétence concurrente est admise entre juridictions internationales et entre juridictions internationales et nationales : le principe en la matière est « *la possibilité des recours concurrents* »¹⁰. Ce n'est pas le cas de l'arbitrage, dès lors qu'une

¹ Nous excluons de ces développements les cas de saisine parallèle d'une juridiction internationale et d'une juridiction interne. Bien que de nombreux instruments puissent être invoqués, la primauté de l'ordre international devrait résoudre le conflit de compétences en faveur de la juridiction internationale. Sur l'ens. de la question, cf. C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 85, n° 152.

² Son Excellence M. Gilbert GUILLAUME, Président de la CIJ, discours du 27 octobre 2000 prononcé devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies ; M. BEDJAOUÏ, « Conclusions générales – La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens », op. cit., p. 539 : « [I]a hiérarchisation ? Je ne peux pas mieux dire que Jean-Pierre Cot : elle n'est ni possible, ni souhaitable. Ce chaos (si chaos, il y a) est fructueux » ; refus d'un rapport hiérarchique exprimé par le TPIY envers les cours régionales des droits de l'homme ou la CIJ, cf. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II) – Le pluralisme ordonné*, Paris, éd. du Seuil, La couleur des idées, 2006, p. 50.

³ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., pp. 100-101, n°s 174 et 175.

⁴ *Ibid.*, pp. 94 et s. et p. 91, n° 161 : « *la possibilité de recours parallèles et de décisions discordantes est admise en droit international* ».

⁵ *Ibid.*, p. 92, n° 163, pour la litispendance, et p. 91, n° 160, pour l'autorité de chose jugée.

⁶ *Ibid.*, spécialement concernant la litispendance, p. 92, n° 163 ; spécialement concernant l'autorité de la chose jugée, pp. 481-482 : « [I] 'identité de cause, en particulier, paraît exclure à peu près entièrement la possibilité de retenir l'effet non bis in idem entre des procédures fondées sur des engagements juridictionnels distincts ».

⁷ *Ibid.*, p. 95, n° 169, certains traités de protection des investissements imposant le choix entre plusieurs procédures arbitrales internationales.

⁸ M. BEDJAOUÏ, « Conclusions générales – La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens », op. cit., p. 543 : « [j] 'ai tendance à croire que le dialogue des juges [...] est un bon remède. Il existe et se développe au gré des rencontres, aux heures du thé, même sans petits fours ou à l'occasion d'agapes, même sans panache [...] ».

⁹ On réservera bien évidemment l'arbitrage en matière d'investissement, concernant les différends entre États et investisseurs.

¹⁰ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 85 (entre juridictions internes et internationales) et p. 91 (entre juridictions internationales).

convention d'arbitrage exclut en principe la compétence des juridictions étatiques : la règle en la matière est le principe de compétence exclusive.

Seconde spécificité, les risques de conflit de compétence sont assez limités compte tenu de la spécialité de l'essentiel des juridictions étatiques internationales : matérielle (droit pénal, droits de l'homme, droit commercial, droit maritime¹ etc.), géographique (limitée à un territoire donné : Union européenne, Europe, Amérique), temporelle (la CPI par rapport aux TPIY et TPIR), à l'exception de la CIJ. Au contraire, le domaine d'intervention des tribunaux étatiques et arbitraux étant pour l'essentiel identique, il constitue un facteur important favorisant les risques de compétence concurrente, et les jugements contradictoires sur la compétence, voire sur le fond.

170. Le fait de laisser prospérer les procédures juridictionnelles parallèles, en laissant éventuellement jouer l'autorité de la chose jugée par le biais des procédures de reconnaissance et d'exécution forcée, est la solution retenue dans de nombreux droits étatiques de l'arbitrage. C'est le cas du droit suisse depuis la réforme de l'article 186 LDIP, consécutive à l'arrêt *Fomento*. Si ce n'est pas la solution idéale, il est vrai qu'il est quasiment impossible pour un État de proposer une solution de coordination à un conflit de compétences à caractère multinational, voire transnational. Cette solution pourtant appliquée dans de nombreux États, plus par défaut que par choix, complique sérieusement l'accès au juge naturel pour les plaideurs, laissant une impression de vaste désordre juridictionnel transnational.

B.- L'inadaptation des outils de résolution des conflits de compétence existants

171. Différents outils ont été créés par les systèmes juridiques afin de résoudre les conflits de compétence², outils traditionnels³ ou plus récents hybrides⁴. On écartera immédiatement le rôle éventuel de la doctrine du *forum non conveniens*. Elle permet à une juridiction de « *décider au cas par cas s'il est opportun d'exercer une compétence internationale par ailleurs établie* »⁵ ; elle autorise cette juridiction à se juger incompétente au motif qu'une autre juridiction serait mieux placée pour en connaître, compte tenu de différents critères : facilité d'accès aux preuves, coût d'accès à la procédure, etc. L'utilisation de ce mécanisme nous semble cependant devoir être exclue d'une part, au regard de l'existence d'une convention de procédure – clause compromissoire ou convention d'arbitrage –, la force

¹ Même s'il a été justement fait remarquer que la juridiction spécialisée en droit de la mer, le tribunal international du droit de la mer, est « *fortement concurrencée par la CIJ et par les procédures arbitrales* », C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 83, n° 146.

² Est exclu de notre étude notamment la théorie de l'abus, sur laquelle cf. M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., pp. 389-390, n° 461 ; A. NUYTS, « *Forum shopping et abus du Forum shopping dans l'Espace judiciaire européen* », op. cit.

³ Sur le rejet de la connexité, sentence CCI n° 6142 rendue en 1990, *JDI*, 1990, p. 1039, obs. Y. DERAIS ; sentence CCI n° 7652 rendue en 1995, rapportée par E. JOLIVET, « *Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : quelques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage* », *Gaz. pal.*, 14 déc. 2006, n° 348, p. 16. Sur la question, P. MAYER, « *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international* », in *Liber Amicorum Claude REYMOND, Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, p. 185.

⁴ M.-L. NIBOYET, « *La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial* », op. cit., p. 947 et s., n°s 23 et 24 : coordination des techniques de litispendance et du *forum non conveniens* ; M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., pp. 408 et s.

⁵ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., p. 176, n° 176.

obligatoire de ces conventions devant primer sur toute autre considération¹, et, d'autre part, car le droit français ne connaît pas cette institution.

172. Retiendront plus particulièrement notre attention la litispendance (1), institution de droit romano-germanique, et l'injonction *anti-suit* (2), institution de *common law*, car celles-ci sont utilisées dans d'autres États spécifiquement dans notre hypothèse, les conflits de compétence entre juges et arbitres. Ni l'une ni l'autre ne nous semblent adaptées pour résoudre efficacement ces conflits de compétence.

1).- La litispendance

173. Mécanisme bien connu, la litispendance est une exception de procédure prévue par les articles 100 et s. CPC, qui permet de résoudre l'éventuel conflit entre deux instances simultanément pendantes, « *deux juridictions également compétentes étant saisies du même litige* »². Outil fondamental de résolution des conflits de procédures parallèles, elle impose au second juge saisi d'un litige identique, opposant les mêmes parties, à se dessaisir au profit d'un premier juge saisi également compétent.

174. L'idée d'appliquer la litispendance entre justice étatique et justice arbitrale n'est pas nouvelle. Proposée initialement par Motulsky³, elle a pu trouver un ardent promoteur au sein de la doctrine suisse⁴. Elle a même un temps convaincu le Tribunal fédéral suisse⁵ au motif du lien nécessaire existant entre litispendance et autorité de chose jugée⁶, mais sera condamnée par une réforme législative⁷ et explicitement exclue par le Tribunal fédéral au regard du nouvel article 186 al. 1^{er} bis⁸. A en croire ses tenants, la litispendance présenterait de multiples avantages pratiques. Elle constituerait un mécanisme de résolution des conflits de compétence simple⁹ – excluant l'examen *prima facie* de l'existence d'une convention

¹ En ce sens, D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, pp. 42-43, n° 30.

² L. CADIET, « Litispendance », *Rép. Dalloz pr. civ.*, Paris, Dalloz, 2010, n° 1.

³ H. MOTULSKY, note sous Tribunal fédéral civil de la Seine, 7 juin 1956, *Buck*, *op. cit.*

⁴ J.-F. POUDRET, note sous Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279, *Rev. arb.*, 2001.835 ; J.-F. POUDRET, « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », *op. cit.* En ce sens, v. D. REICHERT, « Problems with Parallel and Duplicate Proceedings : the Litispendance principle and International Arbitration », 1992, *Arb. Int.*, p. 137 ; E. GEISINGER et L. LEVY, « La litispendance dans l'arbitrage commercial international », in *L'arbitrage complexe, questions de procédure*, *Bull. CCI*, Supplément spécial 2003, p. 55 ; J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 945, n° 2551.

⁵ Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279 ; *Bull. ASA*, 2001.544, note J.-M. VUILLEMIN, p. 439 et M. SCHERER, p. 451 ; *Rev. arb.*, 2001.835, note J.-F. POUDRET : *Arb. Int.*, 2002, p. 137, note Ch. OETIKER. Et précédemment mais écarté en l'espèce car l'une des conditions de la litispendance faisait défaut, Tribunal fédéral suisse, 19 déc. 1997, *Cia Minera Condesa SA et Cia de Minas Buenaventuras SA c. BRGM Pérou SAS*, ATF 124 III 83, *Bull. ASA* 1998.365, note J.-M. VULLIEMIN ; *Rev. suisse de DI et eur.*, 1998.594, F. PERRET ; *ASA Special Series*, n° 15, janv. 2001, p. 65.

⁶ Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279, *op. cit.*, p. 838, consid. 2 c) aa) et bb). Le Tribunal fédéral observe que, puisque la sentence arbitrale bénéficie de la même autorité que n'importe quel jugement étatique, les mêmes raisons qui imposent la litispendance en droit international privé valent pour l'arbitrage : « *les sentences arbitrales sont exécutoires de la même manière que les jugements. Il y a donc le même intérêt à éviter, au sein du même ordre juridique, des décisions contradictoires sur la même cause qui seraient également et simultanément exécutoires* ».

⁷ Art. 186 al. 1^{er} bis LDIP.

⁸ Tribunal fédéral suisse, 29 oct. 2008, ATF, décision 4A_210/2008, extraits in *Bull. ASA*, 2009.309, n. 5, consid. 3.3 ; rapporté par P.-Y. TSCHANZ, I. FELLRATH, « Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse », *Rev. arb.*, 2009.827.

⁹ J.-F. POUDRET, « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », *op. cit.*, p. 506 ; note sous

d'arbitrage –, efficace – la « *priorité du premier saisi exclu[ant] le risque de décisions contradictoires* »¹ –, et neutre – ne favorisant aucune des deux justices –.

175. Cependant, il faut bien l'avouer, l'éventualité de l'application de la litispendance aux conflits de procédure entre justice publique et justice privée ne convainc ni la grande majorité de la doctrine, ni les tribunaux étatiques et arbitraux². Résonne l'implacable condamnation de la litispendance entre juridictions publiques et privées, la « *litispendance arbitrale* » ayant été qualifiée de « *non-sujet par excellence* »³, d'« *impossibilité logique* »⁴ ou encore d'« *oxymore* »⁵. Pour n'en citer qu'une, parmi les multiples sources condamnant l'utilisation d'un tel mécanisme, la jurisprudence française écarte expressément le mécanisme de la litispendance au profit de l'ancien article 1458 CPC, fondement textuel de l'effet négatif du principe de compétence-compétence⁶.

176. L'argument du nombre n'étant pas le plus percutant, il faut donc identifier les arguments scientifiques invoqués au soutien et à l'encontre de l'utilisation de la litispendance dans les relations entre juges et arbitres. Deux types d'arguments s'affrontent. Distinguons les arguments plutôt théoriques (a) des arguments essentiellement pratiques (b).

a).- Les arguments théoriques

177. Partons de l'argument central développé par le Tribunal fédéral suisse dans l'arrêt *Fomento* au soutien de l'application de la litispendance entre arbitres et juges étatiques⁷. Il s'agit du lien nécessaire qui existerait entre la litispendance et l'autorité de la chose jugée. La litispendance et l'autorité de la chose jugée en droit international privé entretiendraient des liens si étroits que ces deux mécanismes seraient « *étroitement*

Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279, *op. cit.*, p. 844.

¹ J.-F. POUURET, « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », *op. cit.*, p. 506.

² Sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, in S. JARVIN, Y. DERAIS et J.-J. ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1986-1990)*, *op. cit.*, p. 361 ; sentence CCI n° 6142 rendue en 1990, in S. JARVIN, Y. DERAIS et J.-J. ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1986-1990)*, *op. cit.*, p. 420 ; sentence CCI n° 6709 rendue en 1991, *JDI*, 1992.998, obs. D. HASCHER ; sentence CCI n° 6840 rendue en 1991, *JDI*, 1992.1030, obs. Y. DERAIS ; sentence CCI n° 6884 rendue en 1992, rapportée par E. JOLIVET, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : quelques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage », *Gaz. pal.*, 14 déc. 2006, n° 348, p. 16 ; sentence incidente de compétence du 2 juin 2002 dans un arbitrage CCI avec siège à Genève, *A. Insurance Companies c. B. and C.*, publiée au *Bull. ASA*, n° 2/2004, 308-332. Rejetant la litispendance au motif de l'absence de d'identité de litiges (la procédure arbitrale portant sur la violation d'une obligation de confidentialité alors que la procédure devant les juridictions judiciaires visaient la contrefaçon d'un titre de propriété industrielle) et de l'effet négatif du principe compétence-compétence : sentence partielle de 2002 rendue dans l'affaire 11602, rapportée par E. JOLIVET, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : Le sursis à statuer (2^e partie) », *Gaz. pal.*, 18 juill. 2009, n° 199, p. 36.

³ P. SCHWEIZER et O. GUILLOD, « L'exception de litispendance et l'arbitrage international. Quelques réflexions sur le pour et le contre », in F. KNOEPFLER (dir.), *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers. Ouverture ou repli ?*, Suisse, éd. Universitaires de Fribourg, 1988, p. 71.

⁴ E. GEISINGER et L. LEVY, « La litispendance dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*

⁵ P. SCHWEIZER et O. GUILLOD, « L'exception de litispendance et l'arbitrage international. Quelques réflexions sur le pour et le contre », *op. cit.*

⁶ CA Paris, 14 nov. 1991, *Rev. arb.*, 1994.545, obs. Ph. FOUCHARD, « *la notion de litispendance est sans application en matière d'arbitrage, les conflits de compétence entre tribunal arbitral et juridiction de l'État étant régis par l'article 1458, qui impose à cette dernière juridiction de se déclarer incompétente, sous une réserve sans effets en l'espèce* ».

⁷ Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279, *op. cit.*, p. 838, consid. 2 c) aa) et bb).

connexes », l'un permettant d'éviter les procédures parallèles ayant le même objet et consécutivement, écarterait les jugements contradictoires. Le jugement n'étant que le résultat de la procédure, les conflits de procédures ne sont-ils pas des conflits de jugements en puissance¹ ? Le Tribunal fédéral observe que, puisque la sentence arbitrale bénéficie de la même autorité que n'importe quel jugement étatique, les mêmes raisons qui imposent la litispendance en droit international privé valent pour l'arbitrage : « *les sentences arbitrales sont exécutoires de la même manière que les jugements. Il y a donc le même intérêt à éviter, au sein du même ordre juridique, des décisions contradictoires sur la même cause qui seraient également et simultanément exécutoires* ». Le Tribunal fédéral poursuit son raisonnement en constatant que le droit suisse impose au tribunal arbitral siégeant en Suisse de respecter l'autorité de chose jugée attachée au jugement étranger susceptible d'être reconnu en Suisse. Il devrait donc en être de même pour la litispendance en raison des liens étroits existants entre litispendance et l'autorité de la chose jugée².

L'argumentation développée par le Tribunal fédéral suisse ne convainc pas pleinement. Un point central est occulté : la litispendance est l'un des moyens d'éviter des conflits de jugements, mais elle n'est qu'un moyen en principe limitée à une sphère particulière, les cas de compétence concurrente. L'exception de litispendance est d'une part inapplicable aux hypothèses de compétence exclusive (i), d'autre part inapplicable au contentieux de la compétence (ii).

i).- L'inapplicabilité de la litispendance aux hypothèses de compétence exclusive

178. Le recours à l'arbitrage entre justice publique et justice privée serait impossible eu égard aux éléments constitutifs de la situation de litispendance. L'argument repris à l'unisson par les multiples sources du droit qui y sont hostiles³ est le suivant : la litispendance, interne comme internationale, suppose l'existence d'une compétence concurrente sur le fond

¹ En ce sens M.-L. NIBOYET-HOEGY, « Les conflits de procédure », *op. cit.*

² Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279, *op. cit.* : « *si un tribunal étranger a admis sa compétence par un jugement qui doit être reconnu en Suisse, l'arbitre siégeant en Suisse est lié par cette décision (ATF 120 II 155 consid. 3 b/bb p. 164 ; LALIVE, POUDRET, Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, n. 17 ad art. 186 LDIP). Comme l'autorité de chose jugée et la litispendance sont des principes étroitement connexes qui remplissent la même fonction, il paraît logique de traiter de la même façon le principe de la litispendance et d'admettre que l'arbitre saisi en second lieu doit surseoir à statuer jusqu'à décision du tribunal étatique saisi en premier lieu, pour autant que celle-ci soit susceptible d'être reconnue au siège de l'arbitrage* ».

³ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 724, n° 28 ; E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, p. 317 ; E. GEISINGER et L. LEVY, « La litispendance dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.* ; L. CADIET, « Litispendance », *op. cit.*, n° 37 ; P. MAYER, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 191 ; G. AGUILAR ALVAREZ, obs. sous la sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, *JDI*, 1988.1206, p. 1215 ; P. SCHLOSSER, « Arbitral Tribunal or State Court – Who Must Defer to Whom ? », *Bull. ASA*, n° spécial, janvier 2001, p. 15 ; J.-C. FERNANDEZ-ROZAS, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », *RCADI*, 2001, t. 290, p. 9, spéc. p. 210.

Du côté des juridictions : Corte di cassazione italienne, 8 juillet 1996, *Società Morrtedisson et altre c. Società Enichem*, *Bull. ASA*, 2000.384, p. 388 ; sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, *op. cit.* ; sentence CCI n° 6142 rendue en 1990, *op. cit.* ; sentence CCI n° 6709 rendue en 1991, *op. cit.* ; sentence CCI n° 6840 rendue en 1991, *op. cit.*

du litige et ainsi, serait inapplicable aux cas de compétence exclusive¹. Or, entre juges et arbitres, il ne peut y avoir de compétence concurrente sur le fond du litige puisque « *la compétence d'un tribunal arbitral repose sur une convention d'arbitrage valable et l'un des principaux effets d'une telle convention est précisément d'exclure la compétence des tribunaux étatiques* »².

En effet, ce mécanisme a un champ d'application bien limité puisqu'il est circonscrit aux hypothèses de *compétence concurrente* sur le fond du litige, une équivalence des juridictions, qui doivent être « *substituables* » ou encore « *fongibles* »³. Les hypothèses de compétence concurrentes ne sont pas rares en droit judiciaire privé interne⁴ ou international en raison des options de compétence offertes au plaideur, multiplié spécifiquement dans la matière internationale par le caractère unilatéral des règles de conflit de juridictions⁵. On reproduira ici, en raison de sa limpidité, un extrait d'une sentence arbitrale écartant l'exception de litispendance, opposée par les demandeurs principaux à la demande reconventionnelle formée par les défendeurs à l'action, pour ce motif :

« Force est de constater que l'exception de litispendance, telle qu'elle a été présentée par les défenderesses reconventionnelles ... ne saurait être retenue par le Tribunal arbitral.

... En effet, contrairement à ce que semblent prétendre (les demanderesses), les deux demandes (des défenderesses) n'ont pas été portées « devant les juridictions ... également compétentes ». La litispendance, à proprement parler, ne peut surgir qu'entre deux

¹ En ce sens, pour la litispendance interne, L. CADIET, « Litispendance », *op. cit.*, n° 21, prenant appui notamment un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2003 selon lequel « *l'incompétence de la juridiction étatique, pour connaître de la validité des pactes de préférence, écarte tout risque de litispendance* ». Cf. en particulier l'exemple qui a fait couler d'encre en son temps de la détermination du caractère civil ou commercial d'un contrat de bail (*ibid.*, n° 22). Pour la litispendance internationale, Cass. civ. 1^{ère}, 26 nov. 1974, *Miniera di Fragne*, *op. cit.* : « *l'exception de litispendance peut être reçue devant le juge français, en vertu du droit commun français, en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger également compétent* [...] ». On précisera que la condition de compétence concurrente est même doublement vérifiée par le juge français qui se voit opposer cette exception. Elle l'est tout d'abord au titre de l'*existence* de la litispendance, de la *caractérisation* des « *éléments de la situation de litispendance internationale* », le juge français constatant ou non que le juge étranger s'estime compétent selon ses propres règles de compétence internationale directe. Elle l'est ensuite au titre de l'*accueil* de la litispendance, l'arrêt *Miniera di fragne* l'ayant subordonné à la condition que la décision à intervenir à l'étranger soit susceptible d'être reconnue en France.

² E. GEISINGER et L. LEVY, « La litispendance dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*

³ Ces adjectifs sont de MM. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé, op. cit.*, p. 686, n° 490-3. L'admission générale de la liberté des parties afin de choisir un for étatique serait un indice de cette « *fongibilité internationale des juridictions* », en ce sens, D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 151, n° 142 : « [l]e libre choix d'un for étatique par les parties en matière contractuelle, très largement admis [...] accentue en ce dernier domaine la fongibilité internationale des juridictions qu'implique déjà le caractère concurrent des compétences en matière de droit privé ».

⁴ Ces options de compétence sont fréquentes concernant la compétence territoriale. Sur ce point, S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne, op. cit.*, p. 340 et s., n° 316.

⁵ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 319, n° 386 : « [d]ans le contexte international, le risque de procédure concurrentes est aggravé par le fait que chaque État formule unilatéralement les règles de compétence internationale de ses tribunaux et de manière assez large pour pouvoir connaître de tout litige présentant avec lui un rattachement raisonnable » ;

D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 201-202, n° 207 : « *En droit international privé commun, l'unilatéralité des règles de compétence juridictionnelle, de teneur variable et de facture généralement extensive, est de nature à engendrer soit des lacunes exprimées sous forme de conflits négatifs de compétence, soit plus fréquemment des conflits positifs entre instances engagées simultanément dans plusieurs États sur le fondement de chef de compétence offerts dans chacun d'eux* ».

juridictions d'un même État ou des deux États différents, lorsque les règles de compétence de leur for les autorisent l'une et l'autre à connaître d'un même litige [...]. Cette situation de compétence concurrente ne peut surgir entre une juridiction arbitrale et une juridiction étatique, pour la raison que leur compétence respective ne dépend que d'un seul facteur : l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage.

De deux choses l'une, en effet. Ou celle-ci est valable et attribue compétence, pour connaître d'une demande déterminée, aux arbitres : les tribunaux judiciaires doivent alors, si elle est invoquée devant eux, en le constatant, se déclarer incompétents [...]. Ou bien au contraire la convention d'arbitrage n'a pas été invoquée par les défendeurs, ou est nulle, ou ne vise pas le différend porté devant le juge judiciaire, et celui-ci se déclarera compétent par application des règles de son for, tandis que l'arbitre renoncera à connaître ce litige »¹.

On ne peut qu'adhérer de prime abord à cette justification : la litispendance est applicable aux seules hypothèses de compétence concurrente ; dès lors que la compétence est exclusive, il ne peut s'agir que d'une exception d'incompétence. C'est ce que l'on peut vérifier dans le domaine d'origine de la litispendance : le droit judiciaire privé, interne et international, confirme le fait que la litispendance ne s'applique qu'aux hypothèses de compétence concurrente.

179. Cela se vérifie tout d'abord concernant la litispendance interne, « *modèle d'origine* » de la litispendance. Le droit judiciaire privé français pose expressément comme condition à la recevabilité de la litispendance l'existence d'une compétence concurrente. La jurisprudence et la doctrine le mécanisme en présence d'une compétence exclusive. Ainsi, M. Cadiet rapporte, au titre des différentes conditions de la litispendance, qu'« [i]l faut [...] que les deux juridictions soient compétentes, l'une et l'autre, pour connaître de l'affaire »², et cite notamment un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2003 selon lequel « *l'incompétence de la juridiction étatique, pour connaître de la validité des pactes de préférence, écarte tout risque de litispendance* ». Une situation parallèle à la notre, qui a fait couler d'encre en son temps, démontre en droit interne l'absence de pertinence du recours à la litispendance en présence de compétences exclusives : la détermination du caractère civil ou commercial d'un contrat de bail³. De cette qualification découle la compétence, ou l'absence de compétence, de la juridiction saisie. Pouvait-il y avoir litispendance sur la question de la qualification du contrat de bail ? La jurisprudence et la doctrine ont donc écarté dans cette hypothèse la litispendance. M. Cadiet approuve cette solution en exposant que la qualification du contrat de bail « *est, en effet, nécessaire pour justifier leur compétence et on ne peut dire qu'en pareil cas les deux juridictions saisies aient cumulativement compétence, puisque la qualification donnée par l'un exclut nécessairement la qualification donnée par l'autre* »⁴. C'est d'ailleurs sur le fondement de cet argument que l'auteur écarte tout simplement la possibilité d'existence d'une situation de litispendance entre une juridiction de l'ordre judiciaire et une juridiction arbitrale : « *il ne saurait en*

¹ Sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, *op. cit.*, p. 1210.

² L. CADIET, « Litispendance », *op. cit.*, n° 21.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, n° 22.

revanche y avoir litispendance puisque, par principe, les compétences respectives de ces juridictions sont exclusives »¹.

180. Cela se vérifie ensuite en droit international privé commun. Les conditions de la litispendance internationale ont été reprises de manière quasi identique à celles du droit interne : identité de litige (même chose demandée, fondée sur la même cause, entre les mêmes parties), dualité d'instances (procédures pendantes, deux juridictions distinctes saisies) et « *égalité de compétence* »². Sous cette terminologie, c'est bien évidemment la condition de compétence concurrente que l'on retrouve ici. L'attendu de l'arrêt *Miniera de Fragne* accueillant l'exception en droit français est on ne peut plus clair : « *l'exception de litispendance peut être reçue devant le juge français, en vertu du droit commun français, en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger également compétent [...]* »³. Concernant la condition de compétence concurrente, une originalité de la litispendance internationale se manifeste ici, dans la façon dont sera contrôlée l'existence de la compétence concurrente par le juge français. Les modalités de vérification de la compétence du juge français et du juge étranger ont suscité des débats en leur temps : le juge français devait-il vérifier la compétence du juge étranger selon les règles de compétence internationale directe françaises, selon les règles de compétence internationale indirecte françaises ou encore selon les règles de compétence internationale directe de ce juge étranger ? Aujourd'hui, le droit est fixé dans le sens de la proposition faite par Dominique Holleaux dans les célèbres travaux qu'il présentât au Comité français de droit international privé : le juge français saisi en second auquel est opposée une exception de litispendance vérifie tout d'abord sa propre compétence selon ses règles de compétence internationale directe et, ensuite, que le juge étranger s'estime compétent. Concernant cette seconde vérification, le juge français se contente donc de constater le jugement de compétence ou d'incompétence du tribunal étranger concurremment saisi, ce dernier faisant application de ses propres règles de compétence internationale directe. Ainsi, « *la situation de litispendance internationale existe si deux juges de pays différents sont saisis, chacun étant doté de compétence directe d'après sa loi* ». On insistera sur ce point : il se livrera à un simple constat, sans lui-même contrôler la juste application par le juge étranger de sa loi nationale de conflit de juridictions, « *même si c'est à tort selon sa propre loi* » que le juge étranger s'est estimé compétent. Ainsi, comme cela est parfaitement résumé, « *[I] 'exception de litispendance ne peut jouer devant le juge français que si chacune des juridictions concurremment saisies est dotée de compétence internationale selon son propre droit de la compétence internationale directe* ».

L'existence d'une compétence concurrente est même « *doublement* » vérifiée par le juge français qui se voit opposer cette exception. Elle l'est tout d'abord, comme nous venons de l'exposer, au titre de l'*existence*⁴ de la litispendance, de la *caractérisation des « éléments*

¹ *Ibid.*, n° 37.

² H. GAUDEMET-TALLON, « Compétence civile et commerciale », *Rép. Dalloz internat.*, Paris, Dalloz, 2007, n° 191 : « *le juge français également compétent ne fera que constater la compétence directe que le juge étranger s'est reconnu en vertu de ses propres règles de compétence internationale* ».

³ Cass. civ. 1^{ère}, 26 nov. 1974, *Miniera di Fragne*, *op. cit.*

⁴ Auparavant, on parlait des conditions de *recevabilité* de la litispendance. Mais nous préférons parler de conditions d'existence de la situation de litispendance internationale avec Mme H. GAUDEMET-TALLON, « Compétence civile et commerciale », *op. cit.*, n° 191, qui distingue entre *existence*, *recevabilité* et *accueil* de la litispendance.

de la situation de litispendance internationale », le juge français constatant ou non que le juge étranger s'estime compétent selon ses propres règles de compétence internationale directe. Elle l'est ensuite au titre de l'*accueil* de la litispendance, l'arrêt *Miniera di fragne* l'ayant subordonné à la condition que la décision à intervenir à l'étranger soit susceptible d'être reconnue en France, condition évidente dans la mesure où la litispendance est faite pour prévenir « *un conflit de décisions en puissance* ». Le juge français saisi en second doit donc anticiper sur l'éventuelle reconnaissance et exécution forcée du jugement étranger en France, réaliser un test, un « *pronostic de régularité* ». Et l'on connaît l'une des conditions fondamentales du contrôle de la régularité du jugement étranger posée par l'arrêt *Simitch* et maintenue par l'arrêt *Corenlissen* : que la compétence internationale indirecte de la juridiction étrangère soit établie, selon, bien évidemment les règles de l'ordre juridique accueillant le jugement, règle française de droit international privé. La compétence internationale indirecte de la juridiction étrangère est établie « *toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux* ». Aussi, la litispendance ne saurait ici être accueillie si les juridictions françaises s'estiment exclusivement compétentes.

Cette double vérification de compétence concurrente par le second juge saisi est d'ailleurs maintenue dans le projet de Convention de La Haye sur la compétence et les effets des jugements : la litispendance ne joue que si le tribunal saisi en second estime que le premier tribunal est compétent et que le jugement rendu par ce premier tribunal est susceptible de reconnaissance dans l'ordre juridique du second tribunal¹.

Ainsi, le droit international privé maintient cette condition de compétence concurrente et ce, doublement, même si la pratique révèle parfois une confusion de ces conditions² : il la maintient au regard des règles de compétence internationale directe des deux juridictions parallèlement saisies, afin de vérifier l'*existence* même de la litispendance, et il la maintient également au regard des règles de compétence internationale indirecte, au titre de l'*accueil* de la litispendance.

181. On pouvait donc penser que la litispendance était bel et bien un mécanisme inapplicable aux cas de compétence exclusive et donc, inapplicable aux relations justice privée/justice publique. Mais c'était sans compter le droit international privé conventionnel. Le droit judiciaire européen vient semer le trouble autour de ce qui semblait être un consensus sur la compétence concurrente, comme élément caractéristique de la situation de litispendance. Il est vrai que dès l'origine, la litispendance européenne présente une certaine spécificité. La confiance qui doit présider aux relations entre juridictions des États membres

¹ M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 410-411, n° 495 : « [1] *on constate que le système n'est pas automatique : le juge second vérifie la compétence du juge premier et porte une appréciation prospective sur les chances de reconnaissance du jugement à intervenir à l'étranger [...]* »

² H. GAUDEMET-TALLON, « Compétence civile et commerciale », *op. cit.*, n° 191 : « [t]outefois, la jurisprudence, sans doute animée par un souci d'économie de moyens et passant directement de l'examen de l'existence de la litispendance à celui de la recevabilité de l'exception de litispendance, recherche le plus souvent si le juge étranger était compétent « au regard des règles françaises de compétence internationale indirecte » ».

dans le Règlement de Bruxelles I conduit à la suppression de la vérification de la compétence internationale indirecte, condition d'*accueil* de la litispendance en droit commun. Les classiques conditions de *recevabilité* de la litispendance, identité de litiges et saisines parallèles sont requises, même si l'on sait que la condition d'identité de litiges est contrôlée par la Cour de Justice et qu'elle a adopté une conception autonome, particulièrement souple, encourageant la critique de parfois rapprocher le mécanisme de la litispendance à celui de la connexité¹. Il nous paraissait également tout aussi logique que la condition de compétence concurrente, au titre de la *recevabilité* de la litispendance, soit imposée et ce, telle qu'elle est exigée en droit commun. Le juge français saisi en second lieu devrait ainsi d'une part, s'estimer compétent en application des règles du Règlement de Bruxelles I, et d'autre part, simplement constater que le premier juge saisi s'est jugé compétent sur le fondement des règles du Règlement de Bruxelles I.

La CJCE semblait l'avoir admis dans l'arrêt *Overseas Union Insurance* du 27 juin 1991 en *obiter dictum*. Mais elle s'en est écartée dans l'affaire *Gasser*². Une juridiction autrichienne saisie d'un litige en vert d'une convention d'élection de for entendait surseoir à statuer sur le litige dont elle était saisie sur le fondement de la litispendance au profit du tribunal premier saisi du litige, le tribunal italien, qui n'avait pas encore statué sur sa compétence. L'une des parties contesta cette décision au motif que les juges autrichiens étaient exclusivement compétents en vertu de la clause attributive de juridiction figurant sur les factures adressées à son adversaire. L'Oberlandesgericht Innsbruck saisit alors la CJCE du « *point de savoir si la juridiction saisie en second lieu doit respecter les dispositions de l'article 21 de la convention de Bruxelles lorsque cette juridiction est exclusivement compétente pour connaître du litige en vertu d'une convention attributive de juridiction* »³. La difficulté dont était saisie la CJCE était de déterminer si l'existence d'une compétence exclusive, la convention d'élection de for conférant au tribunal élu une compétence exclusive et non pas concurrente, faisait ou non obstacle à l'application de la litispendance : le second tribunal saisi doit-il appliquer le mécanisme de la litispendance, et ainsi surseoir à statuer dans l'attente du jugement d'incompétence du premier tribunal saisi, ou peut-il déroger à cette règle, poursuivre l'instance et statuer sur le fond du litige ? La difficulté était accrue par la présence d'une contestation de l'existence même de la convention d'élection de for au profit de la juridiction autrichienne devant le juge italien. M. l'avocat général Léger recommandera l'extension de la jurisprudence *Overseas Union* lorsque la compétence exclusive résulte d'une clause attributive de juridiction : l'application de l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être exclue « *lorsque le juge saisi en second lieu dispose d'une compétence exclusive pour connaître du litige* », même lorsque cette compétence exclusive résulte d'une clause attributive de juridiction. Il estime ainsi que la litispendance européenne « *implique que les deux juridictions saisies du même litige soient compétentes l'une et l'autre pour en connaître* », comme cela est admis en droit international privé commun. Un auteur en déduit donc, justement, que « *lorsque le juge saisi en second lieu dispose d'une compétence*

¹ C. BRUNEAU, « Litispendance européenne et clause attributive de juridiction », *D.*, 2004.1046, n° 5.

² CJCE, 9 déc. 2003, Aff C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *Rec. CJCE*, 2003.I.4693 ; *D.*, 2004.1046, note C. BRUNEAU ; *Rev. crit. DIP*, 2004.444, note H. MUIR WATT ; *JDI*, 2004.641, note A. HUET.

³ Conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger présentées le 9 septembre 2003, CJCE, 9 déc. 2003, Aff C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *op. cit.*, n° 2.

exclusive, il n'y aurait pas litispendance puisque, par hypothèse, le juge premier saisi n'est pas compétent selon les règles européennes applicables par les deux juridictions ». La litispendance ne s'appliquerait donc pas en raison de l'absence de l'une de ses conditions. Le tribunal second saisi pouvait donc apprécier sa compétence et statuer sur le fond du litige, sans avoir égard pour la procédure se déroulant devant le tribunal premier saisi. La Cour de Justice rejettera cependant cette analyse et admettra la litispendance en présence d'une convention d'élection de for, qui pourtant confère compétence exclusive au tribunal désigné. Elle retient ainsi que « *l'article 21 de la Convention du 27 septembre 1968 doit être interprété en ce sens que le juge saisi en second lieu et dont la compétence a été revendiquée en vertu d'une clause attributive de juridiction doit néanmoins surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent* »¹. Le tribunal saisi en second, même désigné par une convention d'élection de for, doit surseoir à statuer dans l'attente du jugement d'incompétence du premier juge saisi. Ainsi, la Cour adopte une conception novatrice de la litispendance européenne, excluant au titre des conditions de recevabilité l'existence d'une compétence concurrente au regard des objectifs de la Convention².

Aussi, la litispendance connaîtrait une évolution, celle-ci pouvant être applicable aussi bien en présence d'une compétence exclusive que d'une compétence concurrente. Cette solution serait également celle retenue en droit suisse selon M. Poudret, l'article 9 de la LDIP n'exigeant pas la compétence concurrente des deux juridictions saisies parallèlement. Pourquoi alors ne pas admettre cette évolution et accepter ainsi que le mécanisme puisse être applicable aux juges et arbitres ?

En définitive, l'argument théorique de l'existence d'une compétence exclusive comme obstacle au jeu de la compétence arbitrale n'est pas déterminant. En effet, on pourra toujours objecter que la litispendance fait l'objet d'une certaine adaptation et peut être utilisée en présence de compétences exclusives, comme l'illustre le droit judiciaire européen³. Bien que la proposition de réforme du Règlement Bruxelles I revienne sur cette solution, pourquoi ne pas admettre cette évolution ?

On en vient alors à l'examen du second argument contre l'utilisation de la litispendance entre arbitres et juges qui vient utilement compléter le premier : la litispendance est inapplicable au contentieux de la compétence.

ii).- L'inapplicabilité de la litispendance au contentieux de la compétence

182. La seconde critique porte sur le contentieux auquel le Tribunal fédéral entend faire application de la litispendance : celui de la compétence. L'application du mécanisme de la litispendance aux hypothèses de compétence exclusive sur le fond du litige conduit à coordonner, avant même la compétence sur le fond du litige, le pouvoir de statuer sur la compétence. Le juge saisi en second se verra priver du pouvoir de statuer sur sa compétence au profit du premier. La solution est inéluctable puisque, en présence de compétences

¹ CJCE, 9 déc. 2003, Aff C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *op. cit.*, n° 54.

² C'est le premier argument développé par la CJCE au soutien de son arrêt : au regard des objectifs de la Convention (éviter des procédures parallèles et des contrariétés de décisions), l'art. 21 doit faire l'objet d'une interprétation large : CJCE, 9 déc. 2003, Aff C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *op. cit.*, n° 41.

³ D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, p. 38, n° 26.

exclusives, la définition de la compétence par l'un des juges implique nécessairement la définition de la compétence de l'autre juge.

Cela se vérifie tout d'abord dans notre domaine d'étude, dans les relations entre arbitres et juges étatiques. Cela ressort clairement de l'arrêt *Fomento* qui censure le tribunal arbitral pour le seul fait de s'être prononcée sur la compétence. C'est ce fondement que l'on devine également de l'argumentation développée par M. Mayer afin d'écarter le mécanisme de la litispendance lorsque sont saisis parallèlement juges et arbitres : « *il appartient à un tribunal arbitral de se prononcer sur sa propre compétence, et s'il estime la posséder on ne voit pas pourquoi il se dessaisirait au profit d'une juridiction que par hypothèse il juge incompetent* »¹.

Cela se vérifie ensuite en droit européen sur un terrain d'étude voisin au notre : la convention d'élection de for. L'arrêt *Gasser* contribue à mettre en évidence la suppression du pouvoir de statuer sur sa compétence du second tribunal saisi, bien qu'apparemment désigné par une telle convention. Le tribunal italien, premier saisi, est alors prioritaire pour apprécier sa compétence et, du même coup, prioritaire pour apprécier la compétence du juge autrichien puisque leur compétence dépend, à tous deux, du même acte : de l'existence et de la validité de la convention d'élection de for. En l'espèce, soulignons d'ailleurs que la partie italienne, qui avait saisi le juge italien, contestait la validité de la convention d'élection de for.

183. Certains commentateurs n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner la suppression du pouvoir de statuer sur la compétence de la seconde juridiction saisie². La CJCE a contourné l'argument dans l'affaire *Gasser* en prétendant que « *le juge saisi en second lieu n'est, en aucun cas, mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier* » puisque les règles applicables à la convention d'élection de for sont identiques puisque posées par la Convention de Bruxelles, les juges des différends États devant se faire confiance dans l'application de ces règles et aboutir à la même conclusion³. L'argument est habile, mais comme le relève M^{me} Muir Watt, les règles peuvent diverger concernant l'existence du consentement au fond : « *le caractère commun des règles applicables est dans une certaine mesure un leurre, les critères de l'article 17 ne jouant qu'une fois acquis le consentement à la clause au fond, ce qui peut relever de critères*

¹ P. MAYER, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », *op. cit.*

² C. BRUNEAU, note sous CJCE, 9 déc. 2003, Aff C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *op. cit.*, n° 21 : « *lorsque la compétence du juge saisi en second est exclusive, on peut se demander en quoi le juge premier saisi est mieux placé pour apprécier la compétence du second, car c'est bien ce qui va se passer : en se prononçant sur sa propre compétence, le premier juge ne peut éviter de porter, par là même, une appréciation sur la compétence du second juge, qui est ainsi dépossédé de la décision sur sa compétence. Ainsi, dans l'affaire Gasser, si le tribunal italien décide qu'il est compétent parce qu'aucune clause ne désigne le tribunal autrichien second saisi, celui-ci devra se dessaisir, alors même qu'il estimerait la clause valable. Si, au contraire, le juge italien se déclare incompetent parce qu'une clause attribue compétence au tribunal autrichien, autoriser ce dernier à apprécier lui-même sa compétence au regard de la clause conduirait, en cas de divergence d'appréciation des deux juges, à un « vide juridique » contraire aux objectifs de la Convention. On est donc amené à dire que « le juge second saisi doit tirer les conséquences du contrôle de sa compétence fait par le seul juge premier saisi » »². Et une question, lancinante dans notre étude, surgit alors en droit européen, en présence d'une clause de juridiction : « [q]uelle est la juridiction la mieux à même de statuer sur la validité d'une cause attributive de juridiction ? Le tribunal premier saisi ou le tribunal désigné par la clause ? ».*

³ CJCE, 9 déc. 2003, Aff C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *op. cit.*, n° 48 : « *cette compétence est déterminée directement par les règles de la Convention de Bruxelles, qui sont communes aux deux juges et qui peuvent être interprétées et appliquées avec la même autorité par chacun d'entre eux* »

juridiques divergents »¹. Soulignons d'ailleurs que la question ne devait pas manquer de se poser en l'espèce puisque la société italienne contestait devant le juge autrichien « *l'existence même d'une clause attributive de juridiction* »², et que le débat portait sur la formation même du consentement : la clause attributive de juridiction au profit des juridictions autrichiennes figurait dans les factures délivrées par la parties autrichienne, mais non pas sur les bons de commande³.

Le raisonnement tenu par la Cour de Justice pourrait être étendu à l'arbitrage : en quoi le tribunal arbitral, saisi postérieurement au juge étatique, serait mieux placé pour apprécier la compétence juridictionnelle générale ? D'ailleurs, n'y a-t-il pas, en matière de conventions d'arbitrage, une harmonisation relativement importante des règles applicables à la convention d'arbitrage entre juridictions étatiques et juridictions arbitrales ? Cette harmonisation des règles applicables à la convention d'arbitrage, qui est une réalité, résultat de la combinaison de multiples facteurs – conventions internationales sur le plan purement interétatique, dialogue informel entre juges et arbitres résultant du contrôle des sentences arbitrales etc. – reste cependant une simple « *harmonisation* », et ne réalise pas une « *unification* ». Même si les dissensions sur la compétence juridictionnelle générale sont à la marge, elles subsistent, même entre juridictions étatiques, puisque la Convention de New York réserve l'application d'un droit plus favorable et qu'elle ne fait pas l'objet d'une interprétation uniformisée par un organe juridictionnel indépendant. N'est-il pas plus logique que le juge désigné – le tribunal arbitral – apprécie lui-même, selon ses propres règles, l'existence, la validité et l'étendue de la convention de juridiction ?

184. Le résultat auquel aboutit l'application de la litispendance au contentieux de la compétence est selon nous doublement critiquable.

185. Première critique, qui n'a pas été suffisamment mise en exergue, accepter de faire jouer le mécanisme de la litispendance sur le contentieux de la compétence lui-même en présence d'une compétence exclusive sur le fond du litige, c'est remettre en cause les fondements mêmes de la litispendance. La litispendance classique, appliquée aux seules hypothèses de compétence concurrente, suppose que chaque juridiction puisse statuer sur sa compétence.

C'est le cas tout d'abord pour la litispendance en droit judiciaire privé interne : chaque juridiction saisie statue sur sa compétence, et ce n'est que si le second juge saisi estime qu'il est compétent et qu'il constate que le premier juge se déclare également compétent qu'il pourra se dessaisir. Les deux juridictions restent donc maîtres de la vérification de leur compétence.

Il en est de même pour la litispendance internationale. La juridiction française saisie en second apprécie sa propre compétence selon son propre système de règles de compétence internationale directe, et examine si le juge étranger s'estime également compétent selon ses propres règles de compétence internationale directe. Ainsi, la litispendance internationale

¹ L'auteur cite pour ex., Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, *RCDIP*, 1999, p. 122, note B. ANCEL et MUIR WATT, la clause étant ou non appréciée selon la Convention de Vienne.

² CJCE, 9 déc. 2003, Aff C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *op. cit.*, n° 14.

³ *Ibid.*, n° 15.

« est constituée par le seul fait que les deux juridictions se soient reconnues compétentes d'après leurs règles nationales de compétence internationale directe ». On le voit : le pouvoir de statuer sur la compétence des juridictions étatiques n'est pas paralysé. Au contraire, il fait parti intégrante du mécanisme de la litispendance. La litispendance suppose que les deux juges parallèlement saisis puissent statuer sur leur compétence ; elle ne leur enlève pas.

Ce que nous voulons mettre en exergue, c'est que le mécanisme de la litispendance exige à titre de réquisit, de pré-requis que les juridictions statuent sur leur compétence. Ainsi, la litispendance ne devrait pas permettre une coordination du pouvoir de statuer sur la compétence, elle ne devrait pas priver la juridiction saisie en second lieu de ce pouvoir, comme le voudrait ses défenseurs qui prônent son utilisation en droit de l'arbitrage. Au contraire, la litispendance repose sur le pouvoir de statuer sur la compétence. La litispendance repose sur le pouvoir respectif de chaque juridiction de statuer sur sa compétence. Elle ne peut le leur supprimer.

Mais, pourrait-on objecter, ne doit-on alors admettre cette évolution créatrice de la règle de la litispendance ? Pourquoi pas. Mais un obstacle immédiat s'oppose à notre avis à cette solution, qui constitue notre seconde critique : l'inadaptation du critère chronologique.

b).- Les arguments pratiques

186. Des arguments pratiques, dont il faut souligner l'importance en matière processuelle, sont invoqués au soutien de la litispendance : tout d'abord, elle serait « *à la fois simple [...] et suffisante* »¹ pour résoudre les conflits entre arbitres et juges, et ensuite, elle serait un mécanisme neutre qui ne conduirait pas à privilégier ou au contraire condamner l'arbitrage. Reprenons et mesurons chacun de ces prétendus avantages pratiques de l'application du mécanisme de la litispendance aux relations entre juges et arbitres.

i).- *La simplicité et la suffisance de la litispendance*

187. Tout d'abord, la litispendance serait un mécanisme qui a « *le mérite de la clarté et de la simplicité* »² en ce que la litispendance exclut l'examen *prima facie* de l'existence d'une convention d'arbitrage.

C'est en effet un avantage incontestable de la litispendance : le premier juge saisi – privé ou publique – statue par priorité sur l'existence de la convention d'arbitrage et ainsi sur sa compétence et celle de l'autre juge. La règle posée est bien claire et simple, on en conviendra. Nul contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage, qui, pour limité qu'il soit, n'en reste pas moins parfois interminable lorsque toutes les voies de recours sont exercées à l'encontre du jugement de première instance. Ainsi, dans l'hypothèse où le tribunal arbitral est saisi le premier, la litispendance « *dispense le juge de procéder à un examen même prima facie de la validité de la convention d'arbitrage puisque la seule antériorité de celui-ci suffit à entraîner la suspension de la procédure étatique* »³.

¹ J.-F. POUDRET, « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », *op. cit.*, spéc. p. 506.

² J.-F. POUDRET, note sous Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279, *op. cit.*, p. 853, n° 4.

³ *Ibid.*, p. 844.

188. Ensuite, la litispendance serait suffisante, dès lors que la « *priorité du premier saisi exclu[t] le risque de décisions contradictoires* »¹. La litispendance participerait ainsi à l'économie procédurale en évitant la duplication de procédures portant sur le même litige, la litispendance étant alors une règle génératrice de sécurité juridique.

Nous pensons au contraire que la litispendance est un mécanisme insuffisant pour deux raisons. Tout d'abord, en présence d'un contrat du commerce international, il n'est pas certain que les procédures parallèles et le risque de décisions contradictoires soit exclu. Rien ne garantit que l'ensemble des juridictions étatiques et les tribunaux arbitraux s'en tiennent à cette solution et acceptent de se dessaisir au profit d'un juge saisi en premier dont son droit ferait application de la litispendance. Ensuite, et plus fondamentalement, on peut s'interroger sur l'utilité même du recours à la litispendance : la litispendance apparaît être, dans les relations entre arbitres et juges, « *un détour inutile* »². Pourquoi ? Comme nous venons de la démontrer, la litispendance en présence de compétence exclusive sur le fond conduit à coordonner juges et arbitres dans l'exercice du pouvoir de statuer sur leur compétence. Lorsque la solution a été admise en droit suisse, le Tribunal fédéral avait réservé l'une des conditions classiques de l'accueil de la litispendance, admise aussi bien par l'article 9 LDIP que par le droit international privé français commun : la possibilité pour le jugement d'être accueilli sur le territoire suisse³. Un tribunal arbitral siégeant en Suisse n'aurait du faire application de la litispendance, et ainsi reconnaître priorité à la juridiction étrangère saisie, que si le jugement était susceptible d'être reconnu ou exécuté en Suisse. Or, l'une des conditions de régularité internationale du jugement étranger en droit Suisse comme en France, sous réserve des systèmes européens de reconnaissance des jugements (Règlement de Bruxelles 1 et Convention de Lugano), est que le juge étranger soit compétent au regard des règles de compétence internationale indirecte. Le Tribunal fédéral reconnaît ainsi au tribunal arbitral la possibilité de refuser d'accueillir l'exception de litispendance s'il estime que ce jugement est rendu par une juridiction étrangère méconnaissant une convention d'arbitrage. Or, c'est du même acte que la compétence du tribunal arbitral et celle du tribunal étatique dépendent. Ainsi, lorsque le tribunal arbitral vérifie la compétence internationale indirecte du juge étranger, il vérifie par là-même sa propre compétence. On voit alors l'absence de logique de la solution : prétendre coordonner juge et arbitre dans l'examen même de leur propre compétence par le biais d'un mécanisme qui suppose la vérification de la compétence ! Ce

¹ J.-F. POUDRET, « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », *op. cit.*, p. 506.

² La formule est de Mme MUIR WATT, note sous CJCE, 9 déc. 2003, Aff C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *op. cit.* L'inutilité du mécanisme de la litispendance a été mise en évidence par l'auteur concernant la convention d'élection de for. Il serait inutile de passer par le détour de la litispendance car les juges des États contractants auront l'obligation de refuser la reconnaissance d'un jugement méconnaissant un chef de compétence exclusive (art. 28(1) Convention de Bruxelles, art. 35(1) Règlement Bruxelles I).

³ Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279, *op. cit.* : le Tribunal fédéral le rappelle afin de contrer l'argument de la doctrine hostile à la litispendance, pris du risque de paralysie de la procédure arbitrale lorsque les juridictions étatiques sont hostiles à l'arbitrage : « *l'argument ne résiste pas à l'analyse car « un tel jugement ne serait pas susceptible d'être reconnu en Suisse (ATF 124 III 83 consid. 5b p. 87). Or, le principe de la chose jugée et le principe de la litispendance ne s'appliquent qu'à l'égard d'un jugement étranger susceptible d'être reconnu en Suisse (ATF 114 II 183 consid. 2b p. 186) »*. La démonstration du tribunal est convaincante, d'autant que l'on sait que la règle de conflit applicable à la convention d'arbitrage en droit suisse repose sur le choix alternatif de trois critères de désignation de la loi applicable *in favorem validitatis*, favorable à la validité de la convention d'arbitrage. Les tentatives de paralysie de la procédure arbitrale par des juridictions d'État hostiles à l'arbitrage seraient ainsi écartées.

« *paradoxe* » a été d'ailleurs souligné à diverses reprises avant nous¹. La litispendance n'évitera donc pas les jugements contradictoires sur la compétence et consécutivement sur le fond du litige. Elle n'est pas un mécanisme suffisant à résoudre les conflits de procédures et de jugements. C'est ce qui conduit M. Poudret à proposer que le mécanisme de la litispendance joue entre juges et arbitres sans que le second saisi puisse vérifier la compétence internationale indirecte du premier juge, public ou privé, saisi², au contraire d'autres auteurs qui admettent l'application des conditions du droit commun de la litispendance posées par l'article 9 LDIP³, d'ailleurs réitérées par le Tribunal fédéral lui-même. On constate donc que la transposition à l'arbitrage du mécanisme de la litispendance, telle qu'elle est défendue, conduit à s'éloigner de plus en plus du modèle classique de la litispendance que nous connaissons.

Loin d'être simple et suffisante, la litispendance appliquée aux saisines parallèles de la justice arbitrale et de la justice étatique se révèle inutilement complexe.

ii).- *La neutralité de la litispendance*

189. La litispendance serait un outil de coordination entre justice publique et justice arbitrale neutre. Le mécanisme ne préjudicierait ni ne favorisait aucune des deux justices, arbitrale ou étatique. Certes, on admettra que la solution n'est pas spécifiquement préjudiciable à l'arbitrage. Mais, on rétorquera à l'argument que si la solution n'est pas par principe préjudiciable à l'arbitrage, et qu'elle peut même lui être favorable lorsque le tribunal arbitral est saisi en premier, la litispendance appliquée aux relations justice publique/justice privée peut, potentiellement, être nuisible aux relations entre les parties. Comme le premier for saisi est celui qui est prioritaire pour statuer sur la compétence, les parties s'empresseront à saisir *leur* juge, ou tout au moins le juge qui sera le plus sensible à leurs intérêts. Le mécanisme de la litispendance présente donc en la matière deux inconvénients.

Premier inconvénient qui mérite d'être relevé, même s'il n'est pas déterminant, le recours à la litispendance limite les possibilités de conciliation ou de règlement amiable des litiges hors des prétoires puisque, dès le moindre point de discorde les opposant, les parties s'empresseront de saisir un juge qui aura alors la maîtrise du contentieux de la compétence et consécutivement du fond du litige, du seul fait qu'il a été saisi en premier.

Second inconvénient, plus dérangeant, la litispendance favorise le *forum shopping* et « revient à octroyer aux plaideurs « le prix de la course » »⁴, la saisine d'une action déclaratoire et bien souvent « *dénégatoire* » d'un for réputé pour l'encombrement de ses

¹ M. LIATOWITSCH, « Die Anwendung der Litispendenzregel von Art. 9 IPRG durch schweizerische Schiedsgerichte : ein Paradoxon ? Überlegungen zu einer Bundesgerichtsentscheidung vom 14. Mai 2001 im Lichte von BGE, 124 III 83 », *Bull. ASA*, 2001.422.

² Selon MM. POUDRET et BESSON, « *le pronostic ne porte que sur cette éventualité [d'une décision reconnaissable], et non sur le bien fondé de la décision [...] en principe non encore rendue* » (J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 469 ; rapportant ces difficultés de la définition de l'étendue du contrôle de la décision étrangère afin d'accueillir l'exception de litispendance, D. BAIZEAU, « Modification de l'article 186 de la LDIP suisse : procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence *Fomento* », *Gaz. Pal.*, 22-24 avr. 2007, p. 19.

³ E. GEISINGER et L. LEVY, « La litispendance dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, pp. 64-65, les auteurs plaident pour un contrôle total par le tribunal arbitral de la validité de la convention d'arbitrage.

⁴ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, pp. 724-725, n° 28.

juridictions et sa lenteur procédurale, permettant au litigant de retarder l'issue d'un litige qu'il sait défavorable¹. Il est vrai que le recours au mécanisme de la litispendance entre juges et arbitres peut encourager les manœuvres dilatoires des parties : pour paralyser une procédure d'arbitrage, il suffit pour le plaideur de mauvaise foi d'initier « *une action judiciaire, même téméraire, dans un pays hostile à l'arbitrage avant le commencement de la procédure arbitrale* »². L'argument a été critiqué au motif qu'il « *présuppose la mauvaise foi du demandeur à l'action judiciaire, ce qui n'est pas toujours le cas* »³. Mais cette présomption de mauvaise foi n'est-elle pas légitime lorsque les apparences désignent un autre juge, que le plaideur se refuse à saisir ?

190. Allant plus loin, la neutralité du mécanisme de la litispendance est-elle à favoriser alors que les apparences désignent le tribunal arbitral ? Il nous semble préférable de privilégier un mécanisme favorisant le juge apparemment compétent⁴ : il faut dans ce cas au contraire accorder priorité à l'arbitrage, non pas au nom d'un soutien aveugle pour l'arbitrage, mais parce que l'apparence va en ce sens.

La litispendance est un mécanisme inadapté aux contestations des conventions de procédure. Le critère chronologique véhiculé par la litispendance se révèle inadéquat pour résoudre les conflits de compétence exclusive sur le fond du litige. Pourquoi reconnaître priorité, voire exclusivité au premier tribunal saisi pour statuer sur sa compétence et celle du second tribunal saisi ? Pourquoi recourir à un critère chronologique alors que des règles de droit définissent clairement quelle juridiction est compétente ? Dans le cas d'une litispendance classique, telle qu'utilisée en droit interne ou droit international privé commun, la raison du recours au critère chronologique est l'absence d'autres possibilités pour départager deux juges également compétents. Les règles de droit les reconnaissent tous deux également compétents, impuissantes à les départager. Il est alors judicieux de pouvoir recourir à un autre critère qui peut certes paraître arbitraire, mais qui a son sens dans le procès : le temps. Le temps devient alors le seul critère valable et utilisable afin de départager des juridictions « *substituables* », « *fongibles* »⁵ ou encore « *équivalentes* »⁶, d'un point de vue juridique, en raison de leur compétence concurrente, de leur interchangeabilité⁷. La litispendance, et le critère du temps, n'interviennent que lorsque « *un conflit de procédures se*

¹ Sur ce point, MUIR WATT H., note sous CJCE, 9 déc. 2003, Aff C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *op. cit.*, pp. 461-462 ; M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, pp. 396-397, n° 472 et n° 460. En ce sens également : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 205, n° 211 : « *introduites par le défendeur potentiel à une action en justice (le plus souvent, une action en responsabilité), tendant à obtenir une déclaration judiciaire négative (de non-responsabilité par ex.). En prenant les devants par une telle action, la partie qui risque d'être assignée peut neutraliser le principe actor sequitur et court-circuiter le choix de for normalement offert à son adversaire* ».

² E. GEISINGER et L. LEVY, « La litispendance dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 61.

³ *Ibid.*

⁴ En ce sens, E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, p. 318 : « [l]a règle [de l'effet négatif de la compétence-compétence] n'est pas neutre. Elle est destinée, de façon très volontariste, à protéger l'arbitre ».

⁵ Les termes sont de Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*

⁶ L'adjectif est utilisé par P. MAYER, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 190.

⁷ En ce sens également, L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, p. 426, n° 498.

produit, que les règles de compétence n'ont pas pu empêcher »¹. Il nous semble que le mécanisme de la litispendance serait dévoyé s'il était appliqué aux hypothèses de compétence exclusive car le critère chronologique qu'il véhicule est inadapté : les règles de droit suffisent à résoudre ce conflit de compétence². En présence de compétences exclusives résultant d'une convention de juridiction – convention d'élection de for ou convention d'arbitrage – la solution alternative proposée est alors la même par la doctrine consciente de l'utilité et de la nécessité de donner force obligatoire aux conventions de procédure, en droit européen ou en droit de l'arbitrage : permettre au tribunal élu de statuer sur sa compétence et d'apprécier la validité et l'existence de la convention d'élection de for ou de la convention d'arbitrage, à l'exclusion de toute autre juridiction, peu importe qu'il soit saisi en premier ou en second. N'est-il pas en effet plus conforme aux attentes légitimes des parties de voir trancher la question de compétence par la juridiction qu'elles ont, tout au moins en apparence, désignée³ ? C'est en ce sens que le projet de révision du Règlement Bruxelles I se prononce opportunément, en donnant priorité et exclusivité à la juridiction d'État en apparence élue pour juger de sa compétence au regard de la convention d'élection de for⁴.

2).- *L'injonction anti-suit*

191. **Définition et utilisation.** « *L'injonction anti-suit est une mesure par laquelle un juge étatique interdit à un plaideur d'initier ou de poursuivre une procédure devant une juridiction étrangère* »⁵. Définie dans une perspective plus large, incluant l'arbitrage, elle constitue une mesure ordonnée par un juge étatique ou un tribunal arbitral « *faisant interdiction à une partie, soit de saisir les juridictions d'un autre État ou une juridiction arbitrale, soit de poursuivre l'action si elle a déjà été entreprise, soit enfin d'exécuter la décision au fond rendue par ces juridictions* »⁶, jugement étranger ou sentence arbitrale. Cet instrument, conçu anciennement par les juridictions d'*equity* en Angleterre, est utilisé essentiellement par les États de *common law*⁷. Mécanisme considéré comme fort efficace, l'injonction *anti-suit* semble faire une petite percée dans les pays de droit romano-germanique⁸. Ce procédé unilatéral de définition de la compétence internationale est encore inconnu du droit français⁹. Bien que certains signes d'une moindre hostilité à son égard se

¹ D. HOLLEAUX, « La litispendance internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 1971-1973, p. 203, spéc. p. 211.

² J. LINSMEAU, « Arbitrage et juridictions étatiques. Saisines parallèles et concurrentes », *op. cit.*, pp. 328-329, n° 9.

³ En ce sens, cf. E. GAILLARD, « Les *anti-suit injunctions* et l'arbitrage commercial international », *Décideurs juridiques et financiers*, 2003, n° 41.68, p. 69.

⁴ Art. 32(2) de la Proposition de la Commission européenne de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Règlement Bruxelles I, Bruxelles, 14 déc. 2010, COM (2010) 748 final, 2010/0383 (COD).

⁵ S. CLAVEL, « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », *Rev. arb.*, 2001.669.

⁶ E. TEYNIER, note sous Procedural Order n° 2 du 16 octobre 2002, *SGS Société générale de surveillance SA c. Islamic Republic of Pakistan*, *Gaz. Pal.*, 7 déc. 2004, n° 342, p. 9.

⁷ Pour l'historique, cf. J. R.C. ARKINS, « Borderline legal: *Anti-Suit Injunctions* in Common law Jurisdictions », 18(6), *J. Int'l Arb.*, 603 (2001).

⁸ Sur ce point, E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 106, n° 72, citant notamment le Brésil, le Venezuela et l'Indonésie.

⁹ Si la Cour de cassation semblait avoir admis ce mécanisme dans le cadre d'une procédure de faillite (Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2002, *Banque Worms c. Epoux Brachot et autres*, *D.*, 2003, p. 797, note G. KAIRALLAH ; *JCP G*, 2002, 10201, concl. J. Sainte-Rose, note S. SANA-CHAILLE DE NERE ; *Gaz. Pal.*, 25-26 juin 2003, 29, note M.-L. NIBOYET ; *RCDIP*.631, note H. MUIR-WATT), un arrêt plus récent admettant l'exequatur d'une *mareva injunction* condamne, en *obiter dictum*, la légalité des injonctions *anti-suit* car elles porteraient atteinte à la

fassent jour – les juges français ayant récemment accepté de reconnaître et d'exécuter une telle injonction prononcée par une juridiction étrangère –¹, les récentes tentatives des plaideurs devant le tribunal de grande instance de Paris sont restées infructueuses².

Les injonctions *anti-suit* sont utilisées depuis plus d'un siècle dans les relations justice publique/justice privée³, émanant dans la plupart des cas des États⁴ et plus rarement des tribunaux arbitraux⁵. Les pays qui connaissent ces outils n'hésitent pas à les utiliser soit « *au soutien de l'arbitrage* », l'injonction tendant alors « *à interdire à un plaideur de poursuivre une procédure par lui initiée, en violation d'une convention d'arbitrage* », soit, au contraire, comme « *obstacle à l'arbitrage* », l'injonction tendant alors « *à interdire à l'autre partie de soumettre une question ou une demande au tribunal arbitral* »⁶. On constate ces dernières années leur « *développement spectaculaire* »⁷ « *à un rythme qui peut faire frémir l'observateur un peu prudent de la pratique des affaires internationales* »⁸ dans les relations justice publique et justice privée. Aussi retiennent-elles de plus en plus l'attention de la doctrine⁹. Dans ce domaine, la doctrine est divisée sur leur utilisation, certains auteurs plaident pour leur accueil en droit français¹⁰, d'autres s'élevant contre ce mécanisme,

souveraineté étrangère (Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *Stolzenberg c. CIBC Mellon Trust Company et autres*, *Rev. crit. DIP*, 2004.815, note H. MUIR WATT ; *RTD civ.*, 2004.549, note Ph. THÉRY ; *JDI*, 2005.112, note G. CUNIBERTI : « [I] 'injonction litigieuse [...] ne porte atteinte ni à un droit fondamental du débiteur [...], ni même indirectement à une prérogative de souveraineté étrangère, n'affectant pas, notamment, à la différence des injonctions dites anti-suit, la compétence juridictionnelle de l'État requis »).

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 2009, *In Beverage International c. In Zone Brands Inc.*, *op. cit.*

² TGI Paris (réf.), 6 janv. 2010, *SA Elf Aquitaine et SA Total c. MM. M., K. et R.*, TGI Paris, 29 mars 2010 (réf.), *République de Guinée équatoriale c. Société Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd*, *Cah. Arb.*, 2010.853, note L. DEGOS.

³ Court of Appeal, *Penal Copper Mines Ltd v. Rio Tinto Ltd*, (1911) 105 L. T. 846, par laquelle la cour a interdit à une partie anglaise de saisir les juridictions espagnoles alors qu'il existait une clause compromissoire prévoyant un arbitrage à Londres, cité par E. GAILLARD, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2004.47, p. 49, n° 2.

⁴ Ces mesures sont en particulier utilisées dans leur rapport avec l'arbitrage par les États-Unis (v. les réf. données par E. GAILLARD, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, spéc. p. 52, n° 6, note n° 12), le Royaume-Uni, le Pakistan ou encore l'Indonésie. Cf. notamment D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pp. 363 et s. Exemple d'injonction émanant d'une juridiction yéménite, dont le tribunal arbitral refusera la qualification d'injonction : sentence CCI n° 4862 rendue en 1986, in S. JARVIN, Y. DERAIS et J.-J. ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1986-1990)*, *op. cit.*, p. 509.

⁵ Sentence CCI n° 8307 rendue le 14 mai 2001, in E. GAILLARD (dir.), *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, E. Gaillard ed., 2005.307 ; Trib. arb. CIRDI, ordonnance de procédure n° 2, 16 oct. 2002, *Société Générale de Surveillance c. République islamique du Pakistan*, ARB/01/13, reproduite in E. GAILLARD (dir.), *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, Annexe 3 ; Trib. arb. CIRDI, ordonnance de procédure, 6 sept. 2005, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, ARB/03/24 (demande rejetée), sur laquelle cf. E. GAILLARD, « Anti-suit injunctions issue by arbitrators », in *ICCA Congress Series No. 13, International Arbitration, 2006 Back to Basics ? op. cit.*, p. 237.

⁶ S. CLAVEL, « Anti-suit injunctions et arbitrage », *op. cit.* ; D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, p. 190 et s.

⁷ E. GAILLARD, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 51, n° 3.

⁸ C. KESSEDIAN, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », *op. cit.*, p. 614.

⁹ Parmi une littérature abondante, cf. notamment *ICCA Congress Series No. 13, International Arbitration, 2006 Back to Basics ? op. cit.*

¹⁰ S. BOLLÉE, « Quelques remarques sur les injonctions *anti-suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The Front Comor* de la chambre des Lords », *op. cit.*, p. 236, n° 8.

proposant simplement leur « *bannissement* » au terme d'un « *réquisitoire pour [leur] abandon* »¹.

Les injonctions *anti-suit* sont principalement utilisées par des pays ne reconnaissant pas l'effet négatif du principe compétence-compétence, en droit anglais² et en droit américain. Même lorsqu'elles sont utilisées au soutien de l'arbitrage, elles ne visent pas à donner priorité au tribunal arbitral pour juger de sa compétence. Au contraire, le juge saisi d'une telle demande se livre à l'appréciation pleine et entière de la compétence juridictionnelle générale. Au terme d'un contrôle total, il tranche le litige soit en faveur de la compétence arbitrale, soit en faveur de la compétence de la justice publique³. Autrement dit, il ne se limite pas au contrôle de l'apparence de la convention d'arbitrage, comme le fait le juge français saisi *a priori*. Aussi utilisées au soutien ou à l'encontre de l'arbitrage, ces mesures portent atteinte au pouvoir du tribunal arbitral de juger de sa compétence ; elles consacrent la priorité de la juridiction publique de juger de la compétence juridictionnelle générale. La juridiction à l'origine de l'injonction impose alors sa propre conception de la répartition des litiges entre justice publique et justice privée aussi bien au tribunal arbitral qu'aux autres juridictions publiques. Clairement, les injonctions *anti-suit* sont contraires au principe selon lequel tout juge – privé ou public – est juge de sa compétence⁴. Cette dérogation peut-elle se justifier par l'impératif de mise en ordre de la diversité juridictionnelle ?

192. **L'efficacité des mesures en question.** Le développement des injonctions *anti-suit* s'explique sans doute par le fait que ces mesures sont considérées comme très efficaces. En effet, si le destinataire de l'injonction n'y obtempère pas et qu'il réside dans l'État dont émane une telle injonction, ou qu'il y détient des actifs, les sanctions peuvent être lourdes, « *redoutables* »⁵. Ce sont en effet les sanctions du *contempt of Court* qui sont applicables

¹ Ph. FOUCHARD, « Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. What remedies? », in E. GAILLARD, *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, p. 153 ; in *Ecrits*, *op. cit.*, p. 507

² En droit anglais, l'article 44(1) de l'Arbitration Act permet au juge anglais de prononcer en faveur d'une procédure arbitrale les injonctions de droit commun.

³ Trib. 1^{er} inst. Genève, 2 mai 2005, *Air X c. International Air Transport Association*, *Rev. arb.*, 2006.852, obs. P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH : les *anti-suit injunctions* ordonnées par le juge anglais violent « l'effet négatif du principe de « compétence-compétence » en vertu duquel les autorités étatiques ne peuvent se prononcer sur la compétence d'un arbitre ou d'un tribunal arbitral qu'après que les arbitres ont déjà statué sur leur propre compétence ». Sur la question, D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, pp. 211 à 215, la remarque valant pour le droit anglais comme pour le droit américain.

⁴ En ce sens, cf. S. M. SCHWEBEL, « Anti-Suit Injunctions in International Arbitration », in E. GAILLARD, *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, p. 15 ; Ph. FOUCHARD, « Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. What remedies? », *op. cit.*, p. 154 ; ordonnance de procédure de novembre 2000, inédite rapportée par L. LEVY, « Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators », in E. GAILLARD, *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, p. 115, spéc. p. 117 par laquelle un tribunal arbitral a refusé de prononcer une injonction au motif que « [i]t is a fundamental principle that each Court and Arbitral Tribunal has jurisdiction to rule on its own jurisdiction or, in other words, has Kompetenz-Kompetenz » ; sentence CCI n° 10623 rendue en 2001, *Salini Costruttori SpA c. République fédérale démocratique d'Éthiopie*, in E. GAILLARD, *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, p. 227, par laquelle le tribunal arbitral a refusé d'obtempérer à l'*anti-suit arbitration* émise par la Cour suprême fédérale éthiopienne, notamment parce que l'injonction en cause viole le principe de compétence-compétence, spéc. p. 275, n° 152 : « [i]t would be a clear breach of the fundamental principle of competence-competence if an international arbitral tribunal were obliged to stay its proceedings in deference to a court proceeding which had specifically been instituted to determine the question of the tribunal's jurisdiction ».

⁵ S. CLAVEL, « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », *op. cit.*, p. 671.

(poursuites pour outrage au tribunal) qui peuvent consister en des mises sous séquestre des biens, et des sanctions pénales : amendes souvent conséquentes et/ou peines d'emprisonnement. De manière plus générale, les injonctions *anti-suit* apparaissent comme un instrument de résolution des potentiels conflits de procédure et de jugements particulièrement efficaces au regard de leur intervention préventive, pouvant empêcher l'introduction ou la poursuite d'une procédure parallèle et consécutivement, tout jugement contradictoire. Elles conduisent à éliminer tout simplement le pouvoir de statuer sur la compétence de toutes les autres juridictions, étatiques comme arbitrales. Aussi aucun autre juge ne peut-il contredire l'appréciation de la compétence réalisée par la juridiction à l'origine de l'injonction.

193. Pourtant, leur prétendue efficacité prête à discussion. Tout d'abord, il n'est pas certain que ces injonctions soient respectées par les parties, en dépit des sanctions particulièrement lourdes en cas de non-respect de l'injonction. Ensuite, les juges étrangers ou les arbitres ne se sentiront pas nécessairement liés par l'ordre de ne pas entamer ou poursuivre une procédure émanant d'un quelconque juge étranger qui n'est pas leur supérieur hiérarchique¹. Peu importe que l'injonction faite au tribunal arbitral de suspendre la procédure émane des juridictions de l'État du siège². Mieux, ils pourront être tentés d'émettre une injonction inverse. A l'injonction *anti-suit* émise par un État, peut succéder des injonctions *ant-anti-suit* émanant soit d'une autre juridiction étatique, soit du tribunal arbitral³, visés directement ou indirectement par l'injonction *anti-suit* initiale. Plusieurs affaires illustrent les batailles d'injonctions auxquelles se livrent les juges de ce monde. On pense notamment aux affaires *Pertamina*⁴ ou *SGS c. Pakistan*. Loin de la première idée qu'elles seraient une « panacée »⁵, les injonctions *anti-suit* sont « inappropriées »⁶ car elles ne permettent pas toujours de résoudre efficacement les conflits de compétence. Elles ne sont en réalité qu'un coup d'épée dans l'eau⁷. Imaginons que l'ensemble des ordres juridiques se reconnaisse le pouvoir d'émettre de telles injonctions. La scène juridictionnelle mondiale ne serait plus qu'un champ de bataille désordonné, où pourrait fuser de toute part (de tout ordre juridique) et

¹ Ex. de tribunaux arbitraux refusant d'obtempérer aux *anti-suit injunctions* émises par les juridictions étatiques : sentence CCI n° 12656 rendue en 2004, *UEG Araucaria c. Copel, Revista de Arbitragem e Mediação*, n° 11, oct.-déc. 2006, p. 257 (l'affaire a ensuite donné lieu à une transaction) ; sentence du 26 septembre 1999, *Himpurna c. République d'Indonésie, Yearbook Commercial Arbitration*, 2000.178 ; pour un ex. plus ancien, cf. sentence CCI n° 5294 rendue en 1988, in S. JARVIN, Y. DERAÏNS et J.-J. ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1986-1990)*, op. cit., p. 180, spéc. p. 184 ; bien que l'injonction prononcée par les juridictions égyptiennes n'aient pas été portées à la connaissance de l'arbitre, ce dernier estime que les procédures menées devant les juridictions égyptiennes n'ont aucune influence sur sa compétence.

² Cf. par ex. sentence CCI n° 10623 rendue en 2001, *Salini Costruttori SpA c. République fédérale démocratique d'Éthiopie*, op. cit. Pour d'autres ex., cf. E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit. ; M. DE BOISSÉSON, « Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts at the Seat of the Arbitration of Elsewhere », in E. GAILLARD (dir.), *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, op. cit., p. 65.

³ Trib. arb. CIRDI, ordonnance de procédure n° 2, 16 oct. 2002, *Société Générale de Surveillance c. République islamique du Pakistan*, ARB/01/13, op. cit.

⁴ Sur laquelle, cf. E. GAILLARD, « KBC v. Pertamina: Landmark Decision on Anti-Suit Injunction », *NYLJ.*, Oct. 2, 2003.

⁵ L'expression a été utilisée avant nous concernant également les *anti-suit injunctions* par J. LINSMEAU, « Arbitrage et juridictions étatiques. Saisines parallèles et concurrentes », op. cit., p. 331, n° 13.

⁶ E. GAILLARD, « Les *anti-suit injunctions* et l'arbitrage commercial international », op. cit.

⁷ En ce sens, C. KESSEDJIAN, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », pp. 618-619 : « les injonctions *anti-procédure* ne fonctionnent pas en pratique ou ne fonctionnent que dans la mesure de l'autorité du tribunal qui la prononce ».

à tout instant (avant l'instance afin d'interdire d'engager une instance, pendant l'instance afin d'interdire au plaideur de poursuivre cette procédure, et après l'instance afin de faire obstacle à la reconnaissance ou l'exequatur du jugement visé dans un autre ordre juridique que celui dont émane l'injonction) une injonction *anti-suit*, à laquelle succéderait une injonction *anti-anti-suit* « dans un mouvement sans fin »¹. Et quelle serait leur efficacité, chaque ordre juridique prétendant défendre et imposer sa conception de la répartition des compétences juridictionnelles sur le plan mondial, et notamment, pour ce qui nous concerne sa conception d'une convention d'arbitrage valable, applicable et existante ? Aucune. Les injonctions *anti-suit* ne font donc qu'entretenir l'illusion de toute puissance de l'ordre juridique dont elles émanent, l'illusion que les rapports existant entre ordres juridiques ne peuvent être pensés qu'en terme de verticalité et de hiérarchie, l'illusion d'une relation hiérarchique entre juridictions d'État et arbitres.

C'est là, il nous semble, que le bât blesse : penser que l'ordre juridictionnel transnational puisse être imposé de manière hégémonique par une seule juridiction nationale, n'ayant pas plus de légitimité à trancher les conflits de compétence qu'un autre juge, public ou privé. C'est pourquoi nous rejoignons la majorité de la doctrine française qui condamne le recours à ces mesures dans les rapports justice privée et justice publique, qu'elles interviennent au soutien ou à l'encontre de la compétence arbitrale².

194. **La légalité des mesures en débat.** Inefficaces, ces mesures sont-elles pour autant légales ?

Utilisées pour faire obstacle à une procédure arbitrale, ces mesures ont pu être considérées comme une violation de la Convention de New York, et, utilisées en matière d'investissement, comme une violation des traités de protection des investissements³. Ce n'est pas moins que la violation des conventions internationales qui est en cause.

Utilisées au soutien de l'arbitrage, les injonctions *anti-suit* peuvent convaincre de leur régularité au premier abord. En ce sens, on admet qu'« elles ne sont que des mesures – parmi d'autres – destinées à garantir l'exécution forcée de la convention d'arbitrage par ses signataires »⁴. Un auteur plaide d'ailleurs pour leur accueil en droit français spécifiquement dans cette hypothèse : « c'est tout simplement la force obligatoire de la convention d'arbitrage qui se profile derrière l'injonction »⁵. L'injonction *anti-suit* serait donc un instrument légitime en ce qu'il contribue à l'exécution forcée en nature d'une obligation contractuelle, l'obligation de porter le différend devant le juge élu, contribuant au droit au procès équitable et à la lutte contre les saisines abusives de for incompétent⁶. C'est ce que semble d'ailleurs admettre la Cour de cassation dans l'arrêt qui a accueilli le jugement américain ayant prononcé une injonction à l'encontre de la procédure se déroulant devant les

¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 114, n° 73.

² Cf. par ex., C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, *op. cit.*, pp. 560-561, n° 625.

³ S. M. SCHWEBEL, "Anti-Suit Injunctions in International Arbitration", *op. cit.*, pp. 9 à 12.

⁴ S. CLAVEL, « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », *op. cit.*, spéc. p. 67

⁵ S. BOLLÉE, « Quelques remarques sur les injonctions *anti-suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The Front Comor* de la chambre des Lords », *op. cit.*, p. 236, n° 8.

⁶ M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 407, n° 489 : le procédé est légitime lorsqu'il est utilisé dans les conditions strictes qui lui sont assignées.

juridictions françaises, alors que le contrat en cause contenait une convention d'élection de for au profit des juridictions américaines¹.

195. Pourtant, comme l'a observé un auteur avant nous, « *les choses ne sont pas si simples* »². Nous l'avons déjà souligné pour l'effet négatif du principe compétence-compétence : il paraît délicat de s'abriter derrière le principe de la force obligatoire de la convention d'arbitrage alors que celle-ci est discutée. Il n'en reste pas moins que l'émission d'injonctions *anti-suit* visant à préserver le for élu par les parties est légitime au regard de la théorie de l'apparence : l'apparence de convention d'arbitrage ou d'élection de for justifie l'émission d'une telle injonction, peu importe la réalité de la force obligatoire de la convention de procédure.

196. En toute hypothèse, la régularité de ce pouvoir injonctif reste discutable³.

Tout d'abord, ces mesures peuvent parfois être détournées de leur objectif et émises en vue de faire obstacle, purement et simplement, au droit au juge⁴. Un tribunal arbitral l'a expressément retenu⁵. C'est le cas dans des circonstances bien particulières, lorsque l'injonction émane d'un for « *intéressé au litige* » – juridiction nationale d'un État saisie par l'État lui-même, par l'un de ses démembrements ou encore par une société nationale – dans le but d'empêcher l'un des plaideurs d'accéder à une justice indépendante et impartiale, en l'occurrence l'arbitrage⁶. On ne s'attardera cependant pas sur cette hypothèse, véritable « *pratique déloyale* »⁷, qui concerne essentiellement les litiges relatifs aux contrats d'État⁸ ou

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 2009, *In Beverage International c. In Zone Brands Inc.*, *op. cit.*

² A. H. BAUM, « Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts to Permit Arbitration Proceedings », in E. GAILLARD (dir.), *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, p. 19, spéc. p. 20.

³ E. GAILLARD, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.* ; Ph. FOUCHARD, « Anti-suit injunctions in international arbitration – What remedies ? », *op. cit.* Pour une démonstration de leur illégalité, cf. S. M. SCHWEBEL, « Anti-Suit Injunctions in International Arbitration », *op. cit.*

⁴ De manière générale, concernant la compatibilité des *anti-suit injunctions* avec l'article 6, §1 CESDH : R. Carrier, « *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage », *D.*, 2005, p. 2712, I. B. Violent-elles le droit au juge, l'article 6 paragraphe 1 CESDH ? Pr les juridictions anglaises, non. Pour l'auteur et la CJCE dans l'affaire Turner, oui

⁵ Sentence du 26 septembre 1999, *Himpurna c. République d'Indonésie*, *op. cit.* : “[t]he present Arbitral Tribunal considers that it is a denial of justice for the courts of a State to prevent a foreign party from pursuing its remedies before a forum to the authority of which the State consented, and on the availability of which the foreigner relied in making investments explicitly by that State”.

⁶ Mis également en évidence par M.-L. NIBOYET, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *op. cit.*, p. 953, n° 31, soulignant que le procédé est « *mauvais [...] quand le juge d'un État s'en sert pour protéger ses intérêts étatiques* ».

⁷ D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, p. 203, n° 214.

⁸ En présence de contrats d'États, une société nationale qui a conclu avec une entreprise privée un contrat contenant une clause compromissoire saisit ses juridictions pour faire obstacle à la procédure d'arbitrage lorsqu'un litige survient, et exige que le litige soit jugé par ses propres juridictions nationales. On ne peut alors que légitimement douter de l'indépendance et de l'impartialité des juridictions nationales, aussi bien dans le prononcé de l'*anti-suit injunction* afin de faire obstacle à une convention d'arbitrage librement consentie que concernant le traitement du litige sur le fond. Cf. sur la question, E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, pp. 106 et s. et les multiples affaires évoquées. Du même auteur, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, pp. 52-53, n° 7 et p. 54 ; « *Anti-suit injunctions* et reconnaissance des sentences annulées au siège : une évolution remarquable de la jurisprudence américaine », *JDI*, 2003.1106, pp. 1108-1109, n° 5 et 6.

impliquant des « *champions nationaux* », occasionnellement rencontrée dans l'arbitrage CIRDI.

On n'examinera pas non plus l'argument tiré de l'incompatibilité des injonctions *anti-suit* avec le Règlement Bruxelles I. Bien que la CJUE ait jugé que l'utilisation de ce mécanisme est incompatible avec le Règlement dans l'affaire *West Tankers*¹, nous pensons au contraire que le Règlement de Bruxelles I est fondamentalement étranger à la question de la répartition de la compétence entre la justice arbitrale et la justice publique puisque l'arbitrage est exclu de son champ d'application. Comme le retient un auteur, « [l]e principe de confiance mutuelle ne devrait pas s'appliquer en matière d'arbitrage »². Quoi qu'il en soit, la proposition de réforme clôt le débat.

De manière générale, sans que son usage ne soit dévoyé, l'injonction *anti-suit* est un procédé qui paraît contraire au principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence, reconnu au tribunal arbitral comme au juge étatique³ – certes, non impératif –, mais surtout au principe de courtoisie internationale⁴. A travers ce dernier principe, on devine l'objection principale faite à l'encontre de ces mesures : utilisées au soutien ou à l'encontre de l'arbitrage, peu importe, elles seraient contraires aux règles de droit international public puisqu'elles visent à interférer dans le service public étranger de la justice⁵ ; or, les États ont une compétence exclusive pour s'auto-organiser. Si certaines analyses sont plus nuancées⁶, ce type de mesure peut être considéré comme un mécanisme impérialiste, un ordre juridique donné entendant imposer aux ordres juridiques du monde entier sa propre conception de la répartition des compétences, soit entre ordres juridiques étatiques, en droit international privé⁷, soit entre justice publique et justice privée pour ce qui nous concerne⁸. Elles consistent donc en « *une ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère* » ou de la juridiction arbitrale, une interférence soit avec la souveraineté de l'État dont relève le juge étatique, soit

¹ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*

² D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, p. 198, n° 208.

³ En ce sens, E. GAILLARD, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 60, n° 21. L'injonction viole non seulement l'effet positif de la compétence-compétence, mais également l'article II(3) de la Convention de New York de 1958 reconnaissant (en ce sens, R. CARRIER, « *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage », *op. cit.* ; J. LINSMEAU, « Arbitrage et juridictions étatiques. Saisines parallèles et concurrentes », *op. cit.*, spéc. p. 331, n° 12).

⁴ De man. gén. sur le concept de *comity*, cf. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 77. En ce sens, Cour d'appel du 5^e circuit, 18 juin 2003, *Pertamina*, *op. cit.*

⁵ S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, *op. cit.* ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, pp. 445 et s. ; Ph. FOUCHARD, « *Anti-suit injunctions in International Arbitration: What Remedies ?* », *op. cit.*

⁶ Session de Bruges, résolution de l'IDI du 2 sept. 2003 relatif au recours à la doctrine du forum *non conveniens* et aux « *anti-suit injunctions* » : principes directeurs (disponible sur le site : www.idi-iil.org). L'art. 5 admet la légitimité de ces injonctions dans certaines circonstances, notamment en cas de violation d'un accord d'élection de for ou d'arbitrage.

⁷ Souligné en *obiter dictum* : Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *Stolzenberg c. CIBC Mellon Trust Company et autres*, « *L'injonction litigieuse [...] ne porte atteinte ni à un droit fondamental du débiteur [...], ni même indirectement à une prérogative de souveraineté étrangère, n'affectant pas, notamment, à la différence des injonctions dites anti-suit, la compétence juridictionnelle de l'État requis* ».

⁸ En ce sens, K. D. KERAMEUS, « *Anti-Suit injunctions in ICSID Arbitration* », in E. GAILLARD (dir.), *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, *op. cit.*, p. 131 : « [b]y their nature and purpose, *anti-suit injunctions* are disruptive of the coexistence of, and cooperation between judicial and arbitral instances around the globe ».

avec l'autonomie de l'ordre arbitral. Aussi méconnaissent-elles « *la compétence exclusive reconnue aux États de définir librement la compétence juridictionnelle internationale de leurs tribunaux* »¹ lorsqu'elles visent une juridiction étatique, et le pouvoir de statuer sur la compétence lorsqu'elles visent le tribunal arbitral. Peu importe qu'elles ne visent directement que les parties, l'injonction n'agissant qu'*in personam* à leur seul égard² ; indirectement, les juridictions dont la compétence est paralysée ne sont pas épargnées³, et peuvent être directement visées⁴. Peu importe qu'elles visent uniquement une procédure arbitrale, la souveraineté des autres États sera également heurtée puisque l'ordre juridique prononçant une telle mesure entend tout de même leur dicter ce qu'est une convention d'arbitrage ou une sentence arbitrale valable⁵. Pour ce dernier cas, l'affaire *Pertamina* nous fournit une excellente illustration⁶. Les juridictions indonésiennes entendaient faire obstacle par l'injonction prononcée à la demande d'exécution forcée devant le juge américain de la sentence arbitrale rendue en Suisse condamnant l'entreprise publique indonésienne. Le juge de l'exequatur étatsunien se voyait donc enjoindre, par les juridictions indonésiennes, de ne pas conférer force exécutoire à la sentence.

197. La possibilité de leur utilisation en droit français afin de renvoyer les contestations de compétence devant le tribunal arbitral – opérer une concentration du contentieux de la compétence devant ce dernier –, préconisée récemment par un auteur⁷, nous semble tout autant condamnable. Le juge français émettant une telle injonction prétendrait imposer de manière extraterritoriale, au monde entier, la règle de l'effet négatif de la compétence-compétence. Son élévation au rang de condition d'accueil du jugement étranger suffit à préserver l'efficacité du mécanisme dans l'ordre juridique français, sans prétendre imposer la règle au-delà, aux États écartant explicitement la règle.

Pour cette raison, on approuvera pleinement le refus des juridictions françaises de prononcer une injonction envers les arbitres, soit en raison de la contestation de l'investiture

¹ S. CLAVEL, « *Anti-suit injunctions et arbitrage* », *op. cit.*, p. 677.

² En ce sens, S. BOLLÉE, « Quelques remarques sur les injonctions *anti-suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The Front Comor* de la chambre des Lords », *op. cit.*, p. 232, n° 6.

³ En ce sens, S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, *op. cit.* ; R. CARRIER, « *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage », *op. cit.* ; D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, p. 188, n° 194 ; CJCE, 27 avr. 2004, Aff. C-159/02, *Turner c. Grovit*, *op. cit.*, n° 27 : « [d]ès lors que le demandeur se voit interdire d'intenter une telle action par une injonction, force est de constater l'existence d'une ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère, incompatible en tant que tel avec le système de la convention »

⁴ D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 363, n° 15-26 : « [t]hese injunctions [...] may, however, also be directed against the arbitrators, if the court granting the injunction has personal jurisdiction over them. They are then enjoined from hearing the case ».

⁵ *Contra*, S. CLAVEL, « *Anti-suit injunctions et arbitrage* », *op. cit.*, p. 702 : l'injonction interdisant le recours à l'arbitrage « ne produit pas de réelles interférences dans la compétence des juridictions étrangères. Le juge de l'injonction n'a pas à apprécier si un tribunal étranger constitue le for approprié pour connaître du litige. Il se borne à apprécier et à interpréter la clause ou la convention d'arbitrage, et il va sans dire qu'il devrait, pour se faire, se livrer à une recherche de la loi applicable à cette convention. Les *anti-suit injunctions* ne heurtent donc pas les principes du droit international public, puisqu'elles ne méconnaissent pas la souveraineté des États ».

⁶ E. GAILLARD, « *KBC v. Pertamina: Landmark Decision on Anti-Suit Injunction* », *op. cit.*

⁷ D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.*, pp. 210 et s., spéc. p. 217, n° 232.

d'un arbitre, soit en raison de la poursuite des opérations d'arbitrage par un tribunal arbitral dont la sentence sur la compétence était contestée¹.

198. De ce tour d'horizon du droit processuel, on ne peut que constater l'inadaptation de la transposition des mécanismes existants afin d'éviter les procédures parallèles entre justice privée et justice publique relativement au même litige. Doit-on alors « *jeter l'éponge et décider qu'en définitive ce problème est insoluble* »² ? Non. « *Impossible n'est pas français* ». Ce sont justement ces difficultés que le principe de compétence-compétence, par l'adjonction de l'effet négatif, va permettre dans la plupart des hypothèses d'éliminer tout en permettant aussi bien au tribunal arbitral qu'au tribunal étatique de juger, chacun leur tour, à qui revient le litige.

Conclusion

199. Pour conclure, loin de n'être qu'un outil au service d'une foi aveugle envers l'arbitrage, l'effet négatif de la compétence-compétence répond incontestablement à certaines valeurs fondamentales de notre ordre juridique.

Ainsi qu'on a pu l'observer, l'effet négatif de la compétence-compétence sert l'objectif d'économie procédurale, en permettant le renvoi des parties devant le juge en apparence compétent, le tribunal arbitral. Il répond à une probabilité mathématique : en présence de l'apparence de convention d'arbitrage, le tribunal arbitral est sans doute compétent. L'argument de l'économie procédurale n'est pas neutre, en pratique, *in concreto* compte tenu de deux facteurs : la politique juridique de faveur dont bénéficie aujourd'hui l'arbitrage dans les ordres étatiques et le fait que l'arbitrage soit la justice de droit commun des relations du commerce international.

Mieux, l'effet négatif de la compétence-compétence s'intègre dans une autre valeur éthique de notre droit, assurée par la théorie de l'apparence. L'effet négatif contribue à préserver la confiance des justiciables dans l'« *image juridique du monde* »³, et consécutivement la sécurité juridique. Le sujet peut ainsi se fier au fait qu'en présence d'une apparence de convention d'arbitrage, simple représentation, le litige relèvera en priorité du tribunal arbitral. Les sujets de droit peuvent donc « *s'en remettre à la situation ostensible pour agir* »⁴. L'effet négatif de la compétence-compétence trouve ici l'un de ses fondements théoriques les plus solides : la théorie de l'apparence vraisemblable.

Enfin, dernier argument déterminant, bien qu'il puisse prêter à discussion, les mécanismes traditionnels de résolution des conflits de compétence admis entre juridictions étatiques nous semblent inadaptés. D'un côté, l'indifférence totale des deux justices serait délétère. D'un autre côté, les mécanismes alternatifs aujourd'hui proposés par une partie de la doctrine, telle la litispendance ou l'injonction *anti-suit*, nous semblent inadaptés, le premier parce que le critère chronologique qu'il véhicule est inadapté, le second au regard de son

¹ TGI Paris, 6 janv. 2010, *SA Elf Aquitaine et SA Total c. MM. M., K. et R.*, TGI Paris (réf.), 29 mars 2010, *République de Guinée équatoriale c. société Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd.*, *Cah. Arb.*, 2010, *op. cit.*

² J. LINSMEAU, « Arbitrage et juridictions étatiques. Saisines parallèles et concurrentes », *op. cit.*, p. 332, n° 14.

³ A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, *op. cit.*

⁴ *Ibid.*, p. 21.

caractère unilatéral et extraterritorial. Peu à peu l'idée émerge qu'une troisième voie pourrait être tracée. En ce sens, le droit international privé lui-même s'oriente vers un dialogue entre juges instaurant une coopération judiciaire pour juger de la compétence. Pourquoi ne pas étendre cette solution aux relations entre justice publique et justice privée ? C'est ce qu'institue le principe compétence-compétence dans sa nouvelle acception : un mécanisme de résolution des conflits de compétence lui-même pluraliste, mettant en place une coordination juridictionnelle dans l'appréciation de la compétence différée dans le temps. La première étape de ce dialogue est de renvoyer l'examen de la compétence juridictionnelle générale au tribunal arbitral, renvoi assuré par l'effet négatif de la compétence-compétence.

Conclusion du titre

200. En définitive, la règle de l'effet négatif de la compétence-compétence montre une réelle résistance aux multiples tests de validité, formelle et axiologique, auxquels nous l'avons soumise. La priorité que les juridictions françaises doivent laisser au tribunal arbitral pour juger de la compétence juridictionnelle générale – attribution du litige soit à la justice privée, soit à la justice publique – n'est pas ce prétendu acte de foi aveugle envers la justice arbitrale que le droit français aurait fait dans un mouvement d'extrême faveur pour l'arbitrage.

Les développements qui précèdent nous ont permis d'établir la validité formelle de la règle, qui est peu discutable. Progressivement mis en place dans les années 1980, l'effet négatif de la compétence-compétence, à peine théorisé, a connu une ascension que l'on osera qualifier de fulgurante dans notre ordonnancement juridique. Elevé au rang de règle matérielle et de principe, il a été systématisé, devant être appliqué par toute juridiction française, devant être respecté par toute juridiction étrangère pour que son jugement puisse être accueilli dans l'ordonnancement juridique français, et tout récemment désigné comme une règle d'ordre public interne. En outre, l'effet négatif de la compétence-compétence ressort relativement intact de sa confrontation aux règles supérieures de l'ordonnancement juridique française. Sous réserve d'une configuration particulière propre au Règlement Bruxelles I, la règle s'avère pleinement conforme aux conventions internationales. Si la refonte du Règlement Bruxelles I laissait augurer le pire – la disparition pure et simple de l'effet négatif de la compétence-compétence –, la levée de bouclier des autorités et de la doctrine française a convaincu les autorités européennes. Si l'on peut regretter que la résolution du Parlement européen adoptée le 7 septembre 2010 n'ait pas été suivie, la Commission a trouvé une solution de compromis, ne remettant pas en cause l'effet négatif de la compétence-compétence.

Mais c'est à notre avis l'examen de la validité axiologique de l'effet négatif qui est le plus étonnant. Loin de cette prétendue illégitimité dont on l'affuble fréquemment, la règle de l'effet négatif de la compétence-compétence se rattache à plusieurs valeurs éthiques, ou éthico-juridiques de notre ordre juridique. L'effet négatif de la compétence-compétence répond à une valeur centrale du procès, l'économie procédurale. Au-delà du seul procès, l'effet négatif de la compétence-compétence peut être rattaché à une valeur éthique de notre droit. Il ne s'agit pas de l'autonomie de la volonté, mais de la théorie de l'apparence. En permettant au sujet droit de se fier à l'apparence – en présence de l'apparence vraisemblable de compétence arbitrale, le litige doit être porté devant le tribunal arbitral –, l'effet négatif de

la compétence-compétence préserve la confiance des justiciables, et consécutivement la sécurité juridique. Ce fondement de l'effet négatif permet ainsi de rattacher l'institution au droit au juge naturel, en assurant le droit au juge en apparence compétent. Enfin, compris dans sa fonction de mécanisme de résolution des conflits de compétence, en l'état actuel du droit positif, l'effet négatif de la compétence-compétence est le seul mécanisme qui permette d'assurer un tracé pluraliste de la frontière entre compétence de la justice publique et compétence de la justice privée, en l'absence d'organe juridictionnel transnational qui puisse opérer la ventilation des litiges entre ces deux justices. Il permet de trouver un équilibre et d'éviter soit l'indifférence totale des deux formes de justice, néfaste en ce qu'elle est génératrice de procédures parallèles, soit le rapport hiérarchique d'une justice sur l'autre, solution peu réaliste au fur et à mesure que l'arbitrage se détache de la tutelle étatique.

Ces deux critères confirmant une part de la validité de l'effet négatif de la compétence-compétence, le troisième critère – celui de l'effectivité – est le plus délicat. Compte tenu de l'originalité de l'effet négatif, exigeant la neutralisation de l'ordre juridique étatique au profit de l'ordre arbitral, on peut valablement s'interroger sur l'effectivité d'une telle règle en pratique. Les juridictions d'États se montrent-elles capables de neutraliser l'un des attributs classiques du pouvoir de juger, celui de juger de leur compétence ?

Titre 2.- La mise en œuvre de l'effet négatif

201. Poursuivant notre quête d'évaluation de la validité de l'effet négatif du principe compétence-compétence, il reste à déterminer si cette règle répond au dernier critère de la « *théorie tridimensionnelle de la validité* »¹ : l'*effectivité*. L'étude de la mise en œuvre de l'effet négatif nous permettra de la mesurer.

« [E]st effective la règle utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique »². La règle de l'effet négatif a-t-elle cette « *capacité [...] à orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité par le législateur* »³ ? Les « *destinataires « primaires »* » de toute règle sont généralement identifiés comme étant les *justiciables*, « *hommes et femmes « de la rue* » »⁴. Il faudrait ainsi évaluer si les parties à une convention d'arbitrage saisissent d'abord le tribunal arbitral lui-même des contestations directes ou indirectes de la convention d'arbitrage plutôt que les juridictions étatiques. Réalisant une étude juridique, il nous est difficile d'opérer une telle étude sociologique du comportement des plaideurs. On examinera donc l'attitude des seuls « *destinataires « secondaires* » » : les juges étatiques. Même limitée à cet aspect de l'évaluation de la valeur empirique de l'effet négatif, cette étude n'est pas pour autant dépourvue de valeur car ces destinataires sont eux-mêmes directement visés par l'effet négatif ; ils en sont même les destinataires principaux. Il est alors aisé par ce seul moyen de se faire une – relative – bonne idée de l'effectivité de la règle, notre tâche étant facilitée par la règle de publicité appliquée aux jugements étatiques. Saisis du fond ou d'une demande de désignation d'arbitres, les juges étatiques ont-ils renvoyé les parties à l'arbitrage afin que les arbitres statuent sur leur compétence ?

202. Si d'aucuns considèrent que l'effet négatif du principe compétence-compétence fait preuve d'une « *santé insolente* » au regard du cantonnement de ses exceptions⁵ – et il est vrai qu'elles ne sont qu'exceptionnellement caractérisées –, notre diagnostic sera plus mitigé. En effet, le jeu de l'effet négatif n'est pas automatique. Il est cantonné à un champ d'application délimité (chapitre 1), qui restreint corrélativement son effectivité. Cependant, il n'en résulte pas une réelle atteinte à l'effectivité de la règle, simplement circonscrite à un domaine d'application. Le risque d'« *érosion* »⁶ de l'effet négatif n'est pas là où on l'attend. Ce sont les voies de recours exercées contre la décision du juge judiciaire statuant sur l'effet négatif qui retardent inexorablement l'accès à la justice arbitrale. L'archétype de l'inefficacité

¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit.

² *Ibid.*, p. 330, inspirée de la définition donnée par P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 257.

³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 329.

⁴ *Ibid.*, p. 330.

⁵ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », op. cit., p. 718, n° 7.

⁶ L'expression est de D. COHEN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books c. Editions du Seuil*, Rev. arb., 2002.919. Elle est également utilisée par J.-B. RACINE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, *Tiiv Zertifierungsgemeinschaft c. Association française pour la certification par tierce partie des systèmes d'assurance qualité des entreprises* ; CA Paris, 2 juin 2004, *Cineco c. Shure Brothers* ; CA Paris, 30 juin 2004, *Frantonin c. ITM*, Rev. arb., 2005.673.

– et aussi de l’inefficience¹ – du mécanisme est incarné par l’affaire *Jules Verne*². Des premières expertises judiciaires ordonnées par le tribunal de commerce de Paris en août et septembre 1993, au jugement définitif statuant sur l’exception d’arbitrage opposée à ce dernier prononcé le 7 juin 2006 par la première chambre civile de la Cour de cassation, il s’est écoulé pas moins de treize années pour qu’il soit simplement établi que la clause compromissoire n’était pas manifestement nulle ou inefficace. Les litigants ont donc dû attendre plus de dix ans pour qu’un jugement confirme l’existence de la simple *apparence* de compétence arbitrale justifiant le renvoi devant le tribunal arbitral. L’effet négatif du principe compétence-compétence souffre non pas d’ineffectivité, mais d’un autre mal, celui de l’*inefficacité*, dont rend compte l’étude de la décision de mise en œuvre de l’effet négatif (chapitre 2).

¹ Sur la notion, cf. notamment G. CANIVET, « Du principe d’efficience en droit judiciaire privé », *op. cit.*

² Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. Américan Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*

Chapitre 1.- Le champ d'application de l'effet négatif

203. L'étude de la jurisprudence de ces dix dernières années nous conduit à dresser un bilan contrasté. La mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence se révèle à première vue « *malaisée* »¹. C'est ce qu'attestent deux éléments.

Il s'agit tout d'abord des nombreux cas de non-application de la règle de l'effet négatif constatés, les juridictions étatiques saisies du fond du litige opérant alors un contrôle total de la compétence juridictionnelle générale sans aucun égard pour le principe de limitation du contrôle.

Il s'agit ensuite des exceptions, bien connues, l'une d'origine légale, la nullité manifeste, l'autre de source prétorienne, l'inapplicabilité manifeste. Ces exceptions sont aujourd'hui toutes deux consacrées par le décret du 13 janvier 2011, leur régime ayant été unifié, puisqu'elles s'appliquent aussi bien au juge saisi du fond de l'affaire qu'au juge d'appui². Leur caractérisation fait obstacle à la mise en œuvre de l'effet négatif : le juge étatique saisi au fond peut alors statuer sur sa compétence et sur le fond du litige sans renvoyer les parties à mieux se pourvoir ; quant au juge d'appui, il peut alors refuser de procéder à la désignation d'arbitre demandée. Bien que rarement caractérisées en pratique, on peut s'interroger plus fondamentalement sur le fait de savoir si les exceptions n'ont pas conduit à modifier le sens de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Si, initialement, il consacrait la priorité de la compétence arbitrale afin de statuer sur la compétence, l'effet négatif se réduit aujourd'hui à limiter, en amont et en parallèle de l'instance arbitrale, le contrôle de la compétence juridictionnelle générale opéré par les juridictions étatiques à son caractère *prima facie* : toute cause d'incompétence peut être contrôlée, mais seulement de manière manifeste. L'effet négatif est-il seulement effectif au regard de ce contentieux systématique ?

Cette modification du sens de l'effet négatif a également conduit à l'absence de réalisation de son objectif initial : éviter la multiplication des contentieux sur la compétence, en supprimant tout simplement les possibilités de contestation de la convention d'arbitrage devant les juridictions étatiques avant que le tribunal arbitral n'ait pu en connaître. Or, compte tenu des exceptions à l'effet négatif, le contentieux en amont de la saisine du tribunal arbitral subsiste même s'il porte sur le seul caractère manifeste des causes d'incompétence. En effet, le droit positif atteste de la systématisme du contentieux portant sur la caractérisation des exceptions à l'effet négatif. Portant notre regard sur les dix années qui viennent de s'écouler, l'omniprésence de la caractérisation des exceptions en amont de la reddition de la sentence saute aux yeux. On pourra toujours émettre l'hypothèse que ce nombre impressionnant d'arrêts résulte de la nécessité de délimiter avec précision les contours de ces exceptions, dont l'une, l'inapplicabilité manifeste, création prétorienne, requerrait des précisions. C'est sans aucun doute un facteur important. Mais, à y regarder de plus près, ce facteur n'est pas déterminant : le juge étatique contrôle systématiquement toute cause d'incompétence, même si c'est seulement *prima facie*, avant de renvoyer les parties à l'arbitrage ou de procéder à la

¹ F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *op. cit.*, p. 610.

² Art. 1448 al. 1^{er} CPC et 1455 CPC.

désignation d'arbitre(s) demandée. On peut se demander si la brèche, ouverte par la nullité manifeste et élargie depuis 2001 à l'inapplicabilité manifeste, n'a pas érodé, altéré et au final emporté l'édifice – l'effet négatif de la compétence-compétence et corrélativement, car il en constitue le premier rouage, le principe compétence-compétence dans son ensemble – avec elle. Cette préoccupation a été exprimée dans les commentaires du premier arrêt de la Cour suprême à avoir ajouté l'exception d'inapplicabilité¹. Pire, l'inapplicabilité manifeste fragiliserait l'effet négatif du principe compétence-compétence alors qu'elle serait en outre inutile au regard du mouvement de faveur pour l'arbitrage, en particulier des multiples hypothèses de transmission et d'extension de la convention d'arbitrage. Doit-on faire le souhait de la disparition pure et simple de ces exceptions qui ne seraient qu'un « *relent de l'ancienne méfiance envers l'arbitrage* », privant de toute effectivité cette règle² ?

204. Ces limites à la règle, exceptions et cas de non-application pure et simple, conduisent à nous interroger sur la réalité de la capacité de neutralisation de l'ordre juridique français face à l'ordre arbitral. La tendance naturelle de l'État, et de la justice publique, à garder la maîtrise des phénomènes normatifs, ne reprend-elle pas le dessus ? Les juridictions publiques ne sont-elles pas tentées de conserver la maîtrise du pouvoir de statuer sur leur compétence, sans que la question ne soit réellement renvoyée aux tribunaux arbitraux ? Nous ne le pensons pas. La règle est relativement belle et bien assise, les juridictions manifestant toute leur faveur pour l'arbitrage. Certes, le tableau que nous allons esquisser est mitigé. Mais la règle tend à s'imposer. Pour le constater, il suffit de porter notre regard au-delà des apparences, en prenant en considération d'une part la signification du contrôle systématique des exceptions à l'effet négatif et, d'autre part, les rapports permanents existant entre droit procédural et droit substantiel³.

Au-delà des apparences, bien que la masse considérable de contentieux portant sur la compétence juridictionnelle générale dont sont saisies les juridictions étatiques avant le tribunal arbitral soit le signe que les litigants n'ont pas pleinement adhéré à cette règle, la réponse opposée par la Haute juridiction est inexorablement la même : renvoyer la question au tribunal arbitral en application du principe compétence-compétence. Le véritable *raz de marée* d'arrêts rendus en application du principe compétence-compétence est la marque de la volonté de la Cour régulatrice d'imposer cette règle « *contre-nature* » – en ce qu'elle exige des juridictions du fond de neutraliser leur propre pouvoir de statuer sur la compétence –, coûte que coûte, quitte à marteler la règle, au point de rendre pas moins de trente-quatre arrêts sur le sujet du 1^{er} janvier au 31 décembre 2006⁴. Ce contentieux de masse portant sur la caractérisation des exceptions – et conduisant dans la grande majorité des hypothèses à l'absence de leur caractérisation – est en réalité le signe qui révèle à l'observateur l'existence d'une condition de mise en œuvre de l'effet négatif, encore mal identifiée, consistant

¹ D. COHEN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books c. Editions du Seuil*, *op. cit.*, pp. 922 et s., n° 9 : « *l'inapplicabilité manifeste dont il est désormais fait référence érode encore le principe de « compétence-compétence » énoncé pourtant solennellement et diminue en réalité le pouvoir des arbitres pour accroître celui du juge étatique* ».

² J.-B. RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, n° 60.

³ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 5, n° 9 : « [l]e droit judiciaire est un droit sanctionnateur puisqu'il a pour objet la réalisation en justice des droits subjectifs substantiels ».

⁴ Ce chiffre est rapporté par E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 702, n° 5.

simplement dans *l'apparence de compétence arbitrale*, et ainsi dans « *l'apparence d'une convention d'arbitrage* »¹. Aussi les exceptions à l'effet négatif viennent-elles en réalité cantonner le champ d'application de la règle.

Au-delà des apparences, l'absence pure et simple de mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence se fait, généralement, en faveur de l'arbitrage. Le juge public utilise alors ce procédé pour faire connaître aux litigants comme aux arbitres la position adoptée par le droit français sur le point de droit relatif à la compétence discutée, confortant la position des arbitres. Le jugement est alors un moyen de communication entre ordres juridiques afin d'élaborer le droit substantiel applicable à la convention d'arbitrage, qu'empêche l'application pure et simple de l'effet négatif du principe compétence-compétence.

205. Même si c'est encore, comme souvent, « *la grisaille de l'ineffectivité partielle qui domine* »², la validité empirique de l'effet négatif du principe compétence-compétence s'impose, bon gré mal gré, bien que sa mise en œuvre soit conditionnée (section 1), ou parfois absente (section 2).

Section 1.- Une mise en œuvre conditionnée par l'apparence de compétence arbitrale

206. Si le juge étatique saisi du fond d'un litige doit renvoyer les parties à mieux se pourvoir lorsque l'un des plaideurs oppose une exception d'arbitrage et si la juridiction présidentielle doit prêter son concours à la constitution du tribunal arbitral, ce n'est que dans l'hypothèse où il existe une apparence de compétence arbitrale. A défaut, l'exception d'arbitrage risquerait de se transformer en une manœuvre dilatoire à disposition des parties. En effet, afin de retarder tout procès devant les juridictions publiques, il suffirait que le litigant récalcitrant, craignant que ce procès ne soit en sa défaveur, excipe d'une exception d'arbitrage en dépit de l'absence évidente de convention d'arbitrage³. Le contentieux portant sur la caractérisation de cette condition – l'apparence de compétence arbitrale – est certes omniprésent, mais il est nécessaire. Il ne porte pas en lui-même atteinte à l'efficacité de l'effet négatif, mais cantonne son champ d'application.

Comment concrètement les juges étatiques peuvent-ils établir l'apparence de compétence arbitrale, condition qui justifiera la mise en œuvre de l'effet négatif ? Deux éléments sont nécessaires pour former l'apparence de compétence arbitrale justifiant le renvoi devant

¹ En ce sens, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 413, n° 658 : « [...] la compétence des arbitres pour statuer sur leur propre compétence est bien l'un des effets de la convention d'arbitrage – et même de l'apparence d'une convention d'arbitrage – puisqu'à défaut d'une telle apparence, la question ne se poserait pas [...] ». Cf. également E. LOQUIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Mme Claudine Alhinc et autres c. Banque de France et Banque des Règlements internationaux*, op. cit., p. 73 : « [...] la saisine du juge étatique est contraire à l'apparence du droit, en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage [...]. Il est donc admissible que le juge apparent, à savoir l'arbitre, reste compétent pour vérifier sa compétence. C'est seulement lorsque cette apparence est détruite en raison de la nullité ou inapplicabilité de la clause compromissoire, que le juge étatique peut connaître du litige ».

² J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001.

³ Sur ce risque, cf. D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 346, n° 14-53 : « a recalcitrant defendant may abuse the arbitration process to delay payment due and to exert pressure on a financially stressed party » ; M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 83, n° 91.

l'arbitre. Il faut tout d'abord des éléments permettant de créer cette apparence, première étape que l'on désignera sous l'expression de *construction* de l'apparence (§1). Il faut ensuite que cette apparence ne soit pas anéantie par des éléments contraires, seconde étape que l'on qualifiera d'*absence de destruction* de l'apparence (§2), résultant tout simplement de l'absence de caractérisation des exceptions de nullité et d'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage.

§1.- La construction de l'apparence de compétence arbitrale

207. Quels sont les éléments concrets – les « *signes qui indiquent la réalité* »¹ – retenus par le juge français permettant d'établir l'apparence de compétence arbitrale ? Le litigant doit rapporter la preuve de deux éléments cumulatifs devant le juge français. Il s'agit tout d'abord d'un élément subjectif, un « *comportement* », attestant de cette apparence de droit, qui consiste tout simplement dans une prétention émise par l'une des parties au litige devant le juge étatique, résultant de sa volonté de mettre en œuvre l'arbitrage (A). Il s'agit ensuite d'un élément objectif (B), matériel, tiré soit de la production de la convention d'arbitrage, source de la compétence arbitrale, soit de la preuve de l'existence d'une procédure arbitrale en cours.

A.- L'élément subjectif : une prétention

208. Élément incontournable de l'apparence de compétence arbitrale, la partie désirant la mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence par le juge étatique doit tout d'abord former une prétention, qui consiste dans la *manifestation de volonté de se prévaloir de la compétence arbitrale*. Il convient d'examiner successivement la nécessité même d'exiger cette manifestation de volonté (1), puis les formes que peut revêtir cette manifestation (2).

1).- La nécessité de manifester la volonté de se prévaloir de la compétence arbitrale

209. La renonciation commune² à la convention d'arbitrage est généralement rappelée par les différentes sources du droit comme faisant obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur le fond du litige – effet négatif de la convention d'arbitrage –³. Cette règle est même consacrée comme une véritable liberté, « *principe de la liberté de renonciation à la convention d'arbitrage* »⁴, simple application particulière de la liberté contractuelle, de la liberté de modifier ou de révoquer leurs engagements en application de l'article 1134 al. 2 du Code civil. En matière d'arbitrage interne, la Cour de cassation a ainsi énoncé au visa des

¹ L'expression est de Ph. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, *op. cit.*

² Sur la nécessité d'une renonciation commune, *cf.* J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 946, n° 2553. De manière générale, *cf.* E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 40.

³ La règle est ancienne : *cf.* notamment Cass. civ., 29 oct. 1934, *DH*, 1934.602 : « [I]es parties peuvent renoncer à l'application de la procédure d'arbitrage qu'elles avaient initialement prévue et saisir valablement le juge compétent » ; CA Paris, 14 mars 1957, *Rev. arb.*, 1957.64 : « ce consentement d'où naît la convention peut aussi en faire cesser les effets, lorsque les parties sont d'accord, même tacitement, pour y renoncer » ; Cass. com., 5 janv. 1959, *Bull. civ.*, 1959.III.1.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Berlioz*, n° 04.1929, *Bull. civ.*, 2006.I.283, *D.*, 2006.1769 ; *Rev. arb.*, 2006.862 ; *ibid.*, 983, note J.-Y. GARAUD et C.-H. DE TAFFIN ; *D.*, 2006.1769 ; *JCP E*, 2006.II.50, p. 2143, obs. J. ORTSCHIEDT.

anciens articles 1442 et 1447 CPC la règle selon laquelle « *il est loisible aux parties de renoncer à l'exécution d'une convention d'arbitrage* ». Elle vaut également pour l'arbitrage international. « *Si, au moment où le litige naît, aucune des parties ne soulève l'existence de la clause, c'est qu'elles ont, au moins implicitement, renoncé à s'en prévaloir, peu important de savoir les raisons de ce renoncement* »¹. Si autrefois la nature de l'incompétence des tribunaux étatiques a pu diviser la doctrine², elle est sans nul doute considérée aujourd'hui comme « *relative* », non absolue³. La règle peut être déduite de l'article 1448 al. 2 CPC, reprenant l'ancien article 1458 al. 3 CPC, reconnaissant le caractère relatif de l'incompétence étatique en présence d'une convention d'arbitrage, ou encore de l'article II(3) de la Convention de New York de 1958⁴. Le juge étatique saisi au fond d'un litige, que la procédure arbitrale soit ou non en cours, « *ne peut relever d'office son incompétence* ». La même solution est retenue en droit comparé⁵.

210. Allant plus loin, la renonciation à la convention d'arbitrage fait échec non seulement à *la compétence arbitrale sur le fond*, mais également à *la compétence prioritaire du tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence*, l'effet négatif de la compétence-compétence : les juges saisis au fond n'ont pas à renvoyer devant le tribunal arbitral la question de savoir si les parties ont ou non renoncé à la convention d'arbitrage et le juge d'appui n'a pas à désigner le ou les arbitres en cas de difficulté de constitution du tribunal arbitral ; les juges étatiques sont compétents pour statuer sur ce point. La règle de l'effet négatif est alors écartée⁶. En attestent les nombreuses décisions des juridictions étatiques françaises qui se prononcent sur la renonciation ou l'absence de renonciation à la convention d'arbitrage, statuant sur la question sans même que ne soit évoquée l'impossibilité de statuer sur ce point au regard de l'effet négatif du principe compétence-compétence, ou l'écartant explicitement⁷ ou implicitement, alors même que le tribunal arbitral était saisi au moment du prononcé de l'arrêt de la cour d'appel⁸.

¹ C. KESSEDJIAN, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », *op. cit.*, p. 604.

² Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp 128 à 130 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, pp. 193-200 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n^{os} 34 à 36.

³ J. ROBERT et B. MOREAU, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 101, n^o 122 ; M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, p. 82, n^o 89.

⁴ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 129, n^o 226.

⁵ D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 340, n^o 14-36 : « [b]y not invoking the arbitration agreement the deendant makes clear that it does not insist on its right to arbitration but tacitly accepts the plaintiff's choice of referring the dispute to the state courts ». Cf. par ex. art. 8(1) de la loi type CNUDCI ; art. 1032(1) ZPO ; art. 1679 du Code judiciaire belge ; ; art. 9(3) de l'Arbitration Act ; art. 7 LDIP ; art. VI(1) de la Convention de Genève de 1961.

⁶ En ce sens également, D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2002.579, p. 603, n^o 12 .

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Berlioz*, n^o 04.1929, *op. cit.*, le pourvoi invoquait spécifiquement la violation par la cour d'appel de « *l'article 1458 du nouveau code de procédure civile* », l'arbitre « *éta[n] compétent pour statuer sur sa propre compétence* ».

⁸ CA Rennes, 15 mars 2011, *Société Scheepvaartonderneming MAS Vliedep II C.V. c. société Cemwest SAS et autre*, *Rev. arb.*, 2011.484, note B. MOREAU. L'exorde de l'arrêt rapporte que la société défenderesse contestait la possibilité pour la cour d'appel de juger de l'exception d'arbitrage puisque « *il revient, en vertu du principe « compétence-compétence », au tribunal arbitral de Londres déjà saisi de statuer sur sa propre compétence* ».

Première pierre de l'édification de l'apparence de compétence arbitrale, la mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence requiert donc l'absence de renonciation à la compétence arbitrale par les parties au profit de la justice publique. Cette condition à l'application de l'effet négatif du principe compétence-compétence doit être approuvée. Le juge le mieux à même de statuer sur cette question est celui devant lequel est opérée cette renonciation : puisque cette renonciation résulte généralement de la saisine du juge étatique par l'une des parties à la convention d'arbitrage, et de l'absence de contestation de la compétence arbitrale par l'autre partie, il est préférable qu'il lui revienne de constater lui-même cette renonciation opérée devant lui par les parties à la convention.

Il reste à rappeler succinctement les hypothèses bien connues de renonciation à la convention d'arbitrage¹. Comme tout acte de volonté, la renonciation peut être expresse ; mais elle est le plus souvent tacite². En toute hypothèse, elle doit résulter d'une manifestation de volonté certaine et dépourvue d'équivoque, émanant des deux parties à la convention d'arbitrage³. L'illustration la plus commune en pratique résulte du cas suivant : lorsqu'une juridiction d'État est saisie du fond du litige par une partie et que l'adversaire de cette dernière n'oppose pas d'exception d'incompétence tirée de la convention d'arbitrage *in limine litis*. Opposant un moyen de défense sur le fond du litige – fin de non-recevoir, défense ou fond ou encore demande reconventionnelle –, il renonce ainsi à la convention d'arbitrage et accepte tacitement par ce seul fait – de manière certaine et non équivoque – l'offre de compétence étatique faite par le demandeur pour statuer sur le litige qui les oppose⁴. Peu importe que les juridictions se fondent sur les règles du droit de l'arbitrage (en particulier, les règles de formation de la convention d'arbitrage)⁵, sur une disposition de droit judiciaire privé, l'article 74 CPC⁶, comme elles ont tendance à le retenir actuellement : la source conventionnelle de la compétence arbitrale suffit à justifier la solution. De nombreuses autres hypothèses illustrent une telle renonciation à la convention d'arbitrage⁷. La solution devrait

¹ Pour une présentation détaillée, cf. E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n^{os} 39 à 43.

² Sur l'acceptation tacite, P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2011, p. 244, n^o 475 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 137, n^o 123.

³ CA Paris, 21 janv. 2010, *Société Inversiones Errazuriz Limitada SA c. société Kreditanstalt für Wiederaufbau*, *Rev. arb.*, 2010.339, note F.-X. TRAIN : « la renonciation au bénéfice de la clause compromissoire, si elle peut être tacite, doit résulter d'une manifestation de volonté dépourvue de toute équivoque » ; Cass. civ., 22 janv. 1946, *D.*, 1946.239 (il n'appartient pas à l'une des parties « en saisissant le tribunal de commerce [...] du fond du débat, de retirer unilatéralement et de son seul gré toute portée certaine à la clause compromissoire, et de la rendre illusoire »).

⁴ En ce sens, O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 900, n^o 12, qui y voit « un accord procédural en faveur du juge judiciaire ».

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Berlioz*, n^o 04.1929, *op. cit.*, rendu au visa des art. 1442 et 1447 CPC ; CA Besançon, 14 juin 2006, *JCP*, 2007.IV.1346.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, *Sté TECA et MIDI c. sté Baudin Chateauneuf et SEETA*, *Bull. civ.*, 2010.I.96 . *D.*, 2010. 1152 ; *Rev. arb.*, 2010.495 (2^e esp.), note P. CALLÉ (« le défendeur représenté en première instance, qui aurait pu invoquer, à ce stade de la procédure, l'incompétence de la juridiction saisie et qui ne l'a pas valablement fait, est irrecevable à soulever une telle exception pour la première fois en cause d'appel ») ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Bull. civ.*, 2006.I.31 ; *Rev. arb.*, 2010.495 (1^{re} esp.), note P. CALLÉ ; Cass. civ. 2^{ème}, 22 nov. 2001, *Bull. civ.*, 2001.II.168 ; *D.*, 2002, IR, p. 42 ; *Procédures*, 2002, Comm. 1, note R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2002, p. 109, note Douchy ; *Rev. arb.*, 2002, p. 371, note Ph. THÉRY.

⁷ Pour une autre illustration, cf. les circonstances de fait de l'arrêt suivant : Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Berlioz*, n^o 04.1929, *Bull. civ.*, 2006.I.283, *op. cit.* En l'espèce, la renonciation résultait du fait que « le défendeur avait refusé de signer le compromis d'arbitrage et que, dès lors, le demandeur, prenant acte de ce refus et renonçant à

valoir aussi bien pour l'arbitrage international comme interne. Spécifiquement pour l'arbitrage interne, la nouvelle mouture de l'article 1443 CPC, prévoyant qu' « à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite », marque un retour au formalisme¹. Cependant, cela ne devrait pas modifier l'état antérieur du droit. En effet, il suffit de retenir que cet « échange d'écrits » résulte simplement de la demande d'arbitrage d'une part, des conclusions au fond d'autre part, généralement faites sous forme d'écrit.

Au contraire, dans d'autres hypothèses, les parties à la convention d'arbitrage restent libres de saisir les juges étatiques de certains contentieux spécifiques annexes au contentieux arbitral sans être réputées avoir renoncé à la compétence arbitrale par cette seule saisine. Premier exemple, fréquent en pratique, la saisine du juge des référés d'une demande de mesures provisoire ou conservatoire par une partie au litige ne vaut pas renonciation à la convention d'arbitrage sur le fond et ne fait pas obstacle à la compétence arbitrale prioritaire pour statuer sur la compétence. La solution, posée par la jurisprudence en droit français sous l'ancien décret², aujourd'hui expressément consacrée par le nouvel article 1449 CPC³ à l'image de nombreux textes de source publique ou privée⁴, est logique puisque l'existence d'une convention d'arbitrage laisse subsister une *compétence concurrente* entre juridictions étatiques et le tribunal arbitral pour statuer sur le contentieux du provisoire⁵, tout au moins avant la saisine du tribunal arbitral. La renonciation est alors équivoque⁶. Second exemple, la saisine d'un juge étatique d'un contentieux annexe à la procédure arbitrale, relevant d'une compétence exclusive d'un juge étatique – tel le contentieux de la faillite – ne vaut pas non plus renonciation à la convention d'arbitrage. Ainsi, ne constitue pas une renonciation à la convention d'arbitrage l'action engagée par une société allemande aux fins de mise en liquidation judiciaire d'une filiale de la société chilienne débitrice. Cependant, la portée de cet arrêt est à relativiser dès lors qu'il résulte des faits de l'espèce que le contentieux porté devant le juge de la faillite chilien concernait des créances que la demanderesse allemande détenait contre la filiale et non contre la société mère, ne stipulant pas de convention d'arbitrage⁷. Troisième et dernier exemple, l'accord pour participer à une procédure de conciliation ou

l'arbitrage, avait pu choisir de saisir la juridiction étatique », la saisine de ces dernières par le demandeur valant acceptation de la compétence de la justice publique. Pour une situation voisine Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 1991, *Rev. arb.*, 1992.462, note D. HASCHER, le fait pour le défendeur de refuser de payer sa part de provision pour frais d'arbitrage vaut renonciation si, le demandeur en prenant acte, saisit alors le juge étatique du fond du litige.

¹ E. LOQUIN, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011) », *op. cit.*, n°s 13 et s.

² Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 728, n° 1310 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n°s 22 et 43. La solution est ancienne et constante : Cass. com., 4 nov. 1959, *Gaz. Pal.*, 1960, 1, p. 191 ; CA Paris, 14 janv. 1975, *Rev. arb.*, 1976.24, note Ph. FOUCHARD. Pour des illustrations récentes : Cass. 2^o civ., 7 mars 2002, *Bull. civ.*, 2002. II.31 ; *D.*, 2002.1113 ; *Dr. et patr.*, juin 2002, p. 122, obs. J. MESTRE ; CA Paris, 25 oct. 2006, *Rev. arb.*, 2008.677, note O. CACHARD ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n° 08-13983, *Inéos European c. UOP*, en somm. in *Rev. arb.*, 2010.652.

³ Art. 1449 CPC : « [l]'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire ».

⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 728, n°s 1311 et 1312. Cf. notamment art. VI(4) de la Convention de Genève de 1961.

⁵ J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 948-950.

⁶ Cass. com., 4 oct. 2005, *CMBT Amboseli*, n° 03-18482 ; *DMF*, 2006.111, rapp. G. de MONTEYNARD, obs. J. BONNAUD.

⁷ CA Paris, 21 janv. 2010, *Rev. arb.*, 2010, in somm., *Rev. arb.*, 2010.179, n° 5 ; p. 339, note F.-X. TRAIN.

encore de médiation, même judiciaire, ne vaut pas renonciation à la compétence arbitrale puisque le recours au règlement amiable se traduit uniquement par une renonciation temporaire au droit au juge. Si la médiation échoue, l'arbitrage reste ouvert¹.

2).- Les manifestations de la volonté de se prévaloir de la compétence arbitrale

211. La manifestation de la volonté d'une partie de se prévaloir de la compétence arbitrale, premier signe de l'apparence de la compétence arbitrale, peut prendre des formes distinctes selon qu'elle est formée devant le juge d'appui, nécessairement contenue dans la demande de désignation d'arbitres (a) ou devant le juge du fond, se traduisant par une « *exception d'arbitrage* »² (b), exception d'incompétence tirée de l'existence de la convention d'arbitrage.

a).- Devant le juge d'appui : la demande de désignation d'arbitres

212. La seule saisine de la juridiction présidentielle dans l'objectif d'assistance à la constitution du tribunal arbitral suffit à attester de la volonté de son auteur d'engager la procédure arbitrale. En engageant la procédure d'assistance à la constitution du tribunal arbitral, il ne fait nul doute que le litigant entend mettre en œuvre la procédure d'arbitrage et ainsi se prévaloir de la compétence arbitrale. On est alors en présence d'un premier signe de l'apparence de compétence arbitrale.

Le sens attribué à cet indice est d'autant plus convaincant qu'il est admis que le juge d'appui ne peut être saisi que dans un objectif, celui de l'assistance à l'arbitrage. Les parties ne peuvent en effet saisir le juge d'appui d'une action principale visant à faire constater la nullité de la convention d'arbitrage, même manifeste³.

b).- Devant le juge du fond : une exception d'arbitrage

213. Devant le juge saisi au fond d'un litige, l'allégation d'apparence de compétence arbitrale prend la forme d'une *exception d'incompétence tirée de l'existence de la convention d'arbitrage*. La nature exacte de l'exception d'arbitrage a fait l'objet de débats doctrinaux et jurisprudentiels intenses. Tout d'abord, une partie de la doctrine et de la jurisprudence ont rejeté la qualification d'exception d'incompétence, et ainsi écarté la voie du contredit au profit de l'appel, au motif que l'application éventuelle d'une clause compromissoire poserait simplement un problème d'interprétation d'une stipulation contractuelle⁴. Cette analyse ayant été rejetée, le débat s'est ensuite concentré sur le fait de savoir si l'exception d'arbitrage était une exception d'incompétence, une exception de procédure ou une fin de non recevoir. Certains plaideurs ont en effet soutenu que la convention d'arbitrage mettait en cause le

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2003, *Bull. civ.*, 2003.I.21; *Rev. crit. DIP*, 2003.641, note F. JAULT-SESEKE ; *JCP*, 2003.IV.1487 ; *Rev. arb.*, 2003.1337, obs. C. LEGROS ; CA Bordeaux, 1^{er} Ch., Sect. A, 8 juin 2009, *Philippe Labache c. SCP Ducourau et al.*, RG n° 09/01.445, JurisData n° 2009-012454, inédit, rapporté par J.-F. TRICOIT, « Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », *Rev. arb.*, 2010.153, p. 166-167, n° 20.

² L'expression est utilisée par J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 405, n° 456.

³ *Cf. supra*, n° 64.

⁴ Sur ce débat, *cf.* J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, pp. 186-191.

pouvoir de juger des tribunaux étatiques et pouvait donc être opposée en tout état de cause¹, comme l'avait anciennement retenu la deuxième chambre civile².

Les discussions sans fin sur la nature de l'exception d'arbitrage sont la conséquence de la volonté combinée des juridictions et de la doctrine de mettre en place un régime juridique de l'exception d'arbitrage plus favorable que celui auquel est soumise toute exception d'incompétence en droit commun, et notamment d'ouvrir un pourvoi en cassation immédiat contre le jugement écartant l'exception d'arbitrage et réservant l'examen du fond du litige, pourvoi en principe différé, mais qui peut être immédiatement ouvert en cas d'excès de pouvoir. Cet objectif a conduit à ces distorsions conceptuelles qui ont sérieusement nui à l'identification claire et certaine – lisible pour les conseils et plaideurs – des conditions de recevabilité de l'exception d'arbitrage. Ces distorsions s'étendent aujourd'hui à l'exception d'incompétence internationale³, simplement dans l'objectif, certes louable, d'admettre la recevabilité du pourvoi immédiat pour assurer un règlement rapide des incidents de compétence internationaux ; mais ces distorsions paraissent infondées⁴. N'aurait-il pas été préférable, au lieu de passer par cette « *instrumentalisation des notions juridiques* » qui aboutit à la confusion des notions de compétence et de pouvoir de juger, de simplement mettre en place un régime dérogatoire en permettant un pourvoi immédiat « *lorsque la juridiction revendiquée n'est pas une juridiction judiciaire interne* »⁵ ? Autrement dit, admettre la « *spécificité des rapports internationaux* »⁶ pour l'exception d'incompétence

¹ Cass. civ. 2^{ème}, 22 nov. 2001, *Bull. civ.*, 2001.II.168, *op. cit.*, cf. spéc. l'unique moyen du pourvoi : « [...] constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer le demandeur irrecevable en sa demande pour défaut du droit d'agir ; que la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat, s'interdisant ainsi d'agir en justice ; que le moyen tiré de l'existence de cette convention, par laquelle le demandeur s'est privé du droit d'agir, constitue une fin de non-recevoir et non une exception d'incompétence dès lors qu'il conteste non pas les limites du pouvoir juridictionnel du juge saisi, mais l'existence même de ce pouvoir ».

² Cass. civ. 2^{ème}, 20 juin 1957, *JCP G*, 1958.II.10773.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 2010, n^{os} 09-11.177, 09-11.178, 09-14.324 et 08-16.071, *D.* 2010.2196, obs. I. GALLMEISTER ; *RTD. civ.* 2010.808, obs. P. THÉRY ; *D.*, 2010.2196 ; *RTD civ.*, 2010.617, obs. R. PERROT ; *Rev. crit. DIP*, 2010.558, note H. GAUDEMET-TALLON : « *qu'en matière internationale, la contestation élevée sur la compétence du juge français saisi ne concerne pas une répartition de compétence entre les tribunaux nationaux mais tend à lui retirer le pouvoir de trancher le litige au profit d'une juridiction d'un État étranger ; que dès lors, le pourvoi en cassation contre le jugement ayant statué sur cette exception de procédure a pour fin de prévenir un excès de pouvoir ; qu'il est immédiatement recevable, même s'il n'est pas mis fin à l'instance* ».

⁴ En ce sens, Ph. THÉRY, « Excès de pouvoir et recours contre les décisions sur la compétence en matière de litiges internationaux : le pavé de l'ours ? », *RTD civ.*, 2010.808 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Recevabilité du pourvoi en cassation contre une ordonnance rejetant une exception d'incompétence et détermination du juge internationalement compétent pour connaître d'une loterie publicitaire », *Rev. crit. DIP*, 2010.558 : « *ce raisonnement se heurte quand même à une objection qui paraît sérieuse : la distinction traditionnellement faite entre compétence et pouvoir du juge se trouve brouillée par le fait de tirer argument de ce qu'il s'agit de compétence internationale pour estimer que c'est le pouvoir de juger qui est en cause* ».

⁵ Ph. THÉRY, « Excès de pouvoir et recours contre les décisions sur la compétence en matière de litiges internationaux : le pavé de l'ours ? », *op. cit.*

⁶ H. GAUDEMET-TALLON, « Recevabilité du pourvoi en cassation contre une ordonnance rejetant une exception d'incompétence et détermination du juge internationalement compétent pour connaître d'une loterie publicitaire », *op. cit.* : « *une troisième piste était concevable, et il me semble qu'il aurait été préférable de la retenir pour motiver la recevabilité immédiate du pourvoi portant sur la compétence internationale. On aurait, en effet, pu tout simplement faire valoir l'idée que les règles de compétence internationale, même si elles sont en principe la transposition des règles de compétence interne, doivent parfois s'en écarter pour refléter la spécificité des rapports internationaux* ».

international, ou encore les exigences particulières des relations justice privée et justice publique pour l'arbitrage international ?

214. Bien que, pour notre part, nous soyons convaincus que l'exception d'arbitrage présentée au juge étatique constitue une exception d'incompétence¹, conformément aux articles 1448 ou 96 al. 1^{er} CPC l'analysant comme telle, on retiendra simplement que la jurisprudence soumet l'exception d'arbitrage au régime de l'exception d'incompétence en ce qui concerne ses conditions de recevabilité, tout en refusant de l'assimiler complètement à une fin de non-recevoir ou à une exception d'incompétence. L'exception d'arbitrage est ainsi qualifiée d'« *exception de procédure* », qui constitue la catégorie générique définie par l'article 73 CPC dont relève également l'exception d'incompétence. Quoi qu'il en soit, les conditions de recevabilité de l'exception d'arbitrage sont identiques à celles retenues pour toute exception d'incompétence. D'ailleurs, la jurisprudence la plus récente privilégie la qualification d'exception d'incompétence².

Première condition relative au moment de présentation du déclinatoire, l'exception d'arbitrage doit être soulevée *in limine litis* en application de l'article 74 CPC³, « *au seuil de la première instance* »⁴, c'est-à-dire « *avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir* » et, éventuellement, après l'échec d'une procédure de conciliation ou de médiation⁵. Concernant les tribunaux de commerce où la procédure est orale, l'exception d'incompétence soulevée oralement par une partie avant toute référence à ses prétentions au fond formulées par écrit doit être jugée recevable⁶. La source consensuelle de la compétence arbitrale soutient la solution, puisqu'à défaut d'exception d'arbitrage formée *in limine litis*, la formulation d'une fin de non-recevoir ou d'une défense au fond vaudra renonciation à la compétence arbitrale et acquiescement à la compétence de la justice publique. C'est sans doute pourquoi il est également admis en droit comparé que l'exception d'arbitrage doit être soulevée par les parties avant de procéder au fond⁷. La règle a fait récemment l'objet de diverses précisions,

¹ Cf. *infra*, paragraphe préliminaire de la deuxième partie, n^{os} 354 et s. En ce sens également, L. CADIET, note sous CA Paris, 23 juin 1993, *Société Euro Disney c. société Eremco et autres*, *Rev. arb.*, 1994.151, p. 162, n^o 10.

² Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, *Sté TECA et MIDI c. sté Baudin Chateauneuf et SEETA*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Bull. civ.*, 2006.I.31, *op. cit.* : « *l'exception d'incompétence* à l'égard de la société Letra, intervenant volontaire à titre accessoire, ayant été soulevée après que les défendeurs ont conclu au fond contre le demandeur principal, cette exception est irrecevable par application de l'article 74 CPC ».

³ En ce sens CA Rennes, 15 mars 2011, *Société Scheepvaartonderneming MAS Vliedep II C.V. c. société Cemwest SAS et autre*, *Rev. arb.*, 2011.484, note B. MOREAU ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, *Sté TECA et MIDI c. sté Baudin Chateauneuf et SEETA*, *op. cit.* ; Cass. civ. 2^{ème}, 22 nov. 2001, *Bull. civ.*, 2001.II.168, *op. cit.*

⁴ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 169, n^o 272.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2003 : *Bull. civ. I*, n^o 21 ; *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 641, note F. JAULT-SESEKE ; *JCP*, 2003.IV.1487 : « *la cour d'appel a justement retenu que l'accord de la société Vivendi pour la mise en œuvre d'une médiation n'emportait pas, à défaut de manifestation non équivoque en ce sens, renonciation à l'arbitrage et acceptation de la compétence de la juridiction étatique* ».

⁶ Rappelé par CA Rennes, 15 mars 2011, *Société Scheepvaartonderneming MAS Vliedep II C.V. c. société Cemwest SAS et autre*, *op. cit.*

⁷ Devant le juge suisse, G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 157, n^o 435.

confirmant la communauté de régime qu'elle partage avec les autres exceptions d'incompétence, interne et internationale¹.

Tout d'abord, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la solution s'impose également à l'égard d'un intervenant volontaire à titre accessoire, dès lors qu'il ne se prévaut d'aucun droit propre². En l'espèce, deux sociétés assignées en dissolution par le gérant de l'une d'elles devant les juridictions étatiques avaient conclu au fond. Une troisième société, détenant en partie l'une des deux premières, est alors intervenue volontairement à l'instance, à titre accessoire, aux mêmes fins. Les défenderesses ont alors opposé une exception d'incompétence tirée de l'existence d'une clause compromissoire, qui a été écartée par le juge de la mise en état. L'ordonnance du juge de la mise en état confirmée par la cour d'appel, ce dernier a fait l'objet d'un pourvoi rejeté pour le motif précédent. La solution est classique et conforme à la nature de l'intervention accessoire, « *l'intervenant se contentant d'appuyer les prétentions d'une autre partie, sa demande est subordonnée à la demande principale* »³. La solution devrait bien évidemment être écartée au profit de l'intervenant à titre principal.

Ensuite, il a été jugé que « *le défendeur représenté en première instance, qui aurait pu invoquer à ce stade de la procédure, l'incompétence de la juridiction saisie et qui ne l'a pas valablement fait, est irrecevable à soulever une telle exception pour la première fois en cause d'appel* »⁴. En l'espèce, les défendeurs avaient, devant le tribunal de grande instance, opposé l'exception d'arbitrage, mais leurs conclusions avait été rejeté comme tardives. On peut déduire *a contrario* que l'appelant, défaillant en première instance, doit pouvoir présenter en appel un déclinatoire de compétence, sous réserve de respecter les conditions posées par les articles 74 et 75 CPC, comme en droit commun⁵.

Enfin, la notion de défense au fond a été précisée. Définie classiquement par l'article 71 CPC comme « *tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* », la cour d'appel de Rennes est venu préciser que les assignations en intervention forcée – appel en garantie – délivrées par le défendeur contenant des moyens opposables au demande principal vaut, dès lors qu'elle a été placée au greffet et malgré l'oralité des débats, défense au fond et ainsi renonciation à la convention d'arbitrage⁶.

¹ Y. STRICKLER, « Chronique de jurisprudence française – La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010) », *Rev. arb.*, 2011.191, spéc. pp. 198-199, n° 11.

² Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Bull. civ.*, 2006.I.31, *op. cit.*

³ P. CALLE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, *Sté TECA et MIDI c. sté Baudin Chateauneuf et SEETA*, *Bull. civ.*, 2010.I.96 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Bull. civ.*, 2006.I.31, *Rev. arb.*, 2010.495.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, *Sté TECA et MIDI c. sté Baudin Chateauneuf et SEETA*, *op. cit.* : « [v]u l'article 74 du code de procédure civile ; Attendu que le défendeur représenté en première instance, qui aurait pu invoquer, à ce stade de la procédure, l'incompétence de la juridiction saisie et qui ne l'a pas valablement fait, est irrecevable à soulever une telle exception pour la première fois en cause d'appel ». On précisera également qu'il a été jugé que lorsque l'objet de la demande est modifié en appel, l'exception d'arbitrage devrait pouvoir être présentée à ce stade dès lors que c'est contre la nouvelle prétention que le défendeur oppose la convention d'arbitrage (Cass. com., 10 juin 1986, *Rev. arb.*, 1987.461, note P. BLOCH, *Gaz. Pal.*, 1986, 2, Pan. 249).

⁵ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 1143, n° 1727.

⁶ CA Rennes, 15 mars 2011, *Société Scheepvaartonderneming MAS Vliedep II C.V. c. société Cemwest SAS et autre*, *op. cit.*

L'exception d'arbitrage opposée suite à cet appel en intervention forcée, qui n'a pas été soulevée oralement avant les assignations en intervention, est irrecevable.

On attirera l'attention des plaideurs sur le fait que la renonciation à la clause compromissoire même implicite est irrévocable¹. Aussi, les parties doivent être particulièrement attentives et former l'exception d'arbitrage dans les délais requis, sous peine d'y renoncer pour le litige en cause, et tous les litiges potentiels à venir². Sur ce dernier point, la règle est sévère et discutable, dès lors que la renonciation à se prévaloir de la clause compromissoire pour les points litigieux non portés devant les juges étatiques reste équivoque. Elle ne devrait jouer que si elle est univoque.

215. Seconde condition de recevabilité, l'obligation faite à l'auteur du déclinatoire de compétence de le motiver et de faire connaître la juridiction estimée compétente devrait s'appliquer à l'exception d'arbitrage. Son application a été discutée concernant les exceptions d'incompétence formées en faveur de juridictions ne relevant pas de l'ordre judiciaire au regard de l'article 96 al. 1^{er} CPC, comme à l'exception d'arbitrage³. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a explicitement rejeté son application à la convention d'arbitrage⁴.

Cependant, on peut se demander si cette disposition ne doit pas faire l'objet d'une application à l'exception d'arbitrage, comme à toute exception d'incompétence. En effet, il nous semble que le déclinatoire doit nécessairement être motivé, question de logique élémentaire pour que l'exception d'arbitrage puisse espérer prospérer⁵. Ensuite, le demandeur à l'exception doit désigner tout au moins la forme de justice qu'il entend saisir : l'arbitrage. L'article 75 CPC pourrait ainsi faire l'objet d'une application « adoucie »⁶, de manière analogue à l'exception d'incompétence internationale⁷ : l'auteur du déclinatoire peut se

¹ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 41.

² Cass. civ. 2^{ème}, 11 mars 1999, *Gaz. Pal.*, 2002, p. 286 (une partie ayant saisi le juge d'une demande au fond, auquel le défendeur a répondu sur le fond et ainsi accepté l'offre de renonciation, n'est plus fondée à se prévaloir ultérieurement de la clause compromissoire).

³ La question a été posée initialement par L. CADIET, note sous CA Paris, 23 juin 1993, *Société Euro Disney c. société Eremco et autres*, *op. cit.*, p. 160, n° 9. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 170, n° 273 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 38, estimant l'article 75 CPC inapplicable à l'exception d'arbitrage.

⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 17 janv. 1996, *Bull. civ.*, II, n° 3 ; *Rev. arb.*, 1996.620, note L. CADIET : au visa des articles 75 et 1458 al. 2 CPC, la Haute juridiction retient que « si le demandeur à une exception d'incompétence doit faire connaître, à peine d'irrecevabilité, la seule juridiction devant laquelle il demande que l'affaire soit portée, cette règle n'est pas applicable lorsqu'il invoque l'incompétence territoriale de la juridiction saisie et l'existence d'une convention d'arbitrage » ; Cass. civ. 2^{ème}, 18 déc. 1996, *Bull. civ.*, 1996.II.289 ; *JCP*, 1997.IV.326 : au visa des articles 75 et 1458 al. 2 CPC, la Haute juridiction retient que « si le demandeur à une exception d'incompétence doit faire connaître, à peine d'irrecevabilité, la seule juridiction devant laquelle il demande que l'affaire soit portée, cette règle n'est pas applicable lorsqu'il invoque l'existence d'une convention d'arbitrage et l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ».

⁵ En ce sens, cf. L. CADIET, note sous CA Paris, 23 juin 1993, *Société Euro Disney c. société Eremco et autres*, *op. cit.*, p. 163, n° 10 : « si le défendeur attrait devant une juridiction étatique estime que l'affaire relève de l'arbitrage, il faut bien qu'il le dise, in limine litis ».

⁶ L'expression est de D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 194, n° 186.

⁷ Le demandeur peut « se contenter de désigner l'ordre juridictionnel étranger dans son ensemble » (L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 171, n° 273), globalement, sans avoir à préciser spécifiquement laquelle des juridictions étrangères de l'ordre juridique visé est compétente : Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, *Rev. crit. DIP*, 1997.60, note H. MUIR WATT ; CA Orléans, 6 mai 2003, *Rev. crit. DIP*, 2004.138,

contenter d'indiquer qu'il estime que le litige relève globalement de l'arbitrage, sans plus de précision ; cette désignation, « *plus évasive* »¹, est suffisamment précise pour identifier la justice compétente. L'auteur du déclinatoire devrait être autorisé, de manière dérogatoire à toutes les autres exceptions d'incompétence², à procéder à une désignation principale accompagnée d'une désignation subsidiaire, invoquant à titre principal la compétence arbitrale et à titre subsidiaire la compétence d'une autre juridiction, étrangère³ ou française⁴.

216. La seule allégation de l'existence d'une convention d'arbitrage ne suffit-elle pas à ce que le juge étatique renvoie les parties à l'arbitrage, sans qu'il puisse se livrer à la moindre vérification de l'existence matérielle de l'apparence d'une convention d'arbitrage ? Cette proposition est jugée insuffisante par une partie de la doctrine⁵ et par la jurisprudence⁶ car elle ne permettrait pas au juge étatique de faire obstacle à une contestation de la compétence juridictionnelle générale opérée dans un but purement dilatoire, inverse : paralyser, même temporairement, une procédure étatique et retarder une condamnation que l'on sait inéluctable en alléguant simplement de l'existence d'une convention d'arbitrage. L'argumentation est convaincante. L'élément subjectif, expression de la volonté de l'une des parties de recourir à l'arbitrage, doit être complété par la caractérisation d'un élément objectif, qui seul permettra de créer aux yeux du juge étatique une apparence vraisemblable.

B.- L'élément objectif : « *l'apparition* »⁷

217. L'apparence vraisemblable suppose « *une appréciation in abstracto, c'est-dire, en l'espèce, la réunion de circonstances telles que tout juge aurait estimé vraisemblable la*

note H. GAUDEMET-TALLON. De manière générale, cf. B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 333-334, n° 375 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 183, n° 186.

¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne, op. cit.*, p. 1144, n° 1728.

² Cf. par ex., pour un exemple d'application stricte de la règle de l'article 75 CPC en présence d'une exception d'incompétence articulant à titre principal, la compétence de la justice administrative, et à titre subsidiaire, la compétence du tribunal de commerce : Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2007, *Bull. civ.*, 2007.I.4; *D.*, 2007.513.

³ Cass. civ. 2^{ème}, 18 déc. 1996, *op. cit.*, opposant à titre subsidiaire la compétence des juridictions anglaises.

⁴ De manière étonnante, accueillant une exception d'arbitrage opposée à titre subsidiaire, alors que la contestation de la compétence d'une juridiction de l'ordre judiciaire au profit d'une autre marque la volonté de la partie d'acquiescer à la compétence de la justice publique : Cass. civ. 2^{ème}, 17 janv. 1996, *op. cit.*

⁵ Cf. également en ce sens A. MOURRE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping, navire Tag Heuer, op. cit.*, pp. 1398-1399 : « [i]l serait évidemment très choquant qu'il suffise à une partie d'invoquer, dans n'importe quelles conditions, l'existence d'une prétendue clause compromissoire pour contraindre un défendeur à se soumettre à l'arbitrage. Les juridictions étatiques doivent donc exercer un filtrage pour éviter la constitution de tribunaux arbitraux lorsqu'il n'existe manifestement pas de consentement à l'arbitrage » ; D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 603-604, n° 12 : « [e]n théorie, il aurait été concevable de refuser au juge le droit d'examiner la demande, du seul fait de l'invocation par le défendeur d'une convention d'arbitrage. Le pouvoir réglementaire n'a pas osé pousser la règle jusqu'à ces extrémités. Et les raisons sont évidentes », détaillées à la note n° 73 : « [i]l serait ridicule d'obliger les parties à mettre en place une procédure arbitrale, alors que tout le monde sait pertinemment qu'aucune convention ne peut la fonder. De plus, on peut difficilement refuser au juge de procéder à un simple constat qu'impose l'évidence et que tout un chacun peut faire ».

⁶ CA Paris, 4 déc. 2002, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping, navire Tag Heuer, op. cit.*, p. 1290 concernant l'extension au contrôle de l'inapplicabilité manifeste : « de manière à éviter, dans le souci d'une économie de moyens et de coûts, la tenue d'une procédure vouée à l'échec ».

⁷ L'expression est empruntée à P. CONTE, « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçu sur la notion d'apparence en procédure pénale) », *op. cit.*, p. 477, n° 10.

réalité »¹ d'une situation, dans notre hypothèse, la réalité de la compétence arbitrale. L'observateur, en l'espèce le juge étatique, doit se trouver face à une certaine réalité objective le conduisant à juger vraisemblable la compétence arbitrale, c'est-à-dire des éléments objectifs laissant penser que la situation est matériellement vraisemblable², légitimant ce pari fait sur la compétence arbitrale. Ainsi, le litigant doit apporter la preuve d'un élément objectif distinct attestant de la probabilité de compétence arbitrale et d'incompétence de la justice publique par l'un des éléments suivants : l'existence apparente d'une convention d'arbitrage (1) ou l'existence avérée d'une procédure arbitrale en cours (2).

1).- L'existence apparente d'une convention d'arbitrage

218. La convention d'arbitrage est la source de la compétence arbitrale. C'est donc tout naturellement vers cette dernière que l'on se tourne afin d'apporter des « *signes* » – sans aller jusqu'à parler de preuve – de l'apparence de compétence arbitrale. Bien évidemment, la production du contrat litigieux comportant la clause compromissoire permettra d'établir l'apparence matérielle de compétence arbitrale. Mieux, elle permettra alors d'établir la réalité de la compétence arbitrale.

219. La seule exigence de preuve d'une *apparence* de convention d'arbitrage explique que le juge étatique puisse se satisfaire d'éléments qui ne sont pas aussi déterminants, n'apportant pas une certitude aussi absolue de la compétence arbitrale, laissant place à un certain doute. Ainsi, par exemple, l'apparence de compétence arbitrale peut être caractérisée lorsque le juge constate que le litige présente un lien avec un contrat comportant une clause compromissoire, même si ce lien n'est qu'indirect, en particulier lorsque le litige en cause opposant les parties intervient en amont ou en aval du contrat litigieux. De même, il est fréquent que le juge étatique puisse se satisfaire, comme élément objectif attestant de l'apparence de compétence arbitrale, d'un écrit comportant une convention d'arbitrage qui ne soit pas contenu dans le contrat litigieux, mais qui présente toutefois, directement ou indirectement, un lien avec le contrat litigieux. La preuve matérielle de l'apparence de compétence arbitrale peut alors résulter de la production d'autres documents comportant une clause compromissoire : conditions générales auxquelles renvoie le contrat principal (concernant une clause compromissoire par référence ; en matière maritime, les stipulations de la charte partie lorsque le connaissement y renvoie), factures, autres contrats liant les parties au litige stipulant une clause compromissoire, contrats dont l'un des colitigants se prévaut auquel il n'est pas partie stipulant une clause compromissoire. Elle peut également résulter de la production de lois ou de traités internationaux, en particulier en matière de protection des investissements. Enfin, elle peut résulter du comportement des parties,

¹ Cf. P. CONTE, « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçu sur la notion d'apparence en procédure pénale) », *op. cit.*, p. 477, n° 10 : « [p]ourquoi l'appréciation in abstracto est-elle ainsi inhérente à la notion même d'apparence ? La réponse est simple : parce que ce qui fait la spécificité de l'apparence c'est l'apparition et que procéder à une telle appréciation du pouvoir trompeur de l'apparition – dans le cas d'une apparence trompeuse –, c'est reconnaître par là même et nécessairement que, dans la genèse de l'état d'esprit de l'observateur, c'est bien l'apparition qui a été décisive, et non le raisonnement de ce dernier [...]. En un mot, il y a apparence parce que les faits parlaient d'eux-mêmes. Il est clair qu'à partir de l'instant où l'appréciation in abstracto de la ressemblance nécessaire est ainsi une condition même d'existence de l'apparence, cette exigence est commune à tous les cas d'apparence et que, vérifiée pour l'apparence trompeuse, elle est vraie également dans le cas de l'apparence vraisemblable ».

² *Ibid.*

notamment de leur intervention dans la négociation, l'exécution ou la fin du contrat, à l'origine d'un doute raisonnable sur leur qualité de tiers à la convention d'arbitrage.

Cette analyse a été retenue concernant les hypothèses de transmission ou d'extension d'une convention d'arbitrage. La doctrine souligne en effet les difficultés de preuve de « *l'existence prima facie de la convention d'arbitrage* »¹. Pour y pallier, l'idée a été émise que le litigant produise un contrat conclu entre les mêmes parties comportant une clause compromissoire, même si ce n'est pas le contrat litigieux en cause². Cette solution a cependant été critiquée pour les raisons suivantes : « *on conçoit mal qu'il suffise d'invoquer une clause compromissoire contenue dans un contrat A pour s'opposer à une action judiciaire fondée sur un litige survenu à l'occasion d'un contrat B et dans lequel les parties n'ont pas inséré de clause compromissoire* »³. Certes, cela serait en effet excessif. Mais on ne peut non plus écarter par principe toute apparence de compétence arbitrale en l'absence de clause compromissoire contenue au contrat litigieux, alors que le droit de l'arbitrage est marqué par ce fabuleux essor des clauses compromissoires, soit par le mécanisme de la clause compromissoire par référence, soit par le jeu des mécanismes de transmission et d'extension de la clause compromissoire. La solution consistant « *à s'en tenir à l'application d'un critère purement formel et à considérer en conséquence que la clause d'arbitrage est manifestement inapplicable à tout autre contrat que celui qui la stipule ou à toute autre personne que celles qu'il ont signée* » est « *simpliste* »⁴, et doit être écartée. Ce serait occulter une part importante de la réalité juridique et de la volonté réelle des parties. C'est pourquoi la voie intermédiaire tracée par M. Loquin paraît la plus opportune : que le juge étatique puisse « *vérifier qu'il existe au moins un lien apparent entre les deux contrats susceptibles de fonder la transmission ou l'extension de la convention d'arbitrage* »⁵. Deux éléments devront être rapportés par le litigant se prévalant de l'apparence de convention d'arbitrage : le document non litigieux comportant la clause compromissoire et le lien *apparent* – sans qu'il soit nécessairement avéré – de ce document avec le contrat litigieux ne comportant pas de clause compromissoire. Concernant la transmission de la convention d'arbitrage, le litigant devra apporter la preuve de « *l'apparence d'un transfert possible des droits et obligations substantiels* ». Concernant l'extension de la convention d'arbitrage, relativement à des parties ou à des contrats, peu importe, mécanisme fondée sur la volonté implicite des parties d'étendre la convention d'arbitrage, le litigant devra apporter la preuve de l'apparence de commune intention des contractants, explicite ou implicite, d'étendre la convention d'arbitrage au-delà de la portée initiale qui lui était donnée.

¹ E. LOQUIN, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.*, 5 et 6 juin 2002, *Cah. Arb.*, n° 1, p. 7, spéc. n° 52.

² *Ibid.* : « [I]a production d'une clause compromissoire valable a priori, mais transmise ou étendue à une autre convention, suffit à rendre le juge étatique incompétent, même si cette clause n'est pas stipulée dans la convention litigieuse, mais est tirée d'une autre convention. On présumera dans un premier temps que la clause peut être étendue ou transmise à la convention litigieuse ou aux parties au litige ».

³ Y. DERAÏNS, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, *Rev. arb.*, 1992.61.

⁴ F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, *société Champion supermarché France (CSF) c. société Recape*, *Rev. arb.*, 2006.959, p. 962, n° 5.

⁵ E. LOQUIN, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *op. cit.*, n° 52.

2).- L'existence avérée d'une procédure arbitrale en cours

220. La preuve de l'apparence de compétence arbitrale peut également résulter de l'existence d'une procédure arbitrale en cours. De nombreux éléments pourront en attester. Il peut s'agir par exemple de la production des différents contrats d'arbitres. Mais ceux-ci sont le plus souvent oraux. En l'état d'une procédure arbitrale plus avancée, il pourra s'agir d'actes émanant du tribunal arbitral lui-même : acte de mission, ordonnances de procédure, sentences, ou encore, pourquoi pas, d'une attestation produite par le tribunal arbitral lui-même. Cet élément est d'ailleurs pris directement en compte par les textes, l'article 1448 al. 1^{er} CPC n'autorisant le jeu des exceptions à l'effet négatif que si « *le tribunal arbitral n'est pas encore saisi* ». L'existence d'une procédure arbitrale en cours, combinée à la caractérisation de l'élément subjectif – une allégation –, produit alors un effet particulier : l'apparence de la compétence arbitrale devient irréfragable et ne peut plus être détruite par la caractérisation de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. La saisine du tribunal arbitral marque en effet la limite temporelle au possible jeu des exceptions à l'effet négatif du principe compétence-compétence¹.

221. L'apparence de compétence arbitrale construite par la caractérisation des deux éléments précédemment décrits, encore faut-il, pour qu'elle conduise à la mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence, qu'elle ne soit pas détruite par l'apparence inverse, non plus seulement vraisemblable mais *ostensible*, résultant de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

§2.- L'absence de destruction de l'apparence de compétence arbitrale : l'absence de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage

222. Le juge étatique n'acceptera de neutraliser le pouvoir de statuer sur sa compétence au profit du tribunal arbitral que si l'apparence de compétence arbitrale n'est pas détruite par l'apparence contraire de compétence de la justice publique.

Cette apparence contraire résulte de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage (A). Elle ne peut être invoquée que dans une limite temporelle définie, érigée par le nouvel article 1448 al. 1^{er} CPC en condition autonome des exceptions à l'effet négatif, consistant dans l'absence de saisine du tribunal arbitral (B). Ce sont ces deux éléments cumulatifs qui doivent être caractérisés par le plaideur désireux de ne pas être attiré à l'arbitrage.

223. Sans s'attarder sur cet élément, tant il est aujourd'hui évident en droit français, on précisera que les exceptions à l'effet négatif du principe compétence-compétence ne peuvent être invoquées que dans un *cadre procédural* précis. Seul le juge d'État saisi du fond de l'affaire, en vertu de l'article 1448 al. 1^{er} CPC, ou le juge d'appui, sur le fondement de l'article 1455 CPC, peuvent juger de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, et ils ne le peuvent qu'à titre incident et non à titre principal², soit

¹ Cf. *infra*, n^{os} 260 et s.

² La solution a été posée pour le juge d'appui (Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autre c. dame Bohin*, *op. cit.* ; préalablement, TGI Paris (réf.), 3 juin 1985, *Rev. arb.*, 1987.179, 1^{ère} esp., note Ph.

pour s'opposer à l'exception d'arbitrage formulée par le défendeur à l'action pour faire obstacle à la demande au fond portée devant le juge étatique, soit pour s'opposer à une demande de désignation d'arbitres. Les exceptions d'inapplicabilité ou de nullité manifeste de la convention d'arbitrage ne devraient d'ailleurs pas pouvoir être soulevées d'office par le juge d'État pour faire obstacle à l'effet négatif¹, sauf nullité de la convention d'arbitrage non susceptible de confirmation telle que définie par une partie de l'article 2060 al. 1^{er} du Code civil : « *les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps* »².

A.- La nullité et l'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage

224. S'il est affirmé que les frontières des exceptions à l'effet négatif sont parfaitement tracées, le droit positif révèle au contraire que leurs contours ne sont pas si bien maîtrisés³ ; ils se révèlent mouvants, changeant au gré des espèces. Ces fluctuations du contrôle du juge résultent essentiellement des cas de non-application pure et simple ou de fausse application de l'effet négatif du principe compétence-compétence⁴. Si on a pu considérer que « *le sujet reste parfois d'approche délicate* »⁵ au regard de la diversité infinie des circonstances de fait, les notions de nullité et d'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage sont, à la vérité, bien identifiées (1), et interprétées restrictivement (2). L'abandon contentieux auquel elles ont donné lieu a permis de tracer les frontières entre le manifeste et le non-manifeste grâce « *à la construction patiente de la jurisprudence au gré des espèces* »⁶. L'effectivité de l'effet négatif du principe compétence-compétence n'en sort pas altérée.

1).- Identification des exceptions

225. Les exceptions à l'effet négatif sont aujourd'hui parfaitement identifiées. Aux côtés de la nullité, l'ajout de l'inapplicabilité (a) permet aux juridictions d'État de contrôler toute forme de contestation de la convention d'arbitrage. De plus, alors qu'initialement les exceptions différaient selon que le juge d'appui ou le juge du fond était saisi, le droit français les a opportunément unifiées (b).

FOUCHARD ; *contra*, Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 2008, pourvoi n° 07-13619) et pour le juge du fond (Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *op. cit.*).

¹ En ce sens, Ph. FOUCHARD, « La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985.5, p. 20 : « *cette solution est la plus conforme au rôle normalement dévolu au juge des référés, et au principe rappelé ci-dessus qu'il appartient à l'arbitre de statuer sur sa compétence, sous réserve du contrôle ultérieur de la cour d'appel* » ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 101 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-17800, *Bull. civ.*, 2004.I.96 ; *JCP*, 2004.IV.2088 ; *Rev. arb.*, 2004.847 : « *l'arrêt se trouve légalement justifié dès lors que la nullité de la clause compromissoire n'était pas alléguée et qu'il résultait des propres demandes de la société Stein Heurtey que la clause n'était pas manifestement inapplicable* ». *Contra*, Ph. BERTIN, in *Rev. arb.*, 1982.343.

² E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 101.

³ En ce sens, F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *op. cit.*, p. 610.

⁴ *Cf. infra*, n°s 270 et s.

⁵ Y. STRICKLER, « Chronique de jurisprudence française – La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010) », *op. cit.*, p. 192, n° 4.

⁶ O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 894, n° 1.

a).- L'ajout de l'inapplicabilité manifeste

226. A l'origine, les textes de l'ancien décret permettaient aux juridictions d'État saisies du fond de refuser de renvoyer les parties à l'arbitrage uniquement en cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage¹. Compte tenu du risque mis en évidence par la doctrine qu'une partie puisse être atraite à l'arbitrage en l'absence manifeste de convention d'arbitrage², la Haute juridiction par l'arrêt *Quatro Children's Book*³ a opportunément ajouté l'exception d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, depuis constamment rappelée. L'exception est aujourd'hui expressément reprise aux côtés de la nullité manifeste par le décret du 13 janvier 2011, comme le préconisait le projet de réforme.

227. L'opportunité d'une telle extension des exceptions à l'effet négatif est débattue compte tenu du risque d'« érosion » de l'effet négatif⁴. Cependant, majoritairement, elle est favorablement accueillie par la doctrine⁵. Nous nous rallierons à cette dernière analyse car le renvoi à l'arbitrage imposé par l'effet négatif de la compétence-compétence ne nous paraît justifié que si l'apparence de compétence arbitrale est vérifiée. Aussi le juge d'État doit-il pouvoir contrôler cette apparence, quel que soit le grief à l'origine de la contestation de l'apparence de compétence arbitrale. C'est justement ce que permet l'adjonction de l'inapplicabilité manifeste : combinée à la nullité, elle autorise le contrôle de toute forme possible et imaginable de contestation de la compétence arbitrale, quel que soit le terrain sur lequel la convention d'arbitrage est attaquée : validité, étendue ou existence⁶.

228. Une partie de la doctrine a émis de sérieux doutes quant à la possibilité de contrôler l'opposabilité de la convention d'arbitrage⁷ ou son existence⁸ par le biais de cette nouvelle exception. Certes, on concédera que la notion d'inapplicabilité est énigmatique. La notion n'a pas véritablement de sens spécifique dans le langage juridique. A l'image de la définition retenue dans le langage courant - est « applicable » ce « qui peut ou doit être

¹ Art. 1458 al. 2 CPC pour le juge du fond, art. 1444 al. 3 CPC pour le juge d'appui.

² M. VASSEUR, note sous CA Paris, 14 décembre 1987, *Cie de Signaux et d'entreprises électriques c. BNP et Crédit populaire d'Algérie*, *op. cit.*, pp. 247-250 ; Y. DERAÏNS, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, *op. cit.*, p. 61 ; E. LOQUIN, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *op. cit.*, n° 52.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Quatro Children's Books c. Editions du Seuil*, *op. cit.* : « [v]u le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ; Attendu que selon ce principe, la juridiction de l'État saisie d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétente, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ».

⁴ D. COHEN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Quatro Children's Books c. Editions du Seuil*, *op. cit.*

⁵ Cf. par ex., F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Société SIAL c. société Vinexpo*, *op. cit.*, p. 457, n° 7, l'auteur qualifiant l'adjonction de cette exception comme une « raison de bon sens ».

⁶ En ce sens, I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *op. cit.*, n° 6 et 7 ; E. GAILLARD, note sous CA Paris, 4 déc. 2002, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*, p. 1292.

⁷ En ce sens, Cass. com., 21 fév. 2006, *société Belmarine c. société Trident Marine Agency Inc.*, navire *Pella*, *op. cit.* : « en retenant que n'existait pas de cause de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire et sans avoir à examiner l'opposabilité alléguée de cette stipulation [...] » ; Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. com., 21 fév. 2006, *société Belmarine c. société Trident Marine Agency Inc.*, navire *Pella*, *DMF*, 670, 2006.379 ; M. REMOND-GOUILLOU, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Steinweg Handelsweem c. Generali France assurances*, *op. cit.* ; O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 717, n° 6.

⁸ D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 604-605 ; « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », *Rev. arb.*, 2004.803, p. 808-809, n° 4.

appliqué à quelqu'un, à quelque chose »¹, ce qui est « [s]usceptible d'être appliqué »², c'est-à-dire, susceptible de « mise en œuvre, mise en pratique »³ –, le vocabulaire Cornu la définit comme le « [c]aractère de ce qui est applicable ; vocation, pour un système juridique ou une norme, à régir une situation [...] »⁴. Définir si une convention d'arbitrage est applicable consiste donc à déterminer si les termes de la convention d'arbitrage ont vocation à régir une situation, ou plus exactement le litige considéré opposant des parties identifiées. Autant dire que la notion est largement entendue et peut viser toutes hypothèses dans lesquelles l'efficacité de la convention d'arbitrage est en cause. C'est ce que révèle l'observation de la pratique. Toute forme de contestation de la convention d'arbitrage peut être contrôlée grâce à la notion d'inapplicabilité : portée du consentement à l'arbitrage *rationae materiae*⁵, existence de la convention d'arbitrage – la synonymie ayant été mise en évidence par la jurisprudence⁶ –, ou toute autre cause d'efficacité de la convention d'arbitrage.

La meilleure preuve de l'extension du contrôle à toute forme d'incompétence arbitrale réside d'ailleurs dans l'absence d'identification précise, par les juridictions, de l'exception à laquelle se rattache la contestation de la convention d'arbitrage opposée : nullité ou inapplicabilité ? Peu importe, le contrôle est opéré globalement au regard des deux exceptions⁷.

b).- L'unification des exceptions

229. Initialement, les anciens textes dissociaient les motifs de refus de renvoi à l'arbitrage selon le juge d'État saisi *a priori* : la juridiction d'État saisie du fond pouvait retenir l'affaire devant elle exclusivement en cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage en application de l'article 1458 al. 2 CPC, tandis que le juge d'appui pouvait

¹ V° « Applicable », in *Le Petit Larousse*, *op. cit.*

² *Ibid.*

³ V° « Application », in *Dictionnaire Larousse*, *op. cit.* En ce sens, J.-B. RACINE, Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, *Tiiv Zertifierungsgemeinschaft c. Association française pour la certification par tierce partie des systèmes d'assurance qualité des entreprises* ; CA Paris, 2 juin 2004, *Cineco c. Shure Brothers* ; CA Paris, 30 juin 2004, *Frantonin c. ITM*, *op. cit.*

⁴ V° « Applicabilité », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

⁵ Contestations portant sur la portée interne de la convention d'arbitrage (les contentieux contractuels spécifiquement visés par la convention : Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2008, *Ocea c. Bouet*, *Rev. arb.*, 2008.677, note O. CACHARD) ou sur la portée externe de la convention d'arbitrage, relativement aux litiges gravitant autour du contrat afin de déterminer s'ils sont attirés – ou non – dans l'orbite de la clause compromissoire qui y est stipulée (Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, *Société DMN Machinefabriek BV c. société Tripette et Renaud*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Doga c. HCT Sweden*, *Bull. civ.*, 2006.I.156 ; *D.*, 2010.1797, obs. X. DELPECH ; *Rev. crit. DIP*, 2010.743, note D. BUREAU et H. MUIR WATT ; *JCP E*, 2010.2134, n° 13, obs. J. RAYNARD ; *Rev. arb.*, 2010.513, note R. DUPEYRE), ou relativement aux contrats gravitant autour de ce contrat (Cass. com., 10 nov. 2009, n° 07-21866 ; Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-16058 ; Cass. com., 25 nov. 2008, *Les Pains du Sud c. Tagliavini*, *Bull. civ.*, 2008.IV.197 ; *D.*, 2008.3091, note X. DELPECH ; *JCP*, 2009.II.10023, note D. MAINGUY ; *ibid.*, I.148, n° 5, obs. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2008. 677, note O. CACHARD ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, *Levantina de Hydraulica y Motores c. Scala et autres*, *op. cit.*

⁶ CA Paris, 15 oct. 2009, *Société Scanpartners International AB Sweden et autres c. SA Sanofi Pasteur et autres*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009.923 : « la clause compromissoire par référence n'étant pas manifestement nulle ou inexistante il convient, en vertu de la règle compétence-compétence, de dire que le litige entre les deux sociétés relève de la compétence du tribunal arbitral ».

⁷ Cf. par ex. Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Roger Albert Distribution c. British American Tobacco International*, *Bull. civ.*, 2006.I.367, *D.*, 2006.3029, obs. Th. CLAY ; *JCP G*, 2006.I.187, n° 11, obs. C. SERAGLINI ; *RTD com.*, 2006.765, obs. E. LOQUIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*

refuser de prêter son concours aussi bien en cas de nullité manifeste que d'insuffisance de cette clause en application de l'article 1444 al. 3 CPC. Des débats ont animé la doctrine afin de déterminer si, en matière d'arbitrage interne, l'insuffisance de la clause devait aussi être manifeste, ou encore si en matière d'arbitrage international les exceptions prévues à l'ancien article 1444 al. 3 CPC pour l'arbitrage interne devaient être étendues à l'arbitrage international, l'ancien article 1493 CPC ne prévoyant pas de telles restrictions. Une solution intermédiaire a été retenue par la doctrine, proposant la seule extension de la nullité manifeste à l'arbitrage international, à l'exclusion de l'insuffisance visant à sanctionner la clause blanche prohibée uniquement pour l'arbitrage interne sous l'ancien décret¹. Concernant les conditions du juge d'appui en matière internationale, la jurisprudence, si elle était relativement hésitante², a rallié l'opinion doctrinale³. Parallèlement, pour l'arbitrage interne, l'insuffisance, pouvant être examinée sous le grief de nullité⁴, est quasiment tombée en désuétude alors que les clauses compromissaires pathologiques sont considérées dans leur majorité comme simplement incomplètes et donc curables, sous réserve de la clause blanche. Cette différence a été largement relativisée.

Toutefois, elle était génératrice du risque d'« *apparition de situations boiteuses* »⁵, pire, de contrariété de décisions, préjudiciable à l'accès effectif au juge – privé ou public – compte tenu de la complémentarité des rôles du juge du fond et du juge d'appui. En effet, les litigants risquaient de se trouver dans l'impasse si un juge d'État s'estimait incompetent pour connaître du fond de l'affaire en l'absence de nullité manifeste de la clause compromissoire, mais que dans le même temps, le juge d'appui refusait d'assister les parties dans la constitution du tribunal arbitral estimant quant à lui la clause compromissoire insuffisante. Inversement, la seconde situation – refus de renvoi à l'arbitrage par le juge du fond et désignation des arbitres par le juge d'appui – était génératrice de saisines parallèles de la justice publique et de la justice privée. Ce risque de contrariété de décisions s'est accru lors de l'ajout de l'inapplicabilité manifeste comme exception au renvoi par le juge du fond devant le tribunal arbitral. Cette exception devait-elle être étendue au juge d'appui ?

230. Conscient du besoin d'unification des exceptions à l'effet négatif, certains arrêts ont, sous l'ancien état de droit, étendu l'exception d'inapplicabilité manifeste au juge d'appui, se substituant alors à l'insuffisance de la clause compromissoire en matière interne⁶, comme internationale⁷. Les exceptions à l'effet négatif ont peu à peu bénéficié d'une conception unitaire quel que soit le juge *a priori* saisi, juge d'appui ou juge du fond⁸. Point d'orgue de cette évolution, le nouveau décret procède à leur unification. Il résulte des articles 1448 al. 1^{er}

¹ Cf. Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », *JDI*, 1982.374, spéc. p. 387.

² L'ancien art. 1444 CPC était considéré comme inapplicable à l'arbitrage international : TGI Paris (réf.), 3 juin 1985, *Rev. arb.*, 1987.179 (1^{re} esp.), note Ph. FOUCHARD.

³ Acceptant le contrôle de la nullité manifeste de la clause compromissoire par le juge d'appui intervenant sur le fondement de l'ancien art. 1493 CPC, CA Paris, 26 mai 1992, *Rev. arb.*, 1993.341 (3^e esp.), A. HORY.

⁴ En ce sens, débattant toutefois de la question du caractère manifeste, E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 103.

⁵ F.-X TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Société SIAL c. société Vinexpo*, *op. cit.*, p. 457, n° 8.

⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 8 avr. 2004, *Sté Financière Granulats c. Gallet*, *Bull. civ.*, 2004.II.162 ; *Rev. arb.*, 2004.849 ; *RTD civ.*, 2004.770, obs. P. THÉRY ; *D.*, 2004, IR p. 1559.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Société SIAL c. société Vinexpo*, *op. cit.*

⁸ Souligné par F.-X TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Société SIAL c. société Vinexpo*, *op. cit.*

et 1455 CPC que la juridiction saisie du fond de l'affaire ou le juge d'appui, que l'arbitrage soit interne ou international en raison du renvoi de l'article 1506 1° et 2°, peuvent refuser de mettre en œuvre l'effet négatif en cas de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Cette cohérence apportée à l'intervention du juge d'appui et du juge du fond, pour l'arbitrage interne comme international, doit être pleinement approuvée¹.

2).- *L'interprétation stricte des exceptions*

231. En dépit de cet apparent accroissement des exceptions, l'effet négatif n'en sort pas altéré. On ne peut que constater en pratique la conception stricte, même « restrictive »², des notions de nullité et d'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage par la jurisprudence (a). Celle-ci s'explique par les limitations du contrôle opéré par le juge à leur caractère manifeste, qui nous renvoie sur le plan théorique, à l'apparence ostentatoire (b).

a).- Vérification pratique : confirmation jurisprudentielle de l'interprétation restrictive des exceptions

232. La jurisprudence confirme en pratique l'interprétation restrictive des exceptions. Deux éléments y ont contribué. Le premier est tout simplement l'abondance du contentieux dans les dix dernières années, qui a permis de tracer avec précision leurs contours. Le second résulte du contrôle opéré par la Cour de cassation sur ces notions, facteur d'unification. Peu importe sa justification : dénaturation de la convention d'arbitrage³, contrôle de la qualification juridique généralement admis dans le cadre de la théorie de l'apparence⁴ et en particulier de l'apparence ostentatoire dont relèvent les exceptions à l'effet négatif⁵, ou encore, plus simplement, compte tenu de « l'importance des conséquences juridiques de la situation, objet de la qualification »⁶. Dans ce contexte, l'effet négatif « fait l'objet d'une application rigoureuse par la Cour de cassation »⁷. Comme l'observe un auteur averti spécifiquement pour l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage – la remarque valant également pour la nullité – « force est de constater que la jurisprudence [les] utilise avec beaucoup de précaution »⁸.

¹ Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 20, n° 24.

² F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2009, *Gefu Kuchenboss c. Corema*, *Rev. arb.*, 2009.155, p. 156.

³ O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 896, n° 7 ; « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, n° 7.

⁴ M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation (pourvois et arrêts en matière civile)*, *op. cit.*, p. 99, visant spécifiquement le mandat apparent ou la propriété apparente : l'apparence créatrice de droit créant la croyance légitime mais erronée du tiers dans le cadre de l'apparence trompeuse est contrôlée par la Cour de cassation.

⁵ Cf. par ex. le contrôle de l'existence d'une obligation non sérieusement contestable concernant le référé-provision admis par Cass., Ass. plén., 16 nov. 2001, *D.*, 2002.598, note C. PUIGELIER ; *JCP G.*, 2002.I.132, n° 28, obs. L. CADIET ; *Procédures*, 2002, Comm. 4, obs. R. PERROT. De man. gén. : Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, *op. cit.*, pp. 102 et s.

⁶ M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation (pourvois et arrêts en matière civile)*, *op. cit.*, p. 105.

⁷ Y. STRICKLER, « Chronique de jurisprudence française – La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010) », *op. cit.*, p. 192, n° 4.

⁸ E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *op. cit.*

233. En effet, malgré la foison d'espèces dans lesquelles les litigants s'opposent à la mise en œuvre de l'arbitrage, rares sont les cas d'inapplicabilité manifeste caractérisés (ii) ; quant aux hypothèses de nullité manifeste, le constat est encore plus frappant : aucun cas n'a été récemment retenu (i).

i).- La nullité manifeste de la convention d'arbitrage

234. La nullité manifeste de la convention d'arbitrage est exceptionnellement caractérisée en pratique (α). En revanche, elle pourrait retrouver une certaine vigueur afin de protéger le droit d'accès effectif au juge des parties faibles (β).

α).- Une exception exceptionnellement caractérisée

235. Si l'exception de nullité manifeste de la convention d'arbitrage est encore occasionnellement invoquée par les litigants, elle est presque systématiquement écartée par les juges. La nullité manifeste de la convention d'arbitrage est réduite à une peau de chagrin. L'évolution des règles de fond régissant la convention d'arbitrage, interne comme international, vers toujours plus de faveur, limitent encore un peu plus les hypothèses de nullité manifeste de la convention d'arbitrage. Ainsi, ont été jugées non manifestement nulles :

- la convention d'arbitrage prévoyant que les arbitres « *auraient le pouvoir de déroger aux règles d'ordre public ou incluant les principes directeurs du procès* »¹ ou que les « *arbitres ne seront soumis à aucune règle ni aucun délai prévu au Code de procédure civile* »² ;
- une convention d'arbitrage dont la nullité est invoquée sur le fondement de son caractère potestatif, de même que sa position sur les factures et des caractères dans lesquels elle était rédigée, le demandeur prétendant ne pas l'avoir acceptée³ ;
- la clause compromissoire interne désignant une personne morale comme arbitre⁴ ;
- la convention d'arbitrage ne prévoyant pas les modalités de désignation du ou des arbitres, puisque le nouveau droit français de l'arbitrage valide « *la clause blanche* » même en matière interne, le juge d'appui pouvant être requis pour y pallier⁵.

Dans cette dernière hypothèse, « *l'imprécision de la convention d'arbitrage n'est plus une cause de nullité de la convention d'arbitrage* »⁶. Le tribunal arbitral est alors constitué conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454 CPC. Précédemment déjà, une clause compromissoire internationale plus que lacunaire n'était pas jugée manifestement nulle⁷.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2005 n^{os} 04-10455, 04-10456, 04-10457.

² Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Daso c. Prodim*, Bull. civ., 2006.I.281 ; D., 2006.30265, obs. Th. CLAY ; Rev. arb., 2007.545, note P. ROUCHE.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Steinweg Handelsweem c. Generali France assurances*, Bull. civ., 2006.I.513, DMF, 681, mai 2007, p. 411, note M. REMOND-GOUILLOUD.

⁴ CA Grenoble, 26 avril 1995, Rev. arb., 1996.452, note Ph. FOUCHARD.

⁵ Art. 1444 CPC ; en ce sens, Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 12, n^o 9.

⁶ E. LOQUIN, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (commentaire du décret n^o 2011-48 du 13 janvier 2011) », *op. cit.*, n^o 24.

⁷ CA Paris, 23 oct. 2008, *Sté Limak Insaat San Vetic As*, inédit, D., 2009.2959, obs. Th. CLAY, la clause compromissoire prévoyant que « *Le lieu de l'arbitrage sera Paris, France. La langue de l'arbitrage sera*

Autre hypothèse récemment rappelée, une clause compromissoire se rapportant à un litige mettant en cause une loi de police française¹, ou de manière générale, des règles d'ordre public n'est pas manifestement nulle. La solution est bienvenue. Admettre le contraire conduirait à remettre en cause l'édifice patiemment construit pendant ces dernières décennies concernant les rapports entre l'ordre public et l'arbitrage : restreindre l'inarbitrabilité aux hypothèses d'indisponibilité manifeste des droits, le noyau dur de l'inarbitrabilité – de nombreuses matières mettant en cause l'ordre public étant aujourd'hui arbitrables à l'image du droit de la concurrence –, et permettre au tribunal arbitral d'appliquer les règles d'ordre public, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation limité de manière drastique par le principe de non-révision au fond². Au fur et à mesure que le domaine de l'arbitrabilité, c'est-à-dire « *l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage* »³, ne cesse de s'accroître, les cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage se rarifient.

Dans le même sens, les quelques hypothèses dans lesquelles la nullité manifeste de la convention d'arbitrage a été caractérisée sont anciennes. Elles seraient aujourd'hui écartées compte tenu de l'évolution des règles substantielles applicables à la convention d'arbitrage dans un sens favorable à l'arbitrage. Ainsi par exemple, si autrefois il a pu être jugé que la clause compromissoire contenue dans les statuts d'une société civile immobilière était manifestement nulle en particulier pour l'arbitrage interne⁴, la modification de l'article 2061 du Code civil par la loi n° 2001-420 dite loi NRE du 15 mai 2001 a levé toute hésitation sur sa validité puisque « *la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». De même, la clause compromissoire interne ne respectant pas la règle de l'imparité posée par l'ancien article 1453 al. CPC était auparavant jugée manifestement nulle⁵. Mais aujourd'hui, une telle clause d'arbitrage n'est plus jugée manifestement nulle car elle est susceptible de régularisation par le juge d'appui : elle est « *réparable* ». La solution proposée par la doctrine⁶, admise sous l'ancien droit par la jurisprudence⁷, est consacrée par le nouvel article 1451 al. 2 CPC. Enfin, on rappellera

l'anglais » autorise le juge d'appui à intervenir afin de parfaire la constitution du tribunal arbitral en application de l'ancien art. 1493 CPC.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Doga c. HCT Sweden*, *op. cit.* En l'espèce, l'action de nature délictuelle pour laquelle le juge d'État se juge incompetent au profit de l'arbitre était engagée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. La Cour approuve la cour d'appel d'avoir jugé non manifestement inapplicable la convention d'arbitrage. Elle ajoute, répondant à la première branche du moyen prétendant que le litige était inarbitrable car il mettait en cause une loi de police, que « *peu important que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables* ».

² J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*

³ Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *Rev. jur. com.*, 1996.1, p. 1, n°3.

⁴ CA Versailles, 29 oct. 1990, *Société Rodin c. société Wilmart*, *Rev. arb.*, 1992, p. 483, note D. COHEN.

⁵ CA Paris, 3 mai 1995, *Société La Moirette c. sté LTM France*, CA Paris, 13 sept. 1995, *Catel et autres c. Quiliès et autres*, *Rev. arb.*, 1995, p. 631, note P. Level.

⁶ P. LEVEL, note sous CA Paris, 3 mai 1995, *Société La Moirette c. sté LTM France*, CA Paris, 13 sept. 1995, *Catel et autres c. Quiliès et autres*, *Rev. arb.*, 1995.631.

⁷ En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 1999, *Rev. arb.*, 1999.807 ; CA Paris, 28 oct. 1999, *Rev. arb.*, 2000.299 (contrôle *a posteriori*) : il résulte des articles 1453 et 1454 CPC que « *si la clause compromissoire qui prévoit comme en l'espèce la constitution d'un tribunal arbitral à deux arbitres est illicite, elle n'est pas nulle dans la mesure où son irrégularité est réparable et où elle a été en l'espèce effectivement réparée par les deux arbitres désignés par les parties* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 avril 2009, inédit, n° 08-14255, *Rev. arb.*, 2009, p. 521, note M. DANIS et B. SIINO ; *JCP*, 2009, I, obs. Ch. SERAGLINI : la clause compromissoire qui ne respecte pas la règle de l'imparité n'est pas manifestement nulle, car elle est susceptible de régularisation par le juge d'appui. Au visa des anciens art. 1444, 1453 et 1454 CPC, la Haute juridiction retient qu'« *en matière d'arbitrage interne, si les*

comme cela a déjà été évoqué que si autrefois il a pu être jugé qu'une clause compromissoire désignant une autorité de nomination inexistante était manifestement nulle ou insuffisante¹, la jurisprudence actuelle accepterait sans aucun doute de faire produire effet à une telle clause. Les clauses compromissoires pathologiques sont aujourd'hui majoritairement jugées curables.

236. Le rôle de la nullité manifeste, plus que marginal, devrait essentiellement permettre de faire obstacle :

- aux conventions d'arbitrage conclues dans des domaines manifestement inarbitrables, à l'image des hypothèses d'inarbitrabilité *per se* (droit pénal, état et capacité des personnes, divorce ou séparation de corps²), « *noyau dur de l'inarbitrabilité, celui qui est incontestable* »³, hypothèses marginales ;
- aux conventions d'arbitrage méconnaissant le principe d'égalité des parties, qui impose que chacune des parties puisse désigner dans les mêmes conditions un arbitre, rappelé spécifiquement concernant l'instance arbitrale par l'article 1510 CPC ; mais encore faut-il que la méconnaissance du principe d'égalité des parties soit elle-même manifeste. Ainsi, concernant un litige opposant la Banque de France et la Banque des règlements internationaux à certains associés minoritaires, la clause compromissoire prévoyant que les arbitres seraient désignés par des tiers au litige, gouvernements européens, mais qui ne sont pas complètement indépendants des actionnaires majoritaires de la Banque des règlements internationaux – les banques centrales associées, dont la Banque de France, partie au litige – n'est pas manifestement nulle⁴ ;
- pour l'arbitrage interne, aux conventions d'arbitrage ne respectant pas le formalisme posé par l'article 1443 CPC (qui requiert un écrit *ad validitatem*)⁵ ;
- pour l'arbitrage interne, aux clauses compromissoires stipulées dans des contrats conclus – à l'évidence – en raison d'une activité non professionnelle en méconnaissance de l'article 2061 du Code ci⁶ ;

parties à une convention d'arbitrage désignent les arbitres en nombre pair, la composition du tribunal arbitral peut être régularisée selon les modalités prévues à l'article 1454 CPC ».

¹ CA Grenoble, 24 janv. 1996, *Société Harper Robinson c. société internationale de maintenance et de réalisations industrielles*, *Rev. arb.*, 1997.87 (la clause compromissoire défectueuse visait la « Cour internationale d'arbitrage de La Haye (Pays-Bas) ». On peut s'étonner, avec le commentateur, « *que dans l'arrêt ici rapporté la Cour de Grenoble n'ait pas accepté, comme le soutenait le demandeur à l'exception d'incompétence, qu'en se référant à la « Cour internationale d'arbitrage de La Haye », les parties voulaient se soumettre à la compétence de la « Cour permanente d'arbitrage de La Haye »* ».

² En ce sens, E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 100.

³ E. LOQUIN, « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international », in *Justice et droit fondamentaux, Etudes offertes à Jacques NORMAND*, LexisNexis LITEC, 2003, p. 339, spéc. p. 344.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Alhinc et autres c. Banque de France et Banque des Règlements internationaux*, *op. cit.*

⁵ En ce sens, Ph. FOUCHARD, « La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 28 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 100. Toutefois, l'article 1443 CPC retient « *une conception souple de la notion d'écrit* » (Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 11, n° 8).

⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, *Di Costanza c. CNP et MGET, D.*, 2011, obs. X. DELPECH : la clause intitulée « *procédure de conciliation* » insérée dans un contrat d'assurance collective obligatoire garantissant le risque invalidité et incapacité prévoyant que les conclusions du médecin s'imposent aux parties n'est pas une clause de

- aux conventions d'arbitrage conclues par les personnes morales de droit public non autorisées à compromettre pour les contrats de droit administratif *internes*, sous réserve des exceptions légales.

Concernant cette dernière hypothèse, on précisera que les exceptions légales tendent à se multiplier. C'est dire si la voie de la nullité manifeste pour les litiges « *intéressant les collectivités publiques et les établissements publics* » est de plus en plus étroite. On peut se demander si l'édifice de l'inaptitude des personnes morales de droit public en droit interne à compromettre – déjà en ruine – ne sera pas bientôt complètement démantelé, comme le préconisait le rapport Labetoulle. Ainsi, le principe de validité d'une convention d'arbitrage en matière administrative devrait tôt ou tard s'imposer et la nullité manifeste d'une telle convention impossible à caractériser.

237. Les rares hypothèses anciennement retenues sont aujourd'hui exclues, ne pouvant caractériser une nullité de la convention d'arbitrage, même non manifeste. Aussi doit-on se demander si la nullité manifeste n'est pas tombée en désuétude face au principe de validité de la convention d'arbitrage. Comment est-il possible de caractériser une nullité manifeste de la convention d'arbitrage, alors que cette dernière est en principe valable ? La « *réserve* » de la nullité manifeste « *se trouve en confrontation, voire en contradiction, avec le principe inverse de validité de la clause d'arbitrage proclamé par la Cour de cassation [...] : comment faire réserve d'une nullité, de surcroît manifeste, et par rapport à quelle loi, alors que la clause d'arbitrage se voit validée en toutes circonstances et sans référence à une quelconque loi étatique, par la seule volonté des parties* »¹ ? La même interrogation nous assaille.

Ainsi, par exemple, au regard de la nouvelle règle matérielle posée par la Haute juridiction lors du contrôle *a posteriori* de la sentence, selon laquelle « *l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en oeuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause* »², une éventuelle contestation des pouvoirs du signataire de la clause compromissaire ne pourrait aucunement justifier la nullité manifeste de la convention d'arbitrage. Chaque possibilité de contestation de la validité de la clause compromissaire étant contrée par une règle matérielle de validité, on se demandera en quoi pourrait consister une nullité de la convention d'arbitrage, de surcroît manifeste.

conciliation, mais une clause compromissaire ; conclue par un fonctionnaire n'agissant pas dans le cadre d'une activité professionnelle, elle est nulle en application de l'article 2061 du Code civil. L'effet négatif de la compétence-compétence n'était pas directement en cause. Mais il fait peu de doutes que même si l'effet négatif de la compétence-compétence avait été invoqué, la nullité manifeste de la convention d'arbitrage pouvait être opposée en dépit de la nécessaire requalification de la clause.

¹ D. COHEN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books c. Editions du Seuil*, *op. cit.*, p. 923, n° 8.

² Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2009, *Sté Soerni*, *Rev. arb.* 2009.529, note D. COHEN ; *D.*, 2009.1957, obs. X. DELPECH ; *D.*, 2009.2961, obs. Th. CLAY ; *JCP G.*, 2009.I.462, n° 5, obs. J. ORTSCHIEDT ; *Cah. Arb.*, 2010.97, note F.-X. TRAIN.

238. L'exception de nullité manifeste pourrait, tel un phœnix, renaître de ses cendres, *en dehors des relations d'affaires internes ou internationales*. L'exception a en effet, selon nous – cette opinion étant loin de faire l'unanimité¹ –, une place de choix à prendre dans le droit positif si la jurisprudence acceptait de la faire jouer sur un terrain où jusque là, elle s'y est refusée : la protection des parties faibles², que les contrats soient internes ou internationaux.

239. Nous ne visons pas ici les professionnels ou commerçants en situation de faiblesse économique au regard de leur éventuelle impécuniosité. L'idée fait en effet son chemin dans certains droits que ces parties faibles en raison du « *manque de moyens financiers nécessaires pour participer à un arbitrage qui serait prévu dans une clause d'arbitrage contractuelle* »³ méritent une protection particulière, remettant en cause la force obligation de la convention d'arbitrage⁴. En particulier, l'impécuniosité pourrait faire obstacle à l'accès effectif à la justice. La clause compromissaire serait manifestement nulle en ce qu'elle serait un obstacle au droit au juge. L'argument peut être soutenu. Mais il nous semble exclu que la sécurité des relations commerciales, nationales ou internationales, et la prévisibilité des modes de règlement des différends, puisse être sacrifiée au profit de ces situations exceptionnelles. Admettre une telle solution équivaldrait à ouvrir la boîte de Pandore conduisant toute société ayant conclu une convention d'arbitrage à contester son engagement, lorsqu'elle serait soumise à une procédure collective, ou dans toute autre situation⁵. Cela conduirait à ouvrir grande la porte aux manœuvres dilatoires. Surtout, il nous semble que le caractère manifeste de la nullité s'oppose à un tel raisonnement. En effet, l'impécuniosité d'une partie requiert sans doute un examen approfondi de sa situation comptable et financière dépassant largement le caractère de l'évidence. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société n'est d'ailleurs pas la preuve d'une impécuniosité évidente, l'impécuniosité se distinguant de l'insolvabilité. D'autres alternatives

¹ Cf. par ex., approuvant le renvoi des parties à l'arbitrage en présence d'un contrat de consommation internationale, notamment au regard de la rapidité de la procédure arbitrale, X. BOUCOBZA, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Rado c. société Painvewebber*, CA Paris, 2 avril 2003, *Pourdiou c. SAS Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith SAF*, CA Paris, 28 janv. 2004, *Labalette c. SA Merrill Lynch France*, CA Paris, *Mattei et autres c. SAS Merrill Lynch Pierce, Fenner & Smith SAF*, *op. cit.*, p. 130, n° 10. Cf. également Ch. JARROSSON, note sous CA PARIS, 7 déc. 1994, *Société V 2000*, *Rev. arb.*, 1996.245, spéc. p. 255, n° 15.

² Sur la question, F. VALENCIA, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 2007.45 ; E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Trav. com. fr. DIP*, 2004-2006, PEDONE, 2008.135.

³ K. SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *Gaz. Pal.*, 13 au 17 juill. 2007, p. 22.

⁴ Cf. par ex. le droit allemand (BGH, décision du 14 sept. 2000, NJW 2000. 3720, la Cour suprême allemande jugeant que la convention d'arbitrage est impossible à exécuter en application de l'art. 1032(1) du ZPO « *si l'une des parties manque de moyens financiers nécessaires pour lancer un arbitrage* »), le droit italien, selon lequel l'impécuniosité fait obstacle à la convention d'arbitrage elle-même (art. 816 septies, al. 3 du Code de procédure italien tel qu'il résulte de la réforme de la loi du 2 fév. 2006, cf. Ch. GIOVANNUCCI-ORLANDI, « La nouvelle réglementation italienne de l'arbitrage après la loi du 2 fév. 2006 », *Rev. arb.*, 2008.19, p. 26) ou encore le droit portugais (décision 311/2008 de la Cour Constitutionnelle du Portugal, : un défendeur en difficulté financière qui pouvait bénéficier de l'aide judiciaire pour se défendre devant un tribunal étatique est fondé à s'opposer à ce que l'affaire soit portée en arbitrage conformément à la clause applicable dès lors que l'aide judiciaire n'était pas disponible pour les procédures arbitrales). De man. gén., cf. K. SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *op. cit.*

⁵ En ce sens, A. MOURRE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*, p. 1398.

s'offrent à la partie impécunieuse. Un auteur a tout simplement suggéré de se tourner vers l'obligation solidaire des parties au paiement des honoraires des arbitres et des frais d'arbitrage¹. Nous le suivons. La solution est efficace lorsque c'est le défendeur qui est frappé d'impécuniosité², mais la question reste entière lorsque c'est au contraire le demandeur qui ne peut avancer les provisions pour frais et honoraires³. D'autres palliatifs pourraient d'ailleurs être imaginés : modifier les systèmes nationaux d'aide judiciaire pour qu'ils incluent l'arbitrage⁴, ou, pourquoi pas, inventer un système fondé sur la solidarité des institutions d'arbitrage et arbitres, par la mise en place d'un fonds commun d'aide à l'accès à l'arbitrage pour les parties impécunieuses, un pourcentage des frais d'arbitrage pouvant être versés dans un fonds transnational. Une dernière solution, bien plus simple à mettre en œuvre, pourrait être, en cas d'une apparence vraisemblable d'impécuniosité, de mettre en place la gratuité de la sentence sur la compétence, et éventuellement, si la situation d'impécuniosité est avérée, de laisser le choix aux arbitres : juger du fond gratuitement, ou constater l'impossibilité de mise en œuvre de la convention d'arbitrage, renvoyant le litige aux juridictions publiques. Cette solution aurait le mérite de concilier le respect de l'effet négatif de la compétence-compétence, souhaitable – les arbitres étant compétents par priorité pour juger de l'état d'impécuniosité d'une partie –, sans porter atteinte au droit au procès équitable. Il reviendrait au tribunal arbitral de juger de l'éventuelle remise en cause de la convention d'arbitrage fondée sur l'impécuniosité d'une partie. Celle-ci ne devrait pouvoir entraîner la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

240. Nous visons ici les parties non professionnelles : travailleur ou consommateur. Pour ces contrats, quels que soient leur caractère interne ou international, il serait selon nous souhaitable que la clause compromissoire qui y est insérée soit jugée manifestement nulle⁵. La raison – fréquemment rappelée – est simple et s'impose que l'arbitrage présente un caractère interne ou international. Ces relations sont par nature inégalitaires. Pour reprendre une citation célèbre, « *l'arbitrage suppose un équilibre des forces ; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie* »⁶. Le consommateur, le travailleur ou l'assuré ne dispose pas réellement d'une possibilité de négociation du contrat. Ces domaines sont la terre d'élection des contrats d'adhésion. Consécutivement, on ne peut que « *craindre que la clause compromissoire ne devienne une clause de style dans les contrats d'adhésion* »⁷. Allant plus loin, on peut craindre que la stipulation de l'arbitrage vise à une utilisation dévoyée de cette forme de justice par la partie en position de force. Elle vise non pas à proposer une autre forme de justice, ou à faciliter l'identification de la juridiction compétente, mais à « *tenter « d'obscurcir » l'accès à la partie faible à un tribunal* »⁸, ou de dissuader, voire de

¹ E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *op. cit.*, p. 136.

² E. LOQUIN, « La partie impécunieuse et les conséquences de l'impossibilité pour elle de payer les frais d'arbitrage », *RTD com.*, 2006.308.

³ *Ibid.*

⁴ K. SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *op. cit.*

⁵ Nous excluons de nos développements le compromis signé hors toute clause compromissoire, dont la validité est admise aussi bien en droit du travail qu'en droit de la consommation

⁶ H. MOTULSKY, « L'arbitrage et les conflits du travail », *Rev. arb.*, 1976.78 ; in *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 113.

⁷ Ch. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Gaz. Pal.*, 15 déc. 2007, n° 349, p. 5, n° 8.

⁸ *Ibid.*

décourager, la partie faible. Bref, à entraver l'accès au juge. Eu égard aux frais engendrés par une procédure d'arbitrage, requérant le paiement aussi bien d'éventuels conseils que du juge, les parties en position de faiblesse réfléchiront à deux fois avant de porter leurs différends devant le tribunal arbitral en particulier lorsque les sommes en jeu sont mineures. Pire, la procédure pourra être délocalisée ; lorsque le siège de l'arbitrage est éloigné du domicile de la partie faible, et la procédure soumise à une langue et un droit étranger, le coût d'accès à l'arbitrage sera démultiplié¹. Selon la formule de M. Jarrosson, « *le jeu n'en vaut pas la chandelle* »². Cette utilisation dévoyée de l'arbitrage est particulièrement mise en relief aux États-Unis ou au Canada, les professionnels recourant massivement aux conventions d'arbitrage dans l'objectif d'une part, de faire obstacle au droit au juge, et d'autre part, de faire obstacle aux *class-actions*. Les juridictions anglo-saxonnes ont contré ces manœuvres par la mise en place de *class arbitration*³. Pour contrer cette utilisation dévoyée de l'arbitrage, les réactions du pouvoir politique commencent à émerger. Et elles pourraient être particulièrement abruptes. Ainsi, par exemple, aux États-Unis, un projet de réforme du *Federal Arbitration Act*, l'*Arbitration Fairness Act*, a été déposé devant le Congrès américain, visant à remettre totalement en cause non seulement la validité des clauses compromissoires concernant les différents relatifs à un contrat de travail, de consommation ou de franchise⁴, mais également le pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa compétence lui-même, deuxième règle du principe compétence-compétence, pourtant la moins discutée⁵.

Au regard de ces éléments, obliger les consommateurs ou salariés à saisir le tribunal arbitral – et donc à payer nécessairement des frais d'arbitrage puisque la sentence, même d'incompétence, requiert une rémunération des arbitres, que la partie en état de faiblesse ne peut pas toujours assumer – pour seulement *contester la validité de la convention d'arbitrage* est excessif, injuste. L'effet négatif du principe compétence-compétence consoliderait de manière éhontée la possibilité pour les parties en position de force de faire obstacle à l'accès effectif à la justice de leur cocontractant dépendant ; il favorisait ce qu'un auteur a désigné comme un « *déni de justice économique* »⁶. En effet, l'effet négatif de la compétence-compétence verrouille alors tout accès au juge pour les parties en position de faiblesse : le juge public, en raison de l'apparence de convention d'arbitrage, qui se jugera incompétent au profit du tribunal arbitral pour juger de la validité de la convention d'arbitrage ; le juge privé, en raison des frais à engager et cela même pour faire constater que la clause compromissoire

¹ Cf. V. HEUZÉ, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, *Rev. crit. DIP*, 1998.87, p. 90 : « *autoriser la clause compromissoire dans les rapports internationaux de consommation reviendrait à permettre aux professionnels, par la simple stipulation – qui deviendrait rapidement de pur style – d'une recours obligation à un arbitrage ad hoc aux Seychelles, à Singapour ou aux Bahamas pour le règlement des différends, de se mettre définitivement à l'abri de toute réclamation de leurs clients* ».

² Ch. JARROSSON, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 1994, *Rev. arb.*, 1996.67.

³ G. B. BORN and C. SALAS, "The U.S. Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors", Jul. 2011, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/07/01/the-u-s-supreme-court-and-class-arbitration-a-tragedy-of-errors/>

⁴ S. 1782, H.R. 1020 to amend chapter 1 of title 9 of United States Code with respect to arbitration. Cf. en particulier la section 4 : "*no predispute arbitration agreement shall be valid or enforceable if it requires arbitrations of (1) an employment, consumer, or franchise dispute; or (2) a dispute arising under any statute intended to protect civil rights*".

⁵ S. 1782, H.R. 1020 to amend chapter 1 of title 9 of United States Code with respect to arbitration. Cf. en particulier la section 4 : "*the validity or enforceability of an agreement to arbitrate shall be determined by the court, rather than the arbitrator [...]*".

⁶ E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *op. cit.*, p. 138.

contenue dans le contrat principal est nulle ou abusive. C'est donc la trop grande efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence que l'on doit ici écarter, les juridictions s'évertuant à l'appliquer dans un contexte selon nous inadapté¹. L'exception de nullité manifeste devrait avoir un nouveau rôle à jouer, qu'elle ne joue pas encore pleinement et dont il reste à exploiter les virtualités.

241. Cette idée, développée par une partie de la doctrine², a parfois été invoquée par les plaideurs en position de faiblesse – salariés ou consommateurs – ceux-ci se prévalant de la nullité manifeste de la clause compromissoire afin de faire obstacle au jeu de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Pour ce qui concerne tout d'abord le contrat de travail international, la chambre sociale de la Cour de cassation écarte l'effet négatif de la compétence-compétence³. Elle juge systématiquement que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* »⁴. La solution n'a pas été jusqu'ici étendue aux contrats de consommation⁵. Pour ces derniers, on doit distinguer entre les contrats internes et internationaux.

En matière interne, les juges devraient nécessairement retenir la nullité manifeste de la clause compromissoire puisque elles sont présumées abusives en application des articles L. 132-1 et R. 132-2 10° du Code de la consommation, et prohibées par l'article 2061 du Code civil, la clause compromissoire étant valable dans les seuls contrats conclus à raison d'une activité professionnelle pour les deux parties. Si auparavant il était possible d'objecter que ces clauses bénéficient d'une « *présomption d'innocence* » *puisque'il appartient au demandeur de rapporter la preuve de leur caractère abusif* »⁶, le droit de la consommation a depuis évolué. Au contraire, pour les clauses « *grises* », il revient désormais au professionnel d'apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse en vertu de l'article 86 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008⁷. Cette présomption de caractère abusif conduit à détruire de manière certaine l'apparence de validité de la clause compromissoire, résultant de son allégation et de sa production matérielle par la partie puissante. Cela vaut pour la seule clause compromissoire. Cela devrait également valoir pour un compromis signé consécutivement à une clause compromissoire. C'est ce que l'on peut déduire *a contrario* d'un arrêt de la

¹ Ch. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *op. cit.*, spéc. n°s 14 et 15.

² A. MOURRE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*, pp. 1397-1398.

³ Cf. *supra*, n° 59.

⁴ Cass. soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 01-44654, inédit, *op. cit.* ; Cass. soc., 28 janv. 2005, *Taiphon c. Bobinet*, Navire *Nan Shan*, *op. cit.* ; Cass. soc., 9 fév. 2001, *Kis c. Lopez-Alberdi*, *op. cit.* ; Cass. soc., 4 mai 1999, *Picquet c. Sacinter*, *op. cit.* ; Cass. soc., 16 fév. 1999, *Château Tour Saint Christophe c. Aström*, *op. cit.*

⁵ De man. gén., cf. Ph. DELEBECQUE, « Arbitrage et droit de la consommation », *Dr. et patr.*, 2002.5.46.

⁶ X. BOUCOBZA, note sous note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Rado c. société Painvewebber*, CA Paris, 2 avril 2003, *Pourdiou c. SAS Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith SAF*, CA Paris, 28 janv. 2004, *Labalette c. SA Merrill Lynch France*, CA Paris, *Mattei et autres c. SAS Merrill Lynch Pierce, Fenner & Smith SAF*, p. 130, n° 10.

⁷ Modifiant l'art. L. 132-1 al. 2 ; cf. également l'art. 2 du décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 modifiant l'article R. 132-2 du Code de la consommation.

première chambre civile de la Cour de cassation du 25 février 2010¹. En l'espèce, un assuré avait assigné l'assureur au fond devant les juridictions étatiques en paiement d'indemnités. Réformant le jugement de première instance favorable à la compétence de la justice étatique, la cour d'appel d'Aix en Provence a jugé son action irrecevable au motif que la clause d'arbitrage qu'il avait librement consentie devait recevoir application. En effet, l'assureur et l'assuré avaient conclu un compromis d'arbitrage, signé ultérieurement à la survenance du litige, qualifié de « *protocole d'expertise médicale* » en vue de voir déterminer à quelle date il pouvait être considéré en état d'invalidité totale et définitive, les parties déclarant s'en remettre à la décision du médecin arbitre et renoncer à toutes contestations ultérieures ». L'assuré a formé alors un pourvoi en cassation au motif qu'une telle convention d'arbitrage était abusive, la Cour violant ainsi l'article L. 132-1 du Code de la consommation. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que « *le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens du texte visé au moyen* ». Aussi pourrait-on en déduire, *a contrario*, dans une interprétation quelque peu extensive, que la clause compromissoire contenue dans un contrat de consommation et le compromis d'arbitrage signé consécutivement à une clause compromissoire insérée dans un tel contrat seraient jugés manifestement nuls.

En matière internationale, bien que les raisons qui justifient sa nullité manifeste en matière interne sont d'autant plus valables en ce domaine, les juges ont jusqu'à présent refuser de considérer que la clause était manifestement nulle. La solution est ancienne² et constante³, encore récemment réaffirmée : en présence d'une opération économique litigieuse à caractère international, « *peu import[e] [...] que l'une des parties ne fût pas commerçante* » ; « *en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier leur propre compétence, spécifiquement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige* »⁴. Les « *mésaventures* »⁵ de M. Philippe Renaut ou de Dame Rado sont bien connues pour qu'il ne soit pas besoin de les rappeler. Mais la particularité des faits de toutes les affaires portées devant les prétoires laisse subsister un doute sur la portée de ces arrêts. S'il s'agit sans nul doute de contrats de consommation puisque ces contrats sont conclus hors le cadre d'une activité professionnelle pour M. Renaut

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 fév. 2010, *Guichard c. AGPM*, *Rev. arb.*, 2011.139, note J. EL AHDAB ; *JCP* 2010, p. 1201, obs. Ch. SERAGLINI ; p. 1026, obs. Th. CLAY ; *D.*, 2010.651, note X. DELPECH ; *RTD civ.*, 2010.323, obs. B. FAGES ; *RDC*, 2010.886, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *D.*, 2010.2933, note Th. CLAY ; *JCP*, 2010.II.659, note A. PELISSIER ; *LPA*, 2010, n° 202, obs. M. DE FONTMICHEL.

² Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, *R Renaut c. V 2000*, *Rev. arb.*, 1997.537, note E. GAILLARD ; *Rev. crit. DIP*, 1998.87, note V. HEUZE ; *JDI*, 1998.969, note S. POILLOT-PERUZZETTO ; *RTD com.*, 1998.330, obs. E. LOQUIN et J.-Cl. DUBARRY.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, *G. El Assidi c. soc. Nest et autres*, en somm. in *Rev. arb.*, 2010.392 ; *JCP*, 2010 I 644, obs. Ch. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2011.191, note Y. STRICKLER ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Rado c. société Painvewebber*, CA Paris, 2 avril 2003, *Pourdieu c. SAS Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith SAF*, CA Paris, 28 janv. 2004, *Labalette c. SA Merrill Lynch France*, CA Paris, *Mattei et autres c. SAS Merrill Lynch Pierce, Fenner & Smith SAF*, *Rev. arb.*, 2005.115, note X. BOUCOBZA.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Rado c. société Painvewebber*, *op. cit.*

⁵ L'expression est d'E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *op. cit.*

ou Dame Rado, les montants en jeu, particulièrement importants (achat d'un prototype d'une voiture de luxe auprès du constructeur britannique Jaguar pour un prix de plus de 450 000 euros, placements financiers d'un montant de 400 000 dollars), distinguent ces affaires de celles faisant classiquement l'objet du contentieux en droit de la consommation. Quant à la récente affaire concernant la cession de biens immobiliers et des droits d'auteur sur les œuvres de Charles Trenet de l'héritier de ce dernier à une société danoise¹, il ne s'agissait sans doute par d'un contrat de consommation. Aucune affaire typique du droit de la consommation, dans laquelle les sommes en jeu sont modestes, n'a été portée devant les juridictions françaises, à l'image des affaires portées devant les juridictions espagnoles dont a été saisie la CJUE, concernant des contrats de téléphonie mobile, ou celles portées devant les juridictions américaines, concernant des simples porteurs de carte de crédit.

Afin de juger la clause compromissoire contenue au contrat de consommation international comme manifestement nulle, les dispositions ne manquent pas. La nullité manifeste de la convention d'arbitrage dans un contrat de consommation internationale pourrait ainsi être fondée :

- soit sur le droit de l'arbitrage lui-même, en considérant l'article 2061 du Code civil applicable à l'arbitrage international, comme l'a suggéré une réponse ministérielle² ; cependant, une telle voie suscitera sans doute une vive résistance au regard du principe de validité de la clause compromissoire, valable indépendamment de toute loi étatique interne³ ;
- dans le champ d'application tel que délimité par l'article L. 135-1 du Code de la consommation⁴, en recourant aux dispositions applicables aux clauses abusives, la clause compromissoire étant répertoriée comme une clause *présumée* abusive depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, modifiant l'article R. 132-2 du Code de la consommation⁵, puisqu'il incombe désormais au professionnel de rapporter la preuve contraire, la nullité d'une telle clause étant donc bien manifeste ; il suffirait de considérer que les articles L. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation constitue des lois de police, faisant exception au principe de validité des conventions d'arbitrage en posant une présomption de nullité de la clause compromissoire, présomption conduisant à considérer la clause compromissoire comme manifestement nulle ;

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, *G. El Assidi c. soc. Nest et autres*, *op. cit.*

² Cf. la réponse ministérielle relative à l'application de l'article 2061 du Code civil en matière internationale, Rép. min. n° 35415, JO Sénat Q, 31 janv. 2002, p. 314 ; *Rev. arb.*, 2002.241, obs. Ph. FOUCHARD. En ce sens, proposant que la nouvelle mouture de l'art. 2061 du Code civil soit élevée au rang de loi de police par la jurisprudence française, F. VALENCIA, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *op. cit.*, p. 59, n° 15.

³ Cf. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*

⁴ L. 135-1 du Code de la consommation : « [n]onobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un État n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté ».

⁵ Art. R. 132-1, 10°, c. consom., rédac. du Décr. n° 2009-302, 18 mars 2009, p. 5030 ; *D.*, 2009. Actu. lég. 797 ; *LPA*, 2009, n° 143, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP G*, 2009, Chron. 116, obs. G. PAISANT ; *Rev. arb.* 2009. 455

- soit en s'appuyant sur la méthode des conflits de juridiction, et en considérant la clause compromissoire manifestement nulle chaque fois que « *le droit européen donne aux tribunaux français une compétence impérative pour connaître du litige dans l'intérêt de la partie faible* »¹, l'alternative offerte au consommateur de pouvoir agir soit devant le tribunal du lieu où il est domicilié, soit devant le tribunal de l'État où le professionnel est domicilié pouvant être considérée elle-même comme impérative ;
- soit sur une disposition du droit des obligations, l'article 6 du Code civil et sa réserve de l'ordre public en considérant qu'une telle convention constitue une atteinte au droit au procès équitable, et plus particulièrement « *une atteinte à l'effectivité du droit d'agir* »², règle d'ordre public interne, international et transnational, à valeur constitutionnelle³, notamment consacrée par l'article 6, §1 CEDH tel qu'interprété par la Cour européenne⁴ : « *le coût élevé d'un arbitrage pourrait constituer un obstacle à l'accès d'une partie faible à la justice tel que garanti par l'article 6 §1 CEDH* »⁵ ; une partie de la doctrine envisage ainsi que le juge du fond ou le juge d'appui puisse retenir la nullité manifeste de la convention d'arbitrage⁶.

Quant à la solution idéale, elle résulterait selon nous de l'intervention claire du législateur pour poser le principe d'inopposabilité de la clause compromissoire au salarié et au consommateur, en matière interne comme internationale⁷. On pourra objecter que la nullité ne peut être manifeste puisque « *l'indisponibilité des droits est relative dans le temps* » et que « *[I]es droits protégés par l'ordre public deviennent disponibles lorsque la personne protégée a acquis le droit* ». Consécutivement, « *[c]ette recherche échappe à la compétence « du juge du manifeste »* »⁸. Cependant, il nous semble que l'évidence penche en faveur de la nullité de la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail ou dans un contrat de consommation, interne ou international. L'apparence vraisemblable de compétence allant plutôt dans le sens de la compétence des juridictions d'État, nous ne verrions pas d'objections à ce qu'elle retrouve leur plein pouvoir d'examen de la compétence juridictionnelle générale. Ainsi, nous rejoignons un auteur, en considérant que « *[d]evant le juge étatique et en amont de l'instance arbitrale, la meilleure solution consiste probablement à poser une exception à l'effet négatif du principe compétence-compétence, permettant à la partie faible de saisir un juge français malgré l'existence d'une clause compromissoire* ». Plutôt qu'une nullité

¹ E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *op. cit.*, p. 151.

² S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 1263, n° 616 et spéc. p. 1265 : « [o]n pourrait en effet considérer que la clause compromissoire, en ce qu'elle constitue une atteinte à l'effectivité du droit d'agir, est, en vertu d'une loi de police, entachée d'une nullité manifeste ». En ce sens également, cf. J.-P. ANCEL, débats suite à la communication d'E. LOQUIN au Comité français de droit international privé, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *op. cit.* ; M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 386, n° 423.

³ Cons. Const., 9 avril 1996, *Statut de la Polynésie française*, AJDA, 1996.376, obs. O. SCHRAMECK.

⁴ CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, pp. 12 et s.

⁵ En ce sens, F. VALENCIA, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 2007.45, spéc. p. 49, n° 6, développé pp. 62 et s.

⁶ F. VALENCIA, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 67-68, n° 22 : « on peut ainsi imaginer une personne en position de faiblesse refuser de participer à la constitution du tribunal arbitral, le demandeur devant par conséquent saisir le juge aux fins de désignation de l'arbitre manquant ».

⁷ Privilégiant également l'analyse en termes d'opposabilité de la convention d'arbitrage, L. IDOT et Ch. JARROSSON, « Arbitrage », *op. cit.*, n° 22.

⁸ E. LOQUIN, « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international », *op. cit.*, p. 344.

manifeste, il faudrait donc y voir une exception pure et simple au jeu de l'effet négatif de la compétence-compétence¹.

ii).- L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage

242. L'introduction de l'inapplicabilité manifeste a fait naître de sérieuses craintes d'atteintes à l'effet négatif de la compétence-compétence, et de manière plus générale, à la compétence arbitrale. Les juges du fond allaient-ils prendre en considération la réalité des relations économiques, de même que « *la relative complexité des schémas contractuels* »² et des litiges ? En particulier, au regard des phénomènes de transmission et d'extension de la clause compromissoire, la question s'est posée de savoir si l'inapplicabilité manifeste n'allait pas conduire à nier la compétence arbitrale au regard de tiers apparents, personnes qui ne sont pas les contractants originaires, ou à l'égard de contrats distincts de celui stipulant la convention d'arbitrage, mais liés à ce dernier à un titre ou à un autre.

Loin de ces premières craintes, la faveur pour l'arbitrage ne faiblit pas. La complexité des schémas contractuels est parfaitement prise en considération par les juridictions d'État, le contrôle opéré se cantonnant à l'apparence.

243. L'exception d'inapplicabilité manifeste est au centre du contrôle, fréquemment invoquée par les plaideurs, mais rarement caractérisée par les juges. C'est un véritable raz-de-marée auquel on a assisté depuis sa création par les juges, dont la vague principale a frappé les rivages français dans le courant de l'année 2006. Presque systématiquement, l'inapplicabilité manifeste n'est pas caractérisée.

La combinaison de la restriction du contrôle à son caractère manifeste – qui requiert que l'inapplicabilité soit ostensible, c'est-à-dire à la fois apparente et certaine – et l'existence de règles substantielles applicables à la convention d'arbitrage – préservant sa validité, son efficacité ou encore le rayonnement de la convention d'arbitrage, à l'image des mécanismes d'extension et de transmission de la clause compromissoire – conduisent à ce que, presque systématiquement, l'inapplicabilité manifeste ne soit pas caractérisée.

La présentation des hypothèses d'accueil de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage (β) succèdera à l'analyse des hypothèses de rejet d'inapplicabilité (α).

a).- Le rejet de l'inapplicabilité manifeste

244. Dans la plupart des hypothèses, l'inapplicabilité manifeste invoquée est écartée.

245. Tout d'abord, la règle d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal vient au renfort de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Peu importe que la validité ou l'existence même du contrat principal soit contestée : la convention d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable. Ainsi, a été jugée non manifestement inapplicable, car non caduque, la clause compromissoire contenue dans un contrat principal

¹ Ch. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *op. cit.*, n^{os} 26. On peut y voir en effet « une exception à l'effet négatif du principe compétence-compétence ». Cf. *supra*, n^o 57.

² O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 896.

caduc¹. La solution est régulièrement rappelée quel que soit le prétendu vice affectant le contrat principal : nullité du contrat principal en raison de son illicéité, ou inexistence du contrat principal². Les particularités de cette dernière espèce méritent d'être soulignées : il s'agissait d'un simple protocole d'accord entre une société anglaise et une société française en vue la négociation d'un contrat de partenariat destiné à développer des ventes de boissons. Ce protocole prévoyait l'application de la loi anglaise et une clause compromissoire. Bien que non signé, il semble que ce contrat ait reçu un commencement d'exécution, des boissons ayant été livrées entre les deux parties. Aucun contrat de fourniture à long terme n'ayant été signé, la société française a saisi les juridictions françaises d'une demande d'indemnisation. Bien qu'aucun accord définitif n'ait été signé entre les parties, la Haute juridiction censure la cour d'appel au visa du principe compétence-compétence pour avoir retenu l'inapplicabilité de la clause compromissoire. Dans le même sens, la clause compromissoire stipulée dans un avant-contrat portant sur la négociation de la cession de parts-sociales, non suivi d'un accord, n'est pas manifestement inapplicable³.

246. De même, un grief visant non pas le contrat principal, mais directement la convention d'arbitrage n'entraîne pas non plus son inapplicabilité si cette dernière n'est pas manifeste et requiert un examen détaillé des prétentions des parties. Ainsi, par exemple, ne constitue pas un cas d'inapplicabilité manifeste la prétendue caducité de la convention d'arbitrage au motif que la partie adverse n'avait pas répondu dans un délai de 3 mois au demandeur alors que la clause d'arbitrage en cause stipulait que « *le règlement de tout litige par un arbitre choisi d'un commun accord dans les trois mois de la notification du différend et, pour le cas d'impossibilité de mettre en œuvre la solution arbitrale, donnant compétence au tribunal de commerce de Toulouse* »⁴. Dans le même sens, l'inapplicabilité manifeste ne peut être déduite du seul fait qu'une clause compromissoire est stipulée dans l'acte de livraison d'un chalutier renvoyant à l'arbitrage d'une capitainerie maritime, le contrat original ne stipulant pas de convention d'arbitrage⁵.

247. Ensuite, ne sont pas manifestement inapplicables, en dépit des « *malfaçons* »⁶ les affectant :

¹ Cass. civ. 2^{ème}, 8 avril 2004, n° 02-16163 (la convention de garantie de passif qui contenait une clause compromissoire n'a pas été mise en œuvre avant le terme stipulé ; pour s'opposer à l'intervention du juge d'appui, le défendeur invoquait l'absence de mise en jeu de la garantie, à l'origine de la caducité de la clause compromissoire) ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Société National Broadcasting Co c. Bernadaux et autres*, *Rev. arb.*, 2006.981 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 fév. 2009, *Laviosa c. Afitex*, *op. cit.* (la clause compromissoire stipulée dans un contrat conclu pour une période d'essai d'un an, expiré depuis sept ans n'est pas manifestement inapplicable à un litige relatif à la volonté d'une des sociétés de mettre un terme à leurs relations, les relations entre les deux parties s'étant poursuivies après que le contrat soit arrivé à son échéance).

² Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *So Good International c. Laiterie de Saint-Denis de l'Hôtel*, *Rev. arb.*, 2006.1089 ; *JDI*, 2007.1255, note O. DIALLO.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *National Broadcasting c. Bernadaux*, *Bull. civ.*, 2006.I.364 ; *D.*, 2006.3026, obs. Th. CLAY ; *JCP G*, 2006.I.187, n° 9, obs. C. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2006.981.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2009, *Gefu Kuchenboss c. Corema*, *D.*, 2009.2959, obs. Th. CLAY ; *Rev. crit. DIP*, 2009.771, note M. LAZOUZI.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2010, *Lavantina de Hidraulica y Motores (Lehimosa) c. M. Jean-Claude Scala et autres*, en somm. in *Rev. arb.*, 2010.977, *Rev. arb.*, 2011.191, note Y. STRICKLER ; *D.*, 2010.2933, obs. Th. CLAY.

⁶ L'expression est d'E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *op. cit.*

- la convention d'arbitrage désignant deux centres d'arbitrage distincts, qualifiée non pas de contradiction mais de simple « *ambiguïté* » par la Haute juridiction¹ ;
- la présence dans le même contrat d'une clause compromissoire et d'une convention d'élection de for ou d'une clause attributive de compétence².

Ces hypothèses méritent quelques précisions.

Concernant tout d'abord les conventions d'arbitrage désignant deux institutions d'arbitrage distinctes, dans cette hypothèse, la volonté des parties de recourir à l'arbitrage est indiscutable : « *l'ambiguïté de la rédaction de la clause était impuissante à elle seule à effacer la volonté effective des signataires de recourir à l'arbitrage* »³ ; comme le relevait préalablement la cour d'appel de renvoi, cette malfaçon « *ne remet[] pas en cause l'existence du désir commun d'un arbitrage* »⁴. Seul le choix de l'institution de l'arbitrage est incertain. L'inapplicabilité manifeste requiert en effet l'« *absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage* »⁵. La solution est bienvenue. En effet, l'interprétation de la convention d'arbitrage doit être guidée aussi bien par la bonne foi et la recherche de la commune intention des parties, conformément à l'article 1156 du Code civil, que par le principe de l'effet utile selon lequel « *on doit présumer que l'intention des parties est d'établir un mécanisme de règlement des différends efficace pour le règlement des litiges* » conformément à l'article 1157 du Code civil⁶. Cet élément distingue le régime de la convention d'arbitrage de la clause attributive de juridiction interne ou internationale, l'inconciliabilité de ces clauses aboutissant à leur neutralisation pure et simple⁷. La faveur pour l'arbitrage explique cette différenciation.

Concernant ensuite la présence dans le même contrat d'une clause compromissoire et d'une clause attributive de compétence, la clause compromissoire ne peut être manifestement inapplicable puisqu'elle requiert une interprétation, un examen poussé permettant de découvrir la volonté réelle des parties⁸. Comme l'a parfaitement exposé M. Train, chacune de ces clauses peut avoir un objet distinct. Les clauses ne sont pas nécessairement incompatibles. Elles peuvent être maintenues et combinées : « *l'une peut affecter les conditions générales du contrat et l'autres les conditions spéciales ; l'une peut succéder à l'autre suivant un critère chronologique ; la clause attributive de juridiction peut même, à l'extrême limite, être*

¹Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *UOP c. BP France*, *Rev. arb.*, 2007.775, note F.-X. TRAIN ; D., 2008.180, obs. Th. CLAY ; *RTD civ.*, 2008.151, obs. Ph. THERY ; CA Paris, 28 nov. 2007, *UOP NV c. Ineos European*, en somm. in *Rev. arb.*, 2008.159 (sur renvoi) ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n° 08-13983, *Ineos European c. UOP*, en somm. in *Rev. arb.*, 2010.652.

² Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-21641 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Société SIAL c. société Vinexpo*, *op. cit.* ; Cass. civ. 2^{ème}, 18 déc. 2003, *RTD com.*, 2004.255 ; JCP, 2004, II, 10075, note C. NOBLOT ; en somm. in *Rev. arb.*, 2004.442 ; Cass. civ. 2^{ème}, 18 déc. 2003, *Rev. arb.*, 2004.442.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n° 08-13983, *Ineos European c. UOP*, *op. cit.*

⁴ CA Paris, 1^{ère} Ch. D, 28 nov. 2007, *société UOP NV c. société Ineos European Holdings Ltd et autres*, *op. cit.*

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *UOP c. BP France*, *op. cit.*

⁶ D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 177-179, et lors du contrôle *a posteriori*, CA Paris, 7 fév. 2002, *SA Alfac c. société Imac Importacao, Comercia e Industria Ltd*, *Rev. arb.*, 2002.412, note Ph. FOUCHARD. Sur ce principe d'interprétation, cf. F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, *op. cit.*, p. 361, n° 583.

⁷ Pour le droit international : Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, *RCDIP*, 1999.122, note P. ANCEL et H. MUIR WATT.

⁸ En ce sens, E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *op. cit.*

interprétée en ce sens qu'elle ne vise que les difficultés susceptibles d'affecter le déroulement de l'arbitrage, autrement dit, qu'elle se borne à désigner le juge d'appui »¹ ; il a anciennement été retenu que la clause attributive de juridiction aurait « [...] seulement pour objet de conférer une compétence subsidiaire aux juridictions étatiques dans le cas, où pour une raison quelconque, les arbitres ne seraient pas saisis ou ne pourraient statuer [...] »². Si cette analyse en terme de subsidiarité de la convention d'élection de for par rapport à la convention d'arbitrage n'est pas nécessairement suivie par la jurisprudence arbitrale³, elle montre que plusieurs interprétations de ces clauses sont possibles. On ne saurait mieux démontrer la nécessité d'interprétation des deux clauses, qui ne sont pas nécessairement incompatibles.

248. En outre, concernant des difficultés relatives à l'étendue *ratione materiae* de la compétence arbitrale, n'ont pas été jugées manifestement inapplicables :

- la convention d'arbitrage stipulée à des contrats d'agence prévoyant qu'elle s'applique aux litiges « *pouvant survenir du présent accord ou liés avec lui* » aux litiges nés de contrats de prêt conclus par les mêmes parties, bien que ne comportant pas de clause de règlement des différends⁴ ;
- la clause compromissoire énumérant, parfois de manière limitative, la liste des différends qui peuvent être soumis à l'arbitrage, une partie contestant alors la portée interne de la clause compromissoire⁵ ; le tribunal arbitral est seul compétent pour connaître de l'interprétation de la clause compromissoire ;
- la clause compromissoire stipulée à un contrat, d'autres contrats étant soumis à la compétence de la justice publique, en dépit de l'indivisibilité du litige⁶ ;
- la clause compromissoire stipulée à un contrat prévoyant une possibilité de cession n'est pas manifestement inapplicable au cessionnaire menant une action contre le

¹ F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 juill. 2006, *société Champion supermarché France (CSF) c. société Recape*, *op. cit.*, p. 966, n° 14 ; du même auteur, note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 nov. 2007, *Société SIAL c. société Vinexpo*, *op. cit.*, p. 458.

² CA Paris, 11 janv. 1995, *op. cit.* Pour une analyse en ce sens, cf. G. BLANC, « Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel. De la concurrence à la subsidiarité de la compétence des tribunaux étatiques », *JCP E*, 1997, I, 707.

³ F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, *op. cit.*, p. 306, n° 486.

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1999, *Exportles c. soc. Rusbois*, *Rev. arb.*, 2000.96 (2^{ème} esp.), note Ph. FOUCHARD ; F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, *op. cit.*, p. 343, n° 554.

⁵ Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 2006, n° 04-12.781, *Bull. civ.*, 2006.I.9 (la clause compromissoire visait les litiges naissant de « l'interprétation et l'exécution du contrat », alors que sa nullité est alléguée) ; Cass. civ. 1^{re}, 9 juill. 2008, *Ocea c. Bouet*, *op. cit.* (la clause compromissoire visait les litiges relatifs à la garantie, alors que le litige portait sur le contrat de cession d'actions lui-même, et plus particulièrement sur sur complément de prix prévu à la convention, le prix n'ayant pas été payé malgré la réalisation des conditions) ; Cass. civ. 1^{re}, 12 déc. 2007, *Prodim c. De Abreu*, *Rev. arb.*, 2008, p. 160 (la clause compromissoire visait les contestations nées de l'interprétation et de l'exécution de l'accord de franchise, alors que le litige visait la nullité de l'accord lors de sa formation).

⁶ Cass. civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books c. Editions du Seuil*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 2007, *Levantina de Hydraulica y Motores c. Scala et autres*, *op. cit.* (indivisibilité internationale du litige sur le fondement du Règlement Bruxelles I écartée) ; CA Paris, 18 déc. 2008, *SARL Révision technique fiduciaire c. SA Cabinet Touber et autre*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009.647 : « [l]a juridiction étatique, saisie d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétente sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, la seule constatation d'une indivisibilité ne suffisant pas à faire obstacle au jeu de la clause compromissoire » ; Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 2010, n° 08-21641.

débiteur cédé tendant à obtenir réparation du préjudice causé par son refus d'accepter immédiatement la cession de contrat¹ ;

- la clause compromissoire stipulée à un contrat relativement à un « *litige délictuel né à l'occasion du contrat* »², c'est-à-dire une action menée sur un fondement délictuel relativement à un litige gravitant dans l'orbite du contrat stipulant une convention d'arbitrage.

Cette dernière hypothèse, récurrente dans le contentieux de l'inapplicabilité manifeste, mérite que l'on s'y attarde. Dès lors que la clause compromissoire prévue au contrat est rédigée de manière assez large, en visant soit de manière générale « *tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci* », ou même de manière plus restrictive³, l'inapplicabilité manifeste est écartée peu importe que l'action en cause soit engagée sur le terrain contractuel ou délictuel, qu'elle vise le contentieux dit « *extracontractuel* », pré-contractuel ou post-contractuel. Le critère est simple : la convention d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable dès lors que « *la demande [...] présent[e] un lien avec le contrat* »⁴, que cette demande concerne les conditions dans lesquelles le contrat a été formé ou celles dans lesquelles il a été mis fin et aux conséquences qui en résultent. Il ne peut y avoir d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage au regard de « *la « proximité du contrat » [qui] suffit à créer un doute sur l'absence de compétence du tribunal arbitral* »⁵. Il est en effet admis que « *la compétence des arbitres ne se limite pas, lorsqu'il est demandé réparation d'un acte ou d'un fait dommageable, au domaine précis de la responsabilité contractuelle* »⁶. Peu importe la qualification des droits litigieux, « *la qualification juridique des fondements du litige* »⁷ : délictuelle ou contractuelle. Seule compte la portée de la convention d'arbitrage susceptible de s'appliquer à tous les litiges nés de la relation contractuelle, se situant dans le champ de gravité du contrat. Dans le sens de l'absence de caractère manifeste de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, il suffit de songer à deux éléments. Le premier est que les tribunaux arbitraux n'hésitent pas à se juger compétents pour connaître de ce type de contentieux⁸. Le second résulte du fait que d'intenses débats opposent doctrine et jurisprudence concernant la nature délictuelle ou contractuelle de certaines actions. On constate ainsi un certain flottement concernant la nature de l'action fondée sur la rupture de relations commerciales établies – contractuelle ou délictuelle –⁹. La première chambre

¹ Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 2011, 10-11986, *Cah. Arb.*, 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 475, A. MOURRE et P. PEDONE.

² E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *op. cit.*

³ Cf. par ex. la convention d'arbitrage en cause dans l'affaire *Société UNIC c. société Mathieu*, qui était limitée « *aux difficultés survenant dans l'exécution ou l'interprétation des conventions ou par suite de leur résiliation* » (Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, *Société UNIC c. société Mathieu*, *Bull. civ.*, I, n° 402; *D.*, 2005, IR 2896 ; *RTD civ.*, 2006, p. 143, obs. Ph. THÉRY ; *Rev. arb.*, 2006.925 (2^e esp.), note D. BENSUAUDE).

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Doga c. HCT Sweden*, *op. cit.* ; CA Paris, 30 juin 2004 : *Rev. arb.*, 2004, p. 372, note J.-B. RACINE.

⁵ E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *op. cit.*

⁶ Ph. FOUCHARD, note sous Cass. com., 9 juill. 1974, *Rev. arb.*, 1076.107.

⁷ D. BENSUAUDE, note sous *Rev. arb.*, 2006.936, n°3.

⁸ Pour un ex., cf. sentence CCI n° 10988 rendue en 2003, *JDI*, 2006.1408. Le tribunal arbitral voyait sa compétence contestait pour trancher certaines demandes relatives à des actes de concurrence déloyale, saisi trois ans après l'expiration du contrat. Le tribunal arbitral rejette cette exception d'incompétence car les actes reprochés sont liés à l'inexécution ou mauvaise exécution du contrat, ce qui est manifestement le cas.

⁹ Cf. notamment C. NOURISSAT, « Du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action », *RLDA*, 2007.67.

civile de la Cour de cassation retient la nature contractuelle de l'action¹, au contraire de la chambre commerciale qui se prononce pour sa nature délictuelle². La même remarque vaut pour l'action fondée sur le manquement à l'obligation d'information³. La frontière est d'autant plus délicate à définir que certains « *faits précontractuels peuvent justifier la nullité du contrat, qui entre dans le champ d'application de la convention d'arbitrage, sauf clause contraire* »⁴.

Concernant tout d'abord le contentieux précontractuel, la Cour de cassation retient que la clause compromissoire stipulée au contrat de franchise n'est pas manifestement inapplicable au liquidateur qui assigne le franchiseur pour manquement à ses obligations précontractuelles d'information sur le fondement d'une violation de l'article L. 330-2 du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts⁵. La même solution vaut pour la demande d'indemnisation pour rupture brutale des pourparlers sur un fondement délictuel, peu importe que la clause arbitrale soit stipulée à un contrat de distribution régissant les relations antérieures entre les parties au litige, sans constituer un ensemble contractuel unique avec le contrat en cours de négociation : la convention d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable au processus de réaménagement des modalités de distribution⁶. De même, il importe peu que le contrat définitif n'ait pas été signé, si ce dernier a reçu un commencement d'exécution⁷.

Concernant ensuite le contentieux post-contractuel, la Haute juridiction écarte également régulièrement l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage aux litiges faisant suite à la rupture d'un contrat, qu'il s'agisse d'une demande en nullité du contrat⁸, d'une demande en concurrence déloyale née à la suite de la résiliation de contrats stipulant une convention d'arbitrage⁹, ou encore d'une demande en paiement de dommages et intérêts pour rupture brutale d'une relation commerciale établie sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce. Dans cette dernière hypothèse, la Haute juridiction est venue préciser qu'il importe peu « *que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige, dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables, en l'occurrence l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce* »¹⁰. Bien heureusement, de manière générale, il est aujourd'hui admis,

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, *Bull. civ.*, 2007.I.93.

² Cass. com., 7 juill. 2009, *D.*, 2009, act. 1961, obs. E. CHEVRIER ; Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178, *D.* 2007. 653, obs. E. CHEVRIER ; *RTD civ.* 2007. 343, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.*, 2008.210, obs. P. DELEBECQUE.

³ Cf. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992.

⁴ E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *op. cit.*

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, *Prodim c. Mohimont et autre*, en somm. in *Rev. arb.*, 2006.868.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 25 avr. 2006, *Société DMN Machinefabriek BV c. société Tripette et Renaud*, *op. cit.*

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *So Good International c. Laiterie de Saint-Denis de l'Hôtel*, *op. cit.*

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Bull. civ.*, 2010.I.26 (la clause compromissoire n'est pas manifestement inapplicable à l'action en nullité du contrat de franchise comportant une clause compromissoire, l'action en responsabilité de droit commun était indépendante de la procédure collective).

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, *Société UNIC c. société Mathieu*, *Bull. civ.*, I, n° 402; *D.*, 2005, IR 2896 ; *RTD civ.*, 2006, p. 143, obs. Ph. THÉRY ; *Rev. arb.*, 2006.925 (2° esp.), note D. BENSUAUDE.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Doga c. HCT Sweden*, *op. cit.* Précédemment, CA Aix, 29 mai 2008 sur lequel cf. G. DECOCQ, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, n° 30, 23 juill. 2009.1739 ; CA Paris, 2 juin 2004, *Rev. arb.*, 2005.680 (2° esp.), note J.-B. RACINE. La solution vaut également pour l'action en concurrence déloyale, sans que la résiliation du contrat principal ne soit en cause : Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, *Rev. arb.*, 2005, p. 673, note J.-B. RACINE. Antérieurement, *contra*, CA Lyon, 9 sept. 2004, inédit, cité par M.-N. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, *Monster Cable, JDI*,

notamment depuis les célèbres arrêts *Ganz et Labinal*¹, que l'arbitrabilité des litiges n'est pas limitée par le fait que des dispositions impératives soit en jeu ; il appartiendra au juge étatique de vérifier la conformité des sentences arbitrales aux lois de police². Le critère de l'ordre public a en effet cédé la place à celui de la disponibilité des droits. La disponibilité des droits n'est pas remise en cause par le fait que le litige mette en jeu des lois de police³. Aussi l'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution semble-t-elle s'imposer⁴. Le même principe a été posé pour la clause attributive de juridiction désignant des juridictions américaines : sa validité n'est pas affectée par l'application des règles de police françaises au fond du litige, tel l'article L. 442-6 du Code de commerce pour abus de dépendance économique⁵. Le contentieux relatif aux pratiques restrictives de concurrence semble être arbitral. Tout au moins, le tribunal arbitral devrait pouvoir juger de son arbitrabilité par priorité, lorsqu'est en cause un contrat stipulant une clause compromissoire⁶.

Autre illustration d'absence d'inapplicabilité manifeste *ratione materiae* de la convention d'arbitrage, la clause compromissoire stipulée à un contrat ne devrait pas être considérée comme manifestement inapplicable en cas d'extinction conventionnelle des obligations. En effet, « *l'extinction des obligations d'origine ainsi que ses conditions, sa portée et ses modalités résultent du contrat postérieur. La compétence de l'arbitre sur les différends en relation avec l'extinction des obligations d'origine implique donc, par la force des choses, que la convention qui règle cette extinction, ou qui en naît, tombe sous le coup de la clause arbitrale* »⁷. Par exemple, la clause compromissoire stipulée à un contrat devrait être considérée comme manifestement applicable à la transaction, ne prévoyant pas de clause de règlement des différends, visant à régler un différend issu de ce contrat⁸, quel que soit le terrain de contestation, sa validité ou son exécution.

De manière générale, en dépit de l'absence de clause compromissoire prévue au contrat litigieux, le juge étatique pourrait rejeter l'inapplicabilité manifeste d'une clause compromissoire stipulée à un autre contrat *lié* au contrat litigieux stipulant quant à lui une clause compromissoire, dès lors que les parties au litige sont identiques et qu'il constate

2009.599 : « *la clause d'arbitrage figurant au contrat [...] est sans application dans le cas où la demande repose sur la violation des dispositions d'ordre public de l'article L 442-6 du Code de commerce, dont les finalités échappent en tout état de cause aux prévisions contractuelles* ».

¹ CA Paris, 29 mai 1991, *Ganz*, *Rev. arb.* 1991. 478, note L. IDOT ; CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, *Rev. arb.* 1993.645, note Ch. JARROSSON ; *RTD. com.* 1993.494, obs. E. LOQUIN et J.-Cl. DUBARRY

² Sur l'évolution du contrôle des lois de police, cf. P. MAYER, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, *op. cit.*, p. 459.

³ Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit.*, n° 158.

⁴ P. HOLLANDER, « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit belge », in *L'arbitrage et la distribution commerciale*, coll. CEPANI, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 25.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, *Monster Cable*, *JCP*, 2008.II.10187, L. d'AVOUT ; *JCP E*, 2008.2535, note N. MATHEY ; *CCC*, 2008, comm. 270, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *JDI*, 2009.599, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN ; *D.*, 2008. 2790, obs. I. GALLMEISTER ; *Procédures*, 2008, comm. 331, obs. C. NOURISSAT ; *D.*, 2009.200, note F. JAULT-SESEKE ET A. HUET, p. 684 : « Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté (étude de droit commun) ».

⁶ La solution vaut également pour le contentieux relatif à la propriété intellectuelle : cf. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-17800, *Bull. civ.*, 2004.I.96 ; *JCP*, 2004.IV.2088 ; *Rev. arb.*, 2004.847.

⁷ F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, *op. cit.*, p. 161, n° 255.

⁸ Cf. par ex., bien que l'effet négatif de la compétence-compétence ne soit pas en cause, CA Paris, 4 mars 1986, *Cosiac*, *Rev. arb.*, 1987.167, note Ch. JARROSSON.

l'existence d'un « *lien apparent* » entre ces contrats, « *unis dans un rapport de dépendance économique ou fonctionnelle, tel que l'un a pour objet ou pour effet d'affecter l'autre directement, ou tel que ce qui affecte l'un est susceptible d'affecter l'autre par contagion ou par ricochet* »¹, sous réserve que le contrat litigieux ne prévoit pas un autre mode de règlement des différends. Il reviendra au tribunal arbitral d'apprécier « *l'éventuelle extension aux contrats liés de la clause compromissoire* »², et notamment « *interpréter le groupe de contrats et en définir la nature pour statuer sur l'étendue de sa compétence* »³, et d'examiner si le contrat lié est ou non « *juridiquement dépendant* » ou, au contraire, « *juridiquement autonome* », s'il constitue un « *ensemble unifié* » ou un « *ensemble fractionné* »⁴. Sauf volonté expresse des parties ne nécessitant pas d'examen poussé, l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ne peut permettre au juge étatique d'appréhender la question de savoir si le régime procédural du contrat de base, régi dans notre cas par une convention d'arbitrage, peut être étendu à un contrat lié.

249. Enfin, concernant des difficultés relatives à l'étendue *ratione personae* de la compétence arbitrale, les règles favorables au rayonnement de la convention d'arbitrage à ceux que l'on désigne comme les « *tiers apparents* » – non signataires du contrat principal stipulant une convention d'arbitrage – font obstacle, dans de nombreuses hypothèses, à la caractérisation de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. En effet, l'inapplicabilité ne peut être manifeste alors que cette situation « *impose une analyse et une interprétation des liens susceptibles d'exister entre la convention litigieuse et le tiers* »⁵. Ainsi, il a été jugé que :

- la clause compromissoire stipulée dans un contrat de distribution conclu entre le distributeur et un fournisseur, n'est pas manifestement inopposable à une troisième société, appartenant au même groupe que l'une des sociétés, intervenue dans l'exécution du contrat avec l'accord de l'autre cocontractant⁶ ;
- la clause compromissoire stipulée dans un contrat de vente de gras d'ovins n'est pas manifestement inapplicable à l'action en garantie exercée par le sous-acquéreur contre le vendeur initial⁷ ;
- la convention d'arbitrage stipulée au contrat de classification conclu entre une société américaine de classification et le constructeur du navire n'est pas manifestement inapplicable aux propriétaires du navire⁸, ces derniers ayant assigné la société de classification pour obtenir l'indemnisation des conséquences d'une avarie ;
- la clause compromissoire stipulée au contrat de transport maritime conclu entre le transporteur et le chargeur, incorporée par référence à la charte-partie dans le

¹ Sur les différentes catégories d'ensemble de contrats liés devant l'arbitre, cf. F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, op. cit.

² F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, op. cit., p. 14, n° 25.

³ *Ibid.*, p. 15, n° 28.

⁴ *Ibid.*, p. 40, n° 57.

⁵ E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », op. cit.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Roger Albert Distribution c. British American Tobacco International*, op. cit.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n° 07-12349.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, op. cit.

connaissance, n'est pas manifestement inapplicable au destinataire du contrat de transport maritime, porteur du connaissance de charte-partie, ou aux assureurs subrogés dans les droits de ce dernier, solution posée par la première chambre civile de la Cour de cassation¹ à laquelle la chambre commerciale s'est ralliée² ;

- la clause compromissoire prévue dans les statuts d'une banque n'est pas manifestement inapplicable à l'action engagée par certains de ses actionnaires ces derniers se plaignant d'avoir été expropriés suite au rachat de leurs actions³ ;
- la clause compromissoire stipulée dans un contrat de mise en pension d'un animal entre une société exploitant une société raciale et une autre société, agissant pour le compte du propriétaire-vendeur de l'animal, n'est pas manifestement inapplicable à l'acquéreur qui intente une action en résolution de la vente, se plaignant des caractéristiques génétiques de l'animal ; bien que non-signataire du contrat, la transmission de la clause compromissoire dans une chaîne de contrats translatifs de propriété s'oppose à la prétendue inapplicabilité à un tiers non-signataire⁴ ;
- la clause compromissoire incluse dans un accord interprofessionnel liant des adhérents d'une coopérative agricole à une entreprise agro-alimentaire n'est pas manifestement inopposable à cette coopérative agissant en qualité d'ayant droit de ses adhérents contre l'entreprise agro-alimentaire⁵.

β).- *L'admission de l'inapplicabilité manifeste*

250. L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage peut être identifiée par le critère opératoire suivant, proposé par la jurisprudence, favorablement accueilli par la doctrine⁶ : l'« absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage »⁷.

251. En pratique, seules trois situations ont entraîné la caractérisation d'un cas d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage par les juges du fond, approuvés par la Haute juridiction.

252. Première situation, la clause compromissoire contenue dans un contrat de distribution ou de franchise est manifestement inapplicable aux actions nées de la procédure collective, ou sur lesquelles elle exerce une influence, engagées par le liquidateur ou le représentant des créanciers, c'est-à-dire l'action « *spécifiquement liée aux droits de la procédure collective : action en comblement de passif, obligation aux dettes sociales, faillite*

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Generali France c. Universal Legend*, navire Turcia, *Bull. civ.*, 2006.I.365, *Rev. arb.*, 2006.977, O. CACHARD ; *RTD com.*, 2006. 947, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire Lindos, *op. cit.*

² Cass. com., 21 fév. 2006, *société Belmarine c. société Trident Marine Agency Inc.*, Navire Pella, *op. cit.*

³ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Mme Alhinc et autres c. Banque de France et autre*, *op. cit.*

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct 2010, *Soc. Blonde génétique et autre c. SCEA Plante Moulet et autre*, en somm. in *Rev. arb.*, 2010.972 ; *Rev. arb.*, 2011.191, obs. Y. STRICKLER ; *D.*, 2010.2933, obs. Th. CLAY ; *D.*, 2010.2441, obs. X. DELPECH ; *JCP* 2010. 1989.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, *Euro luz c. Saint-Louis Sucre*, *Bull. civ.*, 2007.I.91 ; *D.*, 2007.1024, obs. X. DELPECH ; *Rev. arb.*, 2007, J. EL-AHDAB ; *JCP*, 2007.I.168, n° 13, obs. C. SERAGLINI ; *D.*, 2008.180, note Th. CLAY.

⁶ FX TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *UOP c. BP France*, *op. cit.*

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *UOP c. BP France*, *op. cit.*

personnelle, interdiction de gérer, action en nullité de la période suspecte »¹, actions qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal de la faillite².

Ces actions nées de la procédure collective, opposant parfois les organes de la procédure collective au cocontractant de la société en redressement ou liquidation judiciaire, fournisseur ou franchiseur, peuvent être aisément dissociées des actions purement et directement contractuelles opposant le distributeur et son fournisseur ou le franchisé et son franchiseur, relevant quant à eux de la compétence arbitrale en vertu de la clause compromissoire contenue au contrat. Comme le souligne la Haute juridiction, il suffit de constater que l'action engagée par l'organe de la procédure collective est menée « *dans l'intérêt des créanciers* ». L'inapplicabilité *ratione materiae* suffit alors à fonder la solution. Il s'agit sans conteste d'une inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage « *à raison de la matière* », *la survenance de la procédure collective soustrayant, de manière évidente, certains litiges à la convention d'arbitrage, que l'arbitrage soit interne ou international* »³. Il s'agit également d'une inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage à raison de la personne puisque les organes de la procédure collective ne sont pas liés par une clause compromissoire, exerçant une action sur le fondement de droits distincts dont ceux disposent le débiteur failli.

Ainsi, il a été jugé que la clause compromissoire contenue au contrat de distribution exclusive signé pour la distribution sur le territoire français de prothèses fabriquées par une société de droit américain, fournisseur, et une société française, distributeur, est manifestement inapplicable à l'action en comblement de passif engagée par le liquidateur dans l'intérêt des créanciers contre le fournisseur pour soutien abusif de la société distributrice liquidée⁴. La solution est constante⁵. De même, la clause compromissoire stipulée aux contrats de franchise et d'approvisionnement est manifestement inapplicable à l'action engagée contre le franchiseur par le représentant des créanciers, commissaire à l'exécution du plan, devant le tribunal de la procédure collective à l'effet de voir désigner un expert chargé de déterminer l'aggravation du passif⁶, puisqu'il s'agit d'une « *action engagée au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* ».

Toutefois, l'ouverture d'une procédure collective ne rend pas le contentieux purement contractuel inarbitrable. La clause compromissoire stipulée aux contrats de franchise ou de distribution sera ainsi applicable aux organes de la procédure collective lorsqu'ils « *exercent les droits et actions du débiteur lui-même* » résultant du contrat, en qualité de représentant du débiteur dessaisi, autrement dit lorsque le liquidateur « *endosse alors l'habit* »⁷ du débiteur.

¹ J. ORTSCHIEDT, « Inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage et procédure collective », *op. cit.*

² Cf. sur la question : CA Orléans, 8 mars 2001, *Rev. arb.*, 2003, p. 212, obs. Ph. FOUCHARD.

³ J. ORTSCHIEDT, « Inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage et procédure collective », *op. cit.*

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2009, n° 08-12494, *Cah. Arb.*, 2010, n° 2, p. 453, note J. ORTSCHIEDT ; *Rev. arb.*, 2011.191, Y. STRICKLER.

⁵ Cass. com., 13 juin 2006, *société Prodim c. société Gemodis*, *Rev. arb.*, 2006.955 ; *JCP G*, 2006, I, 187, n° 10, obs. C. SERAGLINI ; Cass. com., 14 janv. 2004, *Bull. civ.*, 2004.IV.10 ; *Rev. arb.*, 2004, p. 591, note P. ANCEL : « *le liquidateur, qui n'était pas partie au contrat stipulant la clause compromissoire, agit en responsabilité dans l'intérêt des créanciers contre le franchiseur pour soutien abusif apporté à la société franchisée, ce dont il résulte que ladite clause est étrangère au litige* » (l'effet négatif n'était pas visé, mais un cas d'inapplicabilité manifeste aurait pu être caractérisé).

⁶ Cass. com., 13 juin 2006, *JCP G*, 2006, I, 187, n° 10, obs. C. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2006, p. 955

⁷ Y. STRICKLER, « Chronique de jurisprudence française – La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010) », *op. cit.*, p. 193, n° 5.

La clause compromissoire reste valable, et ne pourra être considérée comme manifestement nulle¹. Seuls les pouvoirs du tribunal arbitral seront restreints relativement au débiteur soumis à la procédure collective. Ce dernier ne pourra en effet être condamné au paiement. Mais le tribunal arbitral conservera la possibilité de statuer sur le principe et le montant de la créance due par le débiteur soumis à la procédure collective. A ainsi été écartée l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire lorsque les organes de la procédure collective initient, pour le nom et pour le compte du débiteur contre le cocontractant de la société soumise à la procédure collective, une action en nullité de la convention principale comportant la clause compromissoire dans les conditions de droit commun, une action en résiliation du contrat principal² ou encore une action en paiement de dommages et intérêts sur le fondement du droit commun et non sur le fondement des règles de la procédure collective³.

253. Seconde situation, une convention d'arbitrage est manifestement inapplicable en cas d'« absence pure et simple de clause compromissoire »⁴, combinée à la présence d'un autre mode de règlement des différends, à l'image d'une convention d'élection de for. Autrement dit lorsque « les parties expriment formellement, c'est-à-dire de façon apparente, leur volonté d'exclure l'extension de la convention d'arbitrage »⁵, l'existence d'une volonté contraire. C'est la manifestation expresse de la volonté contraire des parties – soumettre leur litige à la compétence de la justice publique – qui seule permet de caractériser, avec certitude et sans investigation poussée, l'incompétence arbitrale

Trois cas d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire résultent de cette situation.

Ainsi, a été jugée manifestement inapplicable au litige la clause compromissoire stipulée aux conditions générales d'un contrat de certification introduite en 1990 alors que les conditions générales en vigueur en 1980, date de la certification du navire, et donc applicables au contrat de certification, comportaient une clause attributive de juridiction⁶. L'évidence de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage résulte tout simplement de son absence pure et simple de la version des conditions générales antérieures, en vigueur lors de la formation du contrat ; la clause compromissoire avait été introduite postérieurement dans la nouvelle version des conditions générales.

Ensuite, les réservations de fret stipulant des clauses compromissoires et prévoyant l'annulation et le remplacement de ces documents par les stipulations du connaissement comportant quant à eux des conventions d'élection de for permettent de caractériser un cas d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage au porteur du connaissement⁷. C'est

¹ Cf. Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et faillites », *Rev. arb.*, 1998.471 ; *Ecrits, op. cit.*, p. 179.

² Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2007, *Prodim c. De Abreu, op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Bull. civ.*, 2010.I.26, *op. cit.*

³ Cass. com., 4 mars 2003, n° 99-17307.

⁴ O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 897, n° 8.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2006, *société Champion supermarché France (CSF) c. société Recape, Rev. arb.*, 2006, p. 959,

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 27 avr. 2004, *Bureau Véritas c. Aaliste, Navire L'Estonia, Bull. civ.*, 2006.I.112 ; *JDI*, 2005.349, note O. CACHARD ; *JPC E.*, 2004.1973, note J. BÉGUIN ; *Rev. arb.*, 2004.851 ; *RTD com.*, 2005, p. 486, note E. LOQUIN.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a., op. cit.*

encore ici la volonté explicite des parties – novation expresse –, exprimée dans l’avant-contrat lui-même qui contenait la convention d’arbitrage, de remplacer et d’annuler les stipulations de cet avant-contrat par les stipulations du connaissance comportant un autre mode de règlement des différends – une convention d’élection de for prévoyant la compétence des juridictions indonésiennes – qui permet au juge étatique d’être certain de l’incompétence arbitrale et de la compétence de la justice publique. Dans cette hypothèse particulière, l’*animus novandi* s’étendait à la clause compromissoire elle-même. Mais, en l’absence de volonté contraire, les juridictions d’État devraient écarter l’inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, au regard de l’autonomie de la convention d’arbitrage par rapport au contrat principal. La question divise la doctrine¹. Un examen approfondi de la volonté des parties, afin de vérifier si l’*animus novandi* s’étend à la convention d’arbitrage est nécessaire. La caractérisation de l’inapplicabilité manifeste est alors impossible.

Enfin, dans la dernière espèce, les parties étaient liées d’une part, par des contrats d’approvisionnement comportant une clause compromissoire, d’autre part, par des contrats de gage garantissant l’approvisionnement stipulant une clause attributive de juridiction au profit du tribunal de commerce de Caen. Des difficultés survenues concernant les contrats d’approvisionnement ont été soumis au tribunal arbitral. Puis, la société Recape a saisi en référé-provision le tribunal de Caen d’une demande en remboursement des sommes qui avaient fait l’objet d’un dépôt de garantie en exécution du contrat de gage. La Cour de cassation a approuvé la cour d’appel de Caen d’avoir jugé la clause compromissoire stipulée aux premiers contrats manifestement inapplicable aux litiges nés des seconds contrats. Compte tenu des liens économiques étroits existant entre ces contrats conclus par les mêmes parties – opération économique unique –, il est fort probable que la clause compromissoire n’aurait pas été jugée manifestement inapplicable en l’absence de la stipulation expresse d’un autre mode de règlement des différends dans le contrat de gage ; les règles relatives à l’extension de la clause compromissoire dans un groupe de contrats s’y seraient opposées. Mais en l’espèce, le doute est écarté par la présence d’un autre mode de règlement des différends : les parties ont incontestablement « voulu distinguer les contrats par des clauses contraires »².

254. Troisième situation, une clause compromissoire stipulée à un contrat serait également manifestement inapplicable à un contrat conclu entre les mêmes parties, concernant une même opération économique, mais ayant un objet différent. Alors qu’un contrat de franchise comportait une clause compromissoire, le franchisé a porté un litige relatif au contrat de location-gérance, ne stipulant pas lui de clause compromissoire, devant les juridictions publiques. Le franchiseur a alors opposé une exception d’arbitrage tirée de la clause compromissoire stipulée au contrat de franchise. La Cour de cassation approuve les

¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 452, n° 727 ; P. ANCEL, « Arbitrage et novation », *Rev. arb.*, 2002.3. *Contra*, E. LOQUIN, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l’extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *op. cit.*, n° 44. Pour une position nuancée reposant sur la volonté des parties quant à la portée de la clause compromissoire, F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l’arbitre du commerce international*, *op. cit.*, p. 159, n° 251.

² Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, *société Champion supermarché France (CSF) c. société Recape*, *op. cit.*

juges du fond d'avoir caractérisé l'inapplicabilité manifeste d'une telle convention¹. Contrairement aux hypothèses précédents d'inapplicabilité manifeste, le contrat de location-gérance ne comportait pas de clause attributive de compétence.

A l'appui de cette solution, on peut invoquer la différence d'objet de ces contrats. L'un stipulant une clause compromissaire est un contrat de franchise, défini comme la « *convention visant à organiser l'utilisation des éléments constitutifs de la réussite commerciale du franchiseur, par les franchisés soumis corrélativement à un certain nombre d'obligations, de paiement, d'information, de confidentialité, de non concurrence* »² ; l'autre est un contrat de location-gérance de fonds de commerce, « *convention par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède partiellement ou totalement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls* »³. Ces contrats ont des objets distincts ; ils ne constitueraient pas un « *ensemble indivisible* » - car ils n'auraient pas « *besoin l'un de l'autre pour exister* »⁴. Aussi, l'absence de clause compromissaire contenue dans l'un des contrats suffirait à caractériser l'inapplicabilité manifeste de cette clause à l'autre contrat.

Cependant, on peut débattre de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissaire contenue au contrat de franchise alors que les contrats de franchise et de location-gérance présentent des « *liens économiques étroits* »⁵, que les parties aux deux contrats sont identiques, et que le contrat litigieux ne prévoit pas de clause de règlement des différends. En ce sens, un auteur observe qu'« *une pratique se développe de plus en plus et consiste à mettre en œuvre des franchises par l'intermédiaire des contrats de location-gérance, essentiellement pour éviter que le franchisé et locataire-gérant ne bénéficie de la propriété commerciale* »⁶. Incontestablement, « *les deux contrats sont clairement distincts* »⁷. Mais ces contrats ne visent-ils pas à mettre en place une opération économique unique, cette forme originale de franchise ? Y avait-il trace de la volonté commune des parties, dans l'un ou l'autre des contrats en cause, de lier les deux contrats, par exemple en conditionnant la signature du contrat de franchise au contrat de location-gérance, autrement dit, de volonté conventionnelle de rendre ces contrats indivisibles ? A défaut d'indivisibilité subjective ou objective, n'est-on pas en présence de contrats tout au moins « *complémentaires* »⁸, c'est-à-dire, des « *conventions juridiquement nécessaires à la réalisation de l'opération voulue par les parties* »⁹ ? Différentes formes de complémentarité ont pu être identifiées, requérant l'examen de la commune volonté des parties¹⁰. L'hypothèse envisagée nous semble relever tout au moins de la complémentarité la plus lâche : « *le contrat est simplement utile à la réalisation de l'objet de l'accord initial [...] si cette utilité était envisagée par les parties au*

¹ Cass. com., 8 déc. 2009, n° 09-11117, *Soc. Prodim c. soc. Beara Distribution*, en somm. in *Rev. arb.*, 2010, p. 177 ; *LPA*, 2010, n° 202, 11 oct. 2010, note R. IRRA DE LA CRUZ ; *Rev. arb.*, 2011.191, note Y. STRICKLER, p. 193, n° 5.

² D. FERRIER, « Franchise », *Rép. Dalloz de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1996, n° 1.

³ Art. L. 144-1 du code de commerce.

⁴ F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, op. cit., p. 59, n° 84.

⁵ CA Paris, 23 nov. 1999, *Rev. arb.*, 2000.501, note X.Y. LI-KOTOVTCHIKINE.

⁶ H. KENFACK, « Location-gérance de fonds de commerce », *Rép. Dalloz de droit commercial*, Paris, Dalloz, 2006, n° 46.

⁷ *Ibid.*

⁸ F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, op. cit., pp. 45 et s.

⁹ *Ibid.*, p. 45, n° 62.

¹⁰ *Ibid.*, p. 48, n° 68.

moment de la conclusion »¹. Le doute quant à l'éventuelle complémentarité des contrats n'aurait-il pu profiter à l'arbitrage ? Comme l'observe un auteur, dans cette hypothèse, « *seule une analyse juridique non superficielle permettait de répondre, ce qui dépasse donc le cadre de la constatation manifeste* »². L'inapplicabilité manifeste ne devrait être selon nous retenue seulement si la clause compromissoire est « *incontestablement étrangère soit aux parties en cause, soit au litige qui les oppose* », ce qui n'était pas le cas dans les deux espèces visées.

b).- Vérification théorique : le caractère manifeste, illustration de l'apparence ostentatoire

255. Il s'agit de l'élément central de la mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence : le contrôle de la nullité et de l'inapplicabilité se doit, en principe, d'être *manifeste*. La limitation au caractère manifeste de la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage lors du contrôle permet de déterminer si une législation, nationale ou internationale, admet ou non l'effet négatif du principe compétence-compétence. Aussi, l'ajout d'une expression – *prima facie* – est au cœur des débats en droit comparé³.

Depuis son introduction dans le Code de procédure civile lors de la réforme de 1980-1981, repris aujourd'hui par la nouvelle réforme, le caractère manifeste – de la nullité ou de l'inapplicabilité, peu importe – a fait l'objet de multiples essais définitionnels. On partira de l'excellente définition de la nullité manifeste proposée par Philippe Fouchard : « [l]a *notion de nullité manifeste doit s'entendre strictement : il s'agit d'une nullité évidente, incontestable, qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute. Elle n'a qu'à être constatée* », comme le déclare l'article 1444 »⁴. Cette définition fait écho, comme l'a exposé une partie de la doctrine avant nous⁵ et retenu certains arrêts⁶, à celle de la contestation sérieuse du juge des référés, « *le juge de l'évident et de l'incontestable* »⁷. Le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité se rattache ainsi à l'*apparence ostentatoire* précédemment présentée⁸. L'apparence vraisemblable de compétence arbitrale ne peut donc être détruite que par une apparence ostentatoire d'incompétence arbitrale. C'est d'ailleurs à ce dernier aspect de l'apparence, l'« *apparence, caractère ostensible d'une chose* », qu'un spécialiste de la notion d'apparence rattache le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage par les juges étatiques⁹.

256. De cette définition et de son rattachement à la notion d'apparence ostentatoire, il est possible d'extraire deux éléments fondamentaux du caractère manifeste de l'incompétence

¹ *Ibid.*, p. 49, n° 68.

² Th. CLAY, *D.*, 2010.2933.

³ Sur les divergences d'étendue du contrôle de la convention d'arbitrage en droit comparé, cf. W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, p. 19 soulignant que « [t]he most significant dividing line relates to whether the judge will make a full inquiry into the parties' intent, or simply a summary examination, applying what is sometimes called a *prima facie* standard ».

⁴ Ph. FOUCHARD, « La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *op. cit.*, spéc. p. 19.

⁵ M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n° 93 et s.

⁶ CA Paris, 2 juin 2004, *Cineco c. Shure Brothers* ; CA Paris, 30 juin 2004, *Frantonin c. ITM*, *Rev. arb.*, 2005.673, note J.-B. RACINE, qui se réfère au « *caractère évident et incontestable* » de l'incompétence arbitrale.

⁷ P. DRAI, « Le référé dans la société en 1980 », in *Journée d'Etude, TGI Paris*, 1980, spéc. p. 36.

⁸ Cf. *supra*, n° 146 et 147.

⁹ A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, *op. cit.*, p. 8, n° 11.

arbitrale. Est manifeste ce qui se révèle au terme d'un *examen sommaire* d'une part, avec *certitude*¹ d'autre part.

257. Premier élément, ce qui est manifeste – en l'espèce, la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage – est « évident »², autrement dit se révèle au terme d'un *examen sommaire*. L'expression d'« examen sommaire », occasionnellement utilisée par la doctrine française³ ou par la jurisprudence⁴ comme synonyme du caractère « manifeste », est celle consacrée par le droit suisse, l'article 179 al. 3 LDIP permettant au juge d'appui de désigner un arbitre à la demande d'une partie « à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage »⁵. De nombreuses définitions doctrinales insistent sur ce point. Ainsi, cette exigence est rappelée à travers le concept de contrôle « *prima facie* »⁶, de contrôle « *superficiel* »⁷, un auteur parlant encore de « *droit de regard [...] fortement limité* »⁸. L'incompétence arbitrale, résultant de la nullité ou de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage « *doit sauter aux yeux* »⁹, « *au premier coup d'œil* »¹⁰, être « *décelable à la seule lecture de la clause* »¹¹. L'évidence doit être rattachée à la théorie de l'apparence¹² ; elle consiste pour l'observateur – le juge étatique en l'espèce – dans l'« *autorisation ou [le] devoir de s'en tenir à l'aspect extérieur des choses* »¹³, à s'en tenir à « *un simple examen extrinsèque* »¹⁴. Qu'est-ce que cela signifie concrètement pour le juge du fond en charge du contrôle de la convention d'arbitrage ? La Cour de cassation, par le

¹ Ces deux éléments sont également mis en évidence dans l'excellente définition de D. COHEN, note sous CA Paris, 1^{er} déc. 1993, *Rawlings c. société Kevirkian et Partners*, *Rev. arb.*, 1994.695) : « [d]e manière générale, doctrine [réf. omises] et jurisprudence [réf. omises] retiennent une interprétation stricte du caractère de nullité manifeste, qui doit apparaître comme une nullité évidente, incontestable » ou dans la définition plus récente de la nullité manifeste donnée par Ph. FOUCHARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *Rev. arb.*, 1999.260, p. 271 : « nullité évidente, incontestable, décelable *prima facie* ».

² Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, n° 03-16695 : « ayant fait ressortir l'inapplicabilité évidente de la convention d'arbitrage » ; E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *op. cit.* : « [l']inapplicabilité comme la nullité est manifeste lorsqu'elle est évidente [...] » ; D. COHEN, note sous CA Paris, 1^{er} déc. 1993, *Rawlings c. société Kevirkian et Partners*, *op. cit.* ; M. VASSEUR M., note sous CA Paris, 14 décembre 1987, *Cie de Signaux et d'entreprises électriques c. BNP et Crédit populaire d'Algérie*, *op. cit.* : « ce qui ressort de l'évidence, de ce qui peut être constaté *prima facie* sans autre examen ».

³ M. REMOND-GOUILLOUD, « L'inopposabilité d'une clause compromissoire ne permet pas d'échapper au principe compétence-compétence », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Steinweg Handelsweem c. Generali France assurances*, *op. cit.*, p. 414.

⁴ CA Paris, 7 fév. 2008, en somm. in *Rev. arb.*, 2008, p. 827

⁵ Art. 179 LDIP.

⁶ L'expression est utilisée notamment par E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, pp. 316-317 ; I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *op. cit.*, n° 6 : « [l]e critère, pour retenir la compétence étatique, est qu'un examen *prima facie*, dépourvu des subtilités de l'argumentation, suffise à écarter la clause [...] » ; E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *op. cit.*

⁷ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 717.

⁸ E. MEZGER, note sous CA Paris, 26 nov. 1981, *Société internationale du siège c. société Bocuir*, *op. cit.*, p. 453.

⁹ Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. com., 21 fév. 2006, *société Belmarine c. société Trident Marine Agency Inc.*, navire *Pella*, *op. cit.*, p. 385.

¹⁰ O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 717.

¹¹ E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *op. cit.* ; « Compétence arbitrale – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 105.

¹² A. DANIS-FÂTOME, *Apparence et contrat*, *op. cit.*, p. 7, n° 11.

¹³ *Ibid.*, p. 8, n° 11.

¹⁴ J. ROBERT et B. MOREAU, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, p. 103, n° 125.

contrôle qu'elle opère, a eu l'occasion de le préciser : il est interdit aux juges français de procéder à « *un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage* »¹, c'est-à-dire, de mener « *une analyse complexe en fait et en droit du litige* »². L'existence d'une incertitude sur l'application d'une clause compromissoire nécessitant « *un débat au fond* »³ suffit à écarter le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité. Ces éléments peuvent donc guider les juges du fond.

Concrètement, certains indices traduisent l'absence de caractère manifeste. Par exemple, le fait que les défendeurs au contredit doivent développer une « *argumentation* » démontre « *qu'une interprétation de la situation juridique des différents intervenants était nécessaire* »⁴. Ce qui est manifeste ne nécessite pas d'interprétation des faits ou de la volonté des parties⁵, ni une recherche en droit : la Cour de cassation approuve ainsi la cour d'appel d'avoir caractérisé l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage car elle « *n'a pas eu à procéder à une quelconque interprétation* »⁶, mais censure au contraire un juge d'appui qui a refusé de procéder à la désignation d'arbitrage demandée motif pris de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage car il « *a interprété certaines stipulations de la clause compromissoire* »⁷. Le caractère manifeste implique ni « *discussion ni possibilité d'interprétations divergentes* »⁸. Le raisonnement mené à propos de la « *contestation sérieuse* » concernant le juge des référés est alors transposable à la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage puisqu'ils relèvent de la même acception de la notion d'apparence : « *[s]i la solution du problème conduit le juge des référés à une appréciation juridique motivée qui fait la part entre la thèse de l'un et celle de l'autre, il excède ses pouvoirs dans la mesure où il est obligé de discuter juridiquement pour écarter l'une de ces thèses qui est donc forcément sérieuse. Lorsque le juge des référés, pour repousser une contestation, est obligé de bâtir un raisonnement juridique que ne dénierait pas un juge du fond, il va au-delà de ses pouvoirs* »⁹. Le juge français n'a pas non plus à rechercher le droit applicable à la convention d'arbitrage en présence d'un arbitrage international. En aucun cas

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*, expression repris de la cour d'appel, CA Paris, 4 déc. 2002, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*, p. 1290 : « *interdisent par voie de conséquence au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage, et ce, quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral* ».

² Cass. civ. 1^{ère}, 11 fév. 2009, *Laviosa c. Afitex*, *op. cit.* Cf. le pourvoi, qui souligne l'absence de caractère manifeste au regard de la caducité du contrat principal : « *en procédant, pour retenir la caducité de la convention d'arbitrage, à une analyse complexe en fait et en droit du litige l'ayant conduite à déclarer que les demandes d'indemnisation portaient sur une vente étrangère à la convention principale et à la clause d'arbitrage visant pourtant tous les litiges nés du contrat de distribution exclusive et d'agence et des contrats annexes avant ou après sa résiliation* ».

³ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Mme Alhinc et autres c. Banque de France et autre*, *op. cit.*

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 sept. 2009, *Société Aig Europe c. société Nuovo Pignone*, pourvoi n° 08-15708 : « *l'argumentation développée par les défenderesses au contredit démontrait par elle-même qu'une interprétation de la situation juridique des différents intervenants était nécessaire* » « *la cour d'appel a pu en déduire que l'inapplicabilité de la clause compromissoire n'était pas manifeste* »; rapportée en somm. in *Rev. arb.*, 2009.921.

⁵ En ce sens, E. LOQUIN, « *Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* », *op. cit.*

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, *op. cit.* : « *la cour d'appel, qui n'a pas eu à procéder à une quelconque interprétation* ».

⁷ Dans le même sens, Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2005, n° 04-10455 et 04-10456 et 04-10547, *op. cit.*

⁸ D. BENSUADE, note sous *Rev. arb.*, 2006.936, n°3.

⁹ Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, *op. cit.*, pp. 96-97.

le juge français n'a à se justifier sur les règles de droit au regard desquelles le caractère manifeste est opéré dans le cas d'un arbitrage international¹. Il reste à déterminer si l'examen sommaire de la nullité ou de l'inapplicabilité autorise « l'appréciation de faits complexes »², comme l'a jugé la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Jules Verne*. On peut en douter avec un auteur : « l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage n'est plus incontestable, car un doute existe, lequel ne peut être levé que par une interprétation de la volonté des parties ou une analyse approfondie des données factuelles du litige »³. Ce contrôle sommaire ne doit pas être envisagé comme un contrôle purement factuel, autorisant un examen étendu des faits. Le caractère sommaire de l'examen concerne aussi bien le droit que les faits du litige.

258. Second élément, ce qui est manifeste est certain. Les juges doivent acquérir la certitude de la nullité ou de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Autrement dit, la nullité et l'inapplicabilité manifestes et donc la compétence de la justice publique sont exclusives du doute⁴, au contraire de l'apparence vraisemblable de compétence arbitrale. Cet élément est occasionnellement souligné par les juges du fond : la convention d'arbitrage doit « être écartée sans pouvoir laisser place à une solution contraire »⁵, approuvée par la Haute juridiction pour laquelle l'« incertitude » constatée quant à la nullité ou l'inapplicabilité de la convention doit faire obstacle à la mise en œuvre de l'effet négatif⁶. Ainsi, il a été jugé que constitue un indice du caractère incertain de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage l'existence d'un jugement étranger ayant jugé la clause compromissoire litigieuse opposable⁷. La certitude est également requise dans de nombreuses définitions doctrinales. Selon Philippe Fouchard ou encore MM. Loquin et Cohen, la nullité est manifeste si elle présente un

¹ C'est ce que l'on peut déduire par ex. de Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer* : « qu'ayant relevé qu'en l'état de la décision américaine ayant jugé que la clause compromissoire était opposable à la copropriété Jules Verne..., l'analyse complexe en fait et en droit du litige ne pouvait conduire à écarter la clause d'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi de procédure, en a justement déduit que la clause d'arbitrage n'étant pas manifestement inapplicable ».

² CA Paris, 4 déc. 2002, *American Bureau of Shipping c. Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, p. 1291 : « considérant que l'examen sommaire de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause arbitrale n'exclut pas l'appréciation de faits complexes, pourvu que la convention d'arbitrage puisse être écartée sans pouvoir laisser à une solution contraire ; qu'à l'évidence, ceci n'est pas le cas en l'espèce ; que l'analyse complexe en fait et en droit à laquelle invitent la Cour [...] ne peut être comparée au constat de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste »

³ E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *op. cit.* En ce sens également, cf. Y. STRICKLER, « Chronique de jurisprudence française – La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010) », *op. cit.*, p. 197, n° 7.

⁴ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 100 : « [l']existence d'un doute sur la nullité de la clause suffira à lui faire perdre son caractère manifeste [...] » et n° 105 : « l'inapplicabilité manifeste se constate prima facie. Elle ne suscite aucun doute tellement elle est évidente ».

⁵ CA Paris, 4 déc. 2002, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, p. 1291.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Mme Alhinc et autres c. Banque de France et autre*, *op. cit.* En ce sens également, cf. J. ROBERT et B. MOREAU, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, p. 103, n° 125.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.* : « qu'ayant relevé qu'en l'état de la décision américaine ayant jugé que la clause compromissoire était opposable à la copropriété Jules Verne..., l'analyse complexe en fait et en droit du litige ne pouvait conduire à écarter la clause d'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi de procédure, en a justement déduit que la clause d'arbitrage n'étant pas manifestement inapplicable ».

caractère « *incontestable* »¹. Cette caractéristique est également mise en exergue par un autre auteur : « *est manifeste « ce qui ne souffre aucune discussion possible, sinon de la part d'une partie manifestement de mauvaise foi »* »². C'est le même caractère exclusif de doute que l'on retrouve dans les définitions doctrinales proposées de l'inapplicabilité manifeste, notion qui « *ne suscite aucun doute tellement elle est évidente* »³. C'est également cette quasi certitude que l'on retrouve dans un des rares textes de droit étranger à reconnaître l'effet négatif du principe compétence-compétence, le droit mauricien, exigeant une « *très forte probabilité* » que la clause compromissoire soit nulle, non opérative ou insusceptible d'être mise en œuvre⁴.

Si, pour prononcer le renvoi à l'arbitrage ou la désignation d'arbitre(s), il n'est pas nécessaire que les juges acquièrent la certitude de la compétence arbitrale, la seule apparence vraisemblable – laissant subsister un certain doute quant à sa conformité avec la réalité juridique – étant suffisante à opérer le renvoi à l'arbitrage, la destruction de cette apparence de convention d'arbitrage se fait au contraire au prix de la certitude : les juges, au terme de ce contrôle manifeste, doivent être certains de la nullité ou de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. On ne peut se contenter du « *non-engagement apparent de son adversaire* »⁵. Il ne doit pas subsister l'ombre d'un doute. Ainsi, la seule possibilité qu'une clause compromissoire soit applicable ou valide doit conduire au renvoi à l'arbitrage, comme le souligne la Cour de cassation : n'est pas manifestement inapplicable la clause « *susceptible d'être appliquée aux assureurs subrogés dans les droits du destinataire porteur du connaissance* », peu importe qu'elle le soit en réalité.

La certitude que doit acquérir l'observateur au terme d'un examen restreint, limité à l'apparence, se retrouve bien évidemment dans les autres manifestations de la notion d'apparence ostentatoire. Ainsi, par exemple, en matière de référé, le juge ne peut-il allouer une provision que s'il acquiert la certitude de l'absence de contestation sérieuse⁶. L'absence de contestation sérieuse est alors définie comme « *la conviction absolue de l'existence d'un droit manifestement incontestable* »⁷. C'est donc « *la certitude absolue de l'existence du*

¹ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 99 : « [I]a nullité de la convention d'arbitrage sera manifeste lorsqu'elle sera incontestable ».

² M. VASSEUR, note sous CA Paris, 14 décembre 1987, *Cie de Signaux et d'entreprises électriques c. BNP et Crédit populaire d'Algérie*, *op. cit.*, pp. 249-250.

³ I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *op. cit.*, n° 6 : « [o]n admettra [...] que n'est manifeste que ce qui ne laisse aucune place à une solution contraire. Ainsi, dès lors qu'il existerait une possibilité que l'arbitre soit compétent, par une appréciation quelconque d'un élément de fait ou de droit, le juge étatique devra décliner sa compétence ».

⁴ R. H. DIWAN, S. A.H. MOOLLAN, « The New Mauritian International Arbitration Act 2008 », *Cah. Arb.*, 2010.309, spéc. p. 314 : « *a party shows, on a prima facie basis, that there is a very strong probability that the arbitration agreement may be null and void, inoperative or incapable of being performed* ».

⁵ A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, *op. cit.*, pp. 213 et s.

⁶ Le même raisonnement pourrait être mené, par exemple, pour l'intervention du juge des référés en cas de trouble manifestement illicite : le juge des référés doit être convaincu de l'illicéité du trouble (M. BRUSCHI, « Référé commercial », *Rép. Dalloz commercial*, Paris, Dalloz, 2007, n°s 43 et 44 selon lequel « [I]llicéité du trouble doit être manifeste et « sauter aux yeux » », citant P. BERTIN, « Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère », *Gaz. Pal.* 1983.2, chron. 419).

⁷ J.-P. ROUSSE, *Gaz. Pal.*, 1977, 1, Doctr., 249, spéc. p. 250, cité par Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, *op. cit.*, pp. 98-99.

droit »¹ qui permet au juge des référés, au terme d' « *un examen superficiel des droits en présence* »² de pouvoir allouer une provision.

On pourra toujours débattre du degré de certitude entre l'apparence justifiant l'intervention du juge des référés et l'apparence de nullité ou d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage justifiant le refus de mise en œuvre de l'effet négatif, la seconde étant plus exigeante que la première. Dans ce dernier cas, selon M. Strickler, « *on se doit de franchir un degré de plus [...] : le constat ne doit pas sauter aux yeux ; il doit crever les yeux* »³. Quoi qu'il en soit, dans le premier comme dans le second cas, l'examen *prima facie* de la situation en cause est plus proche de la certitude que de la vraisemblance. Les deux institutions relèvent de l'apparence ostentatoire.

C'est le même mode de raisonnement que devra suivre le juge saisi *a priori* : il ne pourra refuser la mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence que s'il acquiert cette « *certitude absolue* » de la compétence de la justice publique et corrélativement de l'incompétence arbitrale. Ainsi, « *une incertitude, si faible soit-elle* »⁴, « *[l]e moindre doute doit l'amener à rejeter* »⁵ la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage.

259. En définitive, il résulte de ces développements que si toute cause d'incompétence peut être contrôlée, ce n'est que de manière manifeste. L'apparence vraisemblable de compétence arbitrale ne peut être anéantie qu'en présence de l'apparence contraire – l'apparence de compétence de la justice publique – qui doit au contraire être certaine, ne laissant part à aucun doute possible dans l'esprit de l'observateur au terme d'un examen superficiel : l'apparence d'incompétence arbitrale doit être *ostentatoire*.

Mais ces exceptions sont cantonnées dans une limite temporelle. Ce seuil, obligeant alors les juridictions françaises à renvoyer les parties à l'arbitrage en toute hypothèse, peu importe qu'elles estiment la convention d'arbitrage manifestement nulle ou inapplicable, est constitué par la saisine du tribunal arbitral.

B.- L'absence de saisine du tribunal arbitral

260. C'est uniquement jusqu'à la saisine du tribunal arbitral que les exceptions à l'effet négatif du principe compétence-compétence peuvent être invoquées. Passé ce seuil temporel décisif, les juridictions devront renvoyer en toutes circonstances les parties devant le tribunal arbitral, sans pouvoir opérer un quelconque contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Priorité absolue est alors donnée au tribunal arbitral pour statuer sur la compétence juridictionnelle générale – attribution du litige à la justice publique ou à la justice privée –. L'apparence de compétence arbitrale créée ne peut plus alors être détruite par l'apparence contraire, même ostentatoire.

¹ Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, op. cit., p. 98.

² *Ibid.*, p. 99.

³ Y. STRICKLER, « Chronique de jurisprudence française – La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010) », op. cit., p. 198, n° 10. L'expression a également été utilisée par J. ROUCHE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Daso c. Prodim*, *Rev. arb.*, 2007.545, p. 549.

⁴ J. NORMAND, obs. in *RTD civ.*, 1979.655.

⁵ J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 63, cité par Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, op. cit., p. 98.

261. Cette limite temporelle au jeu des exceptions s'impose aussi bien au juge saisi au fond d'un litige identique à celui porté devant le tribunal arbitral, qu'au juge d'appui, que l'arbitrage soit interne ou international.

Concernant tout d'abord le juge du fond, cette restriction temporelle est expressément posée par le nouvel article 1448 al. 1^{er} CPC applicable à l'arbitrage international sur renvoi de l'article 1506 1^o CPC, dans la continuité des anciennes dispositions¹ : la juridiction d'État doit se déclarer incompétente « *sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi* ».

Concernant ensuite le juge d'appui, cette limitation au domaine des exceptions n'est pas expressément posée par l'actuel article 1455 CPC, comme elle n'était pas d'ailleurs spécifiée par les anciens articles 1444 et 1493 CPC². Toutefois, elle transparait de cette disposition. En effet, selon l'article 1455 CPC, l'exception de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage doit permettre de faire obstacle à la désignation du ou des arbitre(s), quel que soit le différend à l'origine de l'intervention du juge d'appui : imparité (1451 al. 3 CPC), absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres (1452 CPC), arbitrage multipartite (1453 CPC) ou « *tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral* » (1454 CPC). Or, comme nous le verrons, ce n'est qu'une fois la désignation du ou de(s) arbitres effectuée que le tribunal arbitral est considéré saisi. Aussi, généralement, l'intervention du juge d'appui se fera nécessairement *en amont de la saisine du tribunal arbitral*, lors de la demande de désignation initiale d'un arbitre. Cette interprétation est confortée par la position de l'article 1455 CPC dans l'architecture du Code de procédure civile : il est édicté en amont des dispositions permettant la « *reconstitution* » du tribunal arbitral et précède la définition de la saisine du tribunal arbitral retenue par l'article 1456 CPC. Consécutivement, il nous semble que si, plus marginalement, la demande de désignation d'arbitres peut survenir également *en cours d'instance arbitrale*, en cas de récusation, d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission d'un arbitre, ou encore de révocation du consentement unanime des parties, l'article 1455 CPC ne devrait pas être applicable à ces hypothèses de remplacement d'arbitres. Le juge d'appui devrait prêter son concours automatiquement, même en cas de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Une telle solution est sans doute souhaitable afin de maintenir la cohérence des interventions entre juge d'appui et juge saisi du fond, l'apparence vraisemblable de compétence arbitrale résultant de la seule existence de la procédure arbitrale, même si cette dernière connaît quelques vicissitudes.

262. Cette limitation au pouvoir de contrôle du juge de l'apparence de compétence arbitrale après que le tribunal arbitral ait été saisi, est-elle opportune ? Elle nous semble en effet opportune (1). Il restera ensuite à établir si la définition qui en est retenue est adaptée aux motifs qui justifient son opportunité (2).

¹ Cf. l'ancien art. 1458 alinéa 1^{er} et 2nd CPC, cette limite résultant de leur interprétation combinée.

² Sur les difficultés d'interprétation des anciens textes afin de déterminer si le juge d'appui pouvait contrôler la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage en cours d'instance arbitrale, cf. Ph. BERTIN, « L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 1982.344 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, p. 512, n° 856.

1).- Une limite opportune

263. Cette « *priorité absolue* » de l'arbitre pour statuer sur sa compétence est-elle bien légitime ? On peut se le demander alors que la condition même du renvoi à l'arbitrage consiste en principe dans l'apparence de compétence arbitrale. Cependant, plusieurs raisons plaident pour le maintien de cette limite temporelle au jeu des exceptions de nullité et d'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage.

Tout d'abord, cette présomption irréfragable – le temps du procès arbitral – d'apparence de compétence arbitrale nous semble parfaitement légitime au regard de *la seule existence de l'instance arbitrale*. Si une instance arbitrale est en cours, c'est généralement qu'il y a quelques indices de convention d'arbitrage qui ont permis la mise en place du tribunal arbitral. En effet, il y a peu de risques qu'un tribunal arbitral soit constitué en l'absence de toute apparence de convention d'arbitrage. En cas de refus de participation à la constitution du tribunal arbitral par l'une des parties, l'intervention de l'autorité de soutien à la constitution du tribunal arbitral, quelle qu'elle soit – juge étatique, organe d'un centre d'arbitrage –, est toujours subordonnée à l'existence de l'apparence d'une convention d'arbitrage. Ce seul élément suffit donc à justifier le renvoi automatique du juge étatique devant le tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence.

Ensuite, et plus fondamentalement, il faut en revenir à la fonction principale du principe compétence-compétence dans son ensemble pour comprendre cette limite temporelle au jeu des exceptions : l'objectif de ce principe est d'éviter les procédures parallèles et les conflits de compétence entre justice publique et justice privée. Dès lors que la procédure arbitrale est engagée, une procédure étatique ne doit pas pouvoir être engagée même si le juge estimait la convention d'arbitrage manifestement nulle ou inapplicable : il doit faire confiance au tribunal arbitral. La suppression des exceptions impose ainsi au juge étatique le renvoi automatique du litige devant le tribunal arbitral, les intérêts de l'ordre étatique n'étant pas complètement sacrifiés puisque le contrôle de la compétence arbitrale – et de la compétence juridictionnelle générale – pourra être opéré par un autre juge étatique, celui du contrôle *a posteriori* de la sentence arbitrale. L'impératif de ne pas dupliquer les procédures devant la justice publique et la justice arbitrale doit primer sur toute autre considération.

264. Cette limite temporelle d'application aux exceptions de l'effet négatif était rarement rappelée par la jurisprudence ces dernières années, voire oubliée, nos doutes ayant été renforcés par un arrêt du 4 juillet 2006 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation¹ par lequel les juges ont contrôlé les exceptions à l'effet négatif alors que le tribunal arbitral était déjà saisi² Cependant, dans l'espèce, le litige opposant deux sociétés concernait d'une part des contrats d'approvisionnement prioritaire stipulant une clause compromissoire, et, d'autre part, des contrats de gage contenant une clause attributive de juridiction. A la lecture de l'arrêt, il apparaît que seuls les litiges relatifs aux contrats d'approvisionnement

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, *société Champion supermarché France (CSF) c. société Recape*, Bull. civ., 2006.I.337 : le pourvoi se fondait expressément sur le fait qu'il résulte de la combinaison des articles 1458 et 1466 CPC, que le tribunal arbitral, dès lors qu'il est saisi, dispose d'une « *primauté absolue de l'arbitre pour statuer sur l'étendue de sa propre compétence* ».

² *Contra*, rappelant la lettre de l'ancien article 1458 al. 1 et 2 CPC, mais ni les faits de l'espèce, ni le pouvoir ne laissant supposer que cette limite temporelle était en cause : Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 03-11 983, *Rev. arb.*, 2006, p. 1077.

étaient soumis au tribunal arbitral en application d'une clause compromissoire. Or, le tribunal de commerce de Caen avait été saisi d'une demande en remboursement des sommes objet d'un dépôt de garantie en exécution des contrats de gage. Aussi, avec M. Train, doit-on retenir que la saisine du tribunal arbitral « *s'apprécie aussi bien dans son moment [...] que dans son objet, qui est défini par référence aux écritures des parties telles qu'elles existent au jour où le tribunal est définitivement constitué* »¹. Sous cette réserve, on approuvera pleinement le rappel sans ambiguïté par les nouveaux textes du droit français de l'arbitrage de la limite temporelle dans laquelle les exceptions à l'effet négatif ont vocation à jouer.

2).- Une définition adaptée

265. Notion centrale s'il en est puisqu'elle détermine le caractère relatif ou absolu de la priorité reconnue à l'arbitre pour statuer sur sa compétence, qu'est-ce que recouvre la notion d'« *absence de saisine du tribunal arbitral* » ? Autrement dit, quel acte marque la saisine du tribunal arbitral ? Si les anciens textes étaient silencieux, la jurisprudence s'est prononcée sur la question non pas concernant notre hypothèse – la délimitation du jeu des exceptions à l'effet négatif –, mais dans d'autres circonstances, notamment afin de délimiter l'intervention du juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage². La jurisprudence, après quelques hésitations³, a retenu que le tribunal arbitral devait être considéré comme saisi à compter de sa constitution, c'est-à-dire au moment de l'acceptation de sa mission par le dernier des arbitres à y consentir⁴. La solution a encore été rappelée récemment, concernant une mesure d'instruction *in futurum*, la Haute juridiction rejetant le moyen unique du pourvoi selon lequel la seule notification par le demandeur de la désignation de son arbitre par le demandeur vaut saisine du tribunal arbitral⁵. La *saisine du tribunal arbitral* est donc assimilée au *début de l'instance arbitrale*, c'est-à-dire au moment où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut être saisi du litige, autrement dit à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission. Cette définition de la saisine du tribunal

¹ F.-X. TRAIN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2006, *société Champion supermarché France (CSF) c. société Recape*, *op. cit.*, p. 965, n° 12.

² Si aucune disposition n'encadrerait l'intervention du juge des référés spécifiquement en présence d'une convention d'arbitrage, la saisine du tribunal arbitral a été immédiatement considérée comme une limite temporelle au-delà de laquelle juges et arbitres détenaient une compétence concurrente, mais la compétence du juge des référés était subsidiaire et exceptionnelle (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 737-738, n° 1332, pp. 744-745, n° 1344 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n°s 9 et 10 ; M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, *op. cit.*, pp. 69 et s. ; S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, *op. cit.*). Dans le mouvement continu de faveur à l'arbitrage, il est aujourd'hui admis en droit français qu'au-delà de ce seuil temporel, les juridictions d'État ne peuvent plus intervenir, la compétence exclusive pour prononcer des mesures provisoires appartenant au tribunal arbitral (art. 1449 al. 1 CPC). La solution avait déjà été posée par la jurisprudence : Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, *JCP E*, 2005, p. 344, note G. CHABOT ; *RTD com.*, 2006.297, note E. LOQUIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, *Gaz. Pal.*, 2008, p. 37).

³ Retenant par exemple l'exigence de saisine effective du tribunal arbitral par la transmission du dossier à ces derniers après le versement des provisions pour frais d'arbitrage (concernant une demande de mesures d'instruction *in futurum*) : Cass. 2^e civ., 11 oct. 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 228, note A. Hory, 2^e esp., p. 22 ; *RTD com.*, 1996, p. 664, obs. E. LOQUIN.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, *Bull. civ.*, 2006.I.197 ; *Rev. arb.*, 2007.77, obs. J. EL AHDAB ; *D.*, 2006.3026, obs. Th. CLAY ; *JPC G*, 2006.I.187, n° 3, obs. J BÉGUIN ; *Procédures*, 2006.comm.150, obs. R. PERROT.

⁵ *Ibid.*

arbitral, constante¹, est utilisée dans d'autres hypothèses : computation du délai d'arbitrage pour l'arbitrage interne², ou encore articulation des procédures collective et arbitrale³, les règles différant selon que l'instance arbitrale est ou non en cours lors du jugement d'ouverture de la procédure collective. Une même définition, commune à l'ensemble du droit de l'arbitrage, a ainsi été retenue. C'est cette définition qui a été consacrée par les nouveaux textes, l'article 1456 al. 1^{er} CPC énonçant expressément que « [l]e tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige ». Le nouvel article 1456 al. 1^{er} CPC contribue à éviter toute tergiversation sur la question, la notion de saisine du tribunal arbitral ayant fait l'objet d'un large éventail de propositions de définition au regard de la chronologie du procès arbitral⁴.

266. La transposition de cette définition de la saisine du tribunal arbitral dans le but de délimiter le jeu des exceptions à l'effet négatif, bien que discutée⁵, est selon nous opportune⁶. Elle est mieux à même de répondre aux objectifs de l'effet négatif – éviter la duplication de procédures parallèles entre la justice publique et la justice privée sur le même litige –. Retenir la date de signature de l'acte de mission est une solution excessivement rigoureuse car elle accroît le risque de procédures parallèles puisqu'entre le moment où le tribunal arbitral est constitué et le moment de la signature de l'acte de mission, le juge étatique saisi pourrait contrôler la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention et se juger compétent⁷. Retenir la transmission effective du dossier aux arbitres après le paiement de la provision pour frais et honoraires d'arbitrage, est sans aucun doute adaptée afin de délimiter l'intervention du juge étatique des référés. En effet, il est préférable dans cette hypothèse que la possibilité d'intervention du juge des référés ne cesse que lorsque le tribunal arbitral est opérationnel, à même de faire face à une situation d'urgence⁸. Mais elle se révèle

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2007, n° 05-20137.

² Cf. l'ancien article 1456 al. 1^{er} CPC. CA Paris, 19 nov. 2009, *Caisse fédérale du crédit mutuel nord Europe c. Banque Delubac et autres*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009, p. 930.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-11951, *Rev. arb.*, 2005.977, obs. J. PELLERIN.

⁴ Certains auteurs proposaient de retenir la date de la simple demande d'arbitrage, que la requête soit conjointe ou unilatérale, d'autres la date de constitution du tribunal arbitral, ou enfin, postérieurement à la constitution du tribunal arbitral, à la date de remise du dossier aux arbitres (en ce sens, A. HORY, *Rev. arb.*, 1996, p. 205, n° 20 ; J.-L. GRANDCOURT, « Les compétences respectives du juge des référés et de l'arbitre international », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 204, spéc. p. 212 ; M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, op. cit., p. 47, n° 64, ou encore, plus tardivement, lors de la signature de l'acte de mission. De man. gén., sur ces différentes acceptions, cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 745, n° 1344 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », op. cit., n° 89.

⁵ En faveur de l'acceptation plus exigeante de « remise du dossier en tant que telle aux arbitres » spécifiquement concernant l'ancien art. 1458 CPC, cf. A. DIMOLITSA, « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », op. cit., pp. 334-335, n° 34 ; en faveur de la signature de l'acte de mission définissant l'objet du litige, v. CA Bordeaux, 23 octobre 1996, *Zanzi c. De Koninck*, (cassé par Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, op. cit.), rapporté par A. DIMOLITSA, « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », op. cit., p. 334, n° 34.

⁶ En ce sens également, E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », op. cit., n° 89.

⁷ Solution écartée concernant la computation du délai d'arbitrage : CA Paris, 19 nov. 2009, *Caisse fédérale du crédit mutuel nord Europe c. Banque Delubac et autres*, op. cit.

⁸ M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, op. cit. ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 745, n° 1344 ; S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, op. cit., p. 213 et s., n° 346.

inadaptée afin de définir les limites au jeu des exceptions à l'effet négatif car elle favorise les procédures parallèles.

267. On pourrait alors envisager de retenir la définition la plus lâche possible de la notion de saisine du tribunal arbitral, permettant de faire jouer la priorité absolue du tribunal arbitral le plus tôt possible. Le premier acte vers l'instance arbitrale, celui de la formulation de la demande d'arbitrage, ne devrait-il pas suffire dans notre cas à considérer le tribunal arbitral saisi¹ ? C'est en effet la définition que retient le droit suisse², le droit mauricien³, ou encore la proposition de réforme du Règlement Bruxelles I⁴. Cette acception de la notion de saisine du tribunal arbitral – admise en droit positif afin d'interrompre la prescription de l'action – serait sans doute plus adaptée à la fonction centrale de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Dès lors que l'une des parties s'engage dans la procédure de constitution du tribunal arbitral, il y a fort à parier que le tribunal arbitral sera constitué et l'instance arbitrale engagée. Cependant, adopter une telle définition de la saisine du tribunal arbitral présente différents inconvénients. Outre la rupture d'unité de cette notion et le risque de voir se développer des manœuvres dilatoires par une course à la demande d'arbitrage, on peut craindre une situation de déni de justice. Le risque est en effet d'un côté, que le juge étatique saisi du fond du litige ne puisse contrôler la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire et soit tenu de renvoyer les parties à l'arbitrage puisque la demande d'arbitrage a été formée, mais que d'un autre côté, par exemple, dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, le centre d'arbitrage estime qu'il n'y a pas lieu de mettre en place la procédure d'arbitrage en raison de l'absence manifeste de convention d'arbitrage⁵. Ces règlements d'arbitrage prévoient d'ailleurs eux-mêmes la possibilité de saisine du juge étatique pour apprécier la convention d'arbitrage lorsque l'un des organes administratifs du centre en charge de la mise en place du tribunal arbitral dit n'y avoir lieu à l'arbitrage en raison de l'absence d'apparence de convention d'arbitrage⁶. Bien que ces dispositions ne lient pas le juge étatique, les prendre en considération éviterait bien des déconvenues aux plaideurs.

¹ En ce sens, cf. J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 462, n° 507 : « [n]e suffirait-il pas que le demandeur ait manifesté de façon certaine sa volonté de recourir à l'arbitrage, en saisissant les arbitres ou en désignant le sien pour que le juge s'abstienne de statuer et laisse ainsi priorité absolue aux arbitres » ?

² Art. 181 LDIP : « [l]'instance arbitrale est pendante dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres désignés dans la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral ».

³ Art. 9 de la loi d'arbitrage international mauricienne : « [s]auf convention contraire des parties, la procédure arbitrale concernant un différend déterminé débute à la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage faite par une partie est reçue par l'autre partie » (traduction publiée en français in *Rev. arb.*, 2009.942).

⁴ Art. 33(3) de la Proposition de la Commission de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 14 déc. 2010, COM (2010) 748 final, 2010/0383 (COD), selon lequel « un tribunal arbitral est réputé saisi lorsqu'une partie a désigné un arbitre ou a demandé le soutien d'une institution, autorité ou juridiction pour la constitution du tribunal ».

⁵ Cette possibilité est prévue dans la plupart des règlements d'arbitrage des centres d'arbitrage. Sur la relation entre organes administratifs du centre d'arbitrage et tribunaux arbitraux dans le contrôle de leur compétence, cf. *infra*, Partie 2, titre 2.

⁶ Cf. par ex. l'art. 6 al. 2 du Règlement d'arbitrage CCI, qui prévoit, lorsque la Cour décide n'y avoir lieu à l'arbitrage, que « les parties conservent le droit de demander à la juridiction compétente si elles sont ou non liées par une convention d'arbitrage ».

268. La définition de la saisine du tribunal arbitral retenue en droit positif, d'ailleurs en concordance avec le droit judiciaire privé¹, nous apparaît être la plus judicieuse. La possibilité offerte aux parties de modifier conventionnellement le début de l'instance arbitrale par l'article 1461 CPC ne devrait pas selon nous s'appliquer au juge étatique lorsqu'il est saisi dans le cadre des articles 1448 ou 1455 CPC². Si la règle est justifiée pour la computation des délais d'arbitrage en matière interne, elle compliquerait singulièrement la mission du juge d'État afin de savoir s'il peut ou non apprécier la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

269. L'application de l'effet négatif de la compétence-compétence est conditionnée par l'apparence vraisemblable de compétence arbitrale et l'absence de destruction de cette apparence par l'apparence ostentatoire de compétence de la justice publique. Toutefois, on observe parfois que la règle est parfois tout simplement non appliquée, bien que sa condition de mise en œuvre ne soit pas en cause.

Section 2.- Une mise en œuvre absente

270. Malgré sa consécration solennelle et son respect dans la grande majorité des décisions, l'effet négatif du principe compétence-compétence est parfois inappliqué. C'est ce mouvement de résistance dont il convient de faire état.

271. Contre toute attente, certaines décisions prononcées dans la dernière décennie³ révèlent que les juges saisis en amont ou en parallèle du procès arbitral ne se limitent pas toujours au contrôle manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Le contrôle de la convention d'arbitrage, et donc de la compétence juridictionnelle générale, est alors total⁴. Ce n'est plus la seule *apparence*, mais la *réalité* de

¹ Sur la question, cf. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 356, n° 548. Dans ce domaine, la question s'est également posée de savoir si la date saisine de juridiction, qui produit des effets juridiques, devait être celle de la simple assignation, par la demande d'introduction d'instance, ou celle de l'enrôlement de l'affaire par le greffe du tribunal. Il est admis, sauf pour ce qui concerne l'interruption du délai de prescription, que c'est uniquement lors de l'enrôlement de l'affaire que la juridiction est saisie, puisque, comme l'expose la doctrine, « [p]our qu'une instance soit introduite, il faut [...] qu'un plaideur élève une prétention contre son adversaire et la soumette à un juge ». Le même raisonnement s'applique selon nous à l'arbitrage. La saisine du tribunal arbitral requiert que la prétention ait été soumise au tribunal arbitral. Or, en droit de l'arbitrage, cela suppose tout au moins que le tribunal arbitral ait été constitué.

² Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 29, n° 39.

³ Notre étude porte sur la période 2000-2011, postérieure à l'arrêt *Zanzi c. De Koninck* (Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *op. cit.*), premier sacre de l'effet négatif du principe compétence-compétence par la Cour de cassation ayant connu un grand retentissement. Avant cette période, on constate la méconnaissance totale de l'effet négatif du principe compétence-compétence par nombre des juridictions du fond, peu importe, favorable ou défavorable à l'arbitrage. La règle de l'effet négatif n'était simplement pas encore connue et théorisée. Parmi de multiples exemples : Cass. com., 5 mars 1991, Tribunal de commerce de Bobigny, 29 mars 1990 ; *Rev. arb.*, 1992, note L. AYNES (1^{ère} esp.) ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1992, *Rev. arb.*, 1993.611, note Ph. DELEBECQUE ; CA Paris, 8 mars 1995, *Rev. arb.*, 1997.547 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *Rev. arb.*, 1997.535 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Prodexport*, *Rev. arb.*, 1998.537 ; *Rev. crit. DIP*, 1999.92, note P. MAYER ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 1999, *Rev. arb.*, 2000.85, note D. COHEN.

⁴ Ces développements entretiennent un lien certain avec le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, examiné dans le chapitre premier. Nous avons cependant préféré isoler la question car l'irrespect de la frontière de ce que permet le manifeste par le juge constitue une violation de la règle de l'effet négatif, que nous souhaitons mettre en exergue.

cette forme de compétence qui est tout simplement contrôlée¹. Les juridictions étatiques se réapproprient le pouvoir de statuer sur leur compétence, pouvoir que l'effet négatif visait à paralyser. Les juridictions publiques « brûlent la priorité »² arbitrale pour statuer sur la compétence juridictionnelle générale. On en revient à l'ancien système : la répartition des litiges entre justice publique et justice privée est tracée par les seules juridictions publiques, à l'exclusion des tribunaux arbitraux. Quelques auteurs, au regard particulièrement aiguë, ont mis en évidence ce phénomène³. Cependant, les décisions ne respectant pas l'effet négatif du principe compétence-compétence sont plutôt étudiées *sous l'angle substantiel* – la solution apportée au fond concernant le régime de la convention d'arbitrage –, que *sous l'angle procédural* – dans quel contexte procédural les juridictions étatiques ont statué sur la compétence juridictionnelle générale –.

Analysant la jurisprudence la plus récente sous cet angle de vue purement procédural, on distinguera l'absence d'application de l'effet négatif *favorable* à l'arbitrage (§1), le juge se retenant incompetent au profit de la justice arbitrale, situation la plus fréquente, de l'absence d'application *défavorable* à l'arbitrage (§2), le juge s'estimant alors compétent pour connaître du fond, situation plutôt rare.

§1.- L'absence d'application de l'effet négatif favorable à l'arbitrage

272. Statuant sur la compétence juridictionnelle générale en méconnaissance de l'effet négatif, le juge étatique se juge incompetent pour connaître du fond du litige au profit du tribunal arbitral. La violation de l'effet négatif du principe compétence-compétence n'entraîne pas celle de la compétence arbitrale sur le fond du litige qui est au contraire préservée. Ce sont ces hypothèses qu'il nous faut tout d'abord présenter, en proposant quelques illustrations (A). On recherchera ensuite les raisons qui peuvent expliquer ce phénomène (B).

A.- Illustrations de non-application favorables à l'arbitrage

273. La non-application favorable à l'arbitrage de l'effet négatif est susceptible de degré. On peut distinguer les cas d'absence totale d'application de la règle de l'effet négatif (1) où cette dernière est alors complètement occultée, des cas de fausse application de l'effet négatif, dans lesquels les juges font une application formelle de la règle, mais ne la respectent pas en substance (2).

¹ En ce sens, I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *op. cit.*, n° 15 : « le débat ne se contente pas de l'apparence ».

² Nous empruntons l'expression à F.-X. TRAIN.

³ Identifiant les cas de non-application pure et simple de l'effet négatif : I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *op. cit.*, n° 13 ; D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 601-603, n° 11 ; A. HORY, *Arbitrage-adr.net*, n° 881 ; F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems c. Amkor Technology*, *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2007, n° 326, p. 6 ; J. EL AHDAB, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems c. Amkor Technology*, *Rev. arb.*, 2007.785, p. 800, n° 20. Identifiant les cas de fausse application de la règle : D. BUREAU note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *Rev. crit. DIP*, 1999.546, p. 553, n° 12 ; P. DIDIER, note sous CA Paris, 24 mai 2000, *Société Cynosure c. société Bernas Médical*, *Rev. arb.*, 2001.535, spéc. p. 540 ; F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, Cass. com., 21 fév. 2006, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *op. cit.*, p. 612 ; Ch. KAPLAN, « Les clauses d'arbitrage en transport maritime », *op. cit.*, p. 7.

1).- L'absence totale d'application

274. Il existe des hypothèses dans lesquelles l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est pas même formellement invoqué, et la réalité de la compétence juridictionnelle générale vérifiée. Les exemples foisonnent. De nombreux champs de contestation de la compétence arbitrale sont concernés¹. Trois terrains distincts de contestation ont attiré plus particulièrement notre attention, en raison de la fréquence de la non-application de l'effet négatif.

On peut citer tout d'abord les cas où est en cause l'opposabilité de la clause compromissoire au porteur du connaissement de charte-partie en matière de transport maritime². Au début des années 2000, on constate occasionnellement la non-application pure et simple de l'effet négatif. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 janvier 2004 nous permet d'illustrer notre propos. La Haute juridiction approuve les juges du fond bien que ces derniers aient tranché dans le vif la question de compétence, sans aucunement rappeler l'effet négatif du principe compétence-compétence³. Les juges du fond avaient jugé la clause compromissoire prévue à la charte-partie visée aux connaissements opposable aux assureurs des facultés agissant à l'encontre du capitaine et fréteur au voyage, subrogés dans les droits de l'assuré. Particularité de l'espèce qu'il faut souligner expliquant la solution retenue par la chambre commerciale, l'assuré qui avait reçu paiement des indemnités d'assurance était l'affréteur-vendeur lui-même, en raison de la cession de droits intervenus entre le destinataire-acheteur et le vendeur résultant du refus de la marchandise opposée par le destinataire, qui n'a pas endossé les connaissements. L'affréteur avait donc nécessairement eu connaissance de la clause compromissoire stipulée à la charte-partie.

On peut s'appuyer ensuite sur le contentieux relatif à la validité de la clause d'arbitrage interne, au regard de l'application dans le temps de l'article 2061 du Code civil, suite à sa modification par la loi NRE du 15 mai 2001⁴. La question s'est posée de savoir si les conventions d'arbitrage conclues dans des contrats civils ou mixtes à raison d'une activité professionnelle avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, mais mises en œuvre postérieurement à cette date, étaient régies par l'ancien article 2061 Code civil, ce qui conduisait à leur nullité, ou par la nouvelle mouture de l'article 2061 du Code civil, plus favorable, posant au contraire le principe de validité de telles conventions. Certaines juridictions du fond ont alors fait une stricte application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence : elles ont renvoyé la question aux arbitres après avoir écarté la nullité manifeste de la convention d'arbitrage⁵. Ce n'est pas cette voie qu'a choisie la Cour de

¹ Ex. en matière de substitution de contractant : Cass. civ. 1^{ère}, 8 fév. 2000, *Société Taurus Film c. Les Films du Jeudi*, *Rev. arb.*, 2000.280, note P.-Y. GAUTIER ; concernant la validité d'une clause compromissoire dans un acte mixte : Cass. com., 2 juill. 2002, *Rev. arb.*, 2002.927, note L. JAEGER ; concernant la validité d'une clause compromissoire incluse dans un contrat de sous-traitance interne au motif de la nullité de ce dernier, écarté sur le fondement de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal : Cass. civ. 2^{ème}, 20 mars 2003, *Société Parisot c. Marie et Société CM Paimbeuf*, *Rev. arb.*, 2007.545, note J.-P. ROUCHE.

² Sur la question, A. MALAN, « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF*, 2006.3.

³ Cass. com., 14 janv. 2004, n° 02-12818, *Navire Cay*, *Rev. arb.*, 2004, p. 355, note O. CACHARD.

⁴ Art. 126 de la loi n°2001-420 sur les nouvelles régulations économiques.

⁵ Respectant l'effet négatif du principe compétence-compétence, et écartant la nullité manifeste de la convention d'arbitrage, TGI Paris (ord.), 8 oct. 2002, *D.*, 2003, p. 1928 ; CA Paris, 28 avril 2004, *SCP Berlioz c. Cardin*,

cassation qui, par deux arrêts, a tranché dans le vif la question. Ainsi, la Haute juridiction a confirmé le 7 juin 2006 « *qu'une clause compromissoire, stipulée dans un contrat de collaboration entre avocats, est valable au regard des dispositions de l'article 2061 du code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, quand bien même ce contrat, conclu sous l'empire du texte ancien, a pris fin avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle* »¹, pour en déduire, en l'espèce, que « *l'arbitre est compétent* ». Certes, la décision est favorable à la compétence arbitrale. Mais la Cour de cassation s'éloigne de la règle qu'elle rappelle pourtant le même jour avec force dans l'arrêt *Jules Verne*². L'effet négatif du principe compétence-compétence est bafoué, la Cour statuant pleinement sur la compétence juridictionnelle générale au profit de l'arbitre explicitement jugé compétent³.

Enfin, on relèvera au moins deux cas de non-application pure et simple de l'effet négatif à propos de l'opposabilité de la clause compromissoire stipulée au contrat conclu entre le vendeur et le premier acquéreur au sous-acquéreur dans une chaîne de contrats translatifs de propriété. Il s'agit tout d'abord de l'arrêt *Peavey*, qui statue sur la question de façon favorable à l'arbitrage – admettant que « *dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de cette clause* » – sans même se référer à l'effet négatif⁴. La violation de l'effet négatif a d'ailleurs été à cette occasion soulignée par un de ses commentateurs⁵. La même remarque vaut pour deux arrêts plus récents, rappelant et précisant la règle⁶.

2).- *L'absence substantielle d'application*

275. Aux côtés de cas de non-application pure et simple, il existe des hypothèses de fausse application de l'effet négatif. On vise sous ce terme les hypothèses de simple application formelle de l'effet négatif du principe compétence-compétence : la règle est invoquée, mais non appliquée substantiellement, les juges étatiques contrôlant totalement la compétence juridictionnelle générale. Autrement dit, la référence à l'effet négatif du principe subsiste, mais les restrictions du contrôle de la compétence juridictionnelle générale qui en

Rev. arb., 2004, somm., p. 725 ; CA Orléans, 18 mars 2004, *JCP G*, 2004.3.II.10103, note P. CALLÉ et Th. LE BARS ; *Rev. arb.*, 2004. 391, note D. BUREAU ; CA Paris, 9 déc. 2003, *Rev. arb.*, 2004.641, note D. BUREAU.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Bull. civ.*, 2006.I.282, *D.*, 2006, p. 3026, obs. Th. CLAY ; *RTD civ.*, 2006.762, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *D.*, 2006.1702, obs. V. AVENA-ROBERT.

² Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *op. cit.*

³ Souligné par A. HORY, *Arbitrage-adr.net*, n° 881.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, *Peavey Company c. Organisme general pour les fourrages*, *Bull. Civ.*, 2001.I.22 ; *Rev. arb.*, 2001.765, note D. BUREAU ; *D.*, 2001.1135, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Deffrénois*, 2001.708, n° 42, obs. R. LIBCHABER ; *JCP E*, 2001.1238, note D. MAINGUY et J.-S. SEUBE ; *JCP G*, 2001.II.10567, note C. LEGROS ; *Rev. crit. DIP*, 2001.22, note F. JAULT-SESEKE ; *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2001, p. 26, obs. M.-L. NIBOYET ; *RTD com.*, 2001.413, obs. E. LOQUIN. Cf. également F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, *op. cit.*, p. 216, n° 356.

⁵ I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *op. cit.*

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems c. Amkor Techonology*, *Rev. arb.*, 2007.785, *D.*, 2007.2077, note S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP*, 2007.798, note F. Jault-Seseke ; *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2007, n° 326, p. 6, note F.-X. TRAIN, « Arbitrage et action directe : à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007 » ; *RTD civ.*, 2008.541, note Ph. THÉRY ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, *Refcomp c. Axa corporate solutions assurance*, n° 09-12442, en somm. in *Rev. arb.*, 2010, p. 980 ; *D.*, 2010.2933, obs. Th. CLAY.

découlent – limitées à l'apparence – ne sont pas respectées. La règle n'est donc pas appliquée en substance.

276. Nombre de décisions illustrent ces exemples d'« *hommage tardif* »¹ ou simplement formel à l'effet négatif, sans le respecter substantiellement. Elles se repèrent généralement en ce qu'elles jugent le tribunal arbitral compétent en s'appuyant sur une règle substantielle applicable à la convention d'arbitrage, règle que les juges d'État rappellent ou édictent à cette occasion, tout en renvoyant dans le même temps la question de compétence à l'appréciation du tribunal arbitral.

L'arrêt *Zanzi*, premier arrêt à viser le seul principe compétence-compétence en se détachant de toute assise textuelle, comporte cette ambiguïté² : il vise, de manière combinée « *le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité* » et le principe compétence-compétence. Si, donc, selon le principe de compétence-compétence, « *la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage* », il n'était pas nécessaire de rappeler simultanément que la clause compromissoire stipulée dans un contrat de cession d'actions d'une société – en l'espèce, cession de contrôle – était nécessairement valable au regard de l'absence d'applicabilité de l'article 2061 du Code civil dans l'ordre international³.

On pourrait penser ces formes d'application timorées de l'effet négatif propres au début des années 2000, période de balbutiements de la règle. Cependant, le même constat s'impose plus récemment. On rapportera pour seul exemple un arrêt mettant en cause une sorte de crédit-bail particulier, le *lease back*⁴, qui peut être défini comme l'opération de refinancement par laquelle l'acheteur d'un bien le rétrocède à un établissement financier qui lui loue sous forme de leasing. En l'espèce, un contrat de vente d'un équipement de boulangerie stipulant une clause compromissoire avait été conclu entre A, vendeur, et B, acheteur, groupe boulanger ; B a conclu postérieurement un contrat de crédit-bail sur les mêmes équipements avec une société C, afin sans doute de financer son acquisition : un second contrat de vente des mêmes équipements de boulangerie a alors été conclu entre le vendeur A et le crédit-bailleur C, dépourvu de clause compromissoire (stipulant une clause attributive de juridiction), B. devenant crédit-preneur. En raison des dysfonctionnements des matériels achetés, l'acheteur initial, devenu crédit-preneur, B, a assigné en responsabilité le vendeur A, qui a alors opposé la clause compromissoire stipulée au contrat de vente initial. La question se posait de savoir si la clause compromissoire stipulée au seul contrat de vente initiale était opposable à l'acheteur initial, devenu crédit-preneur, alors que le contrat de vente conclu entre A et C, qui s'était substitué au premier, comportait une clause attributive de compétence. La Haute juridiction statue en invoquant l'effet négatif, renvoyant le litige sur la compétence au tribunal arbitral. Mais elle rappelle simultanément la règle de fond selon laquelle la clause

¹ P. DIDIER, note sous CA Paris, 24 mai 2000, *Société Cynosure c. société Bernas Médical*, *op. cit.*, p. 540.

² Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *op. cit.*

³ On précisera d'ailleurs que la clause compromissoire aurait même été à cette époque valable dans l'arbitrage interne, car la cession des actions entraînait le transfert du contrôle de la société.

⁴ Cass. com., 25 nov. 2008, *Les Pains du Sud c. Tagliavini*, *Bull. civ.*, 2008.IV.197 ; *D.*, 2008.3091, note X. DELPECH ; *JCP*, 2009.II.10023, note D. MAINGUY ; *ibid.*, I.148, n° 5, obs. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2008. 677, note O. CACHARD.

d'arbitrage « *en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, sauf stipulation contraire, par l'inefficacité de cet acte* ».

Ces exemples de référence formelle à l'effet négatif sont nombreux ; cette règle procédurale est invoquée aux côtés de règles substantielles *donnant la solution au litige sur la compétence juridictionnelle générale* : autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal¹, règle selon laquelle « *la clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et donc contre la société bénéficiaire de la garantie de passif* »². Le phénomène de fausse application de l'effet négatif est d'ailleurs récurrent pour certains contentieux. C'est ce qu'illustre notamment l'opposabilité de la clause compromissoire au porteur du connaissance de charte-partie dans les contrats de transport maritime³.

277. Il est vrai que la frontière est parfois mince entre le contrôle de *l'apparence* et le contrôle de la *réalité* de la compétence juridictionnelle générale, seul le premier étant conforme à la règle de l'effet négatif. Mais certains exemples montrent qu'elle est sciemment franchie, les juges tranchant alors la question de compétence juridictionnelle générale malgré la paralysie de principe du pouvoir de juger de leur compétence. Dans toutes ces affaires, la seule référence à l'effet négatif du principe compétence-compétence aurait suffi à justifier la solution. En s'appuyant sur les règles substantielles, les juridictions tendent nécessairement à statuer pleinement sur la compétence juridictionnelle générale, et le font parfois sans aucune gêne. Que reste-t-il de la règle de l'effet négatif, sinon une peau de chagrin, alors que la compétence juridictionnelle générale est tranchée pleinement par le juge public ? De plus, ces jugements ne sont pas exempts de critique sur le plan formel. La logique juridique – que traduit le syllogisme judiciaire – est mise à mal. Le raisonnement du juge apparaît incohérent : comment, dans le même temps, une juridiction peut-elle trancher le litige sur la compétence juridictionnelle générale, et prétendre renvoyer ce litige au tribunal arbitral ? Il y a alors véritablement une contradiction de motifs, mise en exergue par une partie de la doctrine⁴.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *National Broadcasting c. Bernadaux*, Bull. civ., 2006.I.364, *op. cit.* : au visa des « *principes de validité de la convention d'arbitrage et de compétence-compétence* », la cour rappelle que la nullité d'un contrat de cession d'actions d'une société n'entraîne pas celle de la clause compromissoire qui y est stipulée. L'arrêt de la cour d'appel est donc cassé, sur ce double motif, procédural et substantiel : « *en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale, et alors qu'en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent, la cour d'appel a violé les principes susvisés* ».

² Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Banque populaire Loire et Lyonnais c. société Sangar*, Bull. civ., I.2006. 368; *RTD com.*, 2006.773, obs. E. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2006.969, note C. LARROUMET.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-12493 commenté par O. CACHARD, « « Honi soit qui mal y pense ! » L'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire du tiers porteur du connaissance de charte-partie », *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Generali France c. Universal Legend*, navire *Turicia*, Bull. civ., 2006.I.365, p. 313 ; *Rev. arb.*, 2006.977, note O. CACHARD ; *RTD com.*, 2006.947, obs. E. LOQUIN.

⁴ P. DIDIER, note sous CA Paris, 24 mai 2000, *Société Cynosure c. société Bernas Médical*, *Rev. arb.*, *op. cit.*, p. 540 : « *la démarche adoptée par la Cour conduit à une contradiction de motifs. Il est dit que les demandes formées par le concessionnaire « découlent et trouvent leur directement dans le contrat de distribution initial, l'expiration de ce contrat n'affectant pas la validité de la clause compromissoire », ce qui revient à conclure à la compétence de l'arbitre. Mais il est écrit plus loin « qu'il appartiendra au seul tribunal de statuer sur sa compétence et la validité de son investiture ».*

278. Sous cette réserve, ces jugements n'entraînent pas des difficultés pratiques insurmontables dès lors qu'ils conduisent au renvoi du litige sur le fond devant le tribunal arbitral, ainsi favorables à la compétence arbitrale. Le risque de procédures parallèles entre justice publique et justice privée est nul, bien que la règle de conflit sur le contentieux de la compétence n'ait pas été respectée.

B.- Les raisons de la non-application favorable à l'arbitrage

279. Cet état des lieux réalisé, il reste à identifier les raisons de l'absence de mise en œuvre – formelle et/ou substantielle – de l'effet négatif favorable à l'arbitrage, afin de mieux appréhender le phénomène. Pourquoi, dans les hypothèses visées, l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est-il pas appliqué par les juges, en violation de la loi ? La solution peut d'autant plus surprendre que le jugement méconnaissant l'effet négatif est, dans l'hypothèse étudiée ici, favorable à l'arbitrage, et plus exactement à la compétence arbitrale sur le fond de l'affaire. La résistance du juge à appliquer l'effet négatif est d'autant plus incompréhensible.

Plusieurs explications peuvent être avancées, diversement appréciées : l'absence d'invocation de ce moyen de droit par les parties au litige (1), l'invocation de la clause compromissoire contre une partie non signataire (2), ou encore, et c'est, selon nous, la raison déterminante, les « *besoins d'élaboration de la nouvelle règle matérielle* » (3).

1).- L'absence d'invocation de ce moyen de droit par les parties au litige

280. La première explication plausible est de nature procédurale. Elle vaut spécifiquement pour les cas de non-application pure et simple de l'effet négatif, ce dernier étant complètement occulté du raisonnement juridique. Dans de nombreuses hypothèses, si les juges étatiques n'appliquent pas l'effet négatif, c'est peut-être parce que les parties au litige n'ont pas soulevé ce moyen de droit : « *il est vraisemblable qu'aucune des parties n'ait songé à l'invoquer et qu'il semble difficile pour la Haute juridiction de l'appliquer d'office* »¹.

En faveur de cet argument, on pourra remarquer que dans nombre d'hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation n'a pas respecté la règle, les moyens du pourvoi n'invoquaient pas la violation de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Or, « *la Cour suprême n'est tenue de statuer que sur le moyen* »². C'est ce qu'il résulte de l'article 624 du code de procédure civile : « *la Cour de cassation ne statuera, selon l'adage classique, que sur « [l]e moyen, rien que le moyen, mais tout le moyen* », d'où la nécessité de prendre connaissance des moyens présentés pour mesurer la portée d'un arrêt de la Cour »³. On ne peut donc interpréter un arrêt de la Cour de cassation qui ne respecte pas l'effet négatif du principe compétence-compétence comme une violation de ce dernier alors que les moyens du pourvoi ne s'y réfèrent pas.

¹ F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems c. Amkor Technology*, *Rev. crit. DIP*, 2007.798.

² M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation (pourvois et arrêts en matière civile)*, *op. cit.*, p. 8.

³ J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt rendu par la Cour de cassation en matière civile », *BICC* n° 702 du 15 mai 2009.

281. Cette première tentative d'explication des cas de non-application n'emporte cependant pas la pleine conviction, et ce, pour au moins deux raisons.

La première résulte de l'existence d'un exemple de non-respect de l'effet négatif du principe compétence-compétence délibéré¹. Il est vrai qu'en l'espèce, il s'agissait d'une part d'un cas de non-respect de l'effet négatif défavorable à la compétence arbitrale et que, d'autre part, un cas d'inapplicabilité manifeste aurait pu être caractérisé, dès lors que l'action portée devant les tribunaux étatiques portait sur une action née de la procédure collective, l'action en comblement de passif pour soutien abusif. Il n'en reste pas moins que la première branche du moyen se fondait expressément sur l'effet négatif du principe compétence-compétence et que la Haute juridiction ne s'est pas donnée la peine d'y répondre explicitement.

La seconde raison résulte de l'office du juge. La Cour de cassation n'a-t-elle pas le devoir de soulever d'office ce moyen alors que les parties contestent bien la compétence juridictionnelle générale ? En effet, « *aux termes de l'alinéa 2 de l'article 620 du nouveau Code de procédure civile, la Cour de cassation peut casser [et on ajoutera, ou rejeter le pourvoi par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné] en relevant d'office un moyen de pur droit qui n'aurait pas été invoqué par le demandeur* »². C'est l'un des aspects de l'adage *jura novit curiae* : le juge connaît le droit. La même remarque vaut pour les juridictions du fond. Il nous semble que toutes les juridictions devraient pouvoir relever d'office la règle de l'effet négatif compte tenu du rôle essentiel qu'elle joue dans la résolution des conflits de compétence entre la justice arbitrale et la justice publique, dès lors que leur compétence est contestée au regard d'une convention d'arbitrage et que la partie qui s'en prévaut apporte un commencement de preuve suffisant pour construire cette apparence vraisemblable de compétence arbitrale. Certaines juridictions n'ont pas hésité à y procéder³, sous réserve bien évidemment de soumettre le moyen au débat, dans le respect du principe du contradictoire.

2).- L'invocation de la clause compromissoire contre un tiers apparent

282. La seconde explication, plus convaincante, de la non-application ou de la mauvaise application de l'effet négatif résulterait plus simplement du fait que la clause compromissoire est invoquée contre une « *partie non signataire* », un tiers apparent au contrat et à la convention d'arbitrage. Dans ce contexte précis, afin de se forger une réelle idée sur l'apparence de compétence arbitrale, les juridictions d'État seraient contraintes d'opérer un examen plus poussé des situations contractuelles souvent complexes : « *plus ou moins consciemment, la Cour suprême [a] pressenti que l'on ne saurait traiter de la même manière les parties à la convention d'arbitrage et ceux qui, prima facie, sont des tiers à cette convention* »⁴.

¹ Cass. com., 14 janv. 2004, *Bull. civ.*, 2004.IV.10 ; *D.*, 2044, AJ, 178, obs. A. LIENHARD ; *JCP*, 2004, I.119, n° 1, obs. BÉGUIN ; *Rev. arb.*, 2004.591, note P. ANCEL ; *Act. proc. poll.*, 2004, n° 77, obs. N. FRICERO.

² M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation (pourvois et arrêts en matière civile)*, *op. cit.*, p. 8.

³ CA Paris, 24 mai 2000, *Société Cynosure c. société Bernas Médical*, *op. cit.*, p. 536.

⁴ I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *op. cit.*, spéc. n° 17. L'argument a convaincu une partie de la doctrine : F. JAULT-SESEKE, note sous note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine*

283. Cependant, une telle justification, si elle peut s'appuyer sur certains exemples en droit positif, n'empêche pas totalement l'adhésion. En effet, même dans les hypothèses où une clause compromissoire est opposée à un tiers apparent sur le fondement d'un mécanisme complexe – transmission, extension de la clause compromissoire –, il nous semble que les juges pourraient en pratique se limiter à un contrôle restreint à l'apparence, en recherchant tout simplement des indices matériels que l'on a précédemment exposés : la production matérielle du contrat stipulant la clause compromissoire et un autre élément attestant, apparemment, soit de la transmission du contrat (par exemple, un contrat de cession de créance auquel le prétendu tiers est partie), soit d'un comportement de ce prétendu tiers. De plus, certains cas de non-application de l'effet négatif du principe compétence-compétence ne mettent pas en cause des tiers apparents au contrat litigieux comportant la clause d'arbitrage. C'est le cas par exemple des arrêts statuant à titre principal sur la validité de la convention d'arbitrage en raison des difficultés liées à l'application dans le temps de la loi NRE modifiant l'article 2061 du Code civil.

Il n'existe donc pas de lien nécessaire entre la non-application de l'effet négatif du principe compétence-compétence et le fait que la clause compromissoire soit opposée à un tiers non-signataire. Il ne paraît pas non plus exister de liens entre la non-application et une règle de fond spécifique régissant la convention d'arbitrage : aucun aspect de la convention d'arbitrage ne semble épargné par ces manquements à l'effet négatif du principe compétence-compétence.

3).- « [L]es besoins d'élaboration de la nouvelle règle matérielle »¹

284. Cela nous conduit à une troisième explication possible, qui vaut pour les cas de non-application comme de fausse application de l'effet négatif. Il apparaît que la plupart des hypothèses de non-respect de l'effet négatif du principe compétence-compétence sont relatives à des domaines où le droit positif est incertain : les règles substantielles applicables à la convention d'arbitrage ne sont pas encore fixées. Les règles de compétence sont soit en cours d'élaboration par la jurisprudence car des questions nouvelles se posent, soit en cours de modification : les lignes de force bougent. Bref ! L'état du droit n'est pas fixé. Il existe donc des incertitudes autour du régime substantiel de la convention d'arbitrage. Ce dernier est en effet en constante évolution depuis près de cinquante ans, vers toujours plus de faveur pour l'arbitrage, vers toujours plus d'efficacité de la convention d'arbitrage. C'est d'ailleurs ce qui explique pourquoi la plupart des cas de non-application de l'effet négatif du principe compétence-compétence sont pourtant favorables à la compétence arbitrale. Aussi, avec M. Train, on retiendra que les « entorse[s] ponctuelle[s] au principe compétence-compétence,

et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres, navire Pella, op. cit., pp. 610-612 : « [u]ne synthèse de la jurisprudence pourrait être tentée en distinguant entre les parties et les tiers à la convention d'arbitrage. Le juge étatique serait enclin à vérifier l'efficacité de la clause compromissoire lorsqu'elle est opposée à un tiers, non lorsqu'elle est opposée à celui qui y a consenti - on retrouve l'idée développée plus haut sur le terrain de la charge de la preuve. Le survol de la jurisprudence récente permet de vérifier l'hypothèse : les arrêts se référant à la priorité de l'arbitre sans que soit explicitée l'apparente efficacité de la clause sont relatifs à des litiges opposant ceux-là mêmes qui avaient consenti à la clause compromissoire » ; A. MOURRE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping, navire Tag Heuer, op. cit.*, pp. 1399 et s.

¹ F. X. TRAIN, « Arbitrage et action directe : à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007 », *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2007, n° 326, p. 6, note n° 29.

pris dans son effet négatif » s'expliquent essentiellement par « *les besoins de l'élaboration de la nouvelle règle matérielle* »¹. Une partie de la doctrine retient la même explication². Ainsi, un auteur analyse le non-respect de l'effet négatif du principe compétence-compétence par la Cour de cassation comme une contribution à sa mission d'« *intérêt général* ». Il incombe à cette dernière d'enrichir le droit de l'arbitrage d'une nouvelle règle de fond applicable à la convention d'arbitrage, plutôt que de seulement rappeler cette règle procédurale sans réel intérêt doctrinal, aujourd'hui admise et répétée : l'effet négatif du principe compétence-compétence³. C'est cette idée qui explique également les fausses applications de l'effet négatif. Mais ces dernières sont plus orthodoxes que la non-application pure et simple : elles ont le mérite de tout de même rappeler la règle procédurale de l'effet négatif aux côtés de la nouvelle règle substantielle édictée. Cette configuration, où la Cour de cassation « *joue[] sur les deux tableaux* », doit selon nous être privilégiée. Elle a le mérite de contribuer à l'édition de règles claires sur le régime substantiel de la convention d'arbitrage, tout en permettant que soit réitéré l'attachement du droit français à cette règle de conflit essentielle qu'est l'effet négatif⁴.

285. L'idée selon laquelle le non-respect de l'effet négatif résulterait des besoins d'édification de la nouvelle règle matérielle applicable à la convention d'arbitrage peut être étayée par différentes illustrations. Ainsi, par exemple, le besoin d'élaboration d'une règle nouvelle applicable à la convention d'arbitrage a conduit au non-respect de l'effet négatif dans l'hypothèse suivante : déterminer, en présence d'une chaîne de contrats translatifs de propriété, si la clause d'arbitrage stipulée au contrat conclu entre le vendeur initial et le premier acquéreur est opposable au sous-acquéreur exerçant l'action directe contractuelle, ouverte par la théorie générale des obligations⁵. Il était en effet souhaitable que la jurisprudence intervienne afin de poser les règles en la matière. Elle l'a fait avant que l'effet négatif ne soit consacré, dans un sens défavorable à l'arbitrage⁶. Mais le mouvement de faveur pour l'arbitrage, dont l'un des signes consiste dans l'efficacité croissante de la convention d'arbitrage, allait remettre en cause la solution. La première intervention de la Haute juridiction par l'arrêt *Peavey*, qui reconnaît l'opposabilité de la convention d'arbitrage au sous-acquéreur lorsqu'il exerce l'action contractuelle à l'encontre du premier vendeur, avait laissé subsister un certain nombre d'incertitudes relatives au champ d'application de cette nouvelle règle : était-elle applicable aux chaînes translatives de propriété hétérogènes, à

¹ *Ibid.*

² I. FADLALLAH, « *Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ?* », *op. cit.*, n° 16 : « [*]a Cour de cassation ne peut, à la fois, poser les règles, complexes et discutées, qui conduisent à la compétence arbitrale, et casser les arrêts qui s'efforcent de vérifier cette compétence* » ; A. HORY, *Arbitrage-adr.net*, n° 881 : « [*]a solution retenue est d'autant plus remarquable que la Cour de cassation n'était pas tenue d'affirmer cette règle de validité. Le litige était en effet soumis au juge du fond et, du fait de l'effet négatif de la règle de compétence-compétence, c'est au tribunal qu'il appartenait de décider de la validité de la clause compromissoire et, partant, de l'existence de son pouvoir juridictionnel, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation (pour un raisonnement en ces termes, Paris, 28 avril 2004, préc.)* ».

³ D. FOUSSARD, « *Le recours pour excès de pouvoirs dans le domaine de l'arbitrage* », *op. cit.*, p. 601, n° 11.

⁴ *Ibid.*, p. 602, n° 11, à propos de l'arrêt *Zanzi c. De Koninck* (Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *op. cit.*) : « *la Cour de cassation peut jouer sur les deux tableaux selon le message qu'elle entend délivrer* ».

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1979, *Bull. civ.*, 1979.I.241 ; Cass. Ass. pl., 7 fév. 1986, *D.*, 1986, Jur. 293, note A. BÉNABENT.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 1990, *Fraser c. Compagnie européenne des Pétroles*, *Rev. arb.*, 1991.73 ; Ph. DELEBECQUE, « *La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 6 novembre 1990)* », *Rev. arb.*, 1991.19.

la clause d'arbitrage interne, ou encore à d'autres biens que les seules *marchandises*¹ ? La plus grave ambiguïté portait sur le fondement de la solution : reposait-elle sur un mécanisme objectif de *transmission* par la théorie de l'accessoire – « *la clause compromissoire suit le droit d'action qui suit lui-même le droit substantiel* »² – ou sur un mécanisme subjectif, celui de l'*extension* de la convention d'arbitrage, qui suppose son acceptation par le sous-acquéreur – suggérée par la réserve faite par l'arrêt, la solution n'étant pas inapplicable en cas de « *preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause* » par le sous-acquéreur – ? Ce sont ces incertitudes que la Haute juridiction va heureusement dissiper par l'arrêt *Alcatel Business Systems* du 27 mars 2007 en jugeant 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* »³. L'opposabilité de la clause compromissoire au sous-acquéreur lorsqu'il exerce l'action contractuelle contre le vendeur initial repose sur le seul mécanisme de transmission de la convention d'arbitrage, la transmission résultant de la théorie de l'accessoire et non de la volonté du sous-acquéreur, qui est indifférente⁴ ; elle est admise que la clause d'arbitrage soit interne ou internationale, que la chaîne de contrats translatifs de propriété soit homogène ou hétérogène, quelle que soit la nature du bien dont la propriété est transmise. La mise à l'écart de l'effet négatif dans ces deux affaires a permis de dissiper les brumes entourant les questions de l'opposabilité de la convention d'arbitrage au sous-acquéreur. Cela a été souligné spécifiquement dans ce contexte par plusieurs commentateurs⁵.

Le débat sur l'opportunité d'une telle solution n'est cependant pas tari. Serait-elle étendue à une chaîne de contrats internationale ? La question se pose car certaines lois étrangères considèrent au contraire que le sous-acquéreur ne peut exercer qu'une action de nature délictuelle à l'encontre du vendeur initial⁶. De même, la solution sera-t-elle maintenue alors que le droit français tend à admettre qu'une faute contractuelle puisse fonder une action en responsabilité délictuelle⁷ ? Il est donc tout à fait possible que la solution soit encore modifiée

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, *Peavey Company c. Organisme general pour les fourrages*, *op. cit.*, qui énonçait que « *dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause* ». Il laissait donc en suspens toutes ces questions.

² En faveur de cette analyse : E. LOQUIN, *RTD com.*, 2007.677.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems c. Amkor Technology*, *op. cit.*

⁴ Cf. E. LOQUIN, « Différence et convergence dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire », *op. cit.*

⁵ En ce sens, F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems c. Amkor Technology*, *op. cit.*, p. 798 ; F.-X. TRAIN, « Arbitrage et action directe : à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007 », *op. cit.* Si l'arrêt a dissipé l'essentiel des incertitudes, d'autres subsistent. On pense notamment à l'opposabilité de la clause compromissoire en cas d'action menée sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux (article 1386-1 et s. du Code civil) ou encore à la possibilité de faire jouer la convention d'arbitrage du premier maillon entre vendeurs intermédiaires. Sur ces questions, cf. S. BOLLÉE, « La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété », *D.*, 2007.2077.

⁶ L'action directe contractuelle est incompatible avec la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandise (Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *D.*, 1999, p. 383, note C. WITZ), peu admise en droit comparé (S. FREMAUX, « L'action directe et les groupes de contrats internationaux », *RDAI*, 2002.155) et écartée par la CJUE dans le cadre du Règlement Bruxelles I.

⁷ Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006, *RDC*, 2007.758, note P. ANCEL.

ou affinée et que l'effet négatif du principe compétence-compétence en fasse encore une fois les frais.

286. C'est également le besoin d'élaboration de règles nouvelles applicables à la convention d'arbitrage qui a conduit au non-respect de l'effet négatif dans les hypothèses suivantes, que l'on se contentera d'énumérer :

- déterminer si la clause d'arbitrage stipulée au contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui ;
- la question de la validité des clauses compromissoires insérées dans des actes civils ou mixtes conclus à raison d'une activité professionnelle stipulées avant la réforme de l'article 2061 du Code civil et mises en œuvre après l'entrée en vigueur du nouveau texte¹ ;
- déterminer si, concernant le contrat de transport maritime (par affrètement), la clause compromissoire contenue au connaissance de charte-partie, soit par stipulation expresse au connaissance, soit, cas plus fréquent, par renvoi à la charte-partie qui contient une telle clause (par le mécanisme de la clause compromissoire par référence), est opposable au destinataire de la marchandise, même lorsque cette clause n'a pas été portée à sa connaissance et spécialement acceptée par ce dernier², lorsque ce dernier constate des avaries ou manquants.

Concernant ces contentieux, les nouvelles règles posées – validité des conventions d'arbitrage insérées dans des actes civils ou mixtes conclus à raison d'une activité professionnelle formées avant la réforme de 2001 invoquées lors d'actions introduites devant les juridictions postérieurement au nouveau texte³, opposabilité au tiers bénéficiaire de la

¹ La question a véritablement divisée les juges du fond et la doctrine, en particulier au regard de la nature hybride de la convention d'arbitrage : *contrat* ayant un objet particulier, *processuel*, en ce qu'il porte sur le droit d'action. En effet, chacun de ces aspects – contrats et procédure – est régi par des règles de droit transitoire différentes. Privilégiant la survie de la loi ancienne : CA Paris, 9 déc. 2003, *Rev. arb.*, 2004, p. 641, note D. BUREAU ; D. BUREAU, note sous *Rev. arb.*, 2004.391 et p. 641 ; T. LE BARS, *D.*, 2006.277 ; CALLÉ P. et LE BARS T., « Clause compromissoire : l'application rétroactive de l'article 2061 du Code civil », *JCP G*.2004.II.10103 ; L. WEILLER, « L'application dans le temps de l'article 2061 du Code civil », *Gaz. Pal.*, 28 avril 2005, n° 118, p. 11 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction, op. cit.*, p. 234, n° 131, exposant le principe selon lequel de « la non-rétroactivité des lois s'impose au juge » en application de l'art. 2 du code civil, condamnant la position des juridictions faisant prévaloir l'application rétroactive de la loi NRE) ; privilégiant l'effet immédiat de la loi nouvelle : C. JARROSSON, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP G*, 2001.I.333, n° 23 ; *D.*, 2006.3026, obs. Th. CLAY ; E. LOQUIN, *RTD com.*, 2006.302 (« la clause compromissoire, dont l'objet n'est pas le droit substantiel, mais le droit d'action, peut être affectée par la loi nouvelle tant que le droit d'action existe »). Arrêts en ce sens : TGI Paris (ord.), 8 oct. 2002, *op. cit.* (qui s'appuie sur l'objet procédural du contrat, entraînant l'application immédiate de la nouvelle loi de procédure et le respect des droits acquis, constatant leur absence de lésion) ; CA Orléans, 18 mars 2004, *JCP*, 2004.II.10103, note Th. LE BARS et P. CALLÉ ; *Rev. arb.*, 2004.391, note D. BUREAU).

² Sur l'évolution des solutions en droit maritime, cf. O. CACHARD, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulée dans les connaissements – Plaidoyer pour un renouveau des considérations maritimistes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, op. cit.*, p. 189.

³ Souligné par A. HORY, *Arbitrage-adr.net*, n° 881, spécifiquement dans cette hypothèse : « [c]'est, à n'en pas douter, le souhait de clore le débat doctrinal et de fixer une fois pour toutes le régime des clauses compromissoires stipulées avant la réforme de l'article 2061 du Code civil et mises en œuvre après l'entrée en vigueur du nouveau texte qui a été déterminant, l'adoption de cette règle jurisprudentielle permettant d'éviter la multiplication des litiges sur ce point ».

clause compromissoire stipulée au contrat liant le stipulant au promettant¹ –, ou en train d'émerger – opposabilité de la clause compromissoire au porteur du connaissement en l'absence d'acceptation spéciale de sa part, acceptée par la première chambre civile de la Cour de cassation² mais encore discutée par la chambre commerciale³ – sont favorables à la compétence arbitrale, confirmant le formidable rayonnement de la convention d'arbitrage. Mais elles ont été édictées à ce stade particulier de l'instance arbitrale, en amont de l'instance arbitrale, et non pas en aval comme on pouvait s'y attendre, en méconnaissance de l'effet négatif. Ces solutions tendent aujourd'hui à être confirmées lors du contrôle *a posteriori* exercé contre la sentence⁴.

Une fois la règle de fond régissant la convention d'arbitrage établie et admise, les juges pourront à nouveau en revenir à une application stricte de l'effet négatif du principe compétence-compétence lorsque des espèces similaires se présenteront. Les juges devraient alors à s'en tenir à un contrôle restreint de la seule apparence vraisemblable de compétence arbitrale, sans aller au-delà de ce qu'autorise l'effet négatif. On observe déjà une telle évolution pour la transmission de la clause d'arbitrage dans les chaînes translatives de propriété, les juridictions faisant une application au moins formelle de l'effet négatif de la compétence-compétence⁵.

287. Si le non-respect de l'effet négatif s'explique donc principalement par l'édition des normes substantielles applicables à la convention d'arbitrage, les deux objectifs – respect de l'effet négatif et élaboration des règles régissant la convention d'arbitrage – pourraient tout à fait être conciliés : on pourrait ainsi recommander aux juridictions étatiques d'appliquer l'effet négatif pleinement (formellement et en substance) et d'opérer l'élaboration des normes applicables à la convention d'arbitrage lors du contrôle de la sentence. En effet, les juridictions étatiques ne sont pas privées du pouvoir de statuer sur la compétence juridictionnelle générale. L'exercice de ce pouvoir est simplement reporté dans le temps, au stade post-arbitral. Ainsi, par exemple, c'est lors du recours en annulation ouvert contre la

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Banque populaire Loire et Lyonnais c. société Sangar*, *Bull. civ.*, I.2006.368, *op. cit. Contra*, antérieurement : Cass. com., 4 juin 1985, *Rev. arb.*, 1987.139, note J.-L. GOUTAL.

² En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Generali France c. Universal Legend*, navire *Turicia*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, navire *Régine*, *op. cit.* (mais qui présente la particularité suivante : le chargeur était aussi le destinataire).

³ Il n'est pas sûr que la Chambre commerciale accepte de suivre cette décision. Si, en effet, elle a accepté le jeu de l'effet négatif du principe compétence-compétence dès lors que l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage au destinataire de la marchandise (ou aux assureurs subrogés dans ses droits) n'est pas manifeste (Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *op. cit.*), il n'est pas acquis qu'elle adoptera la même solution que la première chambre civile. L'exigence du consentement spécial du destinataire au plus tard au moment de la livraison de la marchandise a été posé par Cass. com., 29 nov. 1994, navire *Stolt Osprey*, *DMF*, 1995.218, note Y. Tassel et obs. BONASSIES, p. 200 ; Cass. com., 20 juin 1995, *Rev. arb.*, 1995.622, note J.-L. GOUTAL ; Cass. com., 4 mars 2003, *DMF*, 2003.556, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 285, note P. LAGARDE. Sur la question, cf. P. BONASSIES et C. SCAPEL, *Traité de droit maritime, op. cit.*, pp. 806 et s.

⁴ Admettant l'opposabilité de la clause compromissoire au tiers porteur du connaissement, sur appel de l'ordonnance d'exequatur : CA Paris, 10 avril 2008, en somm. in *Rev. arb.*, 2008, p. 828 (la cour d'appel écarte la nécessité d'un consentement spécifique du porteur du connaissement).

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n° 07-12349.

sentence qu'a été édictée la règle de validité de la convention d'arbitrage internationale réservant la voie de l'appel, seule la clause stipulant l'appel étant réputée non écrite¹.

Mieux, si les juridictions françaises tiennent indiquer leur position sur la convention d'arbitrage en amont ou en parallèle du procès arbitral, pourquoi ne pas simplement appliquer l'effet négatif du principe compétence-compétence, complété par l'utilisation de la technique de l'*obiter dictum* ? L'*obiter dictum*, technique d'origine anglo-saxonne, a pu être défini comme « une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs, même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celles que la solution du litige en cause exige de trancher »². C'est à nos yeux l'outil idéal, en ce qu'il permet aux juridictions d'État de proposer « un énoncé normatif placé dans la décision, mais hors du litige »³. La finalité de l'utilisation de l'*obiter dictum* serait double. Première finalité, elle permettrait de créer une règle matérielle nouvelle applicable à la convention d'arbitrage lorsque les juridictions l'estiment nécessaires, ou pourquoi pas, de rappeler une règle classiquement admise permettant d'apporter une solution au litige sur la compétence. Ces fonctions « normative » et plus simplement « pédagogique »⁴ de la technique de l'*obiter dictum* sont bien connues. Seconde finalité, centrale pour notre mécanisme, l'utilisation de l'*obiter dictum* permettrait également aux juridictions françaises de faire connaître leur position sur le tracé de la frontière entre compétence de la justice publique et compétence de la justice privée dans un objectif de dialogue « juridictionnel ». On retrouve ici la fonction pédagogique de l'*obiter dictum*, mais utilisée dans un autre objectif, qui n'est ni la sécurité juridique des justiciables, ni le dialogue avec la doctrine, mais le dialogue des juges. Ce passage indicatif permettrait aux juridictions publiques de porter à la connaissance des justiciables certes, mais surtout du tribunal arbitral – second acteur du principe compétence-compétence –, et peut-être également des juridictions saisies *a posteriori* – troisième acteur du principe compétence-compétence –, leur opinion sur le tracé de la frontière entre justice publique et justice privée. L'effet négatif de la compétence-compétence en sortirait préservé, tout en permettant que la position des juridictions françaises sur la compétence juridictionnelle générale soit connue du tribunal arbitral. Par ce dialogue entre juges, le caractère pluraliste du principe compétence-compétence en sortirait renforcé.

288. Si l'essentiel des hypothèses de non-application de l'effet négatif est favorable à l'arbitrage, certaines sont au contraire défavorables. Le juge étatique brûle alors la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur la compétence et se retient alors compétent pour statuer sur le principal.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Société Chefaro International c. Barrère et autres*, n° 04-10970, *Rev. arb.*, 2007.499, note L. JAEGER ; *Bull. civ. I*, n° 102 ; *D.*, 2007. AJ. 949, obs. X. DELPECH ; *Rev. arb.* 2007. 499, note L. Jaeger ; *JCP* 2007. Act. 135, obs. J. ORTSCHIEDT ; *LPA*, 2007, n° 192, note S. BEN REGUIGA ; *D.*, 2009.2959, obs. Th. CLAY. *Contra*, CA Paris, 12 déc. 1989, *Rev. arb.*, 1990.862, note P. LEVEL.

² V° « *Obiter dictum* », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

³ S. TOURNAUX, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2011.45.

⁴ *Ibid.*

§2.- L'absence d'application de l'effet négatif défavorable à l'arbitrage

289. L'examen du droit positif nous a permis d'identifier des cas de non-application de l'effet négatif défavorable à l'arbitrage. Le phénomène est plus étonnant que le précédent en ce qu'il va à l'encontre de l'efficacité de l'arbitrage. Dans ces hypothèses, le juge étatique contrôle totalement la compétence juridictionnelle générale et retient le litige par-devers lui, au détriment de la justice arbitrale. Autrement dit, la violation de l'effet négatif du principe compétence-compétence, violation de la compétence arbitrale pour statuer sur la *compétence*, se double, potentiellement, d'une violation de la compétence arbitrale pour statuer sur *le fond du litige*. Le risque de procédures parallèles entre justice publique et justice privée relativement au même litige resurgit.

Nous calquant sur le schéma précédent, il convient de présenter des illustrations de non-application défavorable à l'arbitrage (A). Nous en rechercherons ensuite les justifications possibles (B).

A.- Illustrations de non-application défavorable à l'arbitrage

290. On a pu relever certaines hypothèses dans lesquelles l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est pas respecté, le juge étatique s'estimant alors compétent et écartant la convention d'arbitrage.

On pourra citer tout d'abord un arrêt du 30 octobre 2006, démontrant que la vague des arrêts de 2006 consacrant l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est pas épargnée par le phénomène¹. Une cour d'appel, saisie par une société d'une demande de résolution du contrat par lequel elle avait confié la réalisation de travaux à une autre, a rejeté le contredit de compétence tiré d'une prétendue clause d'arbitrage, en l'espèce une clause du cahier des clauses administratives stipulant que « *pour le règlement des contestations qui peuvent s'élever à l'occasion de l'exécution ou du règlement du marché, les parties contractantes doivent se consulter pour soumettre leur différend à un arbitre, ou pour refuser l'arbitrage* ». La Cour de cassation approuve la cour d'appel en ces termes : « *procédant à l'interprétation de la clause litigieuse que son imprécision rendait nécessaire, la cour d'appel a souverainement retenu que cette clause n'obligeait aucunement les parties à se soumettre à un arbitrage en cas de différend, de sorte qu'elle ne constituait pas une convention d'arbitrage susceptible de renonciation de la part des parties* ». Nulle trace de l'effet négatif du principe compétence-compétence.

Un autre exemple plus récent permet également d'illustrer la non-application de l'effet négatif défavorable à l'arbitrage, en raison d'une contestation portant sur le principe même du consentement à la compétence arbitrale². En l'espèce, dans le contexte d'une opération de démolition et reconstruction, les contrats conclus par les entrepreneurs y participant étaient régis par un cahier des clauses administratives particulières dont une annexe, les obligeant à adhérer à une association gérant les dépenses communes. L'une des sociétés attributaire d'un lot, ayant participé à l'assemblée constitutive de l'association, mais refusant de signer les

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *Bull. civ.*, 2006.I.441; *D.*, 2006, X. DELPECH ; *JCP*, 2007.I.139, n° 11, obs. Th. CLAY ; *RTD civ.*, 2007, p. 110, note J. MESTRE et B. FAGES.

² Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 2008, n° 07-13619 ; en somm. in *Gaz. Pal.*, 29 mars 2008 n° 89, p. 38, A. MOURRE et P. PEDONE.

statuts au regard de modifications subies entre le projet décrit par la clause et le texte adopté au jour de l'assemblée constitutive, a alors laissé sans suite un appel de fonds de l'association. L'association l'a attirée à l'arbitrage sur le fondement d'une clause compromissoire contenue dans les statuts constitutifs. La société attributaire du lot a saisi le juge des référés pour qu'il juge que la convention d'arbitrage ne lui était pas applicable. L'arrêt d'appel a renvoyé les parties à l'arbitrage en jugeant la société obligée par la clause compromissoire inscrite aux statuts de l'association, dès lors qu'elle était tenue d'adhérer par une annexe au contrat, « *pièce contractuelle à laquelle elle avait librement souscrit, qu'elle avait ultérieurement participé à l'assemblée constitutive de l'association, et que son refus d'en signer les statuts ne pouvait valoir refus d'adhésion* ». La Haute juridiction casse l'arrêt pour violation de l'article 1134 du Code civil, car la cour d'appel n'a pas à « *rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, la réalité et la portée des modifications subies par le contenu de la clause litigieuse entre son projet tel que figurant à l'annexe [NDLA : contractuelle] et le texte adopté le jour de l'assemblée constitutive, circonstance de nature à écarter sa qualité de sociétaire, et, partant, toute applicabilité de ses stipulations à son endroit* ».

A aucun moment, il n'est fait référence à l'effet négatif du principe compétence-compétence. La Haute juridiction censure la Cour d'appel pour méconnaissance de l'article 1134 du Code civil, signe de la méconnaissance totale de la règle de neutralisation du pouvoir de statuer sur la compétence. On est loin de la vérification de la seule vraisemblance de compétence arbitrale ! Pire, n'est-il pas pour le moins surprenant que le juge des référés ait pu juger recevable une telle demande ? En effet, il est admis que l'effet négatif du principe compétence-compétence interdit la saisine à titre principal de la compétence juridictionnelle générale, peu importe quel juge est saisi, juge du fond, ou toute juridiction présidentielle, juge des référés ou juge d'appui, en particulier lorsque l'instance arbitrale est en cours.

Parmi d'autres exemples¹, on citera enfin un dernier arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 14 janvier 2004, plus original en ce qu'il constitue un cas d'inapplication délibérée de l'effet négatif du principe compétence-compétence². En l'espèce, le liquidateur d'une société franchisée poursuivait devant le tribunal de la faillite la société franchiseur en dommages et intérêts pour soutien abusif apportée à la société franchisée. Le franchiseur a alors opposé les clauses compromissoires stipulées aux contrats de franchise et d'approvisionnement, contrats qui le liaient à la société franchisée débitrice. La cour d'appel ayant rejeté l'exception d'arbitrage, le pourvoi invoquait dans la première branche du moyen la violation de l'effet négatif du principe compétence-compétence : « *en présence d'une clause compromissoire, l'arbitre est seul compétent pour se prononcer, à titre préalable, sur l'arbitrabilité du litige* ». Il reprochait ainsi à la cour d'appel, qui n'avait pas caractérisé une quelconque nullité manifeste de la convention d'arbitrage, d'avoir violé les articles 1458 et 1466 CPC. La Cour de cassation approuve alors la cour d'appel d'avoir retenu « *par motifs adoptés que le liquidateur, qui n'était pas partie au contrat stipulant la clause compromissoire, agit en responsabilité dans l'intérêt des créanciers contre le franchiseur pour soutien abusif apporté à la société franchisée, ce dont il résulte que ladite clause est étrangère au litige* ». Le pourvoi est rejeté sans que la chambre commerciale ne consente à

¹ Cf. par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Bull. civ.*, 2006.I.422 ; *D.*, 2005.268.

² Cass. com., 14 janv. 2004, *Bull. civ.*, 2004.IV.10, *op. cit.*

répondre à la première branche du moyen. L'effet négatif du principe compétence-compétence est donc volontairement éclipsé par la Cour suprême, qui approuve les juges du fond d'avoir statué sur la réalité de la compétence juridictionnelle générale, alors qu'ils devraient en principe statuer sur sa seule apparence.

B.- Les raisons de la non-application défavorable à l'arbitrage

291. Peut-on trouver une explication aux cas de non-application de l'effet négatif défavorables à l'arbitrage ? Ces hypothèses ne marquent-elles pas tout simplement les limites au respect de la règle de l'effet négatif et à la capacité de neutralisation de leur propre pouvoir juridictionnel par les juridictions publiques ?

Il existe en effet certaines espèces dans lesquelles, incontestablement, la règle est méconnue sans justification possible¹. Certaines s'expliquent par l'absence de reconnaissance initiale de l'effet négatif par la chambre commerciale de la Cour de cassation avant son admission par l'arrêt *Pella* du 21 février 2006, campant sur la position de l'absence d'opposabilité au destinataire du contrat de transport maritime de la clause compromissoire stipulée à la charte-partie et à laquelle renvoie le connaissance sauf acceptation spéciale.

Dans la plupart des hypothèses de non-application de l'effet négatif qui sont défavorables à la compétence arbitrale, on peut identifier un cas d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. La violation de l'effet négatif n'entraîne donc pas celle de la compétence arbitrale sur le fond du litige, inexistante.

292. Aussi deux situations peuvent-elles être distinguées.

La première, la plus courante, est celle dans laquelle on est en présence d'un simple oubli des juridictions étatiques : occultant la règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence de leur raisonnement – volontairement ou involontairement –, elles n'ont pas pris logiquement la peine de caractériser explicitement l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Pourtant, dans ces différentes espèces, il ne fait pas de doute que les faits relèvent de cette qualification juridique – l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage – au regard des règles de fond classiquement admises régissant la convention d'arbitrage. Ainsi, par exemple, les faits rapportés par l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 octobre 2006 permettent de caractériser un cas d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, une hypothèse d'inexistence manifeste². La clause stipulant que « *pour le règlement des contestations qui peuvent s'élever à l'occasion de l'exécution ou du règlement du marché, les parties contractantes doivent se consulter pour soumettre leur différend à un arbitrage, ou pour refuser l'arbitrage* » n'est pas une convention d'arbitrage, puisqu'elle n'est pas contraignante : elle ne crée aucune obligation. Le consentement des parties sur le principe même de soumettre leurs litiges à l'arbitrage fait défaut. Si étrange soit-elle, cette stipulation est un simple rappel de la possibilité de soumettre les litiges à l'arbitrage, possibilité ouverte par la loi qu'il est en effet inutile de rappeler par une disposition contractuelle. C'est aussi ce que révèle l'arrêt ayant méconnu volontairement l'effet négatif du principe compétence-compétence rendu par la chambre commerciale de la

¹ CA Paris, 3 déc. 2008, *Dequette et autres c. Fournier*, *Rev. arb.*, 2009.547, note J.-J. DAIGRE.

² Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *Bull. civ.*, 2006.I.441, *op. cit.*

Cour de cassation du 14 janvier 2004¹. En l'espèce, un cas d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage pouvait être caractérisé : en quoi des clauses compromissaires stipulées à des contrats de franchise et d'approvisionnement liant le franchiseur et le franchisé peuvent-elles être invoquées afin de faire obstacle à une action menée par le liquidateur pour soutien abusif contre le franchiseur ? L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage suffit à justifier la solution. Elle est d'ailleurs double. Comme cela est mis en évidence par la Haute juridiction, même si elle ne se fonde pas explicitement sur cette exception à l'effet négatif, il y a tout d'abord une inapplicabilité manifeste *rationae personae* : le liquidateur, agissant dans l'intérêt des créanciers et non par substitution du débiteur dessaisi, n'est pas partie aux contrats stipulant la clause compromissoire signés par le franchisé dessaisi². Mais il y a également, et plus fondamentalement, une inapplicabilité manifeste *rationae materiae*. En effet, l'action pour soutien abusif en cause relève des litiges non arbitrables : les « contestations nées de la procédure collective ou sur lesquelles celle-ci exerce une influence juridique » - dont relève l'action pour soutien abusif – sont de la compétence exclusive du tribunal de la faillite. On observera d'ailleurs que, plus récemment, deux affaires dont les faits étaient similaires à cette espèce – le franchiseur s'opposant à l'action pour soutien abusif ou en comblement de passif formée par le liquidateur en invoquant la clause compromissoire stipulée au contrat de franchise le liant au franchisé défaillant – ont conduit la Haute juridiction à caractériser cette fois-ci explicitement l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, permettant alors logiquement d'écarter la règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence³. Les exemples pourraient être multipliés⁴.

La seconde situation, moins fréquente, est celle dans laquelle les juridictions étatiques méconnaissent volontairement la règle de l'effet négatif afin d'édicter une nouvelle règle de fond régissant la convention d'arbitrage alors *défavorable* à la compétence arbitrale. La situation est rare, mais pas inédite. On pense en particulier au refus opposé par la Haute juridiction à ce que la compétence arbitrale du bâtonnier pour résoudre les litiges entre avocats non salariés puisse résulter de la seule disposition contenue au règlement intérieur d'un barreau. Il est admis que le règlement des litiges opposant un avocat salarié et son employeur relève de « l'arbitrage » du bâtonnier chef de l'Ordre (article 7 de la loi du 31 déc. 1971 modifiée par la loi du 10 juill. 1991, décret du 27 nov. 1991)⁵, qui, depuis a été étendu par les articles 71 à 73 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de « simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures » au règlement des litiges concernant l'avocat collaborateur libéral, non salarié (modifiant l'article 7 de la loi de 1971) et à « tout différend entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel » (modifiant l'art. 21 de la loi de 1971), sans que l'on sache avec précision comment s'articulera cette forme

¹ Cass. com., 14 janv. 2004, *Bull. civ.*, 2004.IV.10, *op. cit.*

² La solution est bien évidemment différente lorsque le mandataire agit en substitution du débiteur défaillant. Il devrait se voir opposer la clause compromissoire dès lors que le mandataire représente le débiteur.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2009, n° 08-12494, *op. cit.* ; Cass. com., 13 juin 2006, n° 03-16695, *op. cit.*

⁴ Cf. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 2008, n° 07-13619, *op. cit.* : une association ne peut poursuivre sur le fondement de la clause compromissoire stipulée à ses statuts une société qui a refusé d'y adhérer. L'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire aurait donc pu être caractérisée par la seule absence de qualité d'adhérent de la société poursuivie par l'association, l'inapplicabilité résultant de l'absence manifeste de consentement à l'arbitrage. Manifestement, la société n'était donc pas liée par la clause compromissoire.

⁵ D. BERRA et M. ROBINEAU, « Avocats (modes d'exercice de la profession) », *Rép. Dalloz dr. civ.*, Paris, Dalloz, 2006, n° 110.

d'arbitrage forcé avec un arbitrage conventionnel. Cette forme d'arbitrage est en réalité un arbitrage forcé, une juridiction originale de l'organisation judiciaire malencontreusement dénommée « *arbitrage* »¹. La question en cause est tout autre.

Elle est de savoir si les dispositions du règlement intérieur d'un barreau prévoyant un arbitrage entre avocats non salariés (exerçant la profession sous un autre mode, à titre individuel ou au sein d'une organisation quelconque en tant que collaborateur libéral par exemple) peut valoir consentement à l'arbitrage conventionnel classique. On écartera des développements suivant les dispositions des règlements intérieurs permettant au bâtonnier, en cas d'échec de la procédure de conciliation, de « *recommander l'arbitrage* ». Il s'agit d'une simple recommandation ; il est impossible d'y voir une offre de recourir à l'arbitrage car la fermeté fait défaut. Les développements qui suivent portent sur les dispositions qui semblent imposer l'obligation de recourir à l'arbitrage, à l'image de l'ancien règlement intérieur du barreau de Paris. La question a été portée devant les tribunaux, concernant un litige né à l'occasion de l'exercice de la profession d'avocat en groupement, non salariés. En l'espèce, était en cause une société civile professionnelle (SCP) composée de trois coassociés avocats. Avant la dissolution de cette dernière, l'un des coassociés a désintéressé un créancier de la SCP. Il engagea alors une action en contribution à la dette sociale contre ses deux coassociés devant les juridictions de droit commun. Ces derniers opposèrent alors une exception d'arbitrage tirée de l'article 28.3 du règlement intérieur du barreau de Paris, aujourd'hui réservé, qui prévoit notamment que le litige entre avocats à raison de l'exercice professionnel au sein d'une structure est soumis, en premier ressort, à l'arbitrage du bâtonnier dans les conditions prévues aux anciens articles 1442 à 1491 CPC. La question était donc de déterminer si une telle disposition du règlement intérieur d'un barreau pouvait, à elle seule, en dehors d'une autre expression de volonté des parties au litige de recourir à l'arbitrage, suffire à constituer une convention d'arbitrage valable, la volonté des parties résultant de l'inscription des avocats de la SCP à l'Ordre. La Cour de cassation y répond sur un autre terrain que celui de l'arbitrage contractuel, celui sur lequel s'était placée la cour d'appel de Versailles par substitution de motifs : l'arbitrage forcé. La Haute juridiction énonce qu'« *il résulte de l'article 7, dernier alinéa, de la loi du 31 décembre 1971, modifiée, que seuls les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail entre avocats sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier ; qu'il s'ensuit que le règlement intérieur d'un barreau ne peut, sans méconnaître cette disposition législative, étendre la compétence du bâtonnier aux litiges nés à l'occasion de l'exercice de la profession d'avocat en groupement* »². La Cour de cassation analyse ainsi ce type de dispositions comme instituant un arbitrage forcé, forme d'arbitrage dont les limites d'intervention ne peuvent résulter que d'une disposition législative, le législateur étant seul compétent pour créer une nouvelle juridiction. Cette analyse a été confirmée le même jour mais dans un autre contexte procédural³ - contrôle de la sentence *a posteriori* - la Haute juridiction retenant au visa des articles 2061 du Code civil, 1442 et 1447 CPC que « *hors les cas où la loi en dispose autrement, seule la volonté commune des parties peut investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel* ».

¹ *Ibid.* Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, p. 19, n° 25 ; B. MOREAU, « L'arbitrage du Bâtonnier », *Rev. arb.*, 1993.361, spéc. n° 3.

² Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Bull. civ.*, 2006.I.422 ; *D.*, 2005.268, obs. B. BLANCHARD.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Bull. civ.*, 2006.I.421 ; *D.*, 2006.2079, note E. ROSENFELD.

293. Pour conclure, si l'on approuvera sans aucun doute le résultat auquel aboutissent ces arrêts lorsque l'on se trouve en présence d'un cas d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, le fondement sur lequel les juges s'appuient pour justifier leur solution nous paraît discutable. En effet, il serait préférable que les juridictions d'État se réfèrent à l'effet négatif du principe compétence-compétence dès lors que l'un des litigants excipe de l'incompétence de la justice publique au profit de la justice arbitrale, quitte ensuite à lui opposer la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Le caractère contre-nature de la règle de l'effet négatif invite en effet à cette rigueur, qui seule permettra de lui assurer une plus complète effectivité.

Conclusion

294. En définitive, le bilan que l'on peut dresser au terme de cette étude de l'effectivité de l'effet négatif de la compétence-compétence est mitigé.

Les exceptions à l'effet négatif de la compétence-compétence sont omniprésentes. Cependant, loin d'éroder la règle de l'effet négatif, ses exceptions la légitiment. Seules cette apparence vraisemblable de droit – la compétence arbitrale – établie, et son absence de destruction par une apparence ostensible contraire – l'absence de caractérisation des exceptions de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage –, justifient et légitiment la neutralisation des juridictions étatiques et le renvoi devant le tribunal arbitral. Pour cette raison, il nous paraît inenvisageable de supprimer les exceptions à l'effet négatif du principe compétence-compétence. Aussi la validité empirique de l'effet négatif trouve-t-elle sa limite naturelle dans sa validité axiologique : le renvoi devant le tribunal arbitral afin de statuer sur la compétence et éventuellement sur le fond n'est légitime que s'il existe l'apparence de compétence arbitrale et l'apparence d'incompétence de la justice publique. La caractérisation de cette condition explique pourquoi aujourd'hui ce contentieux est omniprésent, et continuera à l'être sans nul doute dans les années à venir.

Mais, soulignons-le, même dans le cadre de ce jeu entre les litigants concernant la charge et l'objet de la preuve de l'apparence de compétence de la justice publique ou privée, la faveur pour l'arbitrage est présente. Si la compétence de la justice publique – de principe (en ce qu'elle existe en l'absence de volonté contraire des litigants, non pas du point de vue factuel) – peut être détruite par la seule *apparence vraisemblable* de compétence arbitrale – apparence «*permet[ant] un doute sur la réalité juridique*»¹ –, cette dernière apparence ne pourra à son tour être détruite que par une *apparence ostentatoire* de la compétence de la justice publique – apparence ne permettant aucun doute sur la réalité juridique – résultant de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Ainsi, «*le doute profite à la compétence arbitrale*»².

Quant la non-application pure et simple de l'effet négatif, doit-on craindre que ce phénomène n'emporte sur son passage l'effet négatif du principe compétence-compétence³ ? Certes, il est vrai que la validité empirique de la règle de l'effet négatif n'est pas totalement établie. Cependant, il ne faut pas s'arrêter à ce premier constat. D'une part, le respect de l'effet négatif ne cesse de se renforcer comme on peut le constater ces dernières années, le mouvement allant vers plus d'effectivité que vers une érosion de la règle. D'autre part, même les cas de non-application de l'effet négatif sont, dans leur grande majorité, favorables à l'arbitrage et n'entraînent pas nécessairement la violation de la compétence arbitrale sur le fond du litige. Ces cas de non-application, résultant pour la plupart du besoin d'élaboration de règles matérielles plus favorables à l'arbitrage, pourraient aisément disparaître si les juridictions acceptaient simplement de recourir à la technique de l'*obiter dictum*. Au-delà des apparences, le vent de faveur qui souffle sur l'arbitrage ne faiblit pas.

¹ V° « Apparence », par M.-N. JOBARD-BACHELLIER in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

² L'expression est d'E. LOQUIN.

³ Le risque a été identifié par O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 904, n° 17.

C'est au final le régime de la décision de mise en œuvre de l'effet négatif qui pourrait révéler les principales failles de l'effet négatif de la compétence-compétence.

Chapitre 2.- La décision de mise en œuvre de l'effet négatif

295. La décision de mise en œuvre ou de refus de mise en œuvre de l'effet négatif se concrétisera de la façon suivante :

- devant le juge du fond par le renvoi des parties à mieux se pourvoir en application de l'article 96 CPC, ou au contraire, par le fait de retenir par devers lui le fond de l'affaire en se jugeant manifestement compétent ;
- devant le juge d'appui par la désignation de l'arbitre requise afin de parfaire la constitution du tribunal arbitral ou au contraire, par le refus de procéder à cette désignation.

Le régime juridique de la décision de mise en œuvre – ou de refus de mise en œuvre – de l'effet négatif du principe compétence-compétence est au cœur de l'évaluation de l'efficacité de la règle¹, l'efficacité devenue « *la condition et la caution* »² de la légitimité même du droit. Si la règle de l'effet négatif est en effet relativement effective, en ce qu'elle est utilisée par ses destinataires³, il reste à s'interroger sur son efficacité, c'est-à-dire « *sur la pertinence du moyen choisi par le législateur en vue d'atteindre l'objectif visé* »⁴, « *l'adéquation des moyens utilisés aux fins posées* ». L'effet produit par le droit est-il « *conforme au but poursuivi* »⁵ ?

296. L'effet négatif permet-il rapidement, sans que le litige ne s'atérmoie, que les parties soient renvoyées à l'arbitrage sur simple apparence de compétence arbitrale ? De même, concernant la portée de la décision du juge étatique, toutes les conséquences sont-elles tirées de la particularité de l'effet négatif, première étape d'une règle de conflit composite, le principe compétence-compétence pris dans son ensemble ? C'est à ces questions que l'on tentera de répondre en analysant tour à tour les voies de recours ouvertes contre la décision (section 1) puis la portée de la décision sur les autres instances (section 2).

Section 1.- Les voies de recours ouvertes contre la décision

297. Les voies de recours ouvertes contre la décision du juge statuant sur la mise en œuvre de l'effet négatif font l'objet en droit positif d'un aménagement original en faveur de l'arbitrage (§1), valable aussi bien sous l'ancien décret que sous le nouveau, ce dernier n'ayant apporté aucune modification. Même ainsi agencées, les voies de recours ne permettent pas de préserver l'efficacité de l'effet négatif, qui s'étirole. Les procès pré-arbitraux sur l'apparence de compétence arbitrale tendent à s'éterniser. Aussi le régime des voies de

¹ Nous traiterons exclusivement de l'efficacité de l'effet négatif et non de son efficience. Son efficience a été indirectement évaluée dans les questions d'économie procédurale. L'efficience est en effet un critère « *économique* », visant à mesurer « *le coût engagée pour atteindre, par le règle choisie, le but visé. Une règle efficace, en ce sens, est une règle efficace au moindre coût* » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 331). L'efficience « *se préoccupe seulement de la rentabilité de l'action menée* » (C. MINCKE, *Efficacité, efficience et légitimité démocratique du ministère public. Quand l'arbitre cache la forêt*, op. cit., p. 28).

² J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 105.

³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 331.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

recours ouvertes contre la décision reste-t-il à améliorer, des pistes de réflexion pouvant être envisagées dans une étude de droit prospectif (§2).

§1.- Droit positif : l'aménagement des voies de recours en faveur de l'arbitrage

298. C'est ici encore l'occasion de constater toute la bienveillance dont jouit l'arbitrage en droit français. Les voies de recours ont été aménagées dans un sens : celui de la faveur pour l'arbitrage. Peu importe que l'arbitrage présente un caractère interne et international : les solutions sont identiques. La présentation des solutions posées en droit positif (A) sera suivie d'une analyse critique (B).

A.- Présentation des solutions

299. Le régime des voies de recours ouvertes contre la décision du juge d'État est original en ce qu'il varie selon le sens de la décision prise par le juge étatique, refus ou acceptation de mise en œuvre de l'effet négatif. On observe ainsi que le droit positif tend à restreindre les voies de recours contre la décision par laquelle le juge étatique *accepte de mettre en œuvre* l'effet négatif – préservant la décision prise par les juridictions publiques de renvoyer le litige à la justice arbitrale – et, au contraire, à ouvrir le plus largement possible ces mêmes voies de recours contre la décision par laquelle le juge étatique *refuse de mettre en œuvre* l'effet négatif – exposant alors à la critique la décision prise par les juridictions publiques de retenir par-devers elles le fond du litige. Ce régime original résulte d'une combinaison complexe de quelques règles particulières spécifiques au droit de l'arbitrage édictées par le CPC et de règles du droit judiciaire privé, en particulier le recours pour excès de pouvoir¹. Ce dernier, que l'on rencontrera à chaque étape de notre analyse, joue un double rôle, tantôt renforçant l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence, tantôt, au contraire, l'altérant.

A l'étude des voies de recours ouvertes contre la décision de refus de mise en œuvre de l'effet négatif (1) succèdera l'analyse des voies de recours ouvertes contre la décision acceptant la mise en œuvre de l'effet négatif (2).

1).- Les voies de recours ouvertes contre la décision de refus de mise en œuvre de l'effet négatif

300. Dans l'objectif de préserver l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence, les sources du droit ont œuvré afin d'ouvrir le plus largement possible les voies de recours uniquement contre la décision de *refus* de mise en œuvre de l'effet négatif. Cela contribue à ce que toute méconnaissance de l'effet négatif soit sanctionnée et que sa mise en œuvre soit unifiée sous le contrôle de la Haute juridiction

¹ Cf. la définition proposée par D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 588, n° 4 : « [i]l y a recours pour excès de pouvoir lorsque, en dépit d'un texte prohibant l'exercice de recours, définitivement ou provisoirement, une voie de droit est néanmoins ouverte, à l'effet de sanctionner la méconnaissance par le juge de ses attributions, à laquelle on peut assimiler la violation d'un principe fondamental de la procédure, et de rétablir la partie qui en est victime dans les droits qui auraient été les siens en l'absence d'interdiction ».

lorsque se présentent des hypothèses où la frontière entre justice publique et justice privée est difficile à délimiter, même seulement en apparence.

L'ouverture la plus large des voies de recours contre le jugement prononcé par le juge étatique refusant d'appliquer l'effet négatif se vérifie aussi bien concernant le juge d'appui (a) que concernant le juge du fond (b).

a)- La décision du juge d'appui

301. En principe, les décisions du juge d'appui sont insusceptibles de recours. Le nouvel article 1460 al 3 CPC, applicable à l'arbitrage international sur renvoi de l'article 1506 2° CPC, retient que « [l]e juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours », comme l'affirmait l'ancien article 1457 al. 1 CPC. Le pouvoir réglementaire a cependant prévu une exception à l'interdiction de principe des voies de recours, au même article, reprenant l'exception édictée à l'alinéa 2 de l'ancien article 1457 : l'appel est ouvert contre l'ordonnance « lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455 »¹. La recevabilité du pourvoi en cassation contre l'arrêt rendu par la cour d'appel ne devrait pas prêter à discussion en application de l'article 606 CPC, puisque, quel que soit son sens, accueil ou rejet de la demande d'assistance à l'arbitrage, l'ordonnance rendue met fin à l'instance, « tranche[...] en dernier ressort tout le principal »². Les voies de recours contre la décision du juge d'appui sont donc bien aménagées en faveur de l'arbitrage.

302. Marquant la continuité avec l'ancien décret, cette règle appelle deux remarques.

Tout d'abord, ce régime dérogatoire est à relativiser. En effet, le principe même de l'interdiction de recours contre la décision de refus de désignation d'arbitres est contourné par la théorie de l'excès de pouvoir, utilisée par la jurisprudence afin d'ouvrir *contra legem* un appel-nullité contre le refus de désignation d'un arbitre pour tout autre motif que ceux tirés de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Ainsi, peu importe le motif de refus de désignation de l'arbitre, nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, absence d'une difficulté sérieuse³, absence de litige⁴, prescription de l'action⁵ : les voies de recours sont à nouveau ouvertes lorsque la décision est défavorable à l'arbitrage⁶.

Concernant ensuite la nature des voies de recours ouvertes contre la décision du juge d'appui, le nouvel article 1460 al. 3 CPC prévoit que l'ordonnance peut être frappée d'appel,

¹ Art. 1460 al. 3 CPC : « [l]e juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455 ».

² En ce sens, Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 1995, *Rev. arb.*, 1995.605, note A. HORY : « l'arrêt a mis fin à l'instance tendant à l'intervention du juge étatique pour pourvoir à la constitution du tribunal arbitral ; D'où il suit que le pourvoi en cassation est recevable ».

³ Cass. civ. 2^{ème}, 8 avril 1998, *Rev. arb.*, 1998.373, note A. HORY.

⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 16 mai 1994, *Rev. arb.*, 1994. 715 (2^o esp.), de manière implicite.

⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 31 mai 2001, *Rev. arb.*, 2002.691.

⁶ Pour les modalités techniques du recours pour excès de pouvoir, en raison du *principe de proximité*, l'appel-nullité prend la forme du recours ouvert par le nouvel article 1460 al. 3 CPC, l'appel soumis à représentation obligatoire tel que défini aux articles 900 et s. CPC. L'appel-nullité ne devra plus être formé et instruit selon les règles régissant le contredit de compétence, comme cela été auparavant jugé, en référence à l'ancien article 1457 CPC : Cass. civ. 2^{ème}, 21 janv. 1998, *Rev. arb.*, 1998.113, note A. HORY ; confirmé plus récemment par Cass. civ. 2^{ème}, 30 avril 2002, *Rev. arb.*, 2002.719 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 juill. 2003, *Rev. arb.*, 2004.283, note M. BANDRAC ; Cass. civ. 2^{ème}, 29 janv. 2004, n° 02-15347, en somm. in *Rev. arb.*, 2004, p. 447.

sans préciser comme le faisait l'ancien article 1457 al. 2 CPC que cet appel est « *formé, instruit et jugé comme en matière de contredit de compétence* ». Aussi, le recours formé contre l'ordonnance du juge d'appui sera instruit et jugé selon les articles 900 et s. CPC et soumis aux conditions de recevabilité de l'appel soumis à représentation obligatoire, et non plus aux conditions du contredit¹. On le regrettera doublement. Tout d'abord, il nous paraissait opportun de maintenir les délais du contredit de compétence – portés à 15 jours –, plus courts que le délai de l'appel – porté à un mois à compter de la signification de l'ordonnance² –, mieux à même de préserver la célérité de la règle de conflit d'ensemble que constitue le principe compétence-compétence. Le contredit, régi par les articles 80 à 91 CPC, a en effet été aménagé dans un objectif : « *assurer le règlement rapide de l'incident de compétence* »³. En outre, la procédure de contredit nous paraissait opportune au regard de la nature de l'exception présentée au juge d'appui afin de s'opposer à la demande de désignation d'arbitres. Lorsque, dans son dispositif, le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce « *déclare n'y avoir lieu à désignation* », c'est sur le fondement d'un motif central, décisif, pris de l'incompétence arbitrale évidente et donc de la compétence manifeste de la justice publique.

b).- La décision du juge du fond

303. L'effet négatif du principe compétence-compétence constituant une règle contre-nature – en ce qu'elle implique pour les juridictions saisies au fond une neutralisation d'un pouvoir qu'elles exercent normalement, quotidiennement, celui de statuer sur leur compétence –, on a pu observer initialement une large tendance des juridictions du fond à méconnaître cette règle. Dans l'objectif de préserver cette règle parfois ignorée, les voies de recours ont été le plus largement ouvertes en faveur de l'arbitrage. Comment ? Par l'« *instrumentalisation* »⁴ du flou entourant les notions de compétence et de pouvoir juridictionnel lorsqu'est en cause une convention d'arbitrage. L'exception d'arbitrage serait tout à la fois une exception d'incompétence, contre laquelle la procédure de contredit serait ouverte, et en même temps, un défaut de pouvoir de juger, permettant alors l'immédiateté du recours en cassation, qui, au contraire, devrait en principe être différé, reporté contre le jugement statuant sur le principal. Exploitant l'ambiguïté notionnelle de l'objet de la convention d'arbitrage, jurisprudence et doctrine jouent sur les deux tableaux afin d'ouvrir le plus largement les voies de recours contre la décision par laquelle le juge étatique refuse de reconnaître l'apparence de compétence arbitrale.

304. Dans un premier temps, l'exception tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, opposée à la juridiction étatique saisie au fond d'un litige, est traitée comme n'importe quelle exception d'incompétence même si le juge ne peut statuer que sur l'apparence de la compétence juridictionnelle générale, et non sur sa réalité. Les mêmes voies de recours de droit commun ouvertes contre toute exception d'incompétence sont donc utilisées à l'encontre du jugement rejetant l'exception d'arbitrage, la juridiction d'État

¹ En ce sens, Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 26, n° 31.

² Art. 538 CPC.

³ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 184, n° 300.

⁴ L'expression est empruntée à Ph. THÉRY, « Le juge et la convention d'arbitrage ou l'instrumentalisation des notions juridiques ... », obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, *RTD civ.*, 2006.143.

s'estimant compétente¹ : contredit de compétence lorsque le jugement « se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige » en application de l'article 80 CPC², appel lorsque le jugement tranche aussi bien l'incident de compétence que le fond du litige en application de l'article 78 CPC ; concernant l'ordonnance du juge de la mise en état, peu importe que l'exception soit admise ou rejetée, appel formé dans les quinze jours de la signification de la décision³.

305. La spécificité de l'exception d'arbitrage se manifeste uniquement au stade de la recevabilité du pourvoi en cassation contre l'arrêt rendu sur appel ou contredit.

La première situation ne fait pas de difficulté : lorsque l'exception d'arbitrage et le principal ont été tranchés par le même jugement, le pourvoi en cassation est immédiatement recevable en application de l'article 606 CPC, contre un jugement rendu en dernier ressort tranchant tout ou partie du principal. La solution s'applique au jugement statuant sur l'exception d'arbitrage, comme sur toute autre exception d'incompétence.

Seule une hypothèse, assez fréquente en pratique, pose problème : celle dans laquelle le jugement statue sur la seule exception d'arbitrage, refuse d'y faire droit sans trancher le fond du litige. En droit commun, il est traditionnellement admis en application des articles 607 et 608 CPC que le pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel rendu à la suite d'un appel ne mettant pas fin à l'instance, ou lorsque la cour a été saisie par contredit, statuant sur la compétence et ne mettant pas fin à l'instance (notamment en ne se prononçant pas sur le principal), doit être différé et ne peut être exercé qu'avec le jugement sur le fond, hors les cas spécifiés par la loi⁴. En l'absence de disposition légale particulière autorisant le pourvoi en cassation immédiat⁵, l'arrêt de la cour d'appel qui statue sur la compétence sans mettre fin à l'instance ne peut faire l'objet d'un recours en cassation immédiat⁶. Le recours est alors différé, repoussé dans l'attente de l'arrêt au fond. C'est à ce stade que l'exception d'arbitrage n'est plus traitée comme une exception d'incompétence. Cette exception est alors qualifiée

¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 1149, n° 1736.

² En ce sens, explicitement, Cass. com., 9 avril 2002, *Bull. civ.*, 2002.IV.69, p. 72 ; implicitement, Cass. civ. 2^{ème}, 20 déc. 2001, *Bull. civ.*, 2001.II.198 ; Cass. civ. 2^{ème}, *Bull. civ.*, 2001.II.168.

³ Art. 776 al. 4 2° CPC.

⁴ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 1170, n° 1772.

⁵ Sous réserve pour le contredit d'une interprétation particulière de l'article 87 al. 2 CPC, mais qui est écartée en droit judiciaire privé (S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., pp. 399-400, n° 412, considérant que cette disposition règle un problème de point de départ du délai et non pas de principe même du pourvoi immédiat) ; récemment écartée par Cass. civ. 2^{ème}, 6 oct. 2005, *Bull. civ.*, 2005.II.235 ; Cass. soc., 16 déc. 2008, *Bull. civ.*, 2008.V.247 ; *BICC*, 1er mai 2009, n° 598), et rarement utilisée dans notre champ d'étude (cf. cependant, Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, *Levantina de Hydraulica y Motores c. Scala et autres*, op. cit.). Cf. la théorie dégagée par la jurisprudence, explicitée par M. PERROT de notion d'instance distincte et indépendante de la procédure principale (R. PERROT, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 23 juin 2005, *RTD civ.*, 2005.635 ; également proposée également par Ph. THÉRY, « Le juge et la convention d'arbitrage ou l'instrumentalisation des notions juridiques... », op. cit.), qui nous semble inapplicable. Il nous paraît excessif de voir dans toute exception d'incompétence opposée à une quelconque demande « une instance distincte et indépendante ». L'exception d'incompétence est au contraire un classique moyen de défense qui peut être opposé à toute demande au fond dont peut connaître la juridiction saisie au principal, soit pleinement, soit de manière limitée au caractère manifeste comme l'est l'exception d'arbitrage.

⁶ L'argument était avancé par ex. par le défendeur au pourvoi : Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, *Société UNIC c. société Mathieu*, n° 02-18512, *Bull. civ.*, 2006.I.402 ; *D.*, 2005, IR 2896 ; *RTD civ.*, 2006, p. 143, obs. Ph. THÉRY ; *Rev. arb.*, 2006.925 (2° esp.), note D. BENSUADE.

d'« *exception de procédure* » mettant en cause non plus la compétence mais le pouvoir de juger des juridictions étatiques, afin d'admettre le recours en cassation immédiat contre le jugement écartant la compétence arbitrale sans pourtant mettre fin à l'instance en raison de l'excès de pouvoir commis par la juridiction du fond¹. La solution est depuis constante², et forte de son succès, a été étendue à la convention d'élection de for³.

2).- Les voies de recours ouvertes contre la décision acceptant la mise en œuvre de l'effet négatif

306. Au contraire de la situation précédente, le droit positif tend à préserver la décision de mise en œuvre de l'effet négatif, décision favorable à l'arbitrage, en restreignant les voies de recours.

307. Cela se vérifie pour le juge d'appui. Le pouvoir réglementaire, dès 1980, a posé le principe d'interdiction des recours contre les ordonnances rendues par le juge d'appui dans l'arbitrage interne⁴, étendu à l'arbitrage international. Le nouvel article 1460 al. 3 CPC, applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506 2° CPC, reprend la même solution : « [I]e juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours [...] », sous réserve de l'exception précédemment examinée. L'ordonnance qui procède à la désignation de l'arbitre, confirmant l'apparence de compétence arbitrale et écartant la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, ne peut donc pas faire l'objet d'un recours. Cette règle est régulièrement rappelée par les juges. Les voies de l'appel⁵, du pourvoi en cassation⁶ ou encore le recours à fin de rétractation¹, sont fermées.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1990, *Rev. arb.*, 1991.305, note M.-L. NIBOYET (approuvant la qualification, spéc. p. 308) ; *Gaz. Pal.*, 1991, 2, somm. 348, obs. H. CROZE : « l'exception de procédure fondée sur l'existence d'une clause compromissoire insérée dans un contrat mettant en cause les intérêts du commerce international ne concerne pas la répartition de la compétence entre les tribunaux étatiques des différends pays mais tend à retirer à ces tribunaux le pouvoir de juger les différends relatifs à ce contrat » et en déduit donc que les articles 607 et 608 CPC étaient inapplicables. Et préalablement, Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 1990, *Rev. arb.*, 1991.73, note Ph. DELEBECQUE.

² Cf. par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-21641 (« [s]ur la recevabilité du pourvoi : Attendu que la société Pacific Auto soutient que le pourvoi, formé contre une décision qui n'a pas mis fin à l'instance, est irrecevable ; Mais attendu que le pourvoi est immédiatement recevable en cas d'excès de pouvoir », précisant que « selon le principe compétence compétence, il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur sa propre compétence, le juge étatique étant sans pouvoir pour le faire, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause ») ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, *Société UNIC c. société Mathieu, op. cit.* : « le pourvoi est immédiatement recevable en cas d'excès de pouvoir » ; Cass. civ. 2^{ème}, 18 déc. 2003, *Sté La Chartreuse, Rev. arb.*, 2004.442 (« le pourvoi est immédiatement recevable en cas d'excès de pouvoir ») ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 1991, *Rev. arb.*, 1992.462, note D. HASCHER.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 2010, nos 09-11.177, 09-11.178, 09-14.324 et 08-16.071, *op. cit.*

⁴ Ancien art. 1457 al. 1^{er} CPC, applicable dans l'arbitrage international par renvoi de l'art. 1493 al. 2 CPC (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, p. 533, n° 903 et les réf., notamment CA Paris, 24 nov. 1989, *Rev. arb.*, 1990, p. 176, 3^e déc., note Ph. Kahn) ;

⁵ CA Paris, 24 nov. 1989, *Rev. arb.*, 1990.176, note Ph. Kahn ; CA Paris, 26 mai 1992, *Rev. arb.*, 1993.431, note A. HORY.

⁶ Cass. civ. 2^{ème}, en somm. in *Rev. arb.*, 2002.1057 ; *Procédures*, mars 2003, p. 10, obs. R. PERROT (le pourvoi en cassation frappant l'ordonnance du juge d'appui est irrecevable car l'appel-nullité est possible en cas d'excès de pouvoir) ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 déc. 2000, *Bull. civ.*, 2000.II.162, qui juge le pourvoi irrecevable contre l'ordonnance d'un tribunal de grande instance qui a procédé à la désignation d'arbitre alors qu'une partie s'y refusait après avoir constaté que la clause compromissoire n'était pas manifestement nulle au visa des articles 1444 et 1457 CPC, dont la Haute juridiction dégage le principe suivant : « le président du tribunal, saisi comme en matière de référé, statue par ordonnance non susceptible de recours sur les difficultés auxquelles se heurte la

On sait cependant que « *le droit s'accommode mal de partis trop brutaux* »² et que cette prohibition de principe a été contournée par l'utilisation de la théorie de l'excès de pouvoir afin d'ouvrir l'appel-nullité dans les diverses missions incombant au juge d'appui. Mais, de prime abord, le recours pour excès de pouvoir ne semble pas avoir porté atteinte à la fermeture des voies de recours contre l'ordonnance du juge d'appui procédant à la désignation d'arbitre demandée après avoir écarté la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage alléguée. En effet, les illustrations classiques dans lesquelles l'appel-nullité a été jugé recevable contre l'ordonnance du juge d'appui procédant à la désignation d'arbitre demandée ne concernent pas les contestations relatives à l'apparence de compétence arbitrale. Elles visent par exemple les hypothèses où la désignation opérée est faite en méconnaissance de la volonté des parties³, du principe d'égalité⁴ ou encore en violation de la règle du dessaisissement⁵. Mieux, l'appel-nullité est expressément jugé irrecevable contre l'ordonnance du juge d'appui procédant à la désignation demandée après avoir écarté la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage invoquée par l'appelant⁶.

308. Quant à la décision du juge du fond mettant en œuvre l'effet négatif après avoir constaté l'apparence de compétence arbitrale, les solutions du droit commun ne permettent malheureusement pas cette restriction souhaitée des voies de recours. Il suffit donc de renvoyer le lecteur aux règles gouvernant le règlement des incidents de compétence sur voie de recours lorsque la juridiction saisie se déclare incompétente⁷, ceci étant précisé que le pourvoi en cassation est nécessairement ouvert en application de l'article 607 CPC car la décision de mise en œuvre de l'effet négatif, renvoyant les parties à mieux se pourvoir, met fin à l'instance.

Cette configuration procédurale pose aujourd'hui les difficultés majeures liées à l'existence de ce contentieux parasite. L'ouverture la plus large des voies de recours dans cette hypothèse – contredit ou appel contre les décisions du juge de la mise en état formé dans les quinze jours de la signification de la décision⁸, et recours en cassation – conduit à ce que ce contentieux portant sur l'apparence de compétence arbitrale s'éternise, empêchant l'accès à la justice compétente en apparence, pour connaître pleinement de la compétence et du fond du litige. Dans le domaine particulier des procédures collectives, une cour d'appel a bien tenté de

constitution du tribunal arbitral » ; Cass. civ. 2^{ème}, 22 nov. 1989, *Société Philipp Brothers c. société Drexel Burham Lambert et autres*, *op. cit.*, concernant spécifiquement le rejet de demandes de récusation des arbitres.

¹ TGI Paris (ord. réf.), 23 nov. 1992, *Perma, Rev. arb.*, 1994.715, note A. Hory (« [...] *les dispositions de l'art. 488 NCPC invoquées [...] ne sont pas applicables à une telle ordonnance qui, si elle est rendue dans le cadre des pouvoirs que le président du Tribunal de Grande instance tient des dispositions de l'art. 1444 NCPC étant saisi « comme en matière de référé », est une décision au fond, par raiileurs en principe insusceptible de recours [...]* »).

² D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *op. cit.*

³ Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, *Levantina de Hydraulica y Motores c. Scala et autres*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, *Rev. arb.*, 2000.116, note E. LOQUIN (viole le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres la cour d'appel refusant de rétracter l'ordonnance du juge d'appui désignant un arbitre au nom d'une société, sans avoir d'égard à la proposition de cette même partie, fût-elle énoncée à titre subsidiaire).

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, *op. cit.* ; CA Paris, 10 oct. 2002, *Rev. arb.*, 2003.1277, note A. LACABARATS.

⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 30 avril 2002, *Rev. arb.*, 2002.719.

⁶ CA Paris, 10 oct. 2002, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *Bull. civ.*, 2006.I.442, p. 379 ; *D.*, 2006.2809 (concluant à l'irrecevabilité du pourvoi en cassation).

⁷ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, pp. 182 et s. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 1148, n° 1735.

⁸ Art. 776 al. 4 2° CPC.

limiter les voies de recours en jugeant irrecevable l'appel formé contre l'ordonnance du juge-commissaire portant sur une déclaration de créance antérieure, se jugeant incompétent pour se prononcer sur une contestation de la créance en raison de la présence d'une clause compromissoire. Elle a jugé en effet que « *la décision d'incompétence du juge-commissaire au profit d'une juridiction arbitrale doit être déférée directement aux arbitres* ». La Cour de cassation a naturellement cassé ce jugement pour violation de l'article 102 de la loi de 1985¹, l'appel étant recevable contre l'ordonnance du juge-commissaire, la Haute juridiction rappelant que « *le recours ouvert à l'encontre des décisions du juge-commissaire statuant sur l'admission des créances, y compris lorsque cette juridiction, faisant application d'une clause compromissoire, se déclare incompétente, est l'appel* »².

309. Le seul moyen technique qui puisse être utilisé pour limiter les voies de recours, et qui est régulièrement utilisé aussi bien concernant le juge d'appui que le juge du fond, est la cassation sans renvoi, qui évite un nouvel examen de la question par la cour d'appel de renvoi de même qu'un nouveau pourvoi. La cassation sans renvoi met alors fin au litige sur les questions de mise en œuvre de l'effet négatif. Ce moyen est fréquemment utilisé par la Cour³ dans l'hypothèse ici visée.

B.- Appréciation des solutions

310. Si, en effet, la jurisprudence a eu la volonté d'exploiter, en faveur de l'arbitrage, les minces interstices laissés par le droit commun à l'aménagement des voies de recours, le régime actuel des voies de recours ouvertes contre la décision du juge étatique est imparfait. On regrettera d'ailleurs que les rédacteurs du nouveau décret n'aient pas saisi l'opportunité d'améliorer le système. Le bilan que l'on peut dresser est doublement réservé.

311. Tout d'abord, l'utilisation plus que compréhensive du recours pour excès de pouvoir faite dans le domaine de l'arbitrage est discutable pour au moins deux raisons.

Premièrement, le droit judiciaire privé préconise aujourd'hui une utilisation parcimonieuse de cette théorie, recentrée sur le vice d'excès de pouvoir. La notion d'excès de pouvoir⁴, vice à l'origine de la restauration d'une voie de recours lorsqu'elle est fermée par la loi, a fait l'objet d'un recentrage en droit positif. Si, dans son sens premier et originel, la notion d'excès de pouvoir du juge était définie comme « *les empiètements des juridictions (judiciaires) sur les prérogatives des pouvoirs législatif ou exécutif* » afin d'« *empêcher les tribunaux de sortir de leur fonction juridictionnelle et de troubler l'exercice des autres*

¹ Actuel art. R. 624-7 du Code de commerce.

² Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-18703, *Rev. arb.*, 2009.145. On précisera qu'en l'état actuel du droit positif, l'article R. 624.5 du Code de commerce prévoit que le contredit est ouvert contre la décision du juge-commissaire dans un délai de 15 jours et les parties doivent saisir la juridiction compétente dans un délai d'un mois.

³ En application de l'article L. 411-3 COJ : Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-21641 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, n° 09-12669 (renvoie les parties à mieux se pourvoir) ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 2009, n° 09-10575. En application de l'article 627 al. 2 CPC : Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck, op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, n° 02-18512 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, n° 05-15528 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 04-14950 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, n° 04-10384 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, n° 05-10464 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2008, *Ocea c. Bouet, op. cit.*

⁴ Sur la théorie de l'excès de pouvoir, cf. notamment G. BOLARD, « L'appel-nullité », *D.*, 1988, Chron. 27 ; ; F. KERNALÉGUEN, « L'excès de pouvoir du juge », *Justices*, 1996.151 ; O. BARRET, « L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile », *RTD civ.*, 1990.199.

fonctions de l'État »¹, elle s'est ensuite élargie. Le premier élargissement a conduit à assimiler l'excès de pouvoir à la situation où le juge « *manque au devoir de justice qui est sa raison d'être* », l'excès de pouvoir constituant une « *atteinte aux garanties juridictionnelles* »². Le vice d'excès de pouvoir a alors continué à s'assouplir, un auteur constatant le « *glissement de l'excès de pouvoir vers la violation de la loi* ». On sait cependant que la notion d'excès de pouvoir a fait récemment l'objet d'un recentrage en droit judiciaire privé. La Haute juridiction réunie en chambre mixte³ a ainsi jugé que la restauration immédiate d'une voie de recours n'était possible qu'en cas d'excès de pouvoir et non pas dans l'hypothèse de la seule violation d'un principe fondamental, alors même qu'était en cause la violation du principe du contradictoire, principe central s'il en est dans la fonction de juger, « *âme du procès* ». La violation d'un principe fondamental doit constituer en elle-même un excès de pouvoir, à l'image de la violation du droit d'accès au juge⁴. On sait que la position a depuis été assouplie concernant le principe de la contradiction, mais la jurisprudence rappelle régulièrement les limites de plus en plus importantes au recours-nullité. Comme l'observe encore récemment un auteur averti, « *[l]ouverture de l'appel-nullité pour excès de pouvoir reste strictement entendue par la jurisprudence* »⁵.

Deuxièmement, bien qu'une partie de la doctrine considère que l'exception d'arbitrage mette en cause le pouvoir de juger des juridictions publiques⁶, on peut s'interroger sur la pertinence de la solution. Compte tenu des récentes études ayant identifié la source exacte de l'investiture des arbitres – résultant du contrat d'arbitre et non de la convention d'arbitrage⁷ –,

¹ F. KERNALEGUEN, « L'excès de pouvoir du juge », *op. cit.* ; dans le même sens, G. BOLARD, note sous *D.*, 1992.345.

² F. KERNALEGUEN, « L'excès de pouvoir du juge », *op. cit.*

³ Cass. ch. mixte, 28 janv. 2005, *D.*, 2005.386, 545, obs. P. JULIEN et N. FRICERO ; *AJDI*, 2005.414 ; *Procédures*, 2005.87, obs. R. PERROT ; *Dr. et proc.*, 2005.224, obs. M. DOUCHY-LOUDOT : « *ne constitue pas un excès de pouvoir la violation du principe de la contradiction invoquée par la première branche du premier moyen, dont se prévalent les demandeurs pour prétendre à la recevabilité immédiate du pourvoi ; qu'aucun des autres griefs ne caractérise un excès de pouvoir ; que, dirigé contre une décision qui s'est bornée à refuser l'allocation d'une provision, le pourvoi n'est donc pas immédiatement recevable* ». Dans le même sens, Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-21330, *JCP G* 2010, act. 223, obs. F. ARBELLOT (la violation de l'obligation de motivation ne constitue pas un excès de pouvoir).

⁴ C'est en ce sens que peut être interprété l'arrêt suivant : Cass. com., 16 juin 2009, *Bull. civ.*, 2009.IV.129 ; *JCP G*, n° 19, 10 mai 2010, p. 546, obs. Y.-M. SERINET ; *D.*, 2009, p. 2521, J. THERON ; *D.*, 2010.169, N. FRICERO. Si la Cour de cassation s'appuie sur l'article 14 CPC, ayant donc pu être interprété comme un assouplissement de la règle selon laquelle la violation du principe du contradictoire ne constituerait pas un excès de pouvoir, nous suivons Mme FRICERO selon laquelle l'arrêt mettait en cause plus fondamentalement « *la question même de l'accès au juge* » et donc la violation du droit au procès équitable (« *il faut distinguer la situation d'une violation du contradictoire par le juge qui refuse de discuter avec les parties [...], avec celle dans laquelle la question même de l'accès au juge est posée, la personne étant jugée sans même avoir pu accéder au tribunal faute d'avoir été convoquée. L'interprétation de l'article 14 du code de procédure civile à l'aune du procès équitable de l'article 6, § 1, de la Convention européenne ne pouvait que conduire à cette solution : un juge commet certainement un excès de pouvoir en jugeant une personne qui n'a pas été appelée et qui n'a donc pas pu accéder à un tribunal... Il a le pouvoir et le devoir de répondre aux prétentions formulées par les parties (art. 4 et 5 c. pr. civ.), mais non le pouvoir de juger une personne à son insu !* »).

⁵ N. FRICERO, « Panorama de procédure civile (janv. 2009 – oct. 2009) », *D.*, 2010.169.

⁶ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 1262, n° 1805. La notion d'excès de pouvoir « *s'entend aussi de la méconnaissance du pouvoir de juger d'un autre juge, ainsi de celui des arbitres qui résulte d'une clause compromissaire [...], méconnaissance qui ouvre le pourvoi en cassation immédiat contre l'arrêt statuant sur cette exception, quand bien même elle ne mettrait pas fin à l'instance* » ; D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *op. cit.*

⁷ Th. CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.

il est aujourd'hui possible d'admettre que la convention d'arbitrage mette en jeu la seule compétence : l'exception d'arbitrage serait une simple exception d'incompétence. Comme le soulignait déjà M. Cadiet concernant l'applicabilité de l'article 75 CPC à l'exception d'arbitrage, sa qualification d'exception d'incompétence « *ne doit pas être troublée par le parasitage des règles relatives à la recevabilité du pourvoi en cassation et par la spécificité des solutions qu'appelle l'arbitrage international* »¹. De même, nous ne pensons pas non plus que le non-respect de l'effet négatif du principe compétence-compétence affecte le pouvoir de juger des juridictions étatiques. L'effet négatif du principe compétence-compétence est une règle de compétence sur le pouvoir de statuer sur la compétence, les juridictions d'État se voyant momentanément interdites d'exercer le pouvoir de juger de leur compétence ; il ne leur retire pas.

312. Surtout, notre bilan est réservé car l'objectif de préservation de l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est pas atteint. L'objectif des adaptations faites au régime de la décision a été d'une part, de limiter ou de fermer toute voie de recours contre la décision acceptant la mise en œuvre de l'effet négatif et, au contraire, d'ouvrir le plus largement possible les recours contre la décision de refus de mise en œuvre de l'effet négatif. Si l'objectif d'ouvrir le plus largement les voies de recours contre la décision de refus de mise en œuvre est sans doute atteint, c'est le second, celui de la limitation des voies de recours contre la décision caractérisant l'apparence de compétence arbitrale, et mettant en œuvre l'effet négatif, qui est compromis. L'efficacité de l'effet négatif en sort altérée, puisque la question de la seule apparence de compétence arbitrale peut donner lieu à des procès pré-arbitraux sans fin, retardant inexorablement l'accès au juge apparemment compétent.

313. Concernant la décision prise par le juge du fond constatant l'apparence de compétence arbitrale, la limitation des voies de recours est impossible, sous réserve du jeu de la cassation sans renvoi. La solution n'est pas discutable. Il est cependant regrettable que la particularité de l'exception d'incompétence tirée de la convention d'arbitrage, seule à être limitée à un contrôle *apparent*, n'ait pas été prise en considération.

314. Concernant la décision du juge d'appui procédant à la désignation d'arbitre demandée, on sait que l'appel-nullité est jugé irrecevable. Cependant, à bien y regarder, la question se pose de savoir si le contrôle même *de la recevabilité de l'appel-nullité* ne porte pas atteinte à la restriction des voies de recours.

Tout d'abord, au stade de l'appel, la cour saisie de l'appel-nullité frappant l'ordonnance du juge d'appui procédant à la désignation demandée sera sans doute tentée de procéder au contrôle de l'existence de l'apparence de compétence arbitrale constatée par le juge de première instance afin de juger l'appel-nullité recevable ou irrecevable. C'est ce risque qu'illustre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 10 octobre 2002. Le juge d'appui avait procédé à la désignation d'arbitre demandée, en lieu et place des parties défaillantes après avoir écarté la nullité manifeste de la clause compromissaire au regard de différentes causes

¹ L. CADIET, note sous CA Paris, 23 juin 1993, *Société Euro Disney c. société Eremco et autres*, *op. cit.*, p. 162, n° 10.

possibles de nullité alléguées¹. Insatisfaites, les parties défailtantes ont alors formé un contredit soutenant que « *le délégué du président du tribunal de grande instance de Paris avait excédé ses pouvoirs en faisant produire effet à une clause d'arbitrage manifestement nulle et en méconnaissant la volonté des parties [...]* ». Si la cour d'appel rappelle qu'il résulte des articles 1444 al. 3 et 1457 CPC que « *l'ordonnance rendue au visa de l'article 1444 est, de principe et hors le cas visé à l'alinéa 3 de ce texte, insusceptible de recours* », c'est pour aussitôt réserver l'appel-nullité pour excès de pouvoir : « *il est cependant constant qu'en procédure civile un appel-nullité demeure toujours recevable lorsqu'une décision procède d'un excès de pouvoir ou de la violation d'un principe fondamental, même si cette décision n'est pas susceptible de recours ou susceptible seulement d'un appel différé [...]* »². Bien que la cour d'appel juge l'appel-nullité irrecevable en l'absence d'excès de pouvoir commis par le président du tribunal de grande instance de Paris, elle procède à l'examen pour le moins détaillé des prétentions de l'appelant fondées sur la nullité manifeste de la convention d'arbitrage³.

Le même constat peut être fait, ensuite, au stade du recours en cassation lui-même. En principe exclu lorsqu'il est directement formé contre l'ordonnance du juge d'appui ayant procédé à la désignation d'arbitre⁴, le recours en cassation est recevable contre l'arrêt d'appel statuant sur l'appel-nullité, peu importe que la cour d'appel ait jugé l'appel-nullité recevable ou irrecevable. Comme l'expose une partie de la doctrine, il est possible d'ouvrir le pourvoi en cassation contre l'arrêt statuant sur l'appel-nullité dans l'objectif de « *critiquer, non pas la décision de la cour d'appel sur le fond, mais le principe même de la recevabilité de l'appel-nullité exercé contre les décisions du premier juge [...]. Les parties au procès devant la cour d'appel ont en effet « un intérêt légitime à invoquer l'éventuelle méconnaissance par la cour d'appel des dispositions d'ordre public relatives à l'exercice des voies de recours* » [...]. Elles peuvent vouloir contester l'existence de l'excès de pouvoir qui a justifié la recevabilité de l'appel [...], l'inobservation des formes ou du délai de l'appel [...], ou encore le défaut de qualité pour faire appel [...] »⁵. Certains arrêts isolés ont pu se prononcer en sens inverse⁶. Mais les solutions admises en droit commun et les nombreux exemples en sens contraire plaident pour la recevabilité du recours en cassation. En statuant sur la seule recevabilité de l'appel-nullité devant la juridiction d'appel, la Cour de cassation pourra ainsi contrôler elle-même le motif ayant justifié la demande d'appel-nullité, accueilli ou écarté par la cour d'appel, l'existence ou l'absence de l'excès de pouvoir : la question de l'apparence de

¹ Selon les prétentions de l'appelant, la clause compromissoire était manifestement nulle d'une part car elle violait « *l'interdiction des clauses compromissoires au sein des actes civils ou des actes mixtes* », d'autre part, « *car elle méconnaît le principe d'égalité dans la désignation des arbitres consacré par la Cour de cassation* ».

² CA Paris, 10 oct. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 1277, note A. LACABARATS, p. 1281.

³ *Ibid.*, p. 1281-1282, notamment pour ce qui concerne l'allégation de violation du principe d'ordre public d'égalité des parties dans la désignation des arbitres et la question de l'imparité du tribunal arbitral.

⁴ Cf. par ex. Cass. civ. 2^{ème}, 7 déc. 2000, *Bull. civ.*, 2000.II.162, *op. cit.*

⁵ A. HORY, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 18 déc. 1996, *Rev. arb.*, 1997.361, p. 374. Cf. également D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *op. cit.*, pp. 619-620, n° 20 ;

⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 7 nov. 2002, *Bull. civ.*, 2002.II.241 ; *D.*, 2002, IR, 3186 ; *JCP*, 2003.164, n° 5, obs. J. ORTSCHIEDT ; *Procédures*, 2003, Comm. 57, note R. PERROT (juge que « la voie de la cassation n'est ouverte que lorsque les autres voies de recours sont fermées » et que la décision du juge d'appui étant susceptible d'un appel-nullité, le pouvoir en cassation n'est pas recevable) ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, n° 04-17167 (jugant le pourvoi irrecevable en ce que la cour d'appel avait jugé l'appel-nullité irrecevable, mais opérant tout de même de contrôler l'apparence de compétence arbitrale).

compétence arbitrale, la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. De nombreux exemples attestent de ce phénomène¹.

On constate ainsi, de manière paradoxale, alors que tout recours est en principe prohibé contre l'ordonnance du juge d'appui procédant à la désignation d'arbitre, que le seul examen de la recevabilité de l'appel-nullité permet aux juridictions supérieures, cour d'appel et Cour de cassation, de statuer sur l'apparence de compétence arbitrale². Les voies de recours sont donc en réalité restaurées et la prohibition règlementaire tenue pour lettre-morte. On suivra M. Perrot dans son analyse, faite pour l'ancien article 1457 et valant pour l'actuel article 1460 al. 3 CPC : ce « *pauvre* » article a définitivement « *sombr[é] dans les oubliettes sous le poids d'un excès de pouvoir routinier* »³.

315. Cet état des lieux est loin d'être favorable à l'efficacité de l'arbitrage et de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Le régime des voies de recours, inadapté, favorise le développement des procès pré-arbitraux devant les juridictions étatiques sur la compétence juridictionnelle générale, au contraire de l'objectif visé par l'effet négatif du principe compétence-compétence.

§2.- Droit prospectif : limitation et spécialisation des voies de recours

316. Quelles solutions peuvent être imaginées afin d'améliorer l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence ? Les règles existantes, *de lege lata*, afin de restreindre les voies de recours, ont déjà été évoquées : seule la cassation sans renvoi peut être utilisée, et son utilité est certaine, mais limitée. Il faut donc envisager, *de lege feranda*, quelles solutions nouvelles pourraient inspirer une future réforme du droit de l'arbitrage dans l'objectif de mieux garantir l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Cela permettrait de parer à une critique centrale dont il fait l'objet en droit comparé : son défaut d'efficacité⁴.

Deux objectifs contradictoires doivent être conciliés : l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence et la préservation du droit à une voie de recours.

317. Pourquoi considérer que la fermeture ou la limitation des voies de recours s'impose afin de préserver l'efficacité de la règle de l'effet négatif du principe compétence-

¹ Cass. 2^e civ., 24 juin 2004, *SAS Knauf La Rhénane c. Ailhaud*, *Bull. civ.*, 2004.II.311 ; *JCP E*, 2005, p. 675, obs. J. ORTSCHIEDT ; *Rev. arb.*, 2004.855 (la cour d'appel juge l'appel irrecevable pour absence d'excès de pouvoir, la Cour de cassation ne juge pas le pourvoi irrecevable mais le rejette car la cour d'appel a bien caractérisé l'absence d'excès de pouvoir en raison de l'autorité de la chose jugée de la décision du juge du fond) ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 sept. 2006, n° 05-10781, *Bull. civ.*, 2006.I.403 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, *Levantina de Hydraulica y Motores c. Scala et autres*, *op. cit.*

² Le même constat peut être fait pour l'intervention du juge d'appui faite par exemple en confirmation de désignation d'un arbitre (Cass. civ. 2^{ème}, 23 janv. 2007, *Rev. arb.*, 2007.284, note E. Teynier) ou encore en demande d'injonction à une partie de révéler le nombre d'arbitrage dans lesquels elle avait désigné un arbitre (Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, en somm. *in Rev. arb.*, 2006.867) : le seul fait de statuer sur la recevabilité de l'appel-nullité permet à la cour d'appel de contrôler l'ordonnance rendue par le juge d'appui.

³ R. PERROT, obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 7 nov. 2002, *Bull. civ.*, 2002.II.241 ; *Procédures*, 2003, comm. 57.

⁴ J.-F. POUDRET, note sous Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279, *op. cit.*, p. 854, considérant que le contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage par le juge étatique français dans le cadre de l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est pas plus rapide qu'un contrôle total : « *au point de vue de l'économie de la procédure, il n'est pas certain qu'une décision judiciaire avec plein pouvoir d'examen et recours éventuel soit plus lourde et plus lente qu'une décision prima facie de ce juge, avec ou sans recours éventuel, suivie d'une sentence de l'arbitre pouvant faire l'objet d'un recours à la juridiction du siège* ».

compétence ? Il convient de définir en quoi les voies de recours portent atteinte à l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence. La règle vise au moins deux objectifs.

Le premier – avec le principe compétence-compétence dans son ensemble – est de supprimer les conflits de compétence sur le fond entre justice arbitrale et justice publique, par une articulation du pouvoir de statuer sur leur compétence. L'ouverture des voies de recours lorsqu'elle conduit à réformer ou annuler une décision des juges du fond qui méconnaîtraient l'effet négatif contribue à préserver l'effet négatif et l'exercice commun du pouvoir de statuer sur la compétence, et ainsi ce premier objectif : éviter les conflits sur le fond par une règle de compétence sur la compétence. Cependant, on peut se demander si cet objectif est véritablement préservé alors qu'un contentieux préalable, systématique, sur la caractérisation de la condition de mise en œuvre de l'effet négatif peut prospérer pendant des années, et le tribunal arbitral être saisi en parallèle. On peut en douter.

Le second objectif de l'effet négatif du principe compétence-compétence, moins souvent mis en évidence, est de permettre d'accéder le plus rapidement possible au juge apparemment compétent pour connaître du fond du litige.

318. Que reste-t-il de la solution efficace, miracle, qu'apporterait l'effet négatif du principe de compétence-compétence, censé permettre d'accéder *rapidement* en raison de l'apparence de compétence arbitrale au tribunal arbitral afin qu'il juge de la réalité de sa compétence, lorsque le débat sur cette apparence occupe les tribunaux judiciaires durant plusieurs années, de première instance en cassation ? Le principe d'économie procédurale ne trouve plus sa place. Les conséquences de l'ouverture la plus large des voies de recours sont délétères. C'est cette crainte qu'exprimait un auteur, partagée par d'autres¹, à l'ouverture de l'appel-nullité contre les décisions du juge d'appui, en ces termes : « réapparaît le spectre d'un procès préalable à l'arbitrage, alors que l'évolution du droit a constamment tendu à le rejeter, notamment par l'admission du pouvoir de l'arbitre d'apprécier sa propre compétence et la réduction des cumuls de recours [...] »². Et même si la décision de première instance renvoyant à l'arbitrage était revêtue de l'exécution provisoire, l'incertitude du sort de la sentence dans le pays considéré conduira alors les parties à se concentrer devant cette instance et non devant l'instance arbitrale.

Plus fondamentalement, il paraît excessif de vouloir mettre en place l'ouverture la plus large des voies de recours contre un contentieux portant sur la seule apparence vraisemblable d'un droit. Au contraire des autres exceptions d'incompétence, tirées de la violation des règles de droit judiciaire privé interne ou international, dont le juge a l'entière connaissance, l'examen de la compétence arbitrale est restreint à la seule apparence. En plus d'être efficace,

¹ A. HORY, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 18 déc. 1996, CA Versailles, 14 nov. 1996, *Rev. arb.*, 1997.361, p. 374, concernant spécifiquement le juge d'appui : « [l']admission de l'appel-nullité contre l'ordonnance du magistrat intervenant dans le cadre de sa mission d'assistance à l'arbitrage ne va pas sans dangers. Susceptible d'abus, une telle voie de recours, dont les plaideurs font une « utilisation frénétique » dans le droit des procédures collectives [réf. ommises], est en effet une technique « potentiellement dilatoire ». Elle pourrait donner lieu à un abondant contentieux susceptible de retarder, sinon entraver, la mise en place de la juridiction arbitrale. La généralisation de l'appel-nullité exercé à des fins dilatoires irait à l'encontre de l'évolution récente du droit français de l'arbitrage dont l'objectif a été de supprimer les procès pré-arbitraux devant les juridictions étatiques, et serait porteuse de risques pour l'institution arbitrale, déjà fortement altérée par certaines dérives procédurales qui tendent à se généraliser [réf. ommises] ».

² G. BOLARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, *D.*, 1996.79.

la limitation des voies de recours contre le jugement du juge *a priori* paraît ainsi légitime, la réalité de la compétence juridictionnelle générale pouvant être ensuite vérifiée par le juge étatique français contrôlant la sentence arbitrale. Il est inutile d'insister sur l'apparence de ce droit.

La fermeture de toute voie de recours paraît cependant inopportune. En effet, l'efficacité du principe compétence-compétence doit compter avec certaines exigences fondamentales, dont celles du droit processuel. Le droit à une voie de recours est exclusivement reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale par l'article 2 du protocole n°7 de la CESDH. Il n'est pas non plus un principe constitutionnel¹. S'il n'y a pas de droit à un appel, il existerait bel et bien un droit constitutionnel au pourvoi en cassation, pouvant être limité par une disposition expresse et formelle de la loi². L'absence totale de voie de recours présente en effet un véritable danger pour le justiciable, qui ne peut alors être protégé d'une éventuelle erreur judiciaire. Or, la justice est faillible.

Cependant, les interdictions législatives au pouvoir en cassation sont partiellement inefficaces, fréquemment rendues lettre-morte par les juridictions grâce au « *sésame ouvert* »³ bien connu, l'utilisation de la théorie de l'excès de pouvoir permettant la restauration *contra legem* des voies de recours. C'est ce qu'illustre à merveille le sort funeste de la prohibition des recours posée par l'ancien article 1457, reprise par l'actuel article 1460 al. 3 CPC à l'encontre des décisions du juge d'appui. Le seul contrôle de la recevabilité de l'appellabilité permettra alors aux juridictions supérieures d'opérer le contrôle de l'apparence de compétence arbitrale.

Plutôt que d'édicter une disposition vouée inéluctablement à disparaître, il serait donc souhaitable que les voies de recours soient clairement organisées par les textes. Leur édicton dans le Code de procédure civile contribuerait en outre à répondre aux exigences constitutionnelles de la clarté et de l'accessibilité du droit⁴ afin de protéger la garantie du droit au recours reconnue aux justiciables. Ces exigences prennent d'ailleurs une dimension particulière en droit de l'arbitrage, droit ayant vocation à être utilisé non seulement par les justiciables français, mais également par les opérateurs du commerce international.

319. Par ailleurs, il nous paraît souhaitable d'unifier les solutions, et de permettre en toutes circonstances qu'une voie de recours soit ouverte, que le juge étatique, juge du fond ou juge d'appui, caractérise ou non l'apparence de compétence arbitrale. Le justiciable ne mérite-t-il pas cette protection, que la décision soit ou non favorable à l'arbitrage ? La faveur pour l'arbitrage ne doit pas emporter avec elle les garanties fondamentales du procès équitable.

320. Il reste donc à trouver un équilibre, délicat il est vrai, entre la préservation de l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence, qui implique la fermeture complète des voies de recours, et la protection de cette garantie fondamentale du justiciable

¹ S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 691, n° 322, nuancant toutefois le propos. Ce principe aurait une valeur « *para-constitutionnelle* ».

² E. JEULAND, *Droit processuel*, LGDJ, 2007, pp. 185-186 ; S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 712, n° 331.

³ L'expression est de R. PERROT.

⁴ M.-A. FRISON-ROCHE et W. BANARES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000.361.

qui est celle d'un droit de recours juridictionnel, élément de la garantie d'accès à un tribunal¹. La meilleure voie est alors non pas de fermer les voies de recours, comme le prévoit le droit dominicain², mais de les limiter et les spécialiser. La spécialisation des juridictions est en effet l'un des traits saillants de l'évolution du droit judiciaire privé contemporain. Outre l'existence de juridictions spécialisées *rationae materiae* ou *personae*, on constate qu'au sein même de ces juridictions, se développe à nouveau un phénomène qualifié de « *spécialisation judiciaire* », dans lequel on peut voir une sorte d'« *hyperspécialisation* ». Amorcé par la loi NRE, ce mouvement s'est encore renforcé récemment, guidant nombres de propositions du Rapport Guinchard en matière d'organisation judiciaire³. Il n'épargne aucune branche du droit⁴, et trouve un terrain fertile dans le contentieux des affaires. C'est le cas par exemple du droit de la propriété intellectuelle⁵ ou encore du droit de la concurrence, aussi bien concernant les pratiques anticoncurrentielles⁶ que les pratiques restrictives de concurrence⁷. Cette tendance n'épargne d'ailleurs pas le droit de l'arbitrage international, le Président du tribunal de grande instance de Paris étant la juridiction d'appui de tout arbitrage international en application de l'article 1505 CPC, s'inspirant de l'ancien article 1493 al. 2 CPC⁸, sous réserve de volonté contraire des parties.

Pourquoi une telle spécialisation ? En dehors de certaines raisons propres à certains contentieux⁹, la spécialisation judiciaire permet de manière générale, en confiant la compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions désignées pour connaître d'un type de contentieux, de garantir pour les « *affaires particulièrement complexes* », « *une justice de*

¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., n° 1579 ; S. GUINCHARD et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 496, n° 281 et p. 546 et s.

² Art. 12(1) de la loi dominicaine n° 489-08 relative à l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008, reproduit in *Rev. arb.*, 2009.661.

³ Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. GUINCHARD (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, collection des rapports officiels, 2008. Cf. les propositions 10 à 20 du Rapport. N. FRICERO, « Entretien. Rendre la justice plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *JPC G*, I. 2008.162.

⁴ Nombre de ces mesures résulte d'un décret n° 2008-522 du 2 juin 2008, d'autres de différents décrets pris en 2009 (n°2009-1205 du 9 octobre 2009, n° 1009-1221 du 12 oct. 2009, n° 2009-1455 du 27 nov. 2009).

⁵ Cf. par exemple les articles L. 623-31, R. 631-1CPI et D. 211-5 COJ pour les actions en matière d'obtentions végétales ou encore l'article D. 211-6 COJ pour les actions en matière de brevets d'invention

⁶ Art. L 420-7 du Code de commerce issu de la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001, modifié par l'ordonnance du 4 novembre 2004, et des décrets n° 2005-1705, et art. R 420-3 du Code de commerce, réservant la connaissance des pratiques anticoncurrentielles nationales ou communautaires aux tribunaux de grande instance et aux tribunaux de commerce de 8 villes (Bordeaux, Lille, Marseille, Nanterre, Nancy, Paris, Rennes et Fort de France), et en appel à la seule cour d'appel de Paris.

⁷ Suivant les recommandations de la Commission GUINCHARD : art. L. 442-6 et D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce.

⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 526, n° 888. Cf. également, A. LACABARATS, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2000 (2 arrêts), *Rev. arb.*, 2000.447, p. 452 : « [I]a règle de l'article 1493 al. 2 NCPC s'explique pas la nécessité d'assurer la pleine efficacité des procédures d'arbitrage, en supprimant les risques de conflits de compétence d'attribution ou territoriale et en favorisant l'émergence d'une spécialisation des magistrats appelés à statuer en ce domaine ».

⁹ Concernant par exemple le droit de la concurrence, l'une des justifications avancées concernant les pratiques anticoncurrentielles résulte de la « *décentralisation du droit communautaire* » (B. CHEYNEL, « Spécialisation des juridictions judiciaires, c'est désormais chose faite ... », *RLC*, 2006), le juge national étant aujourd'hui le premier « *applicateur* » des articles 101 et 102 TFUE. La mise en œuvre de ce contentieux nécessite donc une coopération entre juridictions nationales et communautaires, mieux assurée par le nombre restreint de juridictions judiciaires ayant vocation à connaître de ce contentieux.

meilleure qualité »¹ et l'unité des solutions dans un souci de prévisibilité de la solution pour les justiciables, gage de sécurité juridique. La qualité des jugements est alors assurée. C'est en effet le cas du droit de l'arbitrage, « *domaine que l'on peut qualifier de « pointu* » »², contentieux complexe et pratiqué principalement dans la région parisienne, l'une des places mondiales du droit de l'arbitrage.

321. Concernant notre sujet, il convient de constater la totale inadéquation d'une spécialisation des juridictions en première instance, comme cela existe pour les contentieux de la propriété intellectuelle ou de la concurrence, puisque tout litige peut potentiellement être soumis à l'arbitrage, à l'exception des matières inarbitrables *per se*. Il en résulte que toute juridiction saisie au fond dans un domaine arbitral peut connaître d'une exception d'incompétence tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage. Il paraîtrait alors absurde d'obliger cette dernière à se dessaisir au profit d'une juridiction de l'ordre judiciaire, de même degré, spécialement désignée. C'est également ce motif qui a été invoqué afin de critiquer la spécialisation judiciaire en matière du contentieux de la concurrence, qui a pu être qualifiée par un magistrat de « *solution très radicale* »³, alors que le contentieux de la concurrence « *est, par nature, transversal si ce n'est commun* »⁴.

L'unique spécialisation qui nous paraît souhaitable concerne les voies de recours exercées contre la décision du juge du fond ou du juge d'appui. L'idée serait alors que toute contestation – soit de la décision par laquelle les juridictions du fond statuent sur une exception d'arbitrage, soit de la décision du juge d'appui refusant ou acceptant la désignation d'arbitres – soit soumise à un seul recours. Pour être efficace, une telle spécialisation devrait s'accompagner de la mise en place des moyens humains et matériels afin que l'amélioration de la qualité des jugements ne se fasse pas au détriment de la célérité de la justice⁵.

Afin de préserver la célérité de l'examen de l'exception d'arbitrage, il serait souhaitable de prévoir que les juridictions d'État sont tenus de statuer sur l'apparence de la convention d'arbitrage par un jugement, à l'exclusion du fond du litige par dérogation à l'article 76 CPC, selon lequel « [l]e juge peut, dans un même jugement, mais par des dispositions distinctes, se déclarer compétent et statuer sur le fond du litige, sauf à mettre préalablement les parties en demeure de conclure sur le fond ». La solution opportune a été adoptée en droit dominicain⁶. Ensuite, pourquoi ne pourrait-on pas envisager de limiter le délai dans lequel l'instance statuant sur recours puisse se prononcer, la célérité du système étant essentielle afin de

¹ Soulignée par M^{me} la Garde des Sceaux Rachida Dati, à l'introduction du Rapport GUINCHARD.

² Ph. FOUCARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 526, n° 888.

³ J. RIFFAULT-SILK, « Le conseil de la concurrence : de 1986 à demain. Le regard du juge », *RLC*, 2007 ; Pour une critique de cette spécialisation en matière de droit de la concurrence fondée sur d'autres motifs, cf. P. LEFEVRE, « Les juridictions spécialisées : une nouvelle mode ? », *Gaz. Pal.*, 2 juin 2007, n° 153, p. 2.

⁴ C. NOURISSAT, « Le conseil de la concurrence : de 1986 à demain. Le regard de l'universitaire », *RLC*, 2007 ; « A propos des procédures judiciaires de concurrence : proposition raisonnable au service d'une justice apaisée », *RLC*, 2008.

⁵ Sur cette exigence concernant le contentieux de la concurrence, L. MARCILHACY, « Le Conseil de la concurrence : de 1986 à demain. Le regard de l'avocat », *RLC*, 2007.

⁶ Art. 12(1) de la loi dominicaine n° 489-08 relative à l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008, traduction in *Rev. arb.*, 2009.661 : l'exception d'incompétence fondée sur la convention d'arbitrage « *devra être résolue de manière préliminaire* [...] ».

préservé l'effet négatif du principe compétence-compétence, comme l'accès effectif au juge compétent ?

322. Le droit mauricien a mis en place en ce sens un mécanisme similaire visant, de manière encore plus radicale, à ce que toute exception d'arbitrage opposée au juge saisi au fond d'un litige soit directement transférée à la Cour suprême mauricienne¹. C'est cette nouvelle sorte de question préjudicielle que met en place l'article 5(1) du Mauritian International Arbitration Act 2008 : « [w]here an action is brought before any Court, and a party contends that the action is the subject of an arbitration agreement, that Court shall automatically transfer the action to the Supreme Court, provided that that party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute »². La Cour suprême saisie doit alors renvoyer les parties à l'arbitrage « à moins que l'une des parties ne démontre prima facie qu'il existe une très forte probabilité que ladite convention soit caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée »³.

323. Il nous paraît inopportun de faire de l'exception d'arbitrage une question préjudicielle spéciale devant être automatiquement transférée à la Cour de cassation ; il nous paraît préférable de permettre au juge du fond, comme au juge d'appui, de statuer sur l'apparence de compétence arbitrale, simple question préalable. Toutefois, le droit français pourrait tout à fait s'inspirer de cette disposition pour ce qui concerne la limitation et la spécialisation des voies de recours ouvertes en interdisant l'appel et en mettant en place un recours en cassation immédiat, quel que soit le sens de la décision, accueil ou rejet de l'exception, limité par de brefs délais visant à garantir la célérité de la justice publique dans l'appréciation de l'apparence de compétence arbitrale⁴.

Section 2.- La portée de la décision sur les autres instances

324. Une fois les voies de recours épuisées ou non exercées et les délais expirés, la décision du juge devient définitive. Il reste alors à déterminer la portée de cette décision statuant sur l'apparence de compétence arbitrale sur les autres instances juridictionnelles. La question est essentielle car l'effet négatif est la première étape d'une règle de conflit originale, composite, composée de trois règles intervenant successivement dans trois instances distinctes. La décision prise par le juge d'État en vertu de l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est donc en principe que la première étape de ce mécanisme, pluraliste.

Cependant, notre propos doit être nuancé. Le mécanisme que représente le principe compétence-compétence ne peut être déclenché que s'il y a apparence de compétence arbitrale. Dans ce cas, la compétence juridictionnelle générale pourra être appréciée successivement par le tribunal arbitral et les juridictions d'État. A défaut d'apparence de

¹ R. H. DIWAN and S. A.H. MOOLLAN, « The New Mauritian International Arbitration Act 2008 », *Cah. Arb.*, 2010.309, p. 314.

² Art. 5(1) de la loi d'arbitrage international mauricienne : « [I]orsqu'une Cour est saisie d'un différend et qu'une partie allègue que ce différend fait l'objet d'une convention d'arbitrage, cette Cour doit automatiquement renvoyer l'affaire à la Cour suprême, à la condition que cette partie le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quand au fond du différend » (traduction in *Rev. arb.*, 2009, p. 942).

³ Art. 5(2) de la loi d'arbitrage international mauricienne.

⁴ Pour une proposition d'article, cf. *infra*, conclusion de chapitre, n° 346.

compétence arbitrale, l'effet négatif du principe n'est pas mis en œuvre, ni le principe compétence-compétence dans son ensemble. Dans ce cas, la compétence juridictionnelle générale aura été appréciée par les seules juridictions françaises. On en revient alors à un monisme étatique.

325. Il est admis qu'un jugement qui statue sur une exception de procédure, dont relève l'exception d'incompétence, est revêtu de l'autorité de chose jugée¹ assurant l'« immutabilité de la vérification juridictionnelle »². Cette analyse ne devrait pas moins valoir pour le jugement qui statue sur la seule apparence de compétence – vraisemblable ou ostentatoire –, et non sur sa réalité. Ainsi, le jugement prononcé par le juge étatique saisi *a priori*, en amont de l'instance arbitrale, sur le fondement de l'effet négatif, devrait être revêtu de l'autorité de la chose jugée. La conséquence directe est la suivante : « l'autorité de la chose jugée fait obstacle à ce que les parties saisissent de nouveau le juge de la contestation qu'il a tranchée. Les parties n'ont plus le droit d'agir relativement à la contestation tranchée »³.

Un premier point ne prête pas à discussion : les plaideurs ne peuvent faire rejuger ce qui l'a déjà été. Ainsi, par exemple, un juge d'appui ne peut être saisi d'une demande de désignation d'arbitres, accordée ou refusée, si un autre juge d'appui a déjà statué sur la question : l'effet négatif de la chose jugée s'y opposerait, la demande étant irrecevable sur le fondement de la fin de non-recevoir tirée de l'exception de chose jugée⁴. Le même raisonnement peut être étendu aux juges du fond.

C'est un second point qui pose difficulté et auquel il faut s'atteler : l'étude de la portée de l'autorité de la chose jugée de la décision prononcée par le juge *a priori* sur les autres instances. Au regard de leurs enjeux distincts, il convient d'étudier séparément les instances *a priori* – intervenant en amont de l'instance arbitrale – des autres instances – instance arbitrale et instances étatiques du contrôle de la sentence –. A l'étude de la portée de la décision à l'égard de l'autre juridiction saisie *a priori* (§1), succèdera l'étude de la portée de la décision à l'égard des juridictions saisies *a posteriori* : tribunal arbitral et juridiction étatiques du contrôle (§2).

¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 254, n° 218, spéc. p. 1228, n° 1865 pour les ordonnances du juge de la mise en état, l'autorité de la chose jugée de ces décisions quant aux exceptions de procédure ayant été reconnue par le décret du 28 décembre 2005 à l'art. 775 CPC ; C. BOUTY, « Chose jugée », *op. cit.*, n°s 342 et 343 ; R. PERROT et N. FRICERO, « Autorité de chose jugée – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 554, 2010, n° 59.

² R. PERROT et N. FRICERO, « Autorité de chose jugée – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *op. cit.*, n° 1.

³ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 465, n° 730

⁴ Cf. notamment H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.*, 1968, Chron. 1 ; v° « Autorité de chose jugée », par G. WIEDERKEHR, in *Dictionnaire de la Justice*, *op. cit.* ; « Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée », *op. cit.* ; C. BOUTY, « Chose jugée », *op. cit.* ; R. PERROT et N. FRICERO, « Autorité de chose jugée – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *op. cit.*

§1.- La portée de la décision à l'égard de l'autre juridiction saisie *a priori* : l'autorité positive de la chose jugée règle les rapports entre juge d'appui et juge du fond

326. Compte tenu de la pluralité de juges étatiques pouvant intervenir en amont ou en parallèle de l'instance arbitrale, juge d'appui et juge du fond, il est essentiel que l'autorité de la chose jugée joue à plein au regard de l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence. La difficulté provient du fait que ces deux juges, saisis de litiges distincts, peuvent se prononcer sur la condition de mise en œuvre de l'effet négatif, l'apparence de compétence arbitrale. Lorsque l'un d'eux s'est prononcé sur l'apparence de compétence arbitrale, le risque est que la contestation de la compétence juridictionnelle générale soit portée devant l'autre juge. On peut alors craindre une duplication de procès sur l'apparence de compétence arbitrale, nuisible tout d'abord, à l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence, qui tarderait encore à être mis effectivement en œuvre, ensuite, à l'efficacité de la justice publique, encombrée inutilement par des litiges identiques, et enfin, à « l'exigence de cohérence »¹ de l'ordre juridique français. Allant plus loin, le risque n'est pas moins qu'un déni de justice en cas de divergence d'appréciation de l'apparence de compétence arbitrale entre ces deux juges² : déni de justice négatif, le juge d'appui refusant de procéder à la constitution du tribunal arbitral alors que le juge du fond s'est jugé incompétent au profit du tribunal arbitral ; déni de justice positif, le juge d'appui procédant à la désignation d'arbitre demandée alors que le juge du fond a écarté l'exception d'arbitrage. C'est au vu de ces objectifs fondamentaux de notre ordre juridique que l'autorité de la chose jugée de la première décision rendue par le premier juge saisi *a priori* doit s'imposer à l'autre saisi dans les mêmes conditions. L'enjeu est également celui de l'efficacité de l'effet négatif. En effet, si différents outils permettent à la Cour de cassation d'éradiquer la contrariété de deux décisions, que ce soit sur le fondement des articles 617 et 618 CPC, ou de la méconnaissance des règles de compétence³, le mécanisme préventif de contrariété de décisions que constitue l'autorité de chose jugée est plus efficace puisqu'il évite tout simplement cette incohérence de notre ordonnancement juridique.

Gage de l'efficacité de l'effet négatif, l'autorité de la chose jugée de la décision sur l'apparence de compétence arbitrale s'impose entre juges saisis *a priori*, peu importe qu'elle émane du juge du fond ou du juge d'appui. La décision statuant sur l'apparence de compétence arbitrale émanant du juge du fond s'impose au juge d'appui (A) ; inversement, la décision du juge d'appui devrait s'imposer au juge du fond (B).

A.- L'autorité de la chose jugée de la décision du juge du fond sur le juge d'appui

327. Fort opportunément, il est admis que la décision du juge saisi au fond statuant sur l'exception d'arbitrage, pour ce qui concerne l'apparence de compétence arbitrale,

¹ F. KERNALÉGUEN, « Choses jugées entre elles (variations sur une harmonie bien tempérée) », in *Justice et droit fondamentaux, Etudes offertes à Jacques NORMAND*, *op. cit.*, p. 261, mettant en évidence l'exigence de cohérence qui « pèse sur le juge dans la dimension juridictionnelle de son activité » à l'origine de l'autorité de la chose jugée

² Souligné par E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 94.

³ C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, *op. cit.*, pp. 311 et s., n° 319.

s'impose au juge d'appui. La solution a été posée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation par un arrêt du 24 juin 2004¹. En l'espèce, était en cause un banal contrat de cession de droits sur une invention. Le cédant, inventeur, avait assigné en paiement des redevances contractuelles une société dont il prétendait qu'elle venait aux droits du GIE, cessionnaire, devant les juridictions françaises. Ces dernières se jugèrent incompétentes en raison de la clause compromissoire contenue au contrat de cession. Le cédant a alors désigné son arbitre et saisi le président d'un tribunal d'une demande de désignation d'arbitre pour le compte de la société venant aux droits du cessionnaire refusant d'y procéder. Le président a alors fait droit à la demande en « *se reposant* », selon les termes du pourvoi, sur le jugement prononcé par le juge du fond préalablement saisi qui s'était déclaré incompétent au vu de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat de cession. La cour d'appel, saisie d'un appel-nullité contre l'ordonnance procédant à la désignation, a jugé l'appel irrecevable pour absence d'excès de pourvoi. La partie à l'origine du pourvoi invoquait l'excès de pouvoir commis par le juge d'appui, qui avait refusé de vérifier si elle était ou non partie à la convention d'arbitrage, en se bornant à s'appuyer sur le jugement prononcé par le juge du fond². La Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve la cour d'appel dès lors qu'elle avait relevé que, « *par jugement irrévocable, intervenu entre les mêmes parties sur une demande ayant le même objet, le tribunal étatique s'était déclaré incompétent pour statuer au fond au vu de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat de cession litigieux, ce dont il résultait que la décision renvoyant la connaissance du litige au tribunal arbitral avait autorité de chose jugée* » et qu'« *il appartient à l'arbitre de statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage* ».

328. On approuvera pleinement la solution ici posée, qui conduit à ce que la décision prononcée par le juge saisi au fond sur l'apparence de convention d'arbitrage s'impose au juge d'appui, pour les raisons d'opportunité précédemment exposées³.

329. Opportune, la solution est-elle pour autant conforme, en théorie, au rôle classiquement attribué à l'autorité de la chose jugée en droit judiciaire privé ? L'autorité de la chose jugée a-t-elle véritablement vocation à jouer dans cette hypothèse⁴ ? Ce n'est pas ici l'autorité négative de la chose jugée qui intervient. En effet, l'exception de chose jugée s'appuie sur la « *règle dite de la triple identité : de parties, d'objet et de cause* »⁵ posée par l'article 1351 du Code civil. « *Il faut que* « la chose demandée soit la même »⁶. Or, il ne nous semble pas qu'il y ait ici identité d'objet, de chose demandée⁷. Entre une demande relative à un quelconque litige concernant un contrat dont est saisi le juge étatique et une

¹ Cass. civ. 2^{ème}, 24 juin 2004, *SAS Knauf La Rhénane c. Ailhaud*, *Bull. civ.*, 2004.II.311, *op. cit.*

² Cf. en particulier la deuxième branche de l'unique moyen du pourvoi.

³ Approuvant également la solution posée, D. FOUSSARD, « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », *op. cit.*, p. 813, n° 7 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 94.

⁴ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 94.

⁵ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 465, n° 731.

⁶ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 94.

⁷ *Contra*, Cass. civ. 2^{ème}, 24 juin 2004, *SAS Knauf La Rhénane c. Ailhaud*, *Bull. civ.*, 2004.II.311, *op. cit.* : le jugement prononcé par le juge du fond « *intervenue entre les mêmes parties sur une demande ayant le même objet* ».

demande de désignation d'arbitre dont est saisi le président d'une juridiction, ces deux juges ne sont pas saisis « *de la même question* »¹ : les deux instances ont des objets distincts². Le juge d'appui saisi postérieurement au juge saisi au fond ne devra pas juger la demande de désignation d'arbitrage irrecevable au regard de la fin de non-recevoir tirée de l'exception de chose jugée. L'unique question qui se pose au juge d'appui est de déterminer s'il doit intégrer un élément de la décision préalablement prise par le juge du fond – existe-t-il l'apparence de compétence arbitrale ? – dans son raisonnement, sans qu'il ne puisse être à nouveau discuté ou remis en cause, afin d'en tirer des conséquences propres : procéder ou non à la demande d'assistance à l'arbitrage. L'absence d'identité parfaite d'objet du litige fait obstacle au jeu de l'autorité négative de la chose jugée³.

C'est donc l'autorité positive de la chose jugée⁴ à laquelle on se référera pour expliquer la solution ici retenue⁵. Cet aspect de l'autorité de la chose jugée n'est reconnu que de manière limitée⁶ et débattu quant à son opportunité. L'autorité positive de chose jugée « *permettrait d'importer dans une décision nouvelle, sans qu'on puisse les contester, des éléments (faits ou qualifications de ces faits) tirés de motifs du précédent jugement et qui ont déterminé la précédent décision* »⁷ ; « *un fait déjà jugé dans une première instance est invoqué, à titre incident, dans un second procès portant sur une demande différente par son objet* »⁸. C'est cette situation typique d'« *identité partielle de matière litigieuse* », « *marque de l'autorité positive* » de chose jugée que caractérise l'hypothèse ici examinée : « *un élément d'un litige précédent est « retiré » de l'affaire dans laquelle le juge l'a retenu pour être « utilisé » dans un autre litige* »⁹. Les demandes principales sont différentes dans chaque instance – une demande de désignation d'arbitres n'ayant pas le même objet qu'une demande quelconque portant sur un contrat auquel est opposée une exception d'arbitrage –. Il n'y a pas

¹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 465, n° 731.

² En ce sens, J. ORTSCHIEDT, obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 24 juin 2004, *SAS Knauf La Rhénane c. Ailhaud*, *Bull. civ.*, 2004.II.311, *JCP E*, 2005.675.

³ En ce sens, D. FOUSSARD, « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », *op. cit.*, p. 814, n° 8. *Contra*, en interprétant largement la question litigieuse dans chaque instance, cf. E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 94.

⁴ Cf. de man. gén., J. HÉRON (†) et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, p. 291, n°s 345 et s. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 775-770 ; C. BOUTY, « Chose jugée », *op. cit.*, n° 603-734 ; R. PERROT et N. FRICERO, « Autorité de chose jugée – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *op. cit.*, n° 2 ; J. HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 131 ; F. KERNALEGUEN, « Choses jugées entre elles (variations sur une harmonie bien tempérée) », *op. cit.* ; Th. LE BARS, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures*, 2007, Etude n° 12.

⁵ *Contra*, privilégiant l'efficacité substantielle des jugements, D. FOUSSARD, « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », *op. cit.*, pp. 813 à 817 ; J. ORTSCHIEDT, *Chronique – Droit de l'arbitrage*, *JCP E*, 2005.676. Cependant, les différents critères de distinction entre l'effet positif de chose jugée et l'efficacité substantielle du jugement dégagés par la doctrine (P. MAYER, note sous Cass. com., 23 janv. 2007, *Rev. arb.*, 2007.769 ; C. BOUTY, « Chose jugée », *op. cit.*, n° 611 et s.) nous conduisent à écarter le jeu de cette dernière.

⁶ Th. LE BARS, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *op. cit.* Pour des ex., n°s 13 à 16.

⁷ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 258, n° 221.

⁸ J. HÉRON (†) et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 291, n° 345.

⁹ J. HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », *op. cit.*, n° 10, p. 136.

d'« identité complète entre la demande déjà jugée et celle qui est soumise au second juge »¹. Cependant, il existe une part du contentieux qui est commune entre les deux instances : le contentieux portant sur la caractérisation de l'apparence de compétence arbitrale, condition de l'assistance à l'arbitrage ou du renvoi des parties à mieux se pourvoir.

330. Ainsi rattachée à une institution généralement écartée du droit judiciaire français, occasionnellement admise², notamment en droit de l'arbitrage³, une seconde question surgit : l'autorité positive de la chose jugée peut-elle jouer alors que l'apparence de compétence arbitrale est tranchée non pas dans le dispositif, mais dans les motifs du jugement ? Il semble en effet que la question de savoir si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable est tranchée dans les motifs, non dans le dispositif⁴. Le dispositif du jugement, faisant droit à l'exception d'arbitrage opposée, se limitera à renvoyer les parties à mieux se pourvoir en application de l'article 96 CPC. De même, pour le juge d'appui, le dispositif de l'ordonnance se restreindra sans doute à accéder, ou non, à la demande de désignation d'arbitres. C'est uniquement dans les motifs qu'apparaîtra la justification de la solution : apparence de compétence arbitrale ou destruction de cette apparence. Ce motif du jugement – pour le juge du fond comme pour le juge d'appui – appréciant l'apparence de compétence juridictionnelle générale relève sans nul doute de la catégorie des motifs décisifs – c'est-à-dire « ceux qui constituent le soutien nécessaire du dispositif, qui font corps avec la sentence (« animus et quasi nervus sententia »)⁵ – car il est « l'antécédent logique nécessaire de la décision »⁶. En effet, si le juge du fond renvoie les parties à mieux se pourvoir, c'est sans doute parce qu'il existe l'apparence de compétence arbitrale ; de même, si le juge d'appui procède à la mesure d'assistance à la constitution du tribunal arbitral requise, c'est uniquement pour cette raison déterminante, « indissociable[] de la décision »⁷, tirée de l'apparence de compétence arbitrale.

On se retrouve alors confronté à un obstacle infranchissable. De manière générale, il est admis, depuis 1991⁸, au regret de certains auteurs⁹, et même si la jurisprudence est parfois versatile¹⁰, que seul le dispositif d'un jugement est revêtu de l'autorité de la chose jugée, à l'exclusion des autres énonciations du jugement, dont les motifs même décisifs. La règle a été

¹ *Ibid.*, n° 12, p. 137.

² Cf. les ex. donnés par J. HÉRON (†) et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 293, n° 346, et en particulier l'art. 95 CPC.

³ Cf. par ex. l'autorité reconnue à la décision du juge d'appui statuant sur les questions d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre et de délai de l'instance arbitrale sur la juridiction du contrôle de la sentence.

⁴ D. FOUSSARD, « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », *op. cit.*, p. 815, n°8.

⁵ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne, op. cit.*, p. 257, n° 221, b).

⁶ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 464, n° 729.

⁷ *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 5 avril 1991, *Bull. civ.*, 1991.II.109 ; Cass. com., 14 mai 1991, *Bull. civ.*, 1991.IV.160 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1991, *Bull. civ.*, 1991.I.130 ; Cass. 3^e civ., 4 janv. 1991, *Bull. civ.*, 1991.III.1 ; Cass. soc., 16 oct. 1991, *Bull. civ.*, 1991.V.407.

⁹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne, op. cit.*, p. 259, n° 221, b) 2) : « n'est-il pas absurde que ce qui justifie la décision n'ait pas autorité, alors que ce qui est décidé l'a ? N'est-ce pas affaiblir l'autorité de ce qui est tranché ? ».

¹⁰ Par ex., reconnaissant l'autorité de chose jugée au motif décisif au regard de l'article 95 CPC, cf. Cass. civ. v, 21 juill. 2001, *Bull. civ.*, 2001.I.216.

récemment rappelée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation¹. On soulignera d'ailleurs que le lien a été fait entre ces deux éléments : le rejet de l'autorité des motifs décisifs du civil sur le civil ne serait que l'une des manifestations de la réticence des juridictions judiciaires à accueillir l'autorité positive de la chose jugée².

Imposer le jeu de l'autorité positive de chose jugée des motifs décisifs du juge d'appui sur le juge du fond – ou l'inverse – nous semble cependant une nécessité afin de préserver l'efficacité de l'effet négatif, et la cohérence de l'ordre juridique français. Le droit de l'arbitrage pourrait alors fournir une nouvelle illustration de la reconnaissance de l'autorité positive de la chose jugée des motifs décisifs par la jurisprudence, aux côtés par exemple de l'autorité du criminel sur le civil. Ce serait alors enfin admettre, tout simplement, comme l'appelle de ses vœux « l'école de Caen »³, que « *ce qui a autorité de chose jugée, c'est ce qui a fait l'objet de cette vérification juridictionnelle* »⁴, dans notre hypothèse, l'apparence de compétence arbitrale. Pourquoi le « *fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée* »⁵, présagé par Henry Motuslky⁶ – dont l'un des premiers signes résulte du décret du 20 août 2004 modifiant l'article 125 CPC, poursuivi par l'arrêt *Cesareo*⁷ donnant un nouveau sens à la notion de cause du jugement, aboutissant à poser le principe de concentration des moyens⁸ – ne devrait-il pas encore se concrétiser par l'acceptation généralisée de l'autorité positive de la chose jugée des motifs décisifs sous la réserve que ces derniers aient été débattus contradictoirement ? Le refus de reconnaître l'autorité de chose jugée aux motifs décisifs conduit en effet à vider de sa substance la notion d'autorité de chose jugée, réduite à la chose

¹ Le principe a été récemment rappelé par Cass. Ass. plén., 13 mars 2009, *D.*, 2009.879 ; *RTD civ.*, 2009.366, obs. R. PERROT ; *Procédures*, mai 2009, n° 131, note R. PERROT ; *JCP*, 2009.II.10077, note SERINET : « *l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement et a été tranché dans son dispositif* ».

² En ce sens, J. HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », *op. cit.*

³ C. BLERY, « Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », *Procédures*, 2007, Etudes 11.

⁴ Th. LE BARS, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *op. cit.*, n° 4.

⁵ N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de Justice, Mélanges Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 199.

⁶ H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *op. cit.*

⁷ Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, *Cesareo c. Cesareo*, *Bull. civ.*, 2006.AP.8 ; *D.*, 2006.2135, note L. WEILLER ; *JCP G*, 2007.II.10070, note G. WIEDERKHER ; *JCP G*, 2006.I.183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Gaz. Pal.*, 2007.398, note M.-O. GAIN ; *RTD Civ.*, 2006.825, note R. PERROT ; *Procédures*, 2006.comm. 201, obs. R. PERROT. On précisera cependant que si Motuslky est à l'origine de la proposition de la règle de l'obligation de concentration de la matière litigieuse, qu'il qualifiait de « *forclusion substantielle* », sa conception de la règle divergeait de celle admise en droit positif en ce que l'auteur exigeait pour qu'elle joue que « *le facteur invoqué dans la seconde instance* » non discuté ni tranché dans la première « *aurait pu et dû être soulevé ; qu'il ne l'a pas été dans un but dilatoire ou du moins par suite d'une négligence grave de la partie intéressée* » (H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *op. cit.*, n° 42), alors que le droit positif semble admettre automatiquement son jeu.

⁸ On soulignera que le principe de concentration des moyens n'était d'ailleurs pas inconnu du droit processuel français. Il existait déjà, sous une forme particulière, en droit social sous l'expression de principe de l'unicité de l'instance (cf. article R. 1452-6 du Code du travail : « *Toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance. Cette règle n'est pas applicable lorsque le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes* »). L'un des signes annonciateurs de l'arrêt *Cesareo* peut être trouvé notamment dans le décret du 28 décembre 1998 consacrant la nécessité de conclusions qualificatives et récapitulatives devant le tribunal de grande instance.

décidée¹. L'autorité de la chose jugée, cet « *instrument de régulation des flux judiciaires* »², viendrait ici au soutien de l'efficacité de l'arbitrage en interdisant qu'un motif décisif – l'apparence de compétence arbitrale – soit discuté à deux reprises, dans deux instances distinctes.

331. Pour finir, on précisera que l'utilisation qui est faite dans ces circonstances de l'autorité positive de la chose jugée est pleinement conforme à l'utilisation prudente qui en est recommandée par la doctrine³. La logique d'économie procédurale doit composer avec un autre principe essentiel qui régit également le droit processuel : le droit au juge, et de manière plus générale, le droit au procès équitable. Si « *l'article 6 paragraphe 1^{er} impose aux États de garantir l'accès à un juge, non d'offrir une multitude d'accès aux tribunaux pour la même contestation* »⁴, il ne faut pas non plus tomber dans l'excès inverse et que les parties soient privées d'un recours effectif à un juge, que l'autorité positive soit ainsi un véritable « *piège* »⁵ pour les parties. Aussi, « *la gestion du procès doit être efficiente et équitable* »⁶. L'autorité positive de la chose jugée ne peut en effet jouer que lorsque « *le plaideur ne pouvait ignorer, lors de la première instance, les conséquences préjudiciables qui pourraient être ultérieurement déduites contre lui du point actuellement en débat* »⁷, et qu'il ait donc pu, en connaissance de cause, débattre du point discuté. Ce n'est donc pas moins que le respect du principe du contradictoire que l'on retrouve derrière cette exigence⁸, principe qui est sans doute la clef afin de « *recentrer cet attribut essentiel du jugement* » qu'est l'autorité de la chose jugée. C'est cette voie qui avait d'ailleurs été tracée dès l'origine par Henry Motulsky : l'autorité de la chose jugée s'étend à la « *question litigieuse* » c'est-à-dire « *tout point qui a été contradictoirement débattu devant le juge* » et « *véritablement tranché* »⁹.

L'utilisation qui est ici faite de l'autorité positive de chose jugée est conforme à cet équilibre d'intérêts. En effet, il ne fait nul doute que la question de la caractérisation de l'apparence de compétence arbitrale est discutée entre les parties, qu'elles auront conclu sur la question. La caractérisation de l'apparence de compétence arbitrale et son éventuelle destruction sont le « *nerf de la guerre* », au cœur du renvoi devant le tribunal arbitral par le

¹ En ce sens, Th. LE BARS, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *op. cit.*, n° 9.

² N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », *op. cit.*, p. 200.

³ J. HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », *op. cit.* ; P. CALLÉ, note sous CA Paris, 3 mars 2005, *Malquin c. société Afac, Rev. arb.*, 2006.446, n° 11 et s. ; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, op. cit.*, n° 239, soulignant que cette condition est sans aucun doute remplie dans le cadre d'une hypothèse légale admise du jeu de l'autorité positive de chose jugée, l'article 95 CPC.

⁴ N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », *op. cit.*, p. 207.

⁵ J. HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », *op. cit.*

⁶ L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *De code en code, Mélanges Georges WIEDERKEHR*, Paris, Dalloz, 2009, p. 65, spéc. p. 69, n° 3.

⁷ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne, op. cit.*, p. 259, n° 221, b) 2). J. HÉRON (†) et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 354 ; J. HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », *op. cit.*, n° 16, p. 140.

⁸ Soulignée par C. BOUTY, « Chose jugée », *op. cit.*, n° 630

⁹ H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *op. cit.*, p. 11, n° 37. L'auteur rappelle ces éléments en conclusion (*ibid.*, n° 48 : « *l'interdiction de retourner devant le juge est, en principe, limitée aux facteurs qui ont été débattus devant le tribunal et tranchée par lui [...]* ». Il condamne ainsi toute « *implication fictive* » : « *l'autorité de la chose jugée doit, en principe, être refusée aux « présumés logiques » du jugement lorsqu'ils n'ont pas fait l'objet d'un débat* » (*ibid.*, n° 38).

juge saisi au fond ou à l'origine de l'assistance du juge d'appui. Il n'y a donc aucun « piège » tendu au plaideur, qui ne peut raisonnablement affirmer qu'« *il ne pouvait pas mesurer les conséquences qui leur seraient attachées* »¹. L'apparence de compétence arbitrale est le cœur de la question litigieuse dans ces deux instances distinctes. Une partie qui tenterait à nouveau de discuter ce point litigieux déjà tranché, l'apparence de compétence arbitrale, ne manque-t-elle pas d'ailleurs au principe de loyauté procédurale² ? Le point d'équilibre entre le principe d'économie et de bonne foi procédurales d'une part, et le principe du droit au juge et des droits de la défense d'autre part, est ici trouvé.

332. L'autorité positive de la chose jugée de la décision prise par le juge d'appui sur l'apparence de compétence arbitrale devrait donc s'imposer au juge d'appui. C'est la même solution qui devrait s'imposer dans le sens inverse, du juge d'appui vers le juge du fond, sur le fondement du même mécanisme.

B.- L'autorité de la chose jugée de la décision du juge d'appui sur le juge du fond

333. Si séduisante soit-elle, l'idée que le point litigieux de l'apparence de compétence arbitrale tranchée par le juge d'appui puisse s'imposer au juge du fond se heurte à un dernier obstacle. En effet, il convient de déterminer si la décision du juge d'appui est définitive ou seulement provisoire. La question se pose eu égard aux termes de l'article 1460 al. 2 CPC, reprenant en substance l'ancien article 1457 al. 1^{er} CPC, prévoyant que la demande faite au juge d'appui « *est formée, instruite et jugée comme en matière de référé* », ce dernier statuant, selon l'alinéa 3, par une « *ordonnance* ». L'ordonnance du juge d'appui, comme toute ordonnance du juge des référés, n'est-elle pas revêtue de la seule autorité de la chose jugée au provisoire, comme le prévoit l'article 488 CPC³, exclusive de l'autorité de la chose jugée au principal ? La question est d'autant plus légitime que l'intervention du juge d'appui qui procède à la désignation d'arbitre(s) demandée se fait, comme pour ce qui concerne une mesure classique de référé, sur le seul fondement de l'apparence d'un droit, l'apparence de compétence arbitrale. Le juge d'appui apparaît alors comme un juge des référés pour l'arbitrage.

334. On ne s'attardera pas sur cette question, tant la réponse est évidente. Si anciennement une confusion entre les modalités d'intervention du juge d'appui et du juge des référés a pu être opérée⁴, semant insidieusement le doute sur l'autorité attachée au jugement, le droit positif recèle des éléments de réponse suffisamment solides pour apporter une réponse certaine : l'ordonnance du juge d'appui a autorité de la chose jugée au principal, et non pas seulement au provisoire.

¹ J. HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », *op. cit.*, n° 13, p. 138.

² Sur ce principe, S. GUINCHARD, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de « changer le fondement juridique des demandes » », in *De code en code, Mélanges Georges WIEDERKEHR*, *op. cit.*, p. 379, spéc. pp. 381-382.

³ Article 488 CPC : « *L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles* ».

⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 8 avril 1998, *Rev. arb.*, 1998.373, note A. HORY : le président d'un tribunal se refusait de procéder à la désignation demandée « *au motif de l'existence d'une difficulté sérieuse* » (la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir jugé l'appel-nullité recevable contre une telle ordonnance).

On peut prendre appui tout d'abord sur le droit commun. La question y est bien connue et la solution unanime¹, rappelée dans une étude consacrée au juge des référés : « [...] *la notion de provisoire est propre « aux véritables » ordonnances de référé. Lorsque le Président statue « en la forme » ou « comme en matière de référé », il se prononce au principal. Comme son nom l'indique, le « référé en la forme » n'emprunte que la forme du référé. Il est, en réalité, un « référé au fond »* »². C'est bien ce qu'est le juge d'appui : un juge du référé au fond, ayant pour mission l'assistance à l'arbitrage.

On peut se reporter ensuite au droit de l'arbitrage lui-même, dans une situation voisine de la notre : celle de la détermination de la portée de l'ordonnance du Président du tribunal de grande instance ou de commerce statuant sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ou sur la durée de l'arbitrage. Plus précisément, le problème s'est posé de savoir si cette décision a l'autorité de la chose jugée au principal, s'imposant non pas au juge du fond saisi d'un litige, mais au juge saisi du contrôle de la sentence. Jurisprudence³ et doctrine⁴ sont unanimes sur l'interprétation qui doit être faite de l'ancien article 1457 CPC, l'analyse pouvant être étendue au nouvel article 1460 al. 2 CPC. L'assimilation faite entre le juge d'appui et le juge des référés – le juge d'appui devant statuer « *comme en matière de référé* » – « *ne porte que sur le mode de saisine du Président du tribunal de grande instance. Celui-ci, en matière de constitution du tribunal arbitral, ne rend pas une décision provisoire, comme l'est l'ordonnance de référé (art. 484 CPC) ; il statue au fond et définitivement* »⁵. Ce raisonnement devrait valoir selon nous lorsque le juge d'appui statue, afin de procéder à la désignation d'arbitre demandée, sur l'apparence de convention d'arbitrage⁶.

Enfin, il convient de souligner une différence essentielle concernant les relations existant entre un juge des référés classique et le juge du principal d'un côté, et le juge d'appui et le juge du fond de l'autre côté. Concernant le contentieux du provisoire et du conservatoire, le juge des référés statue sur l'apparence d'un droit, alors que le juge du principal statue sur la réalité de ce droit. C'est ce qui explique, notamment, que l'ordonnance du juge des référés n'ait pas autorité de chose jugée au principal, et qu'elle soit limitée au provisoire. Au

¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 304, n° 254 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit. ; N. Cayrol, « Référé civil », *Rép. pr. civ. Dalloz*, n°s 19 et 20.

² Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, op. cit., introduction, p. XXIII.

³ TGI Paris (ord. Réf.), 22 nov. 1992 : *Rev. arb.*, 1994.715, note A. HORY : « *les dispositions de l'art. 488 NCPC invoqués par la société [recourante] à ce dernier titre ne sont pas applicables à une telle ordonnance qui, si elle est rendue dans le cadre des pouvoirs que le président du Tribunal de grande instance tient des dispositions de l'art. 1444 NCPC en étant saisi « comme en matière de référé », est une décision au fond, par ailleurs en principe insusceptible de recours* ».

⁴ G. BOLARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, op. cit. (concernant la désignation d'un arbitre en méconnaissance de la volonté des parties) : « [...] « *saisi comme en matière de référé* » selon l'art. 1457, le président du tribunal n'est pas juge des référés, mais juge du fond. Ainsi sa décision n'est-elle pas soumise aux conditions du référé, ses effets ne sont pas non plus ceux d'une ordonnance de référé de droit commun [...]. Les art. 1444 et 1457 donnent pouvoir au président du tribunal sans condition d'urgence ni aucune des conditions du référé énoncées aux art. 808 et s. ; en outre, la décision est nécessairement définitive, elle ne peut être provisoire, contrairement au droit commun du référé (art. 488) ».

⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 536, n° 907. Cf. également, A. HORY, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 8 avril 1998, op. cit., p. 376. Ph. FOUCHARD, « La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », op. cit., p. 24.

⁶ En ce sens, E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », op. cit., n° 94.

contraire, le juge d'appui comme le juge du fond intervenant dans le cadre de l'arbitrage statuent tous deux sur la seule apparence de compétence juridictionnelle générale, afin de définir pour le juge du fond s'il renvoie les parties à l'arbitrage, pour le juge d'appui s'il ordonne la mesure d'assistance à l'arbitrage demandée. Au regard donc de l'identité partielle de la matière litigieuse, il est logique que la décision du juge d'appui s'impose au juge du fond.

335. Si l'autorité positive de la chose jugée joue – ou tout au moins devrait jouer – à plein entre instances étatiques tenues au respect de l'effet négatif du principe compétence-compétence, des objectifs distincts doivent conduire au contraire à limiter la portée de la décision des juridictions étatiques statuant en amont du procès arbitral sur les autres instances juridictionnelles qui y sont postérieures.

§2.- La portée de la décision à l'égard des juridictions saisies *a posteriori* : le rôle limité de l'autorité positive de la chose jugée

336. La définition exacte de la portée de la décision de mise en œuvre (ou de refus de mise en œuvre) de l'effet négatif faite par le juge saisi *a priori* est centrale dans le mécanisme général du principe compétence-compétence et sa fonction : préserver consécutivement, en aval, d'une part le pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa compétence, et d'autre part le pouvoir des juridictions étatiques saisies *a posteriori* de contrôler la sentence arbitrale. Ces dernières – tribunal arbitral et juridiction étatique saisie du contrôle de la sentence – peuvent-elles librement connaître de la compétence juridictionnelle générale dans toute sa plénitude ou sont-elles liées par la décision prononcée par l'un des juges saisis *a priori* ?

Si incontestablement la décision constatant l'apparence vraisemblable de compétence arbitrale n'a aucune autorité sur les juges – privé ou public – saisis *a posteriori* (A), on doit cependant s'interroger sur la possibilité de transposer ce raisonnement lorsque le juge saisi *a priori* a, au contraire, constaté la destruction certaine de l'apparence de compétence arbitrale (B), par la caractérisation de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

A.- L'absence d'autorité de la chose jugée de la décision constatant l'apparence de compétence arbitrale

337. Les premiers éléments bien connus du droit positif peuvent laisser penser que la décision du juge d'appui pourrait s'imposer au juge saisi du contrôle de la sentence. La question s'est plusieurs fois posée de savoir si la décision du juge d'appui tranchant les incidents relatifs à la récusation des arbitres ou aux délais de l'instance arbitrale s'imposait au juge saisi *a posteriori* du contrôle de la sentence, pouvant également connaître de ces griefs dans le cadre d'un recours en annulation ou d'un appel de l'ordonnance d'exequatur au regard du premier et du second cas d'ouverture tels qu'ils résultent des anciens textes (1484-1° et 2° et 1502-1° et 2°). La réponse, entrevue initialement par M. Guinchart¹, est invariable et

¹ S. GUINCHARD, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 22 nov. 1989, *Société Philipp Brothers c. société Drexel Burham Lambert et autres*, *Rev. arb.*, 1990.142, p. 149.

constante depuis l'arrêt de la cour d'appel de Paris rendu dans l'affaire *Philip Brothers*¹ : la décision du juge d'appui est revêtue de l'autorité de la chose jugée et elle s'impose au juge saisi *a posteriori*, qui ne peut pas remettre en cause ce qui a été jugé. La solution a été plus récemment rappelée par un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 3 mars 2005². Aucune raison ne s'oppose à ce qu'elle soit maintenue par la jurisprudence au regard du nouveau décret. La solution est constante que l'ordonnance prise par le juge d'appui soit favorable à l'arbitrage ou défavorable, conduisant alors automatiquement à l'annulation de la sentence³ : le juge d'appui a définitivement statué sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre de même que sur le délai de l'instance arbitrale⁴ et cette décision s'impose au juge saisi du contrôle, qui ne peut les rejurer, sous réserve d'éléments nouveaux survenus depuis la décision du juge d'appui ou d'éléments différents invoqués par le recourant.

338. Certes, les instances n'ont pas le même objet : « [d]evant le président du tribunal, on demande la récusation d'un arbitre ; à la cour d'appel, on demande d'annuler des sentences »⁵. Il faut encore en appeler à l'autorité positive de la chose jugée. Quoi que l'on puisse débattre de la possibilité de faire jouer l'autorité positive de la chose jugée⁶ ou de son opportunité notamment au regard de l'absence de possibilité de recours ouvert contre l'ordonnance du juge d'appui⁷, la solution est inapplicable aux incidents sur la compétence juridictionnelle générale : la décision prononcée par le juge saisi *a priori* ne peut pas s'imposer au juge saisi *a posteriori*, quel qu'il soit, tribunal arbitral ou juridictions étatiques du contrôle. L'explication réside dans l'absence, même partielle, d'identité de la matière litigieuse, qui seule permet de justifier le jeu de l'autorité positive de la chose jugée : aucun point litigieux n'est identique entre les deux instances. En effet, le premier, le juge saisi *a priori*, se prononce sur la seule *apparence vraisemblable* d'un droit, tandis que les suivants, tribunal arbitral et juge étatique saisi *a posteriori* du contrôle de la sentence, se prononcent sur la *réalité* d'un droit. Statuer sur l'apparence de la compétence juridictionnelle générale, et, soulignons-le, sur sa seule apparence vraisemblable, ce n'est pas connaître de la réalité de la compétence juridictionnelle générale. C'est évaluer une simple probabilité d'un droit, dont la présence justifiera le renvoi devant le tribunal arbitral. Rien de plus.

¹ CA Paris, 6 avril 1990, *Philipp Brothers*, *Rev. arb.*, 1990.880, note M. DE BOISSÉSON. Cf. également pour la demande de récusation, CA Paris, 4 juin 1992, *RTD com.*, 1993.642, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN, *Rev. arb.*, 1993.449, note A. Hory ; CA Versailles, 2 mars 2006, *D.*, 2006, p. 3026, Th. CLAY.

² CA Paris, 3 mars 2005, *Malquin c. société Afac*, *Rev. arb.*, 2006.446, note P. CALLÉ.

³ Par exemple, CA Paris, 10 nov. 2005, *Tinnes et autre c. SA Système U-Est*, *Rev. arb.*, 2006.469, conduisant à l'annulation de la sentence pour expiration du délai d'arbitrage, le juge d'appui ayant écarté la demande de prorogation du délai d'arbitrage « aux motifs que la demande était déjà faite hors délai » et en l'absence de prorogation tacite du délai. La cour d'appel saisie d'un recours en annulation fondée sur l'expiration du délai d'arbitrage juge ainsi que l'ordonnance du juge d'appui « dont l'appel-nullité a été rejeté par la Cour de Colmar le 29 juin 2004, a autorité de chose jugée, que le juge d'appui ayant irrévocablement statué sur l'expiration du délai de l'arbitrage [...], cette question ne peut plus être rediscutée devant le juge de l'annulation, que la sentence rendue [...] l'a donc été après expiration de la convention d'arbitrage ».

⁴ Sur l'expiration du délai d'arbitrage : CA Paris, 8 mars 2001, *Rev. arb.*, 2001. 567, note C. LEGROS.

⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 537, n° 909.

⁶ P. CALLÉ, note sous CA Paris, 3 mars 2005, *Malquin c. société Afac*, *op. cit.*

⁷ Th. CLAY, *D.*, 2006.3026 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 536-537, n°s 908 et 909 ; P. CALLÉ, note sous CA Paris, 3 mars 2005, *Malquin c. société Afac*, *op. cit.*, pp. 454-455, n° 13. Pour une analyse critique, cf. C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, *op. cit.*, pp. 481-489, spéc. pp. 486-487, n° 537.

Aussi, dans les instances ultérieures – instance arbitrale, instance en annulation ou instance d’appel de l’ordonnance d’exequatur de la sentence –, les juges en question ne seront pas liés par la décision de mise en œuvre de l’effet négatif. Peu importe l’apparence de compétence arbitrale. Arbitres et juges du contrôle pourront ainsi pleinement et librement juger de la compétence juridictionnelle générale, retenir que le litige relève de la compétence arbitrale ou de la compétence des juridictions d’État. Cette solution, qui n’a pas été à notre connaissance consacrée, devrait s’imposer dans l’objectif de préserver la règle de conflit mise en place par le principe compétence-compétence.

B.- L’autorité de la chose jugée de la décision constatant la destruction de l’apparence de compétence arbitrale

339. Il reste à s’interroger sur la possibilité d’opposer l’autorité de la chose jugée de la décision constatant la destruction de l’apparence de compétence arbitrale constatée par la décision du juge d’appui aux juges saisis *a posteriori*, tribunal arbitral et juridictions étatiques saisies du contrôle. Le jugement qui constate la nullité ou l’inapplicabilité manifeste de la convention d’arbitrage et retient la compétence de la justice publique ne devrait-il pas s’imposer aux juridictions éventuellement saisies *a posteriori*, tribunal arbitral et juridictions étatiques du contrôle de la sentence ?

En réalité, au regard du mécanisme d’ensemble mis en place par le principe compétence-compétence, une telle situation ne devrait pas en principe survenir. Les juridictions d’État saisies *a priori* constatant la nullité ou l’inapplicabilité manifeste de la convention d’arbitrage, le mécanisme pluraliste de tracé de la frontière entre compétence de la justice publique et compétence de la justice privée tombe. Aussi, les deux autres « actes » de cette « pièce de théâtre » qu’incarne le principe compétence-compétence ne devraient pas avoir lieu : le tribunal arbitral ne devrait pas être constitué et les juridictions étatiques du contrôle de la sentence ne devraient pas être saisies, tout simplement car il n’y a pas de sentence.

Ce sera sans doute le cas dans la grande majorité des hypothèses. Cependant, bien que ce soit extrêmement rare en pratique¹, que faire si un tribunal arbitral a néanmoins été constitué, soit par un juge d’appui étranger, soit par un centre d’arbitrage ? Le tribunal arbitral et le juge du contrôle seraient-ils liés par le jugement du premier acteur ?

340. On pourra objecter que le juge d’État constatant la nullité ou l’inapplicabilité manifeste de la convention d’arbitrage juge de la seule apparence de compétence arbitrale, et non de sa réalité, dont est saisi le juge du contrôle de la sentence. C’est l’un des arguments développé par la doctrine hostile à l’effet négatif de la compétence-compétence, critiquant la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse qui admet que si « *cet examen sommaire révé[er] un vice entraînant la nullité de la convention d’arbitrage, le juge [peut] admettre sa compétence*

¹ Cf. par ex. CA Paris, 23 oct. 2003, *Société Kocak Ilac Fabrikasi AS et autre c. SA Laboratoires Besins International*, *Rev. arb.*, 2006.149, note D. COHEN, « L’engagement des sociétés à l’arbitrage », p. 35.

avec autorité de chose jugée »¹ : « [c]’est perdre de vue qu’une décision rendue en procédure sommaire ne peut bénéficier de l’autorité de la chose jugée »².

Néanmoins, au contraire de la situation précédente – le jugement constatant l’apparence vraisemblable de compétence arbitrale –, le juge saisi *a priori* qui constate la nullité ou l’inapplicabilité manifeste de la convention d’arbitrage doit en acquérir la certitude. Il doit être convaincu de l’incompétence arbitrale et de la compétence de la justice publique. En effet, lorsque le juge étatique examine l’apparence de compétence arbitrale, s’il peut l’écarter, c’est en cas d’apparence *ostentatoire* de l’incompétence arbitrale. On a déjà pu souligner l’ambiguïté de cette acception de la notion d’apparence, qui est rattachée à la théorie de l’apparence par l’examen superficiel des droits qu’elle requiert, mais tout autant à la réalité des droits par la certitude, exclusive de doute, que doit acquérir l’observateur. L’apparence ostentatoire vise donc à établir la réalité d’un droit. Lorsque le juge étatique statuant *a priori* retient donc la nullité ou l’inapplicabilité manifeste de la convention d’arbitrage, il établit non pas la seule apparence, mais la réalité de l’incompétence arbitrale et de la compétence de la justice publique. Aussi le point litigieux tranché par le juge saisi *a priori* d’une part, et les juridictions saisies consécutivement, tribunal arbitral ou juridiction d’État saisie du contrôle de la sentence, est-il identique. L’autorité de chose jugée devrait ainsi jouer à plein, la décision constatant la nullité ou l’inapplicabilité manifeste de la convention d’arbitrage s’imposant au tribunal arbitral et aux juridictions publiques du contrôle, tenus de suivre ce premier jugement.

Certes, on tomberait alors dans le monisme étatique, seules les juridictions publiques traçant la frontière entre compétence étatique et compétence arbitrale. Mais, comme exposé précédemment, la mise en œuvre de l’effet négatif, et du principe compétence-compétence dans son ensemble, est conditionnée par l’apparence de compétence arbitrale. Quelques nuances doivent cependant être apportées au raisonnement, tout d’abord concernant le tribunal arbitral (1), ensuite concernant les juridictions étatiques du contrôle de la sentence (2).

1).- Le tribunal arbitral

341. Au regard du risque de refus d’exequatur de la sentence ou de son annulation par l’ordre juridique dont émane la juridiction qui a retenu la nullité ou l’inapplicabilité manifeste de la convention d’arbitrage, le tribunal arbitral devrait accueillir la fin de non-recevoir tirée de l’autorité de chose jugée du jugement étatique et déclarer la demande irrecevable. C’est sans aucun doute vrai en particulier au regard du droit français ou du droit suisse³. Compte tenu de la faveur dont jouit l’arbitrage dans ces pays, les plus libéraux au monde en la matière notamment pour ce qui concerne les règles de fond régissant la convention d’arbitrage, les

¹ J.-F., POUDRET, « Exception d’arbitrage et litispendance en droit suisse : comment départager le juge et l’arbitre ? », *op. cit.*

² J.-F., POUDRET, « Exception d’arbitrage et litispendance en droit suisse : comment départager le juge et l’arbitre ? », *op. cit.*, pp. 234-235.

³ En ce sens, G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 162, n° 449 (ATF 120 II, 155, 164 : si le juge du fond écarte l’exception d’arbitrage et se juge compétent, sa décision lie le tribunal arbitral en raison de l’autorité de la chose jugée attachée à sa décision).

chances pour le tribunal arbitral de faire reconnaître ou exécuter sa sentence dans un autre pays seront très faibles.

342. Cependant, une telle solution, conduisant à imposer un jugement étatique se prononçant sur la compétence juridictionnelle générale au tribunal arbitral, méconnaît l'originalité de l'institution et en particulier son autonomie, de même que le pluralisme juridictionnel existant : l'ordre arbitral n'est pas une sous-organisation de la justice étatique, soumise à elle dans un rapport hiérarchique. La question, complexe et délicate s'il en est, fera l'objet d'une étude plus détaillée¹. Notons simplement à ce stade qu'il n'est pas certain que le tribunal arbitral s'estime lié par un tel jugement, et pourrait lui-même en vérifier la régularité au regard des normes fondamentales de l'ordre arbitral.

2).- *Les juridictions étatiques du contrôle*

343. La décision constatant la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage devrait s'imposer au juge saisi *a posteriori* du contrôle de la sentence. Bien évidemment, un tel jugement ne s'imposera pas *ipso facto* aux juridictions étrangères saisies du contrôle de la sentence, la décision émise par une juridiction française soumise à la procédure de reconnaissance. Les États étrangers pourront à cette occasion vérifier la compatibilité du jugement français avec leurs propres normes d'accueil des jugements étrangers. Qu'en est-il pour le juge français saisi du contrôle de la sentence ?

344. La question a été explicitement posée à la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Kocak Ilac Fabrikasi*. Cette société avait formé un recours en annulation contre la sentence sur le fondement de l'ancien article 1502-1 CPC, prétendant que la clause compromissoire leur était inopposable, et, allant plus loin, que « *l'arbitre ne pouvait pas statuer sur sa compétence à leur égard, la décision du juge des référés lors de sa nomination ayant constaté la nullité de la convention d'arbitrage et faisant donc obstacle au principe de la compétence-compétence* »². La cour d'appel a répondu indirectement à cet argument en rappelant tout simplement la possibilité de contrôle total de la compétence, en fait et en droit, qui lui est reconnue. Même si elle a suivi en substance la décision prise par le juge d'appui, annulant la sentence pour incompétence, le juge de l'annulation ne s'est pas pour autant estimé lié par la décision prise par le juge saisi *a priori*, en l'espèce, le juge d'appui.

345. Si la solution ici retenue est sans aucun doute compréhensible car la liberté de statuer sur la compétence juridictionnelle générale des juridictions publiques du contrôle de la sentence est l'un des piliers – le troisième³ – du mécanisme mis en place par le principe compétence-compétence, la position de la cour d'appel saisie d'un recours en annulation crée un risque de déni de justice résultant de décisions contradictoires. Le danger est en effet que le juge saisi du contrôle de la sentence prenne une décision contraire à celle du juge saisi *a priori*, le premier jugeant au terme d'un examen approfondi la justice arbitrale compétente et la sentence exécutoire, le second retenant la compétence de la justice publique, une juridiction étatique française pouvant alors connaître du fond du litige si elle s'estime compétente au

¹ Cf. *infra*, deuxième partie, n^{os} 569 et s.

² CA Paris, 23 oct. 2003, *Société Kocak Ilac Fabrikasi AS et autre c. SA Laboratoires Besins International*, *op. cit.*, p. 152.

³ Cf. *infra*, troisième partie.

regard des règles du droit judiciaire privé, interne et international. Plus fondamentalement, la position de la cour d'appel dans cette affaire est discutable au regard de l'autorité positive de chose jugée. La juridiction du contrôle devrait suivre la décision prononcée par le juge saisi *a priori*.

La même réserve que celle exprimée concernant l'autorité de la décision du juge d'appui sur le juge saisi du contrôle ultérieur de la sentence pourrait être formulée : « [I]a *finalité, l'objet, la nature de l'intervention du président du tribunal en tant que juge d'appui sont profondément différents de ceux de la cour d'appel, juge de l'annulation* »¹. Mais, concernant spécifiquement la résolution du conflit de compétence entre justice publique et justice privée, ce qui est en jeu, ce n'est pas moins que le droit au juge, le risque de déni de justice pouvant résulter d'une éventuelle divergence de vue entre juges étatiques sur la question de compétence juridictionnelle générale, un conflit de procédures et potentiellement de jugements. Cet enjeu doit selon nous primer sur toute autre considération.

Conclusion

346. En définitive, le régime de la décision de mise en œuvre ou de refus de mise en œuvre de l'effet négatif, question que l'on pouvait croire de prime abord accessoire, cristallise certaines difficultés centrales que soulève l'effet négatif en tant que première étape d'une règle de conflit composite – le principe compétence-compétence dans son ensemble –.

Tout d'abord, alors qu'il serait souhaitable que les parties à l'arbitrage soient le plus rapidement possible renvoyées à l'arbitrage dès lors que l'apparence de compétence arbitrale est constatée, l'absence d'aménagement des voies de recours contre la décision par laquelle le juge d'État accepte ou refuse de mettre en œuvre l'effet négatif rend le mécanisme relativement inefficace. Le procès pré-arbitral sur l'apparence de compétence arbitrale, condition de mise en œuvre du principe compétence-compétence, peut s'éterniser, parfois sur des années, comme l'illustrent certaines affaires emblématiques. D'ailleurs, l'une des critiques centrales faites à l'adresse de l'effet négatif par la doctrine hostile porte sur son inefficacité. Toutefois, ce défaut pourrait aisément être gommé. Il suffirait en effet d'aménager les voies de recours. Dans le but de préserver l'efficacité de l'effet négatif du principe compétence-compétence tout en prenant en considération les exigences du droit au recours, nous suggérerons la proposition de réforme du Code de procédure civile suivante. Concernant le juge du fond, un nouvel alinéa pourrait être ajouté à l'article 1448 CPC, intercalé entre le second et le troisième, disposant que

« la juridiction de l'État statue sur l'exception d'arbitrage sans pouvoir statuer sur le fond du litige dans le même jugement par exception à l'article 76 CPC. La décision de la juridiction de l'État est insusceptible d'appel. Elle peut être frappée de pourvoi en cassation. Le délai de pourvoi en cassation est d'un mois à compter de la signification de la décision attaquée. La Cour de cassation se prononce dans un délai de six mois à compter de sa saisine ».

¹ P. CALLÉ, note sous CA Paris, 3 mars 2005, *Malquin c. société Afac*, *op. cit.*, pp. 454-455, n° 13. Dans le même sens, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 536-537, n° 909, retenant que « [I]l'objet et la nature de chaque intervention sont profondément différents ».

De la même façon, concernant le juge d'appui, l'alinéa 3 de l'article 1460 CPC pourrait être modifié de la manière suivante :

« Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée *de pourvoi en cassation lorsque le juge statue sur la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Le délai de pourvoi en cassation est d'un mois à compter de la signification de la décision attaquée. La Cour de cassation se prononce dans un délai de six mois à compter de sa saisine* ».

Ensuite, l'identification exacte de la matière litigieuse sur laquelle statue le juge mettant en œuvre l'effet négatif du principe compétence-compétence – la simple *apparence vraisemblable* d'un droit et non sa réalité – permet de préserver la règle de conflit d'ensemble mise en place par le principe compétence-compétence. Arbitres et juges du contrôle seront libres de juger de la compétence juridictionnelle générale, statuant quant à eux au contraire sur la *réalité* de la compétence juridictionnelle générale. Le principe compétence-compétence est bien un mécanisme pluraliste d'appréciation de la compétence.

347. Toutefois, la règle de conflit connaît une limite : si le juge saisi *a priori* retient la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Jugeant alors de l'apparence ostentatoire d'un droit, et donc de sa réalité, tribunaux arbitraux et juges étatiques du contrôle devront s'y conformer ; mieux, ils ne devraient pas même avoir à intervenir, le tribunal arbitral en principe non constitué. Dans ce cas, le principe funambule s'écroule au profit d'un monisme étatique dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale, réalisée par les seuls juges d'État. Cette limite est cependant nécessaire : comment pourrait-il en être autrement, alors que la mise en œuvre du principe compétence-compétence repose sur l'apparence de compétence arbitrale ? Lorsqu'il n'y a aucun doute possible sur l'incompétence arbitrale, il faut en effet admettre que seule la justice publique puisse juger de la compétence juridictionnelle générale en dépit de sa contestation.

348. Bon an mal an, l'effectivité de l'effet négatif s'impose, confirmant la validité empirique de la règle. L'important contentieux relatif aux exceptions d'inapplicabilité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, conduisant dans la grande majorité des hypothèses à l'absence de leur caractérisation, résulte simplement de l'existence d'une condition de mise en œuvre de l'effet négatif, encore mal identifiée, consistant simplement dans *l'apparence de compétence arbitrale*. Aussi les exceptions à l'effet négatif viennent-elles en réalité cantonner le champ d'application de la règle. Dans le même sens, l'absence pure et simple de mise en œuvre de l'effet négatif du principe compétence-compétence se fait, généralement, en faveur de l'arbitrage. Le juge public utilise alors ce procédé pour faire connaître aux litigants comme aux arbitres la position adoptée par le droit français sur le point de droit relatif à la compétence discuté, confortant la position des arbitres.

Les questions d'efficacité de la règle restent le terrain le plus propice aux critiques : l'objectif central de célérité du procès, arbitral ou étatique, est ici mis à mal par l'absence de voies de recours adaptées à l'encontre de la décision du juge étatique. Le pouvoir réglementaire devrait prendre en considération les critiques de la doctrine hostile à l'effet négatif, qui nous paraissent fondées sur ce seul point. Le fait de limiter les voies de recours contre la décision en amont du procès arbitral ne heurterait d'ailleurs aucunement les possibilités de contrôle de la réalité de la compétence juridictionnelle générale, reportée alors au stade post-arbitral. La solution devrait s'imposer. Elle est en effet en parfaite adéquation avec l'architecture actuelle du droit de l'arbitrage, qui tend à reporter et centraliser les critiques adressées à l'institution arbitrale contre la sentence, au stade post-arbitral.

349. Soumis au test de validité le plus complet, examiné sous toutes ses coutures au regard de la « *théorie tridimensionnelle de la validité* »¹, l'effet négatif de la compétence-compétence est loin d'être le « *démon* » initialement présenté.

Tout d'abord, la légalité de la règle est peu discutable. Erigée par la récente réforme au rang de règle d'ordre public interne, la règle a depuis ses débuts connu une rapide ascension. A peine théorisée, elle était quelques années plus tard élevée au rang de principe de droit français de l'arbitrage. Elle s'impose à toute juridiction française. Mieux, elle est opposée à tout jugement étranger en cas de non-respect pour faire obstacle à sa reconnaissance dans l'ordre juridique français. Si la refonte du Règlement Bruxelles I a un temps pu susciter notre inquiétude, la récente proposition émise par la Commission européenne préserve la règle de l'effet négatif. Cet obstacle écarté, l'effet négatif de la compétence-compétence apparaît conforme aux principales normes supérieures de l'ordonnement juridique français.

Ensuite, la légitimité de la règle semble également établie. L'effet négatif de la compétence-compétence s'appuie sur des soubassements théoriques et pratiques solides : l'économie procédurale, la théorie de l'apparence, ou encore le droit au juge naturel. Surtout, tant que l'ordre juridictionnel transnational ne sera pas mieux organisé, l'effet négatif de la compétence-compétence est la première étape d'un mécanisme qui apparaît comme le seul à même d'assurer une coopération active entre la justice publique et la justice privée dans l'appréciation de leur compétence.

Enfin, l'effectivité de la règle semble peu à peu s'imposer. Les juridictions publiques respectent de mieux en mieux la neutralisation du pouvoir de juger de leur compétence. L'ajout de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage à l'exception de nullité manifeste n'est pas un recul de la faveur pour l'arbitrage. Il s'agit simplement du garde fou nécessaire à la mise en œuvre de l'effet négatif de la compétence-compétence : l'existence de l'apparence vraisemblable de compétence arbitrale, non détruite par l'apparence ostentatoire contraire. Les principales violations de l'effet négatif de la compétence-compétence résultent des hypothèses où les juridictions d'État, en amont de la procédure arbitrale, édictent de nouvelles règles matérielles applicables à la convention d'arbitrage, très généralement de manière favorable à l'arbitrage. Aussi le non respect de l'effet négatif de la compétence-compétence ne conduit-il pas à méconnaître la compétence arbitrale sur le fond. Bien au contraire.

Loin de s'éroder, la règle est de mieux en mieux établie, de mieux en mieux affirmée. Si parfois, il n'y a pas neutralisation, c'est que l'apparence vraisemblable de compétence arbitrale fait défaut au profit de l'apparence ostentatoire, donc certaine, de compétence de la justice publique. L'effet négatif et avec, car il en constitue le premier rouage, le principe compétence-compétence dans son ensemble, sont alors écartés, au profit du monisme étatique dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale. Quoi qu'il en soit, ces hypothèses restent exceptionnelles au regard de la définition restrictive des exceptions de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 310.

Cette règle valable souffre d'un seul défaut, qui consiste dans son manque d'efficacité. Les procès pré-arbitraux sur la seule apparence de compétence arbitrale s'éternisent. Néanmoins, ce défaut pourrait facilement être gommé par la mise en place de voies de recours adaptées à l'encontre de la décision du juge étatique. Le fait de limiter les voies de recours contre la décision en amont du procès arbitral ne heurterait d'ailleurs aucunement les possibilités de contrôle de la réalité de la compétence juridictionnelle générale, reporté alors au stade post-arbitral.

L'effet négatif de la compétence-compétence, si son efficacité reste à améliorer, est une règle de droit valable, relativement bien assise en droit français. Il constitue le pré-requis au caractère pluraliste de la règle de conflit instaurée par le principe compétence-compétence. Ce premier rouage ouvre ainsi le dialogue avec la justice privée sur la frontière commune qu'elles partagent. Deuxième acte de cette scène qui se joue en trois temps, la parole est alors au tribunal arbitral.

DEUXIEME PARTIE.- L'EFFET POSITIF DE LA COMPETENCE- COMPETENCE DES TRIBUNAUX ARBITRAUX

(ARTICLE 1465 CPC)

350. Seconde étape, le temps de l'instance arbitrale, les tribunaux arbitraux détiennent le pouvoir de se prononcer sur la compétence juridictionnelle générale.

Cette règle est désignée en droit français par l'expression « *effet positif de la compétence-compétence* », siégeant à l'ancien article 1466 CPC, reprise en des termes sensiblement similaires par le nouvel article 1465 CPC¹. Il s'agit du sens originel du principe compétence-compétence, simple décalque au droit de l'arbitrage du principe processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Elle permet au tribunal arbitral de participer au tracé de la frontière entre compétence arbitrale et compétence de la justice d'État.

351. Afin d'établir le caractère pluraliste du mécanisme d'ensemble que constitue le principe compétence-compétence, encore faut-il vérifier que l'effet positif de la compétence-compétence permette au tribunal arbitral de véritablement juger de sa propre compétence. Bref, reconnaître que le tribunal arbitral est apte à produire *une norme juridique* – un jugement – sur la compétence juridictionnelle générale. L'effet positif confère-t-il au tribunal arbitral un véritable pouvoir de juger ? Ou, au contraire, l'effet positif n'est-il qu'une « *simple permission légale de ne pas surseoir à statuer* », le tribunal arbitral apte à émettre « *une simple opinion* »², « *simple constatation qui ne lierait – au plus – que lui* »³ ? En ce sens, l'une des études centrales menée sur la notion dénie au tribunal arbitral la possibilité de juger de sa compétence – dire le droit –. La qualification de droit utilisée implique que le tribunal arbitral ne détient « *ni un pouvoir, ni une compétence* »⁴. L'effet positif est ainsi conçu comme donnant au tribunal arbitral la possibilité d'émettre un avis non-contraignant sur sa propre compétence, qui n'engagerait que lui-même – à l'exclusion des parties à l'arbitrage et des autres juridictions – et qui ne l'empêcherait pas de poursuivre l'instance au fond, « *la vérification de cette compétence étant renvoyée à une éventuelle instance devant une juridiction étatique* »⁵.

Les enjeux pratiques sont déterminants. Si le tribunal arbitral ne peut véritablement juger de sa compétence, il ne serait pas tenu de dire le droit au terme d'un syllogisme juridique, ni nécessairement tenu aux respects de l'ensemble des principes fondamentaux du procès ; son

¹ Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 28, n° 35.

² P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*

³ *Ibid.*, spéc. p. 339, n° 10. En ce sens également, J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 935, n° 2541.

⁴ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 344, n° 13.

⁵ *Ibid.*

opinion émise sur la question ne le dessaisirait pas nécessairement du litige, pouvant ainsi changer d'avis à sa guise son opinion sur la question, ne pouvant être contrôlée par les juges étatiques lorsqu'il n'a pas jugé du fond de l'affaire ; son opinion sur la compétence n'aurait pas l'autorité de chose jugée, tout autre tribunal arbitral ou étatique demeurant libre de ne pas s'y conformer.

Les enjeux théoriques le sont tout autant pour notre hypothèse initiale de recherche. Si l'on se rallie à cette analyse, le principe compétence-compétence ne serait en aucun cas un mécanisme pluraliste, le tribunal arbitral n'étant pas capable d'émettre un jugement – une norme juridique – sur le tracé de la frontière entre justice publique et justice privée. Seule la justice publique serait à même de véritablement juger de la répartition des litiges entre la compétence arbitrale et la compétence des juges d'État. C'est au final, indirectement, réduire le tribunal arbitral à un ersatz de juridiction, n'ayant pas toutes les attributions de tout organe de jugement.

352. Le critère de la juridicité est l'une des problématiques centrales du pluralisme juridique, la première question posée : existe-t-il « *du droit en dehors de l'État* »¹ ? En effet, « *dès lors que l'on pense pouvoir constater l'existence d'une pluralité de foyers normatifs, encore faut-il être sûr, pour conclure au pluralisme juridique, qu'il ne s'agisse pas simplement de normes morales ou sociales* »². C'est d'ailleurs pourquoi les théoriciens du pluralisme juridique se sont interrogés et s'interrogent encore sur le critère de la *juridicité* – ce « *bien vilain mot* »³, permettant tout simplement d'identifier si on est en présence de droit – et sur les sources du droit⁴. Aussi, l'un des terrains idéal de contestation du pluralisme est de dénier toute juridicité aux normes ou foyers normatifs non étatiques identifiés. Il suffit de songer au débat entourant la *lex mercatoria*⁵.

On concèdera que, dans nos sociétés actuelles, complexifiées, il est parfois malaisé d'identifier le phénomène juridique⁶. D'ailleurs, la question s'est spécifiquement posée à propos de l'arbitrage. C'est sur le terrain même de la juridicité que justice publique et justice privée ont parfois pu être opposées⁷. Pour que l'on considère qu'il y ait pluralisme

¹ V° « Pluralisme juridique », par H. MOUTOUH, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 1159-1160.

² Cf. notamment sur ce point, D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *APD*, 2005, t. 49, p. 69, spéc. p. 71.

³ B. GOLDMAN, « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241, spéc. p. 242.

⁴ V° « Pluralisme juridique », par H. MOUTOUH, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1160.

⁵ B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *APD*, 1964, t. 9, p. 477 ; « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, 241 ; B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, op. cit., pp. 92 et s. ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préface E. LOQUIN, Paris, LGDJ, 1992.

⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 267.

⁷ D. COHEN, « Justice publique et justice privée », op. cit., p. 160 : « [c]omme on l'a bien montré, l'utilisation éventuelle de l'amiable composition dans l'arbitrage ne suffit pas à éloigner celui-ci de l'orbite du droit ; et l'arbitrage même international, loin de se réduire à un mécanisme ou un état d'esprit, s'inclut dans le champ des institutions juridiques, que l'on retienne une conception positiviste, sociologique ou jusnaturaliste de la juridicité » ; B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, op. cit., p. 120 : « [c]'est d'abord la juridicité intrinsèque de l'arbitrage commercial international qui a été mise en cause. On y a contesté l'appartenance de la notion au

juridictionnel, que la justice puisse être rendue en dehors des prétoires des juridictions d'État, l'arbitrage doit être perçu comme une véritable forme de justice. Consécutivement, pour que l'on puisse considérer qu'il y ait pluralisme dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale, encore faut-il que le tribunal arbitral puisse véritablement juger de la compétence juridictionnelle générale. Or, c'est ce qui est précisément débattu.

353. Les développements qui suivent sont donc consacrés à la question de savoir si le tribunal arbitral est apte à émettre une norme de droit sur la compétence juridictionnelle générale. Ce que décide le tribunal arbitral sur sa compétence, est-ce du droit ou du non-droit, une « *norme extrajuridique* »¹, du « *sous-droit, tel qu'il peut se produire dans la sous-culture de certains groupements particuliers* », un de ces « *phénomènes [...] infrajuridiques* »² ? L'effet positif de la compétence-compétence constitue-t-il une véritable règle de droit, investissant le tribunal arbitral d'un pouvoir juridictionnel inhérent lui permettant, au terme d'une procédure juridictionnelle, de prononcer une sentence sur sa compétence ? C'est à travers l'étude tout d'abord de ses fondements (titre 1) et ensuite de sa mise en œuvre (titre 2) que nous pourrions répondre à cette interrogation fondamentale.

Préalablement, il convient de définir spécifiquement l'*objet* de l'effet positif du principe compétence-compétence : déterminer ce sur quoi le tribunal arbitral peut statuer.

monde du droit en y voyant « plutôt qu'une institution juridique ... une institution de paix », une « technique non juridique », une procédure destinée non pas à appliquer le droit, mais à remédier à ses insuffisances [...] ».

¹ G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 17, n° 12

² J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, p. 26.

Paragraphe préliminaire.- L'objet de l'effet positif de la compétence-compétence

354. Il convient de délimiter le champ d'application *ratione materiae* de l'effet positif de la compétence-compétence, question épineuse, traitée « *en long, en large et en travers* » durant les cinquante dernières années : en vertu du principe compétence-compétence, de quoi peut connaître par priorité le tribunal arbitral ? L'effet positif de la compétence-compétence a vocation à s'appliquer à toute forme de contestation de la convention d'arbitrage, que cette contestation soit totale ou partielle¹. Ainsi, il est régulièrement rappelé que le tribunal arbitral peut juger de « *l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage* »². Indépendamment de la question de savoir si le tribunal arbitral peut en juger ou non par priorité, la formule est presque universellement acceptée³. En droit français, la solution a été spécifiquement énoncée concernant les contestations de la validité de la convention d'arbitrage au regard de l'inarbitrabilité du litige, et ce à diverses reprises, concernant différents champs litigieux d'arbitrabilité : droit de la faillite⁴, droit de la concurrence, ou encore, droit de la consommation⁵. Puisque « *l'objectif de toute règle d'arbitrabilité est de déterminer à quelle condition l'ordre juridique acceptera de reconnaître son incompetence suite au choix de l'instance arbitrale* »⁶, il est indispensable que le tribunal arbitral puisse en juger.

355. Il reste à définir ce que met en cause les contestations de l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage : la compétence arbitrale ou d'autres notions du procès ? La question se pose en France comme à l'étranger⁷.

356. La notion de compétence arbitrale peut aisément être distinguée de certaines notions.

De sa confrontation à la recevabilité de l'action, on rappellera, même si cela constitue une banalité dont le lecteur n'aurait pas douté, que la compétence arbitrale, comme toute autre forme de compétence, constitue *une question de procédure*, et non pas une question de recevabilité de la demande visant à déterminer si cette demande en justice mérite d'être

¹ N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, n^{os} 5.86 et s., pp. 342 et s.

² Cf. parmi de multiples ex., CA Paris, 28 oct. 1999, *Rev. arb.*, 2000.299 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005, *Société UNIC c. Société Mathieu*, *op. cit.* ; CA Paris, 25 oct. 2006, *Société Nuovo Pigone c. SAS Dalkia France et autres*, *Rev. arb.*, 2007.343.

³ Cf. par ex. : art. 16(1) de la loi type CNUDCI ; art. V(3) de la Convention de Genève ; art. 6(2) du règlement d'arbitrage CCI ; art. 5(3) du règlement d'arbitrage CEPANI ; art. 15(1) du règlement AAA ; art. 23(1) du règlement LCIA.

⁴ CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, *Rev. arb.*, 1993.645, note Ch. JARROSSON ; *JDI*, 1993.957, note L. Idot ; CA Paris, 20 sept. 1995, *Société Matra Hachette c. Société Reteitalia*, *Rev. arb.*, 1996.87 ; CA Paris, 10 sept. 1997, *Société Chambon c. société Thomson CSF*, *Rev. arb.*, 1999.121, obs. D. BUREAU.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, *R Renault c. V 2000*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Rado c. société Painvewebber*, *op. cit.*

⁶ N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 237.

⁷ Cf. notamment W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, p. 77, soulignant que : “[t]he labels applied to excess of authority may vary from country to country, with related terms (“jurisdiction”, “authority”, “powers” and “mission”) often used almost interchangeably [...]” ; H. SMIT, “The terms jurisdiction and competence in comparative law”, *AM. J. Comp. L.*, 1961, p. 164.

examinée au fond compte tenu de la réunion des conditions d'ouverture de l'action¹. Aussi, les tribunaux arbitraux doivent-ils respecter l'ordre logique des exceptions qui vaut pour tout procès² : d'abord statuer sur leur compétence, puis examiner la recevabilité de l'action au regard des éventuelles fins de non-recevoir. La plupart des tribunaux arbitraux admettent cette distinction et respectent cet ordre d'examen des moyens de défense³. D'ailleurs, on observe que la définition retenue par les tribunaux arbitraux de la recevabilité⁴ – de même que ses éléments constitutifs spécialement identifiés⁵ –, et les conséquences de l'absence de l'une des conditions de l'action – la demande est alors irrecevable, ce qui empêche le tribunal arbitral d'examiner au fond la demande en justice –, sont sensiblement identiques au droit judiciaire privé interne. La distinction peut paraître dénuée d'intérêt alors que le tribunal arbitral est aussi bien juge de sa compétence que de la recevabilité de la demande. Certains droits l'admettent sur le fondement du principe compétence-compétence⁶. Mais il paraît plus juste en théorie de rattacher la possibilité de connaître des fins de non-recevoir à l'adage selon lequel *Le juge de l'action est le juge de l'exception*. Cependant, la distinction entre compétence et recevabilité est particulièrement importante pour notre matière dans la mesure où seule la compétence arbitrale peut être contrôlée au stade post-arbitral devant les juridictions d'État lors de

¹ De man. gén., cf. J. Paulsson, « Jurisdiction and Admissibility », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution : Liber amicorum in Honour of Robert Briner*, CCI, 2005, p. 601 ; W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, pp. 73 et s.

² Sur la structure logique du procès, G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, préface de N. FRICERO et R. MARTIN, Bruxelles, Bruylant ; Paris, LGDJ, 2002, pp. 147 et s., et la conclusion p. 236 : « [...] pour que le juge puisse statuer sur une fin de non-recevoir, il doit être compétent et régulièrement saisi ».

³ Cf. par ex. sentence CCI rendue à Paris le 23 sept. 1982, *Dow chemical*, *Rev. arb.*, 1984.137. *Contra* : ordonnance CCI n° 7489 rendue en 1992, *JDI*, 1993.1078, obs. D. HASCHER ; Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 23 juill. 2001, *Salini Costruttori c. Maroc*, aff. n° ARB/00/4 ; (2004) 6 *ICSID Rep.* 400, *JDI*, 2002.196, obs. GAILLARD, spéc. p. 198.

⁴ Sentence CCI n° 7081 rendue en 1994, *JDI*, 2003.1131, obs. S. JARVIN : l'irrecevabilité sanctionne l'absence de l'une des conditions du droit d'action, c'est-à-dire « les conditions préalables exigées pour que le tribunal arbitral saisi puisse passer à l'examen du fond », conditions qui portent sur « les titres que peut faire valoir un demandeur pour agir (sa capacité, son intérêt et sa qualité d'agir) et sur les formes et formalités procédurales de saisine (délais et mode de saisine en particulier) ».

⁵ Ainsi, ont pu être identifiés par les tribunaux arbitraux comme conditions d'ouverture de l'action : l'allégation d'une prétention précise et définie (sentence CCI n°7081 rendue en 1994, *op. cit.*) ; l'existence d'un intérêt légitime, né et actuel (sentence CCI n° 7563 rendue en 1993, *JDI*, 1994.1054, obs. Y. DERAÏNS ; sentence CCI n° 9617 rendue en 1999, *JDI*, 2005.1291, obs. S. JARVIN), la qualité pour agir (Trib. arb. CIRDI, sentence d'incompétence, 10 janv. 2005, *Groupement LESI-Dipenta c. Algérie*, n° ARB/03/8, *JDI*, 2006.237, obs. E. GAILLARD, pp. 245 à 250), l'absence de prescription de l'action (sentence CCI n° 7154 rendue en 1993, *JDI*, 1994.1059, obs. Y. DERAÏNS) ou encore l'existence d'une clause prévoyant une procédure de médiation ou de conciliation préalable à l'arbitrage (E. JOLIVET, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : arbitrage CCI et procédure ADR », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2001, n° 321, p. 3 [cf. en particulier sentence CCI n° 4230 rendue en 1985, sentence CCI n° 6587 rendue en 1993] ; Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 23 juill. 2001, *Salini Costruttori c. Maroc*, aff. n° ARB/00/4 ; *JDI*, 2002.196, (2004) 6 *ICSID Rep.* 400 ; Trib. arb. CIRDI, sentence d'incompétence, 10 janv. 2005, *Groupement LESI-Dipenta c. Algérie*, n° ARB/03/8, *op. cit.* ; la solution est conforme au droit judiciaire français : Cass. com., 15 juin 2010, *Société civile Médi Six*, n° 09-16.323, exception opposée en cause d'appel, rapporté par J.-Ph. TRICOIT, « Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », *Rev. arb.*, 2011.207, p. 227, n° 44, confirmant Cass. Ch. Mixte, 14 fév. 2003, *op. cit.* Sur la question, J. BARBET et P. ROSHER, « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *Rev. arb.*, 2010.45, p. 49 ; J.-F. TRICOIT, « Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », *Rev. arb.*, 2010.153, p. 163.

⁶ Cf. art. 41(1) de la loi d'arbitrage péruvienne résultant du Décret législatif No. 1071 de 2008, prévoyant en vertu du principe compétence-compétence que le tribunal arbitral peut connaître de « *las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales* ».

l'exercice des voies de recours ouvertes contre la sentence, à l'exclusion des conditions de recevabilité de l'action¹, sous réserve d'une exception². Cette distinction connaît un regain d'intérêt face aux débats entourant l'étendue de l'autorité de la chose jugée et l'obligation – discutée³ – de concentrer la matière litigieuse. Un récent arrêt de la cour d'appel de Paris vient de rappeler cette distinction, le demandeur au recours en annulation ayant tenté en vain d'assimiler la violation de l'autorité de chose jugée par un tribunal arbitral à un excès de compétence arbitrale⁴.

De sa confrontation à l'objet du litige arbitral, il ressort que la compétence arbitrale consiste dans la seule *vocation arbitrale du litige*, c'est-à-dire dans le seul fait que la matière relève *virtuellement* de la justice arbitrale, indépendamment du fait qu'elle donne effectivement lieu à un litige, qu'elle soit concrètement soumise à un tribunal arbitral par les parties. Ainsi choisissons-nous, dans le sillage de M. Mayer⁵, d'écarter les définitions de la compétence arbitrale qui restreignent son domaine à l'*objet du litige* concrètement soumis à un tribunal arbitral⁶, la compétence arbitrale se voyant alors injustement restreinte à la *mission* du tribunal arbitral dans une instance arbitrale donnée. Cette définition procède d'une confusion entre la compétence et l'office du juge. C'est également en ce sens que se prononce Pierre Hébraud, selon lequel « *une compétence juridictionnelle est une virtualité qui ne se concrétise qu'en présence d'un litige* »⁷. Une juridiction peut être compétente vis-à-vis d'un

¹ J. PAULSSON, « Jurisdiction and Admissibility », *op. cit.*, spéc. p. 605 ; E. GAILLARD, obs. sous Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 23 juill. 2001, *Salini Costruttori c. Maroc*, aff. n° ARB/00/4, *op. cit.*, p. 215 ; W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, p. 74.

Refusant de contrôler la recevabilité de l'action, Cass. civ. 1^{ère}, 25 sept. 2008, *Abela* (le recours invoque la contrariété à l'ordre public processuel international d'une sentence jugeant prescrites des actions qui ne l'étaient pas), *D.*, 2008.1311, obs. Th. CLAY ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, *Eiffage c. Letierce*, *Rev. arb.*, 2007.98, note S. BOLLÉE ; CA Paris, 4 mars 2004, *Société Nihon Plast Co. c. Société Takata-Petri Aktiengesellschaft*, *Rev. arb.*, 2005.143, note F.-X. TRAIN ; CA Paris, 8 oct. 1998, *Rev. arb.*, 1999.350.

² Les juridictions d'État peuvent contrôler si le tribunal arbitral a respecté l'autorité de chose jugée d'une décision de justice préalable si le non-respect de cette décision crée une inconciliabilité, cette dernière étant considérée comme une atteinte à l'ordre public international : CA Paris, 11 mai 2006, *Groupe Antoine Tabet c. Congo*, *Rev. arb.*, 2007.101. Ex. de droits admettant spécifiquement le respect de l'autorité de la chose jugée d'une décision étatique : art. 1206(1-6) CPC polonais (M. HAUSER-MOREL, « L'arbitrage en Pologne après la réforme de 2005 », *Rev. arb.*, 2011.415) ; droit suisse (sur le fondement de l'art. 190(2)(e) au regard de la compatibilité de la sentence internationale avec l'ordre public procédural suisse, la sentence étant contraire à une décision cantonale passée en force de chose jugée, *cf.* par ex. TFS, 13 avril 2010, *Rev. arb.*, 2010.903, note P.-Y. TSCHANZ, I. FELLRATH).

³ E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2010.201 ; P. MAYER, « L'obligation de concentrer la matière litigieuse s'impose-t-elle dans l'arbitrage international ? », *Cah. Arb.*, 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 413.

⁴ CA Paris, 9 sept. 2010, *Marriott c. JNAH Développement*, *Cah. Arb.*, 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 413, note P. MAYER : « *l'autorité de chose jugée d'une sentence rendue entre les mêmes parties en vertu de la même clause compromissoire, dans une instance distincte devant un tribunal différemment composé, est une question de recevabilité des demandes présentées devant les arbitres saisis en second, et non une question d'existence de la convention d'arbitrage ; qu'il n'appartient pas au juge du recours, dans le cadre de l'article 1504 1° du Code de procédure civile de réviser les appréciations de fait et de droit au terme desquelles les arbitres ont déclaré recevables les prétentions qui leur étaient soumises* ».

⁴ H. MOTULSKY, *Ecrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 6, n° 3.

⁵ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, pp. 331-332, n°4 : la compétence arbitrale est un « *concept spécifique qui englobe la virtualité que tel arbitre connaisse d'une demande envisagée, mais non encore formée* ».

⁶ En faveur d'une telle définition, J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*

⁷ P. HÉBRAUD, « La juridiction arbitrale et la notion de compétence », *RTD civ.*, 1962.160, p. 161.

litige, sans pour autant en être saisie. Il en est de même pour l'arbitrage. La compétence arbitrale existe en suspens, indépendamment de l'existence de l'organe juridictionnel, dont la constitution ne se réalise que lorsqu'un litige survient entre les parties. Les relations entre compétence et objet du litige sont certes délicates, puisqu'en effet « *même si l'applicabilité des principes directeurs du procès ne peut être contestées, l'instance arbitrale reste structurellement marquée par la dimension contractuelle de l'institution* »¹. Bien que ces notions se superposent en présence d'un compromis², elles peuvent être parfaitement dissociées en présence d'une clause compromissoire.

357. D'autres notions voisines de celle de la compétence soulèvent des difficultés plus importantes. Le principe compétence-compétence offre-t-il la possibilité au tribunal arbitral de statuer sur sa *compétence*, son *investiture* ou son *pouvoir juridictionnel* ? Force est d'avouer qu'il est malaisé de borner leurs frontières. Si sa seule dénomination fait pencher pour la notion de compétence, le nouvel article 1465 CPC préfère celle de pouvoir juridictionnel. La lecture de l'ancien article 1466 NCPC rend compte de cette synonymie acquise par ces trois notions, utilisées indistinctement afin de désigner les contestations de la convention d'arbitrage : « [s]i, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe, ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture ». Considéré comme le siège de l'effet positif du principe de compétence-*compétence*, cet article ne se réfère pas une seule fois au terme de compétence. Aussi une partie de la doctrine tient-elle ces notions pour équivalentes³. Allant plus loin, la pertinence même de l'utilisation de la notion de compétence dans le champ de l'arbitrage est contestée par une partie de la doctrine, ou encore écartée des textes. Plus radicalement encore, la compétence n'est pas même prévue comme entrée dans le seul dictionnaire consacré à la matière, au profit des seuls investiture et pouvoir juridictionnel⁴. Dans le domaine de l'arbitrage, compétence, pouvoir juridictionnel et investiture sont à tel point enchevêtrés qu'il paraît impossible de les démêler, prenant tous trois leur source dans la convention d'arbitrage. Pourtant, M. Clay a relevé ce défi, mettant en évidence le nœud complexe de contrats à l'origine d'un arbitrage. Cette avancée majeure de la recherche en droit de l'arbitrage a permis de remettre chacun de ces concepts à sa place par la dissociation théorique de l'investiture de l'arbitre et de la compétence arbitrale.

Si ces notions sont conceptuellement distinctes (A), et qu'il n'est pas absurde de considérer que le principe compétence-compétence permet bel et bien au tribunal arbitral de juger de sa *compétence*, compétence, investiture et pouvoir juridictionnel sont pourtant en pratique toujours assimilés (B).

¹ L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, préface Jacques MESTRE, PUAM, Aix-en-Provence, 2004, p. 294, n° 313. Cf. de man. gén. sur les rapports entre compétence arbitrale et objet du litige, E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Étendue », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1032, 2008.

² Sous réserve d'une demande nouvelle se présentant comme l'accessoire de la principale, cf. E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Étendue », *op. cit.*

³ Cf. par ex. J. ROBERT et B. MOREAU, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé, op. cit.*, p. 104, n° 126 : « [1] l'objet de l'article 1466 est alors de donner à l'arbitre qualité pour constater l'existence de cette investiture, d'où découlera pour lui l'attribution du pouvoir juridictionnel, et par là-même la compétence ».

⁴ O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage, op. cit.*

A.- Des notions conceptuellement distinctes

358. **Premier sens des notions et leur confusion.** Ce sont à l'origine deux arrêts de la Cour de cassation qui ont fixé les définitions des notions de compétence et d'investiture dans le domaine de l'arbitrage¹. L'investiture et la compétence auraient pour point commun de prendre toutes deux leur source dans la convention d'arbitrage. Cependant, elles se dissocieraient en ce que la compétence arbitrale « *correspond à l'examen de l'étendue de la convention d'arbitrage* », tandis que l'investiture « *correspond à l'examen de la validité de la convention d'arbitrage* »². Fortes de cette analyse, doctrine et jurisprudence interdirent au tribunal arbitral de statuer sur son investiture, c'est-à-dire sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, le principe de compétence-compétence permettant seulement au tribunal arbitral de statuer sur sa compétence, autrement dit sur l'étendue de la convention d'arbitrage. Seuls les juges d'État pouvaient juger de l'investiture de l'arbitre³.

Consciente des limites importantes apportées au pouvoir des arbitres et du risque de manœuvres dilatoires des parties cherchant à échapper ou à retarder une procédure arbitrale, une partie de la doctrine, guidée par Motulsky, a mené une véritable « *bataille* »⁴ pour que ces notions soient tenues pour équivalentes, dans le but que le tribunal arbitral puisse connaître de toutes formes de contestation de la convention d'arbitrage⁵. La thèse défendue par ce courant doctrinal, si elle a été rejetée par la Cour de cassation⁶ et par certaines juridictions du fond⁷, a convaincu la cour d'appel de Paris⁸. Ainsi, notamment, le célèbre arrêt *Buck*⁹ retient que la distinction entre compétence et investiture dans le domaine de l'arbitrage serait une « *discrimination rationnellement injustifiable* ». L'ancien article 1466 CPC incarne la consécration réglementaire de cette analyse doctrinale.

359. Plus exactement, nous sommes en présence d'une double assimilation. La première est celle qui a consisté, sciemment, à fondre la notion de compétence dans celle d'investiture. La seconde est plus diffuse, presque inconsciente. Il s'agit de l'utilisation indifférenciée des notions d'investiture et de pouvoir juridictionnel, par les textes¹⁰ comme

¹ Cass. civ., 2 déc. 1839, S., 1840.1.237 ; 2 août 1842, S., 1842.1.824, arrêts cités H. MOTULSKY, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, op. cit., p. 163, note n° 14.

² Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., p. 115, n° 121.

³ Cf. notamment E. BARTIN, *Principes de droit international selon la loi et la jurisprudence*, op. cit., p. 406, n° 164 ; E. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., 1936, t. 5, n° 1816.

⁴ Ph. FOUCHARD, « Henry MOTULSKY et l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1992.523, spéc. n° 22.

⁵ Sur les nuances des différents courants doctrinaux, cf. Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., pp. 115 à 122.

⁶ Cf. notamment Cass. com., 6 oct. 1953, *Courtieu, D.*, 1954, jurispr., p. 25 et le commentaire d'H. MOTULSKY, « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation de l'existence ou de la validité d'une clause compromissoire », in *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, op. cit., p. 189.

⁷ CA Lyon, 30 avril 1951, *G. P.*, 1951.262.

⁸ Parmi de multiples références, cf. CA Paris, 12 mai 1959, *Rev. arb.*, 1959.49 ; CA Paris, 21 mars 1963, *Rev. arb.*, 1963.130. Sur les divergences jurisprudentielles, cf. J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, op. cit., pp. 221-225.

⁹ CA Paris, 22 janv. 1957, *Buck*, op. cit. : aux termes de long développements, la cour d'appel conclut qu' « *est ainsi rendue inopérante la discrimination rationnellement injustifiable entre, d'une part, la compétence proprement dite et l'investiture d'autre part, - notions qui se confondent [...]* ».

¹⁰ Cf. l'ancien article 1466 CPC : « *si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture* ».

par la jurisprudence¹. La plupart des écrits actuels sur la compétence arbitrale opèrent cet amalgame et passent indifféremment du terme d'investiture de l'arbitre à celui de pouvoir juridictionnel. Ces deux termes sont censés désigner le même objet : l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. C'est cette double assimilation qu'il convient de démêler. La compétence arbitrale peut être conceptuellement dissociée d'une part, de l'investiture (1) et d'autre part, du pouvoir juridictionnel (2).

1).- La distinction entre compétence et investiture

360. L'analyse précédemment présentée, déniait toute distinction possible entre compétence et investiture dans le champ de l'arbitrage, prévaudra jusqu'au début des années 2000. Un auteur, estimant qu'il était temps « *de rouvrir ce débat* »², mènera alors « *une réflexion actualisée* »³ admettant la distinction entre investiture et compétence dans le champ de l'arbitrage, sans que pour autant soit remise en cause la possibilité pour le tribunal arbitral de connaître de toutes formes de contestation de la convention d'arbitrage.

361. C'est en partant simplement du sens générique des notions de compétence et d'investiture⁴ que l'auteur a découvert que l'erreur était le postulat de départ de ces démonstrations, selon lequel l'étendue de la convention d'arbitrage serait seule une question de compétence, et l'existence et la validité de la convention d'arbitrage une question d'investiture. Quel est en effet le lien entre la définition classique de l'investiture – « *action de conférer à quelqu'un une fonction ou un titre par élection ou nomination ; et par extension, celle de conférer une mission ou une charge par convention* »⁵ – et les questions portant sur la validité de la convention d'arbitrage ? Il n'y en a aucun. La validité de la convention d'arbitrage ne concerne en rien l'investiture de l'arbitre. L'investiture dans le domaine arbitral, comme dans les autres domaines du droit, « *se définit comme l'attribution de la compétence arbitrale à une personne précise* »⁶. Il s'agit d'élever au rang de juge un individu quelconque. « *L'investiture est rivée à l'arbitre, alors que la compétence l'est au litige. La répartition des litiges au sein des juridictions – intra-judiciaire ou entre juridictions judiciaire et arbitrale – relève de la nature du litige, et c'est alors une question de seule compétence. A l'inverse, savoir si telle personne est dotée d'un pouvoir juridictionnel pour mettre fin au litige considéré, relève de la personne elle-même, c'est-à-dire de son investiture* »⁷. Du côté de la justice publique, l'État français investit l'un de ses nationaux de la fonction de juge, par décret, après que l'individu en cause ait été sélectionné dans le cadre des différents recrutements proposés. Du côté de la justice privée, l'investiture de l'arbitre se définit comme « *la vérification qu'une personne peut être l'arbitre* »⁸. Constitue une question

¹ CA Paris, 28 oct. 1999, SA *Fretal c. SA ITM Entreprises*, Rev. arb., 2000, p. 299, note Ph. GRANDJEAN, spéc. p. 302 : « *le tribunal arbitral dès lors qu'il est saisi a seul compétence de statuer, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation, sur la validité et les limites de son investiture, quels que soient les motifs de contestation dont celles-ci fait l'objet et même si, comme en l'espèce, elle porte sur la validité ou sur l'existence même de la clause compromissoire et donc sur le principe de son pouvoir juridictionnel* ».

² Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., p. 111, n° 118.

³ *Ibid.*, p. 112, n° 118.

⁴ *Ibid.*, p. 115, n° 121.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 140, n° 166

⁷ *Ibid.*, p. 140, n° 166.

⁸ *Ibid.*, p. 141, n° 168

d'investiture, le fait de vérifier si cette personne-ci, cet individu lambda, a qualité pour être arbitre. A-t-il été régulièrement désigné ? Est-il indépendant et impartial¹ ? Présente-t-il les exigences spécifiques qu'ont requis les parties (par exemple, avoir certaines aptitudes linguistiques dans une langue donnée², certaines compétences professionnelles³, ou encore appartenir à une certaine confession religieuse⁴) ? Est-il une personne physique, jouissant d'une pleine capacité civile⁵ ? Les définitions suivantes de la compétence et de l'investiture dans le domaine de l'arbitrage peuvent être retenues : « [l]a compétence est la vocation d'un litige déterminé à être arbitré, l'investiture est la vérification qu'une personne peut être l'arbitre »⁶. Aussi peut-on retenir que le principe compétence-compétence permet au tribunal arbitral de juger de sa seule compétence, peu importe le terrain de contestation de la convention d'arbitrage : étendue, validité ou existence. Seule la compétence arbitrale est en jeu, à l'exclusion de l'investiture.

De plus, en révélant au grand jour le concept de contrat d'arbitre, concept « *en dormance* » en droit français, bien connu du droit romain⁷, l'auteur permet de franchir la dernière critique qui était adressée à l'intérêt de la distinction entre compétence et investiture, selon laquelle elle procéderait d'une même source – la convention d'arbitrage – et qu'il n'y aurait ainsi aucun intérêt pratique à leur distinction⁸. « *La distinction entre investiture et compétence devient « rationnellement justifiable »* »⁹. L'investiture de l'arbitre et la compétence arbitrale sont ainsi dissociées aisément grâce à la mise en évidence d'un côté du contrat d'arbitre – « *convention par laquelle l'arbitre s'engage vis-à-vis des parties conjointes à accomplir sa mission juridictionnelle* »¹⁰, et de l'autre de la convention d'arbitrage. « *[A] chaque concept son contrat !* »¹¹. La convention d'arbitrage délimite la compétence arbitrale, le contrat d'arbitre l'investiture de l'arbitre.

Si, sans conteste, la notion de droit commun d'investiture est transposable au droit de l'arbitrage, elle présente deux spécificités par rapport à l'investiture du juge public. Tout d'abord, l'investiture de l'arbitre est temporaire, elle est limitée dans le temps à la durée de

¹ Cf. pour un ex. de contestation originale de l'impartialité de l'arbitre au regard de son affiliation religieuse, au motif que ce dernier était de confession juive et membre d'une association ayant pour but de prévenir la survenance d'un nouvel Holocauste, alors que l'une des parties au litige avait des ascendants ayant faits partie de l'armée allemande et SS : Cour d'appel de Californie, 28 juin 2011, *Rebman c. Rhode*, disponible sur le site (<http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/documents/G043665.PDF>).

² TGI Paris (réf.), 21 sept. 1989, *Rev. arb.*, 1990.176 (2^e esp.), note Ph. Kahn.

³ Requêteur que l'arbitre désigné soit un conseil juridique, expert-comptable ou commissaire aux comptes, TGI Metz (réf.), *Rev. arb.*, 1996.524, obs. Ph. FOUCHARD. Sur la question, cf. Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p. 146, n° 176.

⁴ Cour suprême UK, 27 juillet 2011, [2011] UKSC 40, cassant l'arrêt de la CA Angleterre, 22 juin 2010, *Jivraj c. Hashwani, op. cit.*, qui avait retenu la nullité d'une convention d'arbitrage subordonnant la désignation d'un arbitre à son appartenance à une confession religieuse, disponible sur le site : http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2010_0170_ps.pdf

⁵ Art. 1450 al. 1 CPC : « [l]a mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits ». Sur ces exigences, cf. Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p. 380, n° 453.

⁶ Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p. 141, n° 168

⁷ Sur le *receptium arbitrii*, cf. C. JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier, op. cit.*, pp. 73-74.

⁸ Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, pp. 136 et s.

⁹ *Ibid.*, p. 137, n° 161.

¹⁰ *Ibid.*, p. 138, n° 16

¹¹ *Ibid.*, p. 141, n° 166.

l'instance arbitrale¹, contrairement à l'investiture du juge public, permanente, ce dernier détenant sa qualité de juge au-delà de la seule instance juridictionnelle ici engagée². Ensuite, l'investiture de l'arbitre prend sa source dans la commune volonté des parties, par le contrat d'arbitre, contrairement à l'investiture du juge étatique qui prend sa source dans la désignation de l'État.

362. En faveur de la dissociation des notions de compétence et d'investiture dans le domaine arbitral, nous apporterons simplement un argument supplémentaire. La dissociation entre la compétence arbitrale et l'investiture de l'arbitre peut être encore renforcée en rattachant chacune des notions à son titulaire, spécialement en présence d'un organe de jugement collégial. Comme nous l'avons préalablement précisé, l'investiture consiste à se demander qui est juge, et la compétence à déterminer si l'organe juridictionnel, la juridiction, peut exercer, relativement à ce litige déterminé, son pouvoir de juger. Ainsi, en droit commun, l'investiture se rattache au juge, et le pouvoir juridictionnel et la compétence à la juridiction, l'organe juridictionnel. Le raisonnement est parfaitement transposable au droit de l'arbitrage : l'investiture se rattache au seul arbitre, contrairement au pouvoir juridictionnel et à la compétence, qui se rattachent au tribunal arbitral pris dans son ensemble. On peut en effet rationnellement distinguer le tribunal arbitral – l'organe juridictionnel, la juridiction – du ou des membres qui la composent – les arbitres.

2).- La distinction entre compétence et pouvoir de juger

a)- Eléments de la distinction

363. De manière générale, pouvoir juridictionnel et compétence sont assez aisément dissociés. Le pouvoir juridictionnel est aujourd'hui classiquement défini comme « *l'aptitude d'une juridiction, considérée en elle-même, à trancher un litige par application des règles de droit ; elle n'implique aucune comparaison entre l'aptitude respective de deux ou plusieurs juridictions* »³. Le pouvoir juridictionnel constitue ainsi une notion « *primitive* »⁴, « *institutionnelle* »⁵, renvoyant simplement au pouvoir de dire le droit, une notion indépendante d'une quelconque idée de répartition ou de concurrence et qui permet de répondre à la question suivante : « *qui est juge* »⁶ ? « *Le pouvoir juridictionnel est celui qui a été conféré au juge – en général, et non à un juge particulier – de trancher les litiges en appliquant la règle de droit* »⁷.

Au contraire, la compétence se caractérise par l'idée de concurrence et de distribution du litige entre organes juridictionnels. La compétence est « *essentiellement une notion fonctionnelle, qui permet, lorsque plusieurs organes sont investis d'un pouvoir identique, de*

¹ Une exception, l'investiture allant au-delà de l'instance arbitrale : le pouvoir de rectification et d'interprétation de la sentence.

² En ce sens, J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 797, n° 1028.

³ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 71, n° 106.

⁴ Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse, Paris I, 1981, p. 9, n° 10.

⁵ *Ibid.*, p. 30, n° 31.

⁶ *Ibid.*

⁷ V° « Compétence », par Ph. THÉRY, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

désigner celui qui va l'exercer concrètement »¹. C'est le point d'exercice concret du pouvoir de juger par un organe juridictionnel donné relativement à un litige déterminé. La compétence constitue « le pouvoir que possède une juridiction de connaître d'un litige », et plus exactement « d'un litige déterminé »². « Qu'un litige survienne, le juge est institué pour trancher en appliquant la règle de droit. Il faut un juge ; mais quel juge ? Le plus souvent en effet, le juge n'est pas unique. Il faut choisir. C'est, traditionnellement, à ce processus d'intervention du juge que l'on relie la notion de compétence »³. L'auteur met ainsi en exergue la fonction clef de la notion de compétence : celle de la répartition. Afin d'opérer cette répartition de l'exercice du pouvoir juridictionnel entre les différentes juridictions, différents critères peuvent être mobilisés : la matière litigieuse, les personnes en cause, le montant du litige, la volonté des parties, la localisation géographique des parties ou de certains éléments du litige, etc. La compétence permet donc de désigner l'organe juridictionnel qui pourra *exercer concrètement son pouvoir juridictionnel relativement à un litige déterminé*. Aujourd'hui, la doctrine retient unanimement ce critère clef⁴ et soulignons-le, d'une grande fiabilité.

Autrement dit, pour le pouvoir de juger, on s'interrogera sur le fait de savoir si l'organe en cause constitue bien une juridiction – un organe juridictionnel –⁵, sur les « modalités du pouvoir juridictionnel »⁶, c'est-à-dire sur la façon dont la juridiction exerce ce pouvoir (en droit ou en équité, contentieux ou gracieux, définitif ou provisoire⁷) ou encore sur les limites qui bornent l'étendue du pouvoir juridictionnel⁸. Tandis que pour la compétence, on se demandera qui, de ces différents organes juridictionnels, peut juger de ce litige déterminé. Le premier est une question d'existence, le second est une question d'exercice concret⁹. Les incidents de compétence sont des « conflits d'activités »¹⁰.

364. En dépit de ces critères de distinction relativement bien établis, une confusion subsiste cependant entre compétence et pouvoir de juger dans le domaine de l'arbitrage. Le nouvel article 1465 CPC en rend compte, la notion de compétence arbitrale ayant été

¹ V° « Compétence », par Ph. THÉRY, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

² Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, op. cit., pp. 8-9, n° 10.

³ *Ibid.*, p. 2, n° 2.

⁴ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 297, n° 248 et p. 212, n° 182 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 71, n° 106 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, PUF, 1996, p. 160 et 174 ; M. Douchy-Oudot, « Compétence », *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile*, n° 1.

⁵ Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, op. cit., p. 16 et s. Ainsi, l'auteur s'appuie sur des exemples issus de périodes politiques troubles, dans lesquelles certains groupements usurpent le pouvoir de juger.

⁶ Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, op. cit., p. 25, n° 26.

⁷ V° « Pouvoir juridictionnel », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit.

⁸ On pense notamment à la limite tirée du critère de la justiciabilité : une juridiction ne peut connaître des litiges non juridiques, non justiciables. Par ex., en droit du sport, les litiges concernant les règles du jeu ne peuvent être soumis au juge. Notons cependant qu'au regard des enjeux financiers majeurs en matière sportive, les litiges relatifs à l'application des règles du jeu tendent à devenir justiciables sous certaines conditions.

⁹ V° « Compétence », par Ph. THÉRY, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. : « la compétence est la qualité de l'organe que les règles juridiques désignent pour exercer concrètement ses prérogatives ».

¹⁰ CHIOVENDA, cité par Ph. THÉRY, « Compétence », op. cit., p. 248.

purement et simplement absorbée au profit du seul pouvoir juridictionnel. Deux éléments étayent cette analyse.

365. Premièrement, la jurisprudence elle-même a pu retenir que la convention d'arbitrage retire le pouvoir juridictionnel aux tribunaux étatiques pour l'attribuer au tribunal arbitral.

Cependant, cette analyse est discutable. Elle a surtout été instrumentalisée afin de permettre l'élaboration d'un régime dérogatoire de l'exception d'arbitrage, plus favorable que celui des autres exceptions d'incompétence : permettre la recevabilité immédiate du pourvoi en cassation à l'encontre de la décision de la juridiction étatique statuant sur la seule exception d'arbitrage ne mettant pas fin à l'instance¹, empêcher l'indivisibilité de faire échec à une convention d'arbitrage². Pour le reste, l'exception d'arbitrage suit le régime des autres exceptions d'incompétence, soulevées au profit des juridictions internes ou étrangères.

366. Deuxièmement, une partie de la doctrine estime que la notion de compétence n'est pas transposable au domaine de l'arbitrage³. On pourrait minorer le poids de cet argument. Mais cette partie de la doctrine compte à son actif d'éminents processualistes⁴, dont M. Théry, auteur plus qu'averti sur la subtilité de distinction de ces notions. Or, ce dernier est catégorique, retenant ainsi que, dans le domaine de l'arbitrage, « *la notion de compétence est hors de propos* »⁵. L'auteur, qui avait développé cette idée dans sa thèse il y a trente ans, l'a récemment reprise⁶. Examinons le raisonnement suivi. Selon lui, « *aucun incident de compétence n'est susceptible de surgir devant la juridiction arbitrale. La contestation porte toujours sur son investiture ; elle a nécessairement un tour unilatéral : on dénie à l'arbitre cette qualité ; on ne réclame pas un autre juge, ce qui est le cas lorsque l'incident est soulevé devant une juridiction étatique* »⁷. Ainsi, lorsqu'un plaideur conteste la convention d'arbitrage, il ne revendiquerait pas un autre juge, mais contesterait nécessairement la qualité d'arbitre (son investiture), ou la qualité de juridiction du tribunal arbitral (le pouvoir juridictionnel), cela étant difficile à préciser car l'auteur emploie indifféremment les termes de pouvoir et d'investiture. Poursuivant son analyse, et c'est là le cœur de son raisonnement, l'auteur retient que la compétence n'aurait aucune pertinence dans le domaine de l'arbitrage

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1990, *op. cit.* : « *l'exception de procédure fondée sur l'existence d'une clause compromissoire insérée dans un contrat mettant en cause les intérêts du commerce international ne concerne pas la répartition de la compétence entre tribunaux étatiques de différents pays mais tend à retirer à ces tribunaux le pouvoir de juger les différends relatifs à ce contrat* ».

² Cf. notamment Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books c. Editions du Seuil*, *op. cit.*

³ D. FOUSSARD, « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », *op. cit.*, pp. 594 et s. ; P. CALLÉ, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, *Sté TECA et MIDI c. sté Baudin Chateauneuf et SEETA*, *Bull. civ.*, 2010.I.96 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Bull. civ.*, 2006.I.31, *Rev. arb.*, 2010.495, pp. 500-501, n° 6.

⁴ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 293-294, n° 335, considérant que la clause compromissoire implique « *le défaut de pouvoir juridictionnel du juge étatique* » ; « *le pouvoir juridictionnel de l'arbitre et celui du juge étatique ne procèdent pas de la même origine : il n'y a pas, entre eux, un partage de compétence, mais une répartition du pouvoir juridictionnel, comme c'est le cas entre des juridictions de deux États souverains* » ; *ibid.*, p. 1489, n° 2273.

⁵ Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, *op. cit.*, p. 20, n° 19.

⁶ Ph. THÉRY, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 22 nov. 2001, *Bull. civ.*, 2001.II.168 ; *Rev. arb.*, 2002, p. 371.

⁷ Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, *op. cit.*, p. 21, n° 20.

car « *l'arbitre est, précisément, un juge qui n'appartient à aucune organisation judiciaire* »¹. Consécutivement, aucune question de compétence ne pourrait se poser car « *la compétence n'a de raison d'être que s'il existe une organisation judiciaire : que l'on institue une juridiction unique et la compétence s'évanouit* »². Les spécialistes de la notion considèrent en effet que la notion de compétence ne se poserait qu'au sein d'un ordre juridique homogène ou unique.

367. C'est cet argument central qu'il convient d'examiner. Il est à première vue possible qu'il ne puisse pas se poser de question de compétence au sein de l' « *organisation arbitrale* »³. Mais qu'est-ce que revendique un plaideur lorsque l'incident est soulevé devant la juridiction étatique ? Il ne conteste pas la compétence de cette juridiction par rapport à l'organisation judiciaire de celle-ci, en revendiquant la compétence d'une autre juridiction de l'ordre judiciaire. Il conteste la compétence de toute juridiction étatique et revendique la compétence d'un tribunal arbitral. Ce raisonnement visant à nier l'existence de la compétence arbitrale nous semble devoir être relativisé car l'auteur raisonne au sein même de l'organisation judiciaire concernant les tribunaux étatiques, et entres ordres juridiques – entre l'ordre étatique et arbitral – concernant le tribunal arbitral. Pourtant, il n'y a pas de dissymétrie entre le tribunal arbitral et le tribunal étatique. L'alternative est la même : justice publique ou justice privée. Dans les deux hypothèses, que l'exception d'incompétence soit présentée devant le tribunal arbitral ou devant le tribunal étatique, ce que revendique le plaideur, c'est bien une autre juridiction, et même un autre ordre de juridictions.

Une conception plus souple de la notion de compétence juridictionnelle peut être admise, ne requérant pas qu'il existe une organisation, un ordre, au sein duquel elle puisse prospérer. Des questions de compétence peuvent en effet se poser entre ordres juridiques, entre organisations. On pourra prétendre que la Cour de cassation ne peut pas connaître de contestation de compétence, elle est une et unique sur le territoire français, dans l'ordre judiciaire. Cependant, elle peut entrer en conflit avec un autre organe unique sur le territoire français, mais qui relève de l'autre ordre de juridictions, l'ordre juridictionnel administratif : le Conseil d'État. C'est ainsi que des conflits de compétence peuvent surgir entre ces deux ordres, et qu'a été créé un organe spécialisé dans la résolution des conflits de ces deux ordres juridictionnels : le Tribunal des conflits⁴. En imaginant même l'hypothèse, quasi improbable, qu'un État n'institue qu'une juridiction unique, il pourrait encore se poser des problèmes de compétence, non pas au sein de cet État, mais entre cette juridiction et les juridictions d'autres États. Se poserait ainsi un problème de compétence juridictionnelle entre ordres étatiques, conflit de compétence internationale que tend à résoudre le droit international privé. Ainsi, l'affirmation selon laquelle « *la compétence n'a de raison d'être que s'il existe une organisation judiciaire : que l'on institue une juridiction unique et la compétence* »

¹ *Ibid.*, p. 22, n° 21.

² *Ibid.*, n° 12.

³ Nous verrons que cette affirmation est également à nuancer compte tenu de la mise en évidence de la notion de « *compétence arbitrale spéciale* ». Cf. *infra*, n°s 368 et 369.

⁴ Cf. également sur ce point Ph. THÉRY, « Compétence », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 249 : « [l]a création en 1872 d'une véritable juridiction administrative a fait apparaître, en droit du moins, la question de la répartition des litiges entre les deux ordres de juridictions. Il est révélateur que l'octroi au Conseil d'État d'un pouvoir juridictionnel dont il était dépourvu se soit accompagné de la création du Tribunal des conflits qui a pour seule raison d'être de trancher les conflits de compétence ».

s'évanouit »¹, nous paraît en partie vraie, mais seulement en partie, en ce qu'elle occulte la réalité juridictionnelle complexe dans laquelle s'insère cette organisation judiciaire.

b).- Consistance de la compétence arbitrale

368. **La pertinence de la notion de compétence pour la justice arbitrale.** La notion de compétence n'est pas inappropriée dans le domaine arbitral si, et seulement si l'on accepte que des questions de compétence puissent exister entre ordres juridiques, entre organisations, si l'on accepte le pluralisme juridictionnel en voyant la justice publique et la justice privée comme une alternative. A l'instar de M. Mayer, nous pensons qu'il est « conforme à un usage correct du vocabulaire juridique de parler de la compétence d'un arbitre » dès lors que l'on retient « l'idée maîtresse, qui est celle de répartition ». « [S]e demander si un arbitre est compétent, c'est en fait se demander si c'est à la justice arbitrale ou à la justice étatique qu'un litige déterminé est dévolu »². La question de la répartition de l'activité juridictionnelle, clef de la notion de compétence, se pose incontestablement au tribunal arbitral de deux façons distinctes.

Tout d'abord, c'est le versant classique de la notion de compétence arbitrale, le tribunal arbitral doit se demander s'il peut juger d'un litige relativement à la justice publique. Qui peut juger de ce litige : moi, juridiction privée, ou la justice publique ? Dans la plupart des hypothèses de contestation de la compétence arbitrale, c'est cette forme de répartition dans l'exercice du pouvoir de juger qui est en cause. Ainsi, par exemple, le défendeur à la procédure étatique revendiquera la compétence arbitrale en invoquant la convention d'arbitrage, s'opposant ainsi à la compétence étatique. Ou, au contraire, le défendeur à la procédure arbitrale opposera la compétence étatique arguant de l'inexistence, de l'absence de validité ou du dépassement des limites de la portée de la convention d'arbitrage, s'opposant alors à la compétence arbitrale. La compétence arbitrale peut donc être définie comme *l'aptitude d'un tribunal arbitral à exercer concrètement son pouvoir juridictionnel relativement à un litige déterminé de préférence aux juridictions étatiques*. L'originalité de cette compétence est qu'elle résulte d'un conflit et donc d'une répartition entre ordres juridiques³. C'est d'ailleurs cette spécificité qui conduit à son incompréhension.

Ensuite, et c'est un versant nouveau de la notion, le tribunal arbitral doit se demander s'il peut connaître d'un litige relativement à un autre tribunal arbitral, constitué autrement⁴. Ce que conteste le défendeur, c'est la compétence de ce tribunal arbitral précis, désigné dans ces conditions, le litige relevant d'un autre tribunal arbitral. La répartition du litige doit être faite entre juges privés, au sein de l'ordre arbitral. En effet, il arrive aujourd'hui, bien que plus rarement mais de plus en plus souvent au regard de multiples facteurs favorisant des superpositions de conventions d'arbitrage distinctes – complexification des opérations du commerce international, développement de traités de protection des investissements stipulant

¹ Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, op. cit., n° 12.

² P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », op. cit., p. 330, n°3.

³ On pourrait également retenir qu'il existe un embryon d'organisation juridictionnelle transnationale, qui supprime les justices publique et privée. En ce sens, il existe une règle transnationale selon laquelle la volonté des parties peut permettre d'attribuer un litige à la justice arbitrale et qu'à défaut de volonté, le litige relève de la compétence des juridictions étatiques.

⁴ E. SILVA ROMERO, note sous sentence CCI n° 10671 rendue en 2000, op. cit., p. 1276.

une convention d'arbitrage –, que le requérant conteste la compétence du tribunal arbitral saisi au profit non pas de la justice étatique, mais d'un autre tribunal arbitral. La question de compétence est alors propre à la justice privée, et la répartition du litige se fait au sein même de la justice arbitrale.

369. Ces deux phénomènes nous évoquent la distinction faite en droit judiciaire privé entre la compétence générale et la compétence spéciale. Cette distinction ancienne, voire désuète, proposée par Martin, est la suivante : la compétence générale consiste à se demander si « l'ordre juridictionnel français dans son ensemble est [...] compétent pour connaître du litige, ou celui-ci ne doit-il pas plutôt être porté devant les juridiction d'un autre pays avec lequel il entretient des rapports plus étroits », tandis que la compétence spéciale consiste à déterminer « « parmi tous les juges français, celui qui est spécialement compétent pour trancher le litige », au sein de l'ordre juridictionnel français »¹. Si la compétence générale se recoupe ici avec la compétence internationale, et la compétence spéciale avec la compétence interne, la clef de la distinction entre générale et spéciale apparaît réellement lors de la définition des questions préjudicielles : la question préjudicielle est dite générale lorsqu'elle se rapporte à l'ordre des juridictions, celles qui dépendent d'un contentieux autre que le contentieux judiciaire civil (questions préjudicielles administratives, pénales, communautaires et aujourd'hui, même constitutionnelles) ; la question préjudicielle est dite spéciale lorsqu'elle concerne, au sein de l'ordre judiciaire civil, la nature de la juridiction. Qualifier la compétence de générale renvoie donc à l'attribution d'un litige à un ordre juridictionnel donné, peu importe laquelle des juridictions composant cet ordre juridictionnel sera compétente, tandis que qualifier la compétence de spéciale conduit à déterminer, au sein d'un ordre juridictionnel donné, laquelle des juridictions de cet ordre est compétente.

Ainsi, afin de désigner l'attribution du litige à la justice arbitrale de manière générale, l'ordre arbitral par rapport à la justice étatique, nous parlerons de compétence arbitrale générale. Et lorsqu'il s'agira de déterminer quel tribunal arbitral au sein de la justice arbitrale est compétent, sans que soit remis en cause la vocation arbitrale du litige, nous parlerons de compétence arbitrale spéciale. Nous préférerons cette qualification à celle proposée par M. Silva-Romero distinguant entre compétence arbitrale *in abstracto* et compétence arbitrale *in concreto*². Il nous paraît opportun d'utiliser une distinction déjà existante et connue des processualistes français qui, en outre, rend parfaitement compte du phénomène étudié.

La notion de compétence arbitrale spéciale mérite quelques précisions (i), qui seront suivies de quelques illustrations (ii).

i).- Précisions relatives à la compétence arbitrale spéciale

370. L'éventualité d'un conflit de compétence entre tribunaux arbitraux, initialement occultée, est aujourd'hui de mieux en mieux prise en compte par la doctrine³ et par le législateur¹. L'hypothèse de la compétence arbitrale spéciale n'est donc pas une pure chimère.

¹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n^{os} 107 et 174.

² E. SILVA ROMERO, note sous sentence CCI n^o 10671 rendue en 2000, op. cit., p. 1276.

³ *Ibid.* ; F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, op. cit., pp. 326 et s., n^{os} 524 et s. mettant en évidence le phénomène par l'étude de l'incompatibilité entre les clauses d'arbitrage ; P. MAYER, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », pp. 192 et 193 ; O.

371. Il est vrai qu'il peut paraître délicat de tracer les contours de la compétence arbitrale spéciale par rapport à la régularité de la constitution du tribunal arbitral au regard de l'organe à l'origine de sa constitution². Les requérants peuvent d'ailleurs hésiter quant au choix du cas d'ouverture sur lequel ils doivent s'appuyer afin de former un recours en annulation ou un appel contre l'ordonnance d'exequatur. Dès lors qu'ils entendent contester la compétence arbitrale spéciale devant les juridictions d'État à travers le contrôle de la sentence, doivent-ils se fonder sur le premier ou le second cas d'ouverture ? Il est en effet difficile de trancher. Dans certaines affaires mettant en cause la compétence arbitrale spéciale, l'auteur du recours en annulation se fonde sur les deux cas d'ouverture³. Quoiqu'il en soit, il nous paraît légitime de parler de « *compétence arbitrale spéciale* » en présence de cette situation à la frontière de la compétence du tribunal arbitral et de la régularité de la constitution du tribunal arbitral dès lors que les conditions de régularité de la constitution d'un tribunal arbitral sont utilisées afin de contester la compétence du tribunal arbitral. Peu importent les moyens invoqués, dès lors que la fin recherchée est de contester la compétence du tribunal arbitral⁴. De plus, les cas de compétence arbitrale spéciale ne sont pas limités aux difficultés de choix du centre d'arbitrage sous l'égide duquel le tribunal arbitral sera constitué. Les conflits de compétence arbitrale spéciale peuvent surgir dans d'autres circonstances.

ii).- *Illustrations de la compétence arbitrale spéciale*

372. Contre toute attente, les contestations de compétence arbitrale spéciale ne sont pas si exceptionnelles que l'on pourrait penser. Sans prétendre à l'exhaustivité, les situations suivantes génératrices de conflit de compétence arbitrale spéciale peuvent être répertoriées : désignation défectueuse du centre d'arbitrage, conflit de clauses compromissaires ayant vocation à s'appliquer au même contrat, saisines parallèles d'un tiers statuant en référé et du tribunal arbitral, le risque de procédures arbitrales parallèles concernant ici spécifiquement le contentieux du provisoire⁵. Seules les deux premières hypothèses, les plus fréquentes, seront ici examinées.

CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 720, n° 15 ; J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *Rev. arb.*, 2010.729 ; D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, *op. cit.* ; C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, *op. cit.*

¹ Pour les sources publiques, art. 186 al. 1 bis LDIP. Pour les sources privées, la résolution 1/2006 de l'International Law Association (ILA) adoptée lors de la 72^{ème} conférence tenue à Toronto (Canada) du 4 au 8 juin 2006 prononçant des recommandations sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage ; art. 21 al. 5 du règlement CCIG, centre d'arbitrage suisse, qui envisage spécifiquement la compensation, alors que cette dernière relève de la compétence d'un autre tribunal, étatique ou arbitral.

² Souligné par E. SILVA ROMERO, note sous sentence CCI n° 10671 rendue en 2000, *op. cit.*, p. 1276 ; J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*

³ En ce sens, cf. par ex. CA Paris, 28 oct. 1999, *Société Middle East Agricultural et Trading Cy Lts c. Société Avicola Bucuresti*, *Rev. arb.*, 2002.175, obs. Th. CLAY ; CA Paris, 1^{er} juin 1999, *Société Tarom c. société Khayat Travel and Tourism*, *Rev. arb.*, 2000.493, note B. Stern, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (A propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999) », *ibid.*, p. 403 ; *RTD com.*, 1999.659, note E. LOQUIN ; CA Paris, 11 juin 1998, *Société Ferring AB c. société Debiopharm*, *Rev. arb.*, 2002.147, note P. ANCEL, « Arbitrage et novation », *ibid.*, p. 3.

⁴ En ce sens, Ph. FOUCHARD, note sous CA Paris, 7 fév. 2002, *SA Alfac c. société Irmac Importacao, comércia et industria Ltda*, *Rev. arb.*, 2002.413, p. 422.

⁵ Le tiers statuant en référé et le tribunal arbitral peuvent tous deux être saisis du contentieux du provisoire. En effet, dans le cadre de l'arbitrage CCI, le tribunal arbitral est également investi de la possibilité de juger du contentieux du provisoire (art. 23(1) du règlement d'arbitrage CCI). Cependant, la qualité d'arbitre du tiers est

373. **La désignation défectueuse du centre d'arbitrage.** Certaines clauses compromissaires pathologiques peuvent potentiellement conduire à un conflit de compétence arbitrale spéciale. Les clauses compromissaires pathologiques sont des clauses compromissaires dont la rédaction est défectueuse¹. On a pu distinguer, dans le sillon de cette métaphore médicale, entre les clauses curables et les clauses incurables². Ce sont spécifiquement certaines clauses curables, celles qui ne mettent pas en péril le recours à l'arbitrage et qui peuvent être ainsi « guéries », qui nous intéressent, les clauses compromissaires dont la pathologie résulte du choix de l'institution d'arbitrage. Il est alors difficile de déterminer le centre d'arbitrage choisi par les parties pour organiser l'arbitrage. Ces difficultés de choix du centre d'arbitrage résultent soit de la désignation d'un centre d'arbitrage inexistant, soit de la désignation de deux centres d'arbitrage distincts dans la même clause compromissoire³.

discutée (Ch. JARROSSON, note sous CA Paris, 29 avril 2003, *Rev. arb.*, 2003.1296). Surtout, les conflits de compétence arbitrale spéciale sur le contentieux du provisoire ne devraient pas se produire dans la mesure où le règlement de référé pré-arbitral prévoit lui-même que le tiers statuant en référé ne peut intervenir qu'avant la saisine du tribunal compétent sur le fond de l'affaire, tribunal arbitral ou tribunal étatique (art. 1(1) du règlement de référé pré-arbitral). Cependant, ces conflits, si marginaux soient-ils, peuvent survenir. En effet, la procédure de référé pré-arbitral peut être déclenchée postérieurement à la saisine du centre d'arbitrage, mais avant la constitution définitive du tribunal arbitral, qui seule caractérise la saisine du tribunal arbitral compétent sur le fond de l'affaire. De plus, le tiers statuant en référé dispose d'un délai de 30 jours pour rendre son ordonnance ce qui peut conduire à un chevauchement des pouvoirs juridictionnels du tiers statuant en référé et de ceux du tribunal arbitral (v. par ex. sentence CCI n° 11776 rendue dans l'affaire n°11776 en 2002, *JDI*, 2006.1460, note Y. DERAIS).

Quoi qu'il en soit, l'article 2.4.1 du règlement de référé pré-arbitral résout ce conflit de compétence potentiel existant spécifiquement dans le domaine des mesures provisoires et conservatoires, en posant une règle de compétence *ratione temporis* entre le tiers statuant en référé et le tribunal arbitral : « *la juridiction compétente, une fois saisie de l'affaire, peut seule, en vertu des règles qui lui sont applicables, ordonner toute autre mesure provisoire ou conservatoire qu'elle estime nécessaire* ». Dès lors que la juridiction compétente, tribunal arbitral ou tribunal étatique, est saisie du litige dans son ensemble, elle bénéficie d'une compétence exclusive pour prendre une mesure provisoire ou conservatoire. La compétence concurrente entre le tribunal arbitral et le tiers subsiste uniquement dans l'hypothèse prévue à l'article 2.4, c'est-à-dire lorsque le tribunal arbitral ou étatique est saisi du litige après la saisine du tiers, celui-ci pouvant dans le délai de 30 jours qui lui est imparti à compter du jour où le dossier lui a été transmis rendre son ordonnance. Cependant, cet article, *in fine*, pose à cette exception une limite, qui permet d'écarter toute compétence concurrente entre le tribunal arbitral et le tiers : « *sauf accord contraire des parties ou décision contraire de la juridiction compétente* ». Ainsi, si le tribunal arbitral compétent sur le fond de l'affaire (ou la juridiction étatique) décide lui-même de se prononcer sur les demandes de mesures provisoires et conservatoires, le tiers statuant en référé ne pourra que s'écarter. Remarquons enfin que le tribunal arbitral saisi du fond de l'affaire n'est pas lié par la décision du tiers statuant en référé (article 6.3 du règlement de référé pré-arbitral).

¹ F. EISENMANN, « La clause d'arbitrage pathologique », *Essais in memoriam Eugenio Minoli*, UTET, 1974, p. 120.

² F. SCALBERT et L. MARVILLE, « Les clauses compromissaires pathologiques », *Rev. arb.*, 1988.117.

³ *CF.* pour un exemple, la célèbre affaire UOP, la convention d'arbitrage en cause désignant simultanément deux centres d'arbitrage distincts, l'AFA et la CCI. Cependant, en l'espèce, la société BP contestait la vocation arbitrale du litige, prétendant que le litige relevait de la justice publique, et non pas la compétence d'un autre tribunal arbitral constitué sous l'égide d'une autre institution. Cette affaire nous permet toutefois d'illustrer que, tout au moins potentiellement, des conflits de compétence arbitrale spéciale peuvent surgir lorsque deux centres d'arbitrage sont désignés dans la même convention d'arbitrage. Sur cette affaire : CA Aix-en-Provence, 23 fév. 2006, *UOP c. BP France*, *Rev. arb.*, 2006.479 (cassé) ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *UOP c. BP France*, *op. cit.* ; *UOP NV c. Ineos European*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n° 08-13983, *Ineos European c. UOP*, *op. cit.*

Examinons la première hypothèse, celle de la désignation d'un centre d'arbitrage inexistant¹. Du fait de la désignation incorrecte, maladroite de l'institution arbitrale, il est fréquent que l'une des parties conteste la compétence arbitrale, car la convention d'arbitrage serait inefficace, inexistante ou nulle en raison du manque de précision de l'expression du consentement des parties, celles-ci devant alors réitérer leur consentement pour que la convention d'arbitrage soit efficace. Le requérant revendique alors la compétence des juridictions étatiques. Ceci constitue une classique contestation de la compétence arbitrale générale². Dans de plus récentes hypothèses, en présence de ce type de clauses compromissaires pathologiques, certains plaideurs ont alors contesté non pas la vocation arbitrale du litige, le principe de la compétence de la justice arbitrale, mais le fait que ce tribunal arbitral là, constitué sous l'égide de ce centre d'arbitrage, statue sur l'affaire. Le litige relèverait d'un autre tribunal arbitral, constitué sous l'égide d'un autre centre d'arbitrage. La compétence arbitrale spéciale est alors en cause, les deux parties ne reconnaissant que la vocation arbitrale du litige, mais s'opposant sur le tribunal arbitral compétent. La sentence CCI n°10671³ constitue l'exemple parfait de mise en cause de la compétence arbitrale spéciale. Deux sociétés, l'une suisse et l'autre panaméenne, ont conclu un contrat en vertu duquel la société suisse confiait à la société panaméenne la réalisation d'une étude de marché. Ce contrat contenait une clause compromissoire pour le moins pathologique en ce qu'elle désignait le règlement d'arbitrage de l'« *International Chamber of Commerce of Geneva* », le siège de l'arbitrage étant Genève, Suisse. Suite à un litige survenu relativement au paiement du prix, la société panaméenne saisit la CCI afin d'organiser l'arbitrage. Le défendeur s'opposa immédiatement à la compétence administrative du centre d'arbitrage, ainsi qu'à ce qu'un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI tranche le litige. Il ne contestait pas la vocation arbitrale du litige, mais revendiquait la compétence d'un autre tribunal arbitral⁴. Ainsi, en raison de l'inexistence du centre d'arbitrage choisi par les parties dans la convention d'arbitrage, la chambre internationale de commerce de Genève n'existant pas, la société panaméenne prétendait que le litige relevait de la compétence d'un tribunal arbitral désigné et agissant sous l'égide de la CCI, tandis que la société suisse arguait au contraire que le litige relevait de la compétence d'un tribunal arbitral désigné et agissant sous l'égide de la CCIG (Chambre de commerce de d'industrie de Genève). Confronté à cette contestation de la compétence pour le moins originale, le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI, au terme de l'interprétation de la clause d'arbitrage controversée en application du droit suisse, retiendra sa compétence. Précisons que les tribunaux arbitraux constitués sous l'égide d'un centre se prononcent généralement en faveur de la compétence de ce centre. Dans une autre affaire, un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCIG, saisi d'une clause compromissoire pathologique identique désignant la

¹ Pour d'autres ex. de contestation de la compétence arbitrale spéciale, cf. CA Paris, 7 fév. 2002, *SA Alfac c. société Irmac Importacao, comércia et industria Ltda*, *op. cit.* ; R.H. KREINDLER et J.K. SCHAEFER, « Allemagne – Les cinq premières années d'application de la nouvelle législation », *Rev. arb.*, 2003.495.

² Cf. les réf. citées par E. SILVA ROMERO, note sous sentence CCI n° 10671 rendue en 2000, *op. cit.*, p. 1275 ; sentence CCI n° 4472 rendue en 1984, *JDI*, 1984.946, obs. Y. DERAÏNS ; sentence CCI n° 6709 rendue en 1991, *JDI*, 1992.998, obs. D. HASCHER.

³ Sentence CCI n° 10671 rendue en 2000, *op. cit.*,

⁴ E. SILVA ROMERO, sous sentence CCI n° 10671 rendue en 2000, *op. cit.*, pp. 1275-1276.

Chambre de commerce internationale de Genève, a au contraire retenu la compétence de la CCIG, en accordant plus d'importance au terme « Genève » qu'au mot « international »¹.

Dans le même sens, sans que la désignation du centre d'arbitrage soit pathologique, l'une des parties au litige peut tout simplement se tromper dans le choix du centre d'arbitrage compétent, pourtant clairement désigné par la clause compromissoire. Un tel exemple est rapporté par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 mai 2009².

374. **Le conflit de clauses compromissoires ayant vocation à s'appliquer au même litige.** Ensuite, les conflits de compétence arbitrale spéciale surviennent fréquemment en présence de clauses compromissoires distinctes applicables au même litige³. C'est le cas en présence de contrats liés, par exemple lorsqu'une clause compromissoire est stipulée au contrat cadre et qu'une autre clause compromissoire, distincte de la première, figure dans un contrat d'application⁴. On peut utilement se référer à l'affaire *Klöckner c. Cameroun*⁵. En l'espèce, l'investisseur et l'État camerounais avaient conclu différents contrats. Le contrat-cadre et le contrat de livraison prévoyaient un arbitrage CIRDI, au contraire du contrat de management qui renvoyait à un arbitrage CCI. Le conflit de compétence arbitrale spéciale n'a pas formellement prospéré, le tribunal arbitral CIRDI se jugeant incompétent pour connaître du contrat de management, relevant de l'arbitrage CCI. Cependant, le tribunal arbitral n'a pas pleinement respecté cette limite à sa compétence en opérant « une distinction entre, d'une part, la compétence sur le contrat de management et, d'autre part, la compétence sur le litige relatif à l'obligation que ce contrat avait pour définir : incompétent sur le contrat, le tribunal CIRDI se déclare compétent sur le litige relatif à ce contrat, au motif que le principe de l'obligation de gestion de la SOCAME était prévu au protocole de base »⁶. *Quid* si un tribunal arbitral CCI avait été saisi parallèlement ?

Les groupes de contrats portant sur la même opération commerciale sont susceptibles de générer ce type de conflit lorsque des conventions d'arbitrage distinctes, incompatibles, sont stipulées dans différents contrats, signés entre les mêmes parties⁷. Ce type de conflit peut également être généré en cas de conflit dans le temps entre deux clauses compromissoires

¹ Sentence CCIG du 24 nov. 1999 dans l'affaire n° 151, arbitre unique : Paolo Michele Patocchi, *Bull. ASA*, 2003, vol. 21, n°4, p. 754-780.

² Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, n° 07-20345, *CIECH c. Comexport*. En l'espèce, une société brésilienne avait saisi d'un litige la cour d'arbitrage de la chambre de commerce polonaise alors que le contrat litigieux stipulant une clause compromissoire confiait l'organisation de l'arbitrage à la CCI. Les sociétés polonaises défenderesses contestant la compétence de l'institution saisie, la société brésilienne a alors saisi la CCI.

³ Cf. par ex., en présence de clauses compromissoires optionnelles, autrement dit, une clause compromissoire offrant la possibilité d'agir devant des institutions d'arbitrage différentes : Cass. civ. 2^{ème}, 30 juin 1993, *Rev. arb.*, 1994.95, note C. KESSEDJIAN. J. BARBET et P. ROSHER, « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *op. cit.*, p. 51.

⁴ Pour des ex. en matière maritime, cf. O. CACHARD, « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *op. cit.*, p. 720, n° 15.

⁵ Trib. arb. CIRDI, 21 oct. 1983, *Klöckner c. Cameroun*, n° ARB/81/2, *Rev. arb.*, 1984.19 ; *JDI*, 1984.409 ; *AFDI*, 1984.389 (sentence annulée). Sur lequel cf., J. PAULSSON, « Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : la sentence arbitrale Cameroun c/ Klöckner », *Rev. arb.*, 1984.19. De man. gén., cf. C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, p. 358, n° 25 ; F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, *op. cit.*, p. 452.

⁶ F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, *op. cit.*, p. 454, n° 741.

⁷ E. GEISINGER et L. LEVY, « La litispendance dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 68.

successives¹. L'affaire *Ferring c/ Debiopharm*² illustre notre propos. Les faits étant complexes, il convient de les rapporter de manière détaillée. En l'espèce, une société suisse, Debiopharm, titulaire d'une licence exclusive d'exploitation d'un médicament, a signé un contrat de sous-licence avec la société TDI. Cette dernière, à son tour, a conclu deux contrats de licence pour l'exploitation du médicament dans certaines zones d'Europe. Ces contrats de licence sont conclus en 1983 et 1984 entre TDI et d'une part Ferring GmbH, société allemande, et d'autre part Ferring BV, société néerlandaise, ces contrats stipulant tous deux une clause compromissoire renvoyant le règlement des litiges à la Chambre de commerce Germano-Suisse. Par la suite, la société TDI a été liquidée et les deux sociétés allemande et néerlandaise ont cédé leurs droits à la société suédoise du même groupe Ferring AB. Un contrat est conclu le 30 novembre 1991 entre la société Debiopharm et la société Ferring AB, venant aux droits des sociétés Ferring GmbH et Ferring BV, prévoyant une clause d'arbitrage au profit de la CCI. Cette convention précisait qu'elle confirmait les relations antérieures entre les parties. C'est dans ce contexte que la société Debiopharm, arguant de dissimulations de ventes et autres manquements contractuels, résilie le contrat et saisit la CCI de demandes fondées aussi bien sur le contrat conclu le 30 novembre 1991 que de demandes fondées sur les contrats précédents, ceux datant de 1983 et 1984. Le conflit de compétence arbitrale spéciale consiste, dans cette hypothèse, en ce que la défenderesse à la procédure d'arbitrage, la société Ferring AB, conteste la compétence du tribunal arbitral CCI non pas au profit des juridictions étatiques, mais au profit d'un autre tribunal arbitral, constitué sous l'égide d'un autre centre d'arbitrage, la Chambre de commerce Germano-Suisse (CCGS). En présence de ce contrat à exécution successive, le défendeur prétendait ainsi que les litiges relatifs aux contrats de 1983-1984 relevaient de la compétence du tribunal arbitral tel que désigné selon les modalités de la clause compromissoire contenue dans ces contrats, clause compromissoire CCGS, tandis que les litiges relatifs au contrat du 30/11/1991 relevaient de la compétence du tribunal arbitral CCI, tribunal arbitral désigné par la clause compromissoire contenue au contrat du 30/11/1991. Cette contestation de la compétence arbitrale spéciale – contestation de la compétence d'un tribunal arbitral au profit d'un autre tribunal arbitral – fut présentée devant le tribunal arbitral CCI, et réitérée devant la cour d'appel saisie d'un recours en annulation contre la sentence³. Le tribunal arbitral, approuvé par la cour d'appel, a résolu ce conflit en sa faveur, retenant l'application de la seule clause compromissoire CCI aussi bien aux litiges naissant du contrat du 30/11/91, ce qui n'était pas contesté en l'espèce, qu'aux litiges prenant naissance dans les contrats de 1983 et 1984. Il se prononce ainsi pour une application rétroactive de la clause compromissoire CCI, en raison de la novation du contrat principal, et consécutivement de la clause compromissoire elle-même qui s'applique sans distinction de la phase d'exécution du contrat qui a généré le litige⁴.

¹ Cf. par ex. : l'affaire suisse *Arthur Andersen c. Andersen Consulting*, Tribunal fédéral suisse, 8 déc. 1999, 2000, *Bull. ASA*, 546, qui met en jeu des clauses d'arbitrage successives et contradictoires.

² CA Paris, 11 juin 1998, *op. cit.*

³ Devant le tribunal arbitral, *ibid.*, cf. spéc. p. 150 : « [l]a société Ferring AB a soulevé l'incompétence du Tribunal arbitral de la CCI pour 11 de ces demandes en faisant notamment valoir qu'elles n'étaient afférentes au contrat du 30 novembre 1991 précité, mais aux conventions signées en 1983 et 1984, lesquelles renvoyaient à l'arbitrage de la Chambre de commerce Germano-Suisse ».

⁴ *Contra*, voir Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1988, *Bull.*, 1988.I.139 ; *Rev. arb.*, 1988.639, note Ch. JARROSSON. La novation qui affecte un contrat ne peut avoir pour effet de priver d'efficacité la clause compromissoire insérée dans ce contrat.

La novation de la clause compromissoire semble régulièrement poser des conflits de compétence arbitrale spéciale, comme l'atteste la sentence d'incompétence CCI n° 9595 rendue en 1998, par laquelle un tribunal arbitral CCI s'est jugé incompétent au profit d'un arbitrage *ad hoc* en raison de la novation de la clause compromissoire¹.

375. Enfin, on évoquera une dernière source potentielle de conflit de compétence arbitrale spéciale au vu de l'applicabilité cumulée de deux clauses compromissoires, lorsqu'une convention d'arbitrage est stipulée au contrat principal et qu'une offre pour une forme d'arbitrage distincte est contenue dans un traité international². Si cette situation est relativement marginale dans les relations économiques internationales classiques, bien qu'elle puisse survenir³, elle se pose fréquemment en présence d'un contrat conclu directement par l'investisseur étranger avec l'État d'accueil⁴. On pourra débattre de la réalité du conflit de compétence puisqu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence CIRDI admettent que l'on puisse distinguer les réclamations fondées sur le traité des réclamations fondées sur le contrat. Aussi n'y aurait-il pas de conflit de compétence possible puisque la matière litigieuse n'est pas identique, le principe étant celui d'une compétence concurrente entre juge du traité et juge du contrat⁵. Mais on sait la distinction entre réclamations fondées sur le traité et réclamations fondées sur le contrat débattue et subtile⁶, rendue encore plus opaque par l'éventualité d'une élévation des violations contractuelles en violations internationales par le biais des clauses de respect des engagements⁷, ou encore par une rédaction large de l'offre d'arbitrage prévue au

¹ Sentence citée par E. Jolivet, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : l'incompétence de l'arbitre », *Gaz. pal.*, 21-22 avril 2006, p. 38.

² Cette hypothèse est également identifiée par C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 207, n° 217.

³ CA Paris, 1^{er} juin 1999, *Société Tarom c. société Khayat Travel and Tourism*, *op. cit.* ; pourvoi rejeté par Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, Bull. civ., 2002.I.94, *Sté Levant shipping company c. Sté Romanian air transport*, RTD com., 2002.664, note E. LOQUIN. Le contrat contenait une clause compromissoire désignant la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Bucarest afin d'organiser l'arbitrage. Suite à la résiliation du contrat par le représenté, la société Tarom, la société libanaise a introduit une procédure d'arbitrage devant, non pas la Cour d'arbitrage de la CCIB telle que désignée dans la clause compromissoire, mais devant la CCI sur le fondement de l'article 10 d'un Accord de commerce et de paiement conclu le 6 décembre 1980 entre les États libanais et roumain, considéré par l'arbitre unique comme les « règles de droit commun du règlement des litiges nés des contrats commerciaux conclus entre les entreprises roumaines et libanaises ». La défenderesse contesta la compétence de la CCI au profit du centre d'arbitrage CCIB.

⁴ Cf. par ex. la décision sur la compétence du 6 août 2003, *Société Générale de Surveillance SA (SGS) c. République islamique du Pakistan*, JDI, 2004.258, obs. E. GAILLARD ; sentence du 6 août 2004, *Joy Mining c. Egypte* ; décision sur la compétence du 22 avril 2005, *Impreglio SpA c. République islamique du Pakistan*, JDI, 2006.287, obs. E. GAILLARD ; décision sur la compétence du 14 nov. 2005, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, JDI, 2006.350, obs. E. GAILLARD.

⁵ Sur la question, E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, *op. cit.*, pp. 758-759.

⁶ Cf. notamment, Y. NOUVEL, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie ? », in Ch.

LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, *op. cit.*, p. 13 ; I. FADLALLAH, « La distinction *treaty claims* – *contract claims* et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ? », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op. cit.*, p. 205 ; P. MAYER, « *Contract claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », JDI, 2009.71 ; S. LEMAIRE, « *Treaty claims* et *contract claims* : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'État », *Rev. arb.*, 2006.353.

⁷ W. BEN HAMIDA, « La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op. cit.*, p. 53, spéc. p. 104, l'auteur retenant que la clause relative au respect des engagements pourrait « fonder le recours à l'arbitrage prévu dans les traités d'investissements, même en présence d'une clause contractuelle de règlement des différends » ; S. LEMAIRE, « La mystérieuse *Umbrella clause* (Interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissement) », *Rev. arb.*, 2009.479.

traité de protection des investissements incluant, explicitement ou implicitement, les réclamations contractuelles¹. Cette distinction a d'ailleurs pu être qualifiée de « *monstre* », en permettant « à l'investisseur de réclamer devant deux tribunaux la même chose »². Quoiqu'il en soit, l'éventualité d'un conflit d'activité entre l'arbitrage commercial international classique et l'arbitrage CIRDI fait l'objet d'un intérêt persistant³. Le litige opposant la société Exxon et l'État du Venezuela l'illustre parfaitement⁴. Cette concurrence entre formes d'arbitrage peut également résulter des options ouvertes par les traités, certaines clauses de règlement des différends stipulées aux traités ouvrant le recours à l'arbitrage CIRDI ou à l'arbitrage CNUDCI⁵.

376. En définitive, on retiendra que la compétence arbitrale définit le domaine d'exercice de la fonction de juger du tribunal arbitral, soit par rapport à la justice publique – que l'on désignera par le terme de compétence arbitrale générale (le conflit existant entre la justice publique et la justice privée) –, soit par rapport à un autre tribunal arbitral – que l'on désignera par le terme de compétence arbitrale spéciale (le conflit étant propre à l'ordre arbitral). La compétence arbitrale peut être définie comme *l'aptitude d'un tribunal arbitral à connaître d'un litige déterminé de préférence à la justice étatique (compétence arbitrale générale), ou de préférence à un autre tribunal arbitral (compétence arbitrale spéciale)*.

c).- Consistance du pouvoir juridictionnel en droit de l'arbitrage

377. **Le pouvoir juridictionnel en droit de l'arbitrage.** Afin de parachever la dissociation des notions de compétence et de pouvoir juridictionnel, il reste à identifier la notion de pouvoir juridictionnel en droit de l'arbitrage ou, tout au moins, à en brosser grossièrement les traits, sans prétendre à une quelconque exhaustivité. Le droit de l'arbitrage s'est approprié la notion de pouvoir juridictionnel, en rejetant l'idée de délégation de la souveraineté. Le pouvoir juridictionnel se définit « *tout simplement par le fait d'être habilité*

¹ Sur la question, cf. Y. NOUVEL, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie ? », *op. cit.*, pp. 16 et s.

² P. MAYER, in « Table ronde – L'enchevêtrement des procédures », *op. cit.*, spéc. p. 139.

³ Pour des études sur les rapports entre arbitrage CCI et arbitrage CIRDI : E. SILVA ROMERO, « Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale », in LEBEN Ch. (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op. cit.*, p. 331. Relativisant la concurrence potentielle de la CCI et du CIRDI : A. CRIVELLARO, « Table ronde – La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international », in LEBEN Ch. (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op. cit.*, p. 360.

⁴ Sur la question, cf. notamment « Table ronde – L'enchevêtrement des procédures », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, *op. cit.*, p. 129, spéc. l'intervention d'A. MOURRE, p. 130, l'investisseur ayant engagé d'abord un arbitrage CIRDI contre l'État du Venezuela sur le fondement du traité bilatéral de protection des investissements, puis un arbitrage CCI sur le fondement de la clause compromissoire stipulée au contrat de prospection pétrolière conclu avec la société pétrolière du Venezuela. Pour d'autres exemples de saisines parallèles d'un tribunal arbitral classique et d'un tribunal arbitral CIRDI : Trib. arb. CIRDI, ordonnance de procédure n° 2, 16 oct. 2002, *Société Générale de Surveillance c. République islamique du Pakistan*, ARB/01/13, *op. cit.* ; et plus anciennement, Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 4 déc. 1985, *MINE c. Guinée*, affaire CIRDI, n° ARB/84/4 (en l'espèce, face à la résistance de la République de Guinée à mettre en place l'arbitrage CIRDI, la société MINE avait sollicité des juridictions américaines la mise en place d'un arbitrage sous l'égide de l'AAA ; sur cette affaire, cf. C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, pp. 353-354).

⁵ G. SACERDOTI, « Table ronde – La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international », in LEBEN Ch. (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op. cit.*, p. 352 ; P. BERNARDINI, « ICSID versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration », in *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*, *op. cit.*, p. 159.

à prononcer une décision mettant fin à un litige ; cela peut se dire, en effet, d'un arbitre »¹ : « l'arbitre se voit reconnaître par la loi un pouvoir juridictionnel [...] c'est-à-dire le pouvoir de trancher un litige qui lui est soumis en disant le droit, ou l'équité [...], et de rendre une décision appelée sentence [...] qui s'imposera aux parties »². Si le pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral ne se confond pas avec la validité et l'existence de la convention d'arbitrage, ni avec l'investiture, en quoi consiste-t-il ? La réalité du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral peut être aisément établie, sans être associée à la convention d'arbitrage, source de la compétence arbitrale.

Un auteur a ainsi mis en exergue le fait que la terminologie même utilisée par le CPC, et l'ensemble du contenu de ses dispositions démontre que la mission de l'arbitre est d'essence juridictionnelle³. On peut ainsi distinguer par exemple entre les *pouvoirs des arbitres relatifs à la procédure arbitrale*, dans lesquels peut être répertorié l'effet positif de la compétence-compétence, des *pouvoirs relatifs au contrat*, autrement dit ceux sur le fond du litige⁴. Dans la continuité, d'autres travaux du même auteur⁵ ont mis en exergue les relations complexes existant entre la *jurisdictio*, pouvoir de dire le droit et l'*imperium*, initialement défini comme « le pouvoir de commandement et de contrainte »⁶, défini plus précisément comme l'« ensemble des prérogatives appartenant à l'État, liées à sa souveraineté, exercées dans les limites de son territoire, et concernant ses pouvoirs de commandement ou de contrainte de juridiction »⁷. Loin d'être en opposition, la *jurisdictio* serait « une part de l'imperium »⁸. En outre, le tribunal arbitral détiendrait une parcelle de l'*imperium*, l'*imperium mixtum*, à l'exclusion de l'*imperium merum* et de l'*imperium summum*⁹. Ces débats permettent de mettre à jour un autre élément du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral, relevant tout à la fois de la *jurisdictio* ou de l'*imperium mixtum* : le pouvoir de prononcer une mesure conservatoire ou provisoire ou d'enjoindre à produire un élément de preuve à peine d'astreintes¹⁰. Anciennement reconnu par la jurisprudence¹¹, qualifié de « prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleur efficacité au pouvoir juridictionnel »¹², le pouvoir de prononcer des astreintes est reconnu par les articles 1467 al. 2 et 1468 al. 1 CPC.

378. Les modalités du pouvoir juridictionnel des tribunaux arbitraux. Certaines études ont été consacrées aux modalités du pouvoir juridictionnel des tribunaux arbitraux. L'article 1478 CPC, bien que ne comportant pas le terme de pouvoir, est topique de la notion de pouvoir de juger. Il dispose que « [l]e tribunal arbitral tranche le litige conformément aux

¹ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 329, n° 3.

² V° « Pouvoir juridictionnel », in O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, *op. cit.*

³ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, pp. 101-103, n°s 175 à 181.

⁴ *Ibid.*, p. 280, n° 579.

⁵ Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », in *Études offertes à Pierre Bellet*, *op. cit.*, p. 245.

⁶ *Ibid.*, p. 247, n° 6.

⁷ *Ibid.*, p. 278, n° 81.

⁸ *Ibid.*, p. 265, n° 46.

⁹ *Ibid.*, p. 245 ; D. CHEKROUN, « L'Imperium de l'arbitre », *APD*, 2009, t. 52, p. 135.

¹⁰ E. LOQUIN, « L'arbitre et l'astreinte », *Rev. arb.*, 1993.296 ; Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », *op. cit.*, pp. 271-274.

¹¹ CA Paris, 24 mai 1991, *Rev. arb.*, 1992. 636, obs. J. PELLERIN.

¹² CA Paris, 7 oct. 2004, *Rev. arb.* 2005.735, note E. JEULAND .

règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition ». C'est, en substance, le cœur de la définition du pouvoir de juger, celle de statuer sur le fond du litige¹. L'article 1478 CPC, reprenant l'ancien article 1474 CPC, met en évidence deux modalités distinctes du pouvoir juridictionnel, modalités principales du droit de l'arbitrage : statuer en droit ou en amiable composition. La clause d'amiable composition sera généralement incluse dans l'*instrumentum* convention d'arbitrage, mais le *negocium* porte sur le pouvoir de juger, et non pas sur la compétence. Il ne s'agit pas de définir quels litiges sont soumis au tribunal arbitral, mais comment ce litige est jugé². Avec M. Loquin, on retiendra que « [l]a clause d'amiable composition ne peut modifier la compétence de l'arbitre car elle ne concerne que les pouvoirs de l'arbitre dans le cadre de sa compétence ainsi délimitée »³. D'ailleurs, la doctrine et la jurisprudence ne s'y trompent pas, puisqu'elles analysent et désignent la question de l'amiable composition comme soulevant une question de pouvoir⁴, comme une « fonction juridictionnelle »⁵. D'ailleurs, pour l'arbitrage interne, il est admis que la clause d'amiable composition ne doit pas nécessairement suivre les conditions de forme requises par l'ancien article 1443 CPC, repris par le nouveau décret par le même article : « l'écrit n'est pas une condition de validité de la clause d'amiable composition. L'écrit n'est, en effet, requis que pour les seules mentions qui écartent la compétence des tribunaux étatiques au profit de celle des arbitres », l'auteur ajoutant que « les modalités de l'intervention des arbitres, et en particulier leurs pouvoirs, ne sont pas concernés par la règle de l'article 1443 du Code de procédure civile »⁶.

Dans la même idée, on soulignera que pour la première fois, l'article 1468 CPC reconnaît explicitement au tribunal arbitral une autre des modalités du pouvoir juridictionnel, le pouvoir de juridiction provisoire.

379. Limites à l'étendue du pouvoir juridictionnel. Autre moyen de mettre en évidence le pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral, il suffit d'identifier ses limites⁷. Utilisons la clef de la notion de pouvoir : qu'est-ce qu'un tribunal arbitral, en toutes circonstances, n'a le pouvoir de faire, indépendamment de toute idée de concurrence avec une

¹ En ce sens, E. LOQUIN, « Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1038, 2009, n° 1 : « [l]'article 1474 du Code de procédure civile pose les règles qui régissent les pouvoirs des arbitres pour trancher le fond du litige ».

² En ce sens, afin de rejeter la thèse selon laquelle l'amiable composition serait une « situation purement contractuelle », cf. E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, op. cit., pp. 67-70, spéc. p. 68, n° 113 : « le fait, que la décision de l'amiable compositeur ne soit pas rendue nécessairement selon les règles de droit, ne lui ôte pas son caractère juridictionnel. L'amiable compositeur, comme le juge, constate la coïncidence d'une prétention contestée avec les éléments nécessaires à l'octroi de ce bénéfice. Peu importe que cette vérification s'effectue par rapport à d'autres normes que le droit » ; H. MOTULSKY, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, op. cit., p. 33.

³ E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, op. cit., p. 211, n° 356.

⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., définie p. 849, n° 1502 comme « le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application de règles de droit » ; CA Paris, 4 nov. 1997, *Rev. arb.*, 1998.704, obs. Y. DERAÏNS : « même investi du pouvoir de statuer en amiable compositeur, l'arbitre doit respecter le cadre des demandes des parties et demeure tenu de respecter le principe de contradiction ».

⁵ E. LOQUIN, « Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition », op. cit.

⁶ E. LOQUIN, « Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition », op. cit., n° 44.

⁷ Pour d'autres ex., cf. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op. cit., pp. 103-106, n°s 182 à 191. Sur l'élargissement de la mission juridictionnelle de l'arbitre, *ibid.*, pp. 108-110, n°s 192-198.

autre juridiction ? Par exemple, en matière d'arbitrage interne, l'impossibilité pour le tribunal arbitral de proroger le délai de sa mission¹, reprise par l'article 1463 al. 1^{er} CPC, constitue sans aucun doute une limite au pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral. Cette interdiction vise ce dernier, indépendamment de ses relations avec les autres juridictions. Aucun tribunal arbitral, quel qu'il soit, ne peut proroger le délai d'arbitrage. L'idée de répartition, clef de la compétence, est ici totalement absente. Ainsi, nous sommes substantiellement bien en présence d'une question de pouvoir. Le fondement de la solution réside non pas dans l'origine contractuelle de la compétence, mais dans l'objectif d'assurer que la justice arbitrale soit rendue, et qu'elle soit rendue dans un délai raisonnable². La réforme du droit de l'arbitrage marque d'ailleurs un léger accroissement des pouvoirs juridictionnels du tribunal arbitral, puisque par dérogation à l'article 1463 al. 1^{er} CPC, l'article 1475 al. 2 CPC prévoit qu'en cas de reprise de l'instance arbitrale suite à son interruption ou sa suspension, « *le tribunal arbitral peut décider que le délai de l'instance sera prorogé pour une durée qui n'excède pas six mois* ».

En matière d'arbitrage interne comme international, les règles d'ordre public des procédures collectives – règles de la suspension des poursuites individuelles et de l'égalité des créanciers³ – fournissent un terrain idéal d'observation de la distinction entre compétence et pouvoir. Que que mettent en cause les règles d'ordre public du droit des procédures collectives ? La compétence du tribunal arbitral, son pouvoir de juger ou le déroulement de l'instance ? La procédure arbitrale est perturbée dans ces trois éléments distincts. Nous nous intéressons spécifiquement à l'hypothèse dans laquelle la convention d'arbitrage est conclue *préalablement* à l'ouverture de la procédure collective, seul cas qui présente un intérêt afin de mettre en évidence la distinction⁴ entre compétence et pouvoir de juger⁴.

La compétence arbitrale peut être affectée par l'ouverture d'une procédure collective. Cependant, elle l'est de manière très limitée⁵. En effet, la convention d'arbitrage reste en principe valable, elle « *continue de lier le débiteur, et reste opposable à ses créanciers, aux organes de la faillite et même à l'éventuel repreneur lorsqu'il poursuit l'exécution d'un*

¹ Cass. civ., 18 mai 1942, *DA*, 1942, p. 105 : « *la fixation du délai conventionnel ne peut être laissée à l'appréciation des arbitres, même pas délégation des parties* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, *Degrémont*, *Rev. arb.*, 1995.88, note E. GAILLARD ; *Rev. crit. DIP*, 1994.680, note D. COHEN ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 nov. 2002, *Busquet et société Sogirec c. Peyre et société Cofirex*, *Bull. civ.*, 2002.II.242 ; *Rev. arb.*, 2003.115, note E. LOQUIN.

² En ce sens, E LOQUIN, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 7 nov. 2002, *Busquet et société Sogirec c. Peyre et société Cofirex*, *Rev. arb.*, 2003.115, spéc. p. 118-119.

³ Sur leur caractère d'ordre public international, cf. Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, *Société MJA c. Société International Company For Commercial Exchanges Income*, *Rev. arb.*, 2010.299, note D. COHEN

⁴ La convention d'arbitrage conclue postérieurement à l'ouverture du jugement d'ouverture de la procédure collective doit respecter certaines conditions spécifiques de validité édictées par le code de commerce. En cas de redressement judiciaire, art. L. 622.7 al. du Code de commerce ; en cas de liquidation judiciaire, art. L. 642.24 du Code de commerce.

⁵ En ce sens également, art. 7(1) de la loi d'arbitrage international mauricienne : « *[s]auf convention contraire des parties, le décès, la faillite ou la mise en liquidation d'une partie ne rendent pas caduque la convention d'arbitrage et celle-ci peut être mise en œuvre par les représentants de cette partie ou à leur rencontre* » (traduction publiée in *Rev. arb.*, 2009, p. 942). *Contra*, droit polonais de la faillite, le prononcé de la faillite priverait la convention d'arbitrage conclue par le failli de tout effet, le tribunal arbitral a fait droit à une telle requête et s'est jugé incompétent, approuvé par le Tribunal fédéral suisse, 31 mars 2009, *Rev. arb.*, 2009.855, note P-Y. TSCHANZ, I. FELLRATH.

contrat qui la comportait »¹ ; « l'arrêt des poursuites individuelles ne rend donc pas le litige inarbitrable, ni l'arbitre incompétent »². Seuls, selon la formule consacrée³, « les litiges ayant un lien direct avec la procédure collective, c'est-à-dire ceux qui trouvent leur source dans l'application des règles propres à cette procédure » sont inarbitrables, afin de permettre la centralisation du contentieux devant une seule juridiction, le tribunal de la faillite. Il s'agira par exemple d' « un litige relatif à l'ouverture d'une procédure collective, aux nullités de la période suspecte, aux pouvoirs de gestion du débiteur après le jugement d'ouverture, aux responsabilités particulières, aux sanctions que la loi édicte à l'encontre des dirigeants de l'entreprise, etc. »⁴. Cependant, ces hypothèses sont marginales. La jurisprudence ne révèle aucun cas où les parties aient pu stipuler une convention d'arbitrage pour de tels litiges⁵. Dans la quasi-totalité du contentieux, le litige concerne la résolution de classiques litiges contractuels, deux situations se rencontrant principalement : dans la première, le litige est relatif à l'exécution d'un contrat que la partie en difficultés, contre laquelle est ouverte une procédure collective, généralement défenderesse à l'arbitrage, ne peut plus exécuter⁶ ; dans la seconde, le litige concerne la résiliation ou la rupture anticipée d'un contrat économiquement essentiel pour la partie soumise à la procédure collective, qui engage alors une procédure d'arbitrage pour obtenir réparation du préjudice subi⁷. Aussi, il est exceptionnel en pratique que l'ouverture d'une procédure collective remette en cause la compétence du tribunal arbitral.

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une partie à l'arbitrage pose, outre les multiples incidents d'instance⁸, principalement des questions de pouvoir. Un auteur l'a observé avant nous⁹. C'est le pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral dans le domaine des procédures collectives qui est affecté et restreint au vu des principes d'ordre public de

¹ Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et faillites », *op. cit.*, p. 188, n° 35. Voir en ce sens, CA Paris, 30 mars 1999, *D.*, 1999.125 ; *RTD com.*, 1999.650, obs. LOQUIN.

² Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 190, n° 43.

³ La formule date de 1888 (Cass. Req., 29 oct. 1888, *DP.*, 1889.1.13 cité par FOUCHARD, *Ecrits*, p. 183, note 13).

⁴ Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et faillites », *op. cit.*, p. 183, n° 16. Dans le même sens, B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *op. cit.*, p. 182, n°s 292 à 294 : un tribunal arbitral ne peut pas « prononcer l'ouverture d'une procédure, annuler les actes passés pendant la période suspecte ou statuer sur le dessaisissement du débiteur. Il ne peut pas d'avantage se prononcer sur la qualification d'une créance au regard de l'article 40 de la loi du 25 janv. 1985 ».

⁵ Cf. cependant une hypothèse dans laquelle l'une des parties a tenté d'opposer une clause compromissoire à un litige relevant de la procédure collective, écartée logiquement pour inapplicabilité manifeste alors que la clause compromissoire se rapportait au contrat litigieux et non pas au contentieux né de la procédure collective : Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2009, n° 08-12494.

⁶ Pour un exemple, cf. la sentence arbitrale CCI rendue dans l'affaire n° 9163 en 2001, *JDI*, 2005.1283, obs. B. DERAÏNS et Y. DERAÏNS ; *Rev. arb.*, 2003.227.

⁷ Cf. par ex. pour une résiliation unilatérale d'un contrat de fournitures avant terme, la sentence partielle CCI rendue dans l'affaire CCI n° 6697, 26 déc. 1990, *Rev. arb.*, 1992.135, note P. ANCEL.

⁸ Bien évidemment, la règle de la suspension ou de l'arrêt des poursuites individuelles affecte l'instance arbitrale elle-même, lorsqu'elle est déjà engagée elle conduit notamment à la suspension de la procédure arbitrale. Cependant, la question des incidents d'instance n'apporte rien à notre démonstration, et ne sera donc pas examinée.

⁹ P. ANCEL, note sous la sentence partielle CCI n° 6697 rendue le 26 déc. 1990, *Rev. arb.*, 199.135 : pour s'opposer à la demande de sûreté de la partie défenderesse, la demanderesse au principal opposait une exception d'incompétence tirée de l'existence d'une procédure collective ouverte à son encontre, qui violerait notamment l'égalité des créanciers. Le commentateur observe que « [c]e qui était donc ici en cause, c'étaient les pouvoirs des arbitres, les mesures qu'ils pouvaient prendre, donc le fond du droit, et en aucune manière la compétence des arbitres pour connaître du litige ».

suspension ou l'interdiction des poursuites individuelles et de l'égalité des créanciers, spécifiquement concernant les créances antérieures au jugement d'ouverture¹. Le tribunal arbitral voit alors, non pas sa compétence, mais son pouvoir de dire le droit restreint à la possibilité de statuer sur le principe et le montant des créances². Il ne pourra ordonner aucune condamnation pécuniaire à l'encontre de la partie contre laquelle est ouverte une procédure collective, ni prendre des mesures allant à l'encontre du principe d'égalité des créanciers³, notamment une saisie-conservatoire⁴. Ce pouvoir revient exclusivement au juge d'État, accepter la déclaration de cette créance, puis, éventuellement, procéder au paiement. Dans le prolongement, un tribunal arbitral prononçant une condamnation pécuniaire sur le fondement d'une demande n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration de créance viole la règle d'ordre public de l'extinction des créances non déclarées⁵.

B.- Des notions assimilées en pratique

380. Si les notions de compétence, d'investiture et de pouvoir juridictionnel sont conceptuellement distinctes, elles restent en pratique assimilées. Une partie de la doctrine n'a pas nécessairement rallié cette analyse. Surtout, les nouveaux textes persistent à se référer à la notion de pouvoir juridictionnel, de préférence à celle de compétence⁶.

Cette persistance à vouloir assimiler la compétence arbitrale au pouvoir juridictionnel ou à l'investiture peut étonner. Certes, on pourra toujours opposer que la nouvelle distinction doctrinale proposée ne convainc pas et qu'en pratique, ces notions restent indissociables. Mais, plus fondamentalement, on peut se demander si le refus de distinguer ces notions n'est pas – osons le terme – un subterfuge visant à permettre au tribunal arbitral de juger de son investiture telle que définie par M. Clay, à savoir le contentieux relatif à la validité des contrats d'arbitres. En effet, s'il est aujourd'hui indiscutablement admis que le tribunal arbitral peut juger de sa compétence quel que soit le terrain de contestation de la convention d'arbitrage, s'il ne nous semble pas non plus discutable que le tribunal arbitral puisse apprécier l'existence, les modalités et l'étendue de son pouvoir juridictionnel, l'existence d'un « *principe compétence-investiture* » – permettre au tribunal arbitral de juger de la qualité d'arbitres de ses membres – est discutée.

¹ Sur la distinction après la réforme de 2005, cf. article L. 622.17 I.

² En ce sens, récemment Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, *Société MJA c. Société International Company For Commercial Exchanges Income*, op. cit.: au visa des article 1502-5° CPC, ensemble l'ancien art. L. 621-41 du Code de commerce, la Haute juridiction retient que « *les instances en cours à la date du jugement d'ouverture sont suspendues jusqu'à ce que le créancier ait déclaré sa créance ; qu'elles sont alors reprises de plein droit, le représentant des créanciers et, le cas échéant, l'administrateur dûment appelés, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant ; que le principe de suspension des poursuites individuelles en matière de faillite est à la fois d'ordre public interne et international* ».

³ En ce sens, sentence arbitrale CCI rendue dans l'affaire n° 9163, *JDI*, 2005, p. 1283, obs. B. DERAIS et Y. DERAIS ; *Rev. arb.*, 2003, p. 227. V. également E. JOLIVET, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : quelques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage », *Gaz. pal.*, 14 déc. 2006, n° 348, p. 16 (v. notamment sentence finale de 1999 dans l'affaire 8133 ou encore la sentence finale de 1994 rendue dans l'affaire 6864).

⁴ Sentence partielle CCI rendue dans l'affaire n° 6697, 26 déc. 1990, *Rev. arb.*, 1992, p. 135, note P. ANCEL.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 sept. 2011, *société Carrefour proximité c. société Le Castel et al.*, n° 10.18.320.

⁶ Art. 1465 CPC, selon lequel « [l]e tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ».

Plus précisément, nul ne conteste que le contentieux relatif à l'exécution du contrat d'arbitre relève du juge de droit commun – action en responsabilité ou en paiement – . Par exemple, la responsabilité d'un arbitre peut être engagée devant les juridictions d'État sur le fondement de l'article 1142 du Code civil pour avoir laissé expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui¹. La même observation vaut pour le contentieux relatif à la rémunération des arbitres². Les débats portent sur la possibilité pour le tribunal arbitral de juger de la validité des contrats d'arbitre. La question, que l'on pouvait penser purement théorique, car « *il faudrait pour cela que la désignation de l'arbitre soit immédiatement suivie de sa contestation* »³, est survenue dans l'affaire *Neftegaz*. En l'espèce, le 6 février 1992, une entreprise russe Interneft et la société Elf Neftegaz, filiale de la société Elf Aquitaine, ont conclu un contrat de production et de coopération pour l'exploration et l'exploitation de gisements d'hydrocarbures dans deux régions russes, cosignataires. Ce contrat comportait une clause compromissoire à son article 27, prévoyant un arbitrage *ad hoc* conformément au règlement d'arbitrage CNUDCI en vigueur, l'autorité de désignation choisie étant l'Institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm (Suède). Le contrat n'a pas été exécuté. La société Elf Neftegaz a été dissoute le 23 novembre 2001 et sa liquidation clôturée le 22 août 2005. Étonnamment, le 28 juillet 2009, le président du tribunal de commerce de Nanterre était saisi par les parties russes d'une requête aux fins de désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de représenter la société liquidée dans la procédure d'arbitrage que les requérantes indiquaient être sur le point d'engager. Le même jour, le président du tribunal de commerce de Nanterre désigna le mandataire *ad hoc* de la société Neftegaz, qui lui-même procéda le 6 août 2009 à la désignation de l'arbitre. La constitution du tribunal arbitral a été parachevée lorsque les deux arbitres ont nommé le président du tribunal arbitral le 4 septembre 2009, qui a accepté sa mission à la même date. Le 18 septembre 2009, le président du tribunal de commerce de Nanterre, saisi par les sociétés Elf Aquitaine et Total, a rétracté l'ordonnance sur requête rendue le 28 juillet 2009 motifs pris d'inexactitudes contenues dans la requête qui lui avait été présentée. Un appel a été interjeté par la société Interneft et les deux régions russes, mais, le 27 janvier 2010, la cour d'appel de Versailles a jugé que leur désistement de la procédure emportait acquiescement à la décision de première instance. Dans ce contexte, les sociétés Elf Aquitaine et Total mènent une véritable bataille judiciaire afin que la procédure arbitrale ne soit pas menée à son terme : assignation des arbitres devant le Président du tribunal de grande instance de Paris sur le fondement de l'article 809 al. 1^{er} CPC afin qu'il leur interdise de poursuivre leur mission⁴, assignation de l'arbitre désigné par le mandataire révoqué devant le tribunal de grande instance de Paris pour qu'il soit constaté que l'ordonnance désignant le mandataire est nulle et subsidiairement que la rétractation de cette ordonnance a un caractère rétroactif privant de tout pouvoir d'agir le mandataire au nom de la société liquidée et privant corrélativement de

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, *Rev. arb.*, 2006.126, note Ch. JARROSSON ; *D.*, 2006.274, note P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.*, 2006.144, ob. Ph. THÉRY.

² CA Paris, 19 déc. 1996, *Rev. arb.*, 1998.121, note Ch. JARROSSON ; Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p. 147, n° 177.

³ Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p. 156, n° 192.

⁴ TGI Paris (réf.), 6 janv. 2010, *SA Elf Aquitaine et SA Total c. MM. M., K. et R.*, *JCP*, 2010 I 644, n° 3, obs. J. ORTSCHIEDT ; *Cah. Arb.*, 2010.853, obs. L. DEGOS ; *D.*, 2010.2933, obs. Th. CLAY.

tout effet la désignation de M. B. en tant qu'arbitre¹, assignation devant le tribunal de grande instance de Paris sur le fondement d'une action en responsabilité délictuelle des trois arbitres, saisine d'une demande de récusation des arbitres devant le centre d'arbitrage suédois désigné à la convention d'arbitrage, saisine du tribunal de Grande instance de Stockholm tendant à voir déclarer que le tribunal arbitral composé est incompétent².

Notre propos n'est pas de commenter ces différentes actions. Espérons simplement que les juridictions françaises ne cèdent pas aux charmes des injonctions *anti-suit* visant à interrompre la procédure arbitrale dont elles ont été saisies³, et qu'elles fassent confiance à la justice arbitrale. Il est exceptionnel qu'une procédure arbitrale soit à l'origine d'une fraude ; même si c'est le cas, les arbitres pourront la sanctionner⁴. Notre propos est simplement de mettre en exergue le point sur lequel les débats se cristallisent : qui peut statuer sur la validité du contrat d'arbitre alors que l'instance arbitrale est en cours ? La désignation de l'arbitre réalisée par le premier mandataire *ad hoc* chargé de représenter la société *Elf Neftegaz* dans la procédure arbitrale est contestée au regard de la rétractation de l'ordonnance sur requête ayant désigné le mandataire lui-même. Le temps de l'instance arbitrale, le contentieux relatif à la validité d'un contrat d'arbitre relève-t-il du tribunal arbitral lui-même, de l'autorité en charge de la désignation des arbitres – centre d'arbitrage ou juge d'appui, peu importe –, ou du juge de droit commun ?

En principe, ce contentieux devrait relever de la juridiction compétente pour connaître du contrat d'arbitre, la juridiction de droit commun, non pas celle compétente en matière d'arbitrage⁵. La difficulté en l'espèce provient du fait que l'instance arbitrale est en cours et que l'une des parties tente de faire prononcer une injonction afin d'interrompre la procédure arbitrale. Le fait que l'instance arbitrale soit en cours est discutée ; pourtant, incontestablement, le tribunal arbitral était constitué : les trois arbitres avaient été désignés et avaient accepté leur mission le 4 septembre, soit 14 jours avant la rétractation de son ordonnance par le Président du tribunal de commerce de Nanterres. Il nous semble que ce que l'on a pu qualifier de « *principe de non-interférence* »⁶ ou « *principe de « non-ingérence* » »¹

¹ TGI Paris, 22 sept. 2010, *Elf Neftegaz c. M. B.*, CA Paris, 6 janv. 2011, *M. B. c. Elf Neftegaz*, *Rev. arb.*, 2011.171, note M. AUDIT ; *Cah. Arb.*, avr. 2011, n° 2, p. 425, note Y. DERAÏNS.

² Ces différentes procédures sont rapportées par l'ordonnance du juge de la mise en état du Tribunal de grande instance de Paris, 10/13652, rendue le 29 juin 2011, *SA Elf Aquitaine, SA Total c. Mattei, Kamara et Reiner*.

³ La demande d'injonction *anti-suit* contre la procédure arbitrale en cours a été rejetée par TGI Paris (réf.), 6 janv. 2010, *SA Elf Aquitaine et SA Total c. MM. M., K. et R.*, *op. cit.* Dans un autre contexte, rejetant également la demande d'injonction visant à suspendre la procédure arbitrale lorsque la sentence incidente de compétence a été frappé d'un recours en annulation, TGI Paris (réf.), 29 mars 2010, *République de Guinée équatoriale c. Société Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd*, *op. cit.*

⁴ Une récente affaire portée devant les juridictions françaises l'illustre, un arbitre ayant rétracté sa sentence condamnant la partie défenderesse, suite à la découverte d'une fraude de la part de la partie demanderesse : CA Paris, 17 juin 2010, *SARL African Petroleum Consultants (APC) c. société Nationale de Raffinage (Sonara)*, *Rev. arb.*, 2010.844, note S. BOLLÉE : « *il résulte des principes généraux du droit en matière de fraude que la rétractation d'une sentence arbitrale rendue en matière d'arbitrage international doit être admise en cas de fraude lorsque le tribunal arbitral peut être à nouveau réuni après le prononcé de la sentence* ».

⁵ En ce sens, Th. CLAY, *D.*, 2010.2933.

⁶ L. DEGOS, « L'absence de pouvoir d'injonction du juge étatique envers l'arbitre en application d'un principe de non-interférence », note sous TGI Paris (réf.), 6 janv. 2010, *SA Elf Aquitaine et SA Total c. MM. M., K. et R.*, TGI Paris, 29 mars 2010 (réf.), *République de Guinée équatoriale c. Société Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd*, *Cah. Arb.*, 2010.853.

des juridictions étatiques le temps de l'instance arbitrale – concept emprunté au droit humanitaire qui rappelle avec force le principe d'autonomie de la procédure arbitrale par rapport au droit et aux juridictions étatiques – devrait s'opposer à cette solution. Ce serait sinon ouvrir la porte aux manœuvres dilatoires. L'affaire Neftegaz le révèle : il est pour le moins choquant qu'une action en responsabilité délictuelle ait été engagée à l'encontre de tous les arbitres devant les juridictions françaises alors que l'instance arbitrale est en cours. Aussi paraît-il opportun de poser en principe, au nom de l'autonomie de la procédure arbitrale, qu'une action principale en nullité d'un contrat d'arbitre ne peut être engagée devant le juge de droit commun qu'une fois la sentence rendue.

Seconde solution, le temps de l'instance arbitrale, l'autorité compétente pour connaître de la validité des contrats d'arbitre est l'autorité de nomination des arbitres désignée par les parties ou à défaut, par le juge d'appui. La règle est posée par exemple par l'article 13(4) du règlement d'arbitrage CNUDCI². En ce sens, dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, le pouvoir de statuer sur la régularité de la composition d'un tribunal arbitral est généralement reconnu aux organes administratifs du centre d'arbitrage³. De nombreux droits étatiques permettent, de manière subsidiaire à une institution d'arbitrage, que ces contestations soient réglées par le juge d'appui⁴. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du janvier 2011 peut être interprété en ce sens⁵. D'aucuns doutent de la possibilité de leur intervention au motif que les pouvoirs d'intervention du juge d'appui seraient limités à des difficultés d'ordre pratique, factuel, à l'exclusion de difficultés résultant de questions de droit, à l'image de l'évaluation de « *la portée de la révocation rétroactive des pouvoirs du mandataire ad hoc sur la validité du contrat d'arbitre* »⁶. Le régime juridique des voies de recours en attesterait, l'ordonnance étant insusceptible de recours. Cette distinction opérée entre difficultés de fait et difficultés de droit ne nous semble pas déterminante. Quoi qu'il en soit, la contestation de la validité du contrat d'arbitre vise bien à remettre en cause la constitution du tribunal arbitral. Or, l'article 1454 CPC prévoit que la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui tranche « *tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral* ». Cette disposition permet de lever l'obstacle ici opposé à leur intervention. Peu importe la nature de la difficulté

¹ L'expression est N. MEYER FABRE et C. BAKER CHISS, « La nouvelle loi écossaise sur l'arbitrage (Arbitration (Scotland) Act 2010), *op. cit.*, p. 805, n° 3, l'Arbitration (Scotland) Act 2010 affirmant à son art. 1^{er} le principe selon lequel « *les tribunaux étatiques doivent s'abstenir d'intervenir dans la procédure arbitrale, sous la seule réserve des cas expressément prévus par la loi* ».

² Art. 13(4) du règlement d'arbitrage CNUDCI : « [s]i, dans les quinze jours à compter de la date de la notification de la récusation, toutes les parties n'acceptent pas la récusation ou l'arbitre récusé ne se déporte pas, la partie récusante peut décider de poursuivre la récusation. En ce cas, dans les trente jours à compter de la date de ladite notification, elle prie l'autorité de nomination de prendre une décision sur la récusation ».

³ Dans le cadre du règlement CCI, le pouvoir est édicté au profit de la Cour d'arbitrage à l'exclusion du tribunal arbitral (cf. notamment art. 7(4) règlement CCI (la cour d'arbitrage statue sur la désignation d'arbitrage), 9(2), 11 concernant spécifiquement la récusation, et 12 concernant le remplacement d'arbitres). Cf. par ex. D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 309, n° 13-26 : « [i]n institutional arbitration the normal procedure for a challenge is by a reasoned submission sent to the institution, which will then solicit comments from the other party and the arbitration tribunal. If the parties cannot agree on the removal of the challenged arbitrator or the arbitrator does not resign voluntarily the institution will have to decide on the issue ».

⁴ Pour le droit français, cf. art. 1456 à 1458 CPC.

⁵ CA Paris, 6 janv. 2011, *M. B. c. Elf Neftegaz*, *op. cit.*

⁶ M. AUDIT, note sous TGI Paris, 22 sept. 2010, *Elf Neftegaz c. M. B.*, CA Paris, 6 janv. 2011, *M. B. c. Elf Neftegaz*, *Rev. arb.*, 2011.171, spéc. p. 187.

à l'origine des difficultés de constitution du tribunal arbitral, qu'elle vise la nomination d'un arbitre, sa récusation, la validité du contrat d'arbitre, ou encore, pourquoi pas, la conformité de sa désignation au regard des exigences posées par les parties. L'intervention de l'organe administratif du centre d'arbitrage désigné par les parties ou du juge d'appui apparaît idéale au regard de leur qualité de tiers au contrat d'arbitre. Ils ne peuvent être suspectés de partialité – puisqu'ils ne sont pas juges et partis, comme les arbitres –. Cependant, leur intervention sera nécessairement limitée d'une part, par les règles de compétence internationale, et d'autre part, par les conditions posées à leur intervention par leur propre législation.

Lorsque l'autorité d'appui, arbitrale ou étatique, est dans l'impossibilité d'intervenir, pourquoi ne pas admettre que le tribunal arbitral puisse juger de l'investiture d'un ou de plusieurs de ses membres ? L'argument systématiquement opposé est qu'«[a]u contrat d'arbitre, l'arbitre est lui-même partie. Dès lors, le laisser apprécier la validité de ce contrat, c'est lui permettre d'être à la fois juge et partie [...]. Il y aurait ici une contradiction grossière avec le principe même de l'œuvre de justice qui suppose, par essence, un tiers impartial »¹. Mais, bien que juge et partie, pourquoi ne pas admettre que le tribunal arbitral puisse émettre une simple opinion sur la régularité de sa constitution au regard de la validité des contrats d'arbitre, sous réserve du contrôle du juge *a posteriori* et, éventuellement, du contrôle du juge du contrat ? Le risque de perturbations de l'instance arbitrale par la contestation de la validité du contrat d'arbitre, majeur, pourrait ainsi être neutralisé². Dans l'affaire commentée, le tribunal arbitral s'est jugé compétent pour apprécier la régularité de sa constitution. Par une sentence provisoire en date du 21 mars 2011, il retient qu'il est valablement constitué puisque la société défenderesse Neftegaz a été régulièrement représentée jusqu'à l'ordonnance en date du 18 septembre 2009, et l'arbitre régulièrement désigné³. Anciennement saisi de contestations relatives à l'appréciation des aptitudes des arbitres, moins houleuses que dans l'affaire considérée, le tribunal de grande instance de Paris a renvoyé l'affaire au tribunal arbitral lui-même⁴. Ces indices de l'existence d'un « *principe compétence-investiture* » peuvent également être observés en droit comparé. Par exemple, l'arbitrage CIRDI autorise les deux autres arbitres non récusés à se prononcer sur la demande de récusation faite à l'encontre d'un arbitre⁵. De même, le droit comparé comporte quelques signes d'admission du principe compétence-investiture. Ainsi, l'article 13(2) de la loi type CNUDCI autorise le tribunal arbitral à juger de la demande de récusation d'un arbitre lorsque l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, décision

¹ M. AUDIT, note sous TGI Paris, 22 sept. 2010, *Elf Neftegaz c. M. B.*, CA Paris, 6 janv. 2011, *M. B. c. Elf Neftegaz*, *op. cit.*, p. 184.

² Ce risque est souligné par Y. DERAIS, "Arbitrator's Contract and Competence-Competence", *Cah. Arb.*, avr. 2011, n° 2, p. 425 : « [...] *submitting to the ordinary courts of law disputes between a party and an arbitrator on the validity of the latter's appointment would render the competence-competence useless. Instead of disputing the validity of the arbitration agreement in order to block the arbitration proceedings, as was standard before the competence-competence principle, was firmly established, a party could obtain the same result by arguing that the Arbitral Tribunal was not properly constituted because, inter alia, one or several of the arbitrator's contracts were invalid. This would be the end of arbitration as it is known today* ». De man. gén., cf. Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, p. 145, n° 175.

³ Rapporté par l'ordonnance du juge de la mise en état du Tribunal de grande instance de Paris, 10/13652, rendue le 29 juin 2011, *SA Elf Aquitaine, SA Total c. Mattei, Kamara et Reiner*.

⁴ Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, p. 146, n° 176.

⁵ Cf. les art. 57 et 58 de la Convention de Washington et l'art. 9 du Règlement d'arbitrage CIRDI qui en détaille les modalités. Sur ces dispositions, Ch. JARROSSON, « Des arbitres sans contrôle ? », *op. cit.*, pp. 264 à 266.

susceptible d'un recours immédiat dans un délai de 30 jours devant les juridictions d'État. Ce système a été adopté par exemple par le droit autrichien¹. D'autres droits étrangers s'y sont ralliés². Mieux, de manière générale, l'article 30 de l'*Arbitration Act* anglais de 1996 autorise le tribunal arbitral à juger de la régularité de sa constitution³. L'interprétation élargie de la notion de compétence arbitrale, incluant la régularité de la constitution du tribunal arbitral, pourrait ainsi aboutir à permettre au tribunal arbitral, sur le fondement de la compétence-compétence, de juger de son investiture⁴.

La confusion maintenue entre les notions de compétence, pouvoir juridictionnel et investiture pourrait permettre que le tribunal arbitral, sur le fondement de l'article 1465 CPC, puisse juger des contrats d'arbitres. Mais les résistances restent vives. L'argument a été utilisé par les arbitres afin de faire obstacle aux différentes actions engagées par Total et Elf Aquitaine devant les juridictions françaises. Le juge des référés saisit sur le fondement de l'article 809 al. 1^{er} CPC a ainsi refusé de prononcer une injonction *anti-suit* sur le fondement du principe compétence-compétence, retenant que « *nonobstant les effets de la rétractation de l'ordonnance ayant désigné Me C. en qualité de mandataire ad hoc de la société Elf Neftegaz et la désignation irrégulière de deux des trois arbitres, la question de l'existence du Tribunal arbitral ou de la régularité de sa constitution relève de la compétence de la justice arbitrale qui exclut la saisine du juge des référés* »⁵. L'argument a été à nouveau opposé devant le tribunal de grande instance de Paris et la cour d'appel de Paris par l'arbitre dont l'investiture était contestée afin de faire obstacle à l'action engagée contre lui⁶, mais écarté d'un revers de main par le tribunal de grande instance de Paris au motif que « *le litige soumis à la présente juridiction ne porte pas, même de manière indirecte, sur la validité de la clause compromissoire contenue dans le contrat du 6 février 1992, sur le fond du litige objet de la clause compromissoire, sur la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur le litige opposant les parties au contrat du 6 février 1997 ou ses pouvoirs juridictionnels* » ; il a pour objet « *la régularité de la représentation de la société Elf Neftegaz et l'examen des conditions dans lesquelles le contrat d'arbitrage s'est – ou non – formé entre cette société et M. B.* »⁷. L'arrêt a été cassé par la cour d'appel de Paris au regard de l'incompétence internationale du juge français, sans qu'il se prononce directement sur la question qui nous intéresse⁸.

¹ Art. 589 CPC autrichien (publié en français in *Rev. arb.*, 2006.518), cf. A. REINER, « La réforme du droit autrichien de l'arbitrage par la loi du 13 janv. 2006 », *op. cit.*, pp. 410-411.

² Cf. notamment art. 1052(3) WBR. La solution est également fréquemment retenue en Amérique latine, les procédures de récusation applicables au Brésil (art. 15 de la loi 9307 du 23 sept. 1996) ou au Panama (art. 34 du Décret-loi de 1999) laissant au tribunal arbitral le pouvoir de trancher les demandes de récusation des arbitres, sous réserve du contrôle du juge étatique lors de l'exercice des voies de recours contre la sentence, sur lesquelles F. MANTILLA-SERRANO, « Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes) », *Rev. arb.*, 2005.561, pp. 582-583.

³ Art. 30(1) de l'*Arbitration Act* de 1996 : « [...] *le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, c'est-à-dire décider [...] b) si le tribunal arbitral a été régulièrement composé [...]* ».

⁴ A. DIMOLITSA, « Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *op. cit.*, p. 320, n° 15.

⁵ TGI Paris (réf.), 6 janv. 2010, *SA Elf Aquitaine et SA Total c. MM. M., K. et R.*, *op. cit.*

⁶ TGI Paris, 22 sept. 2010, *Elf Neftegaz c. M. B.*, CA Paris, 6 janv. 2011, *M. B. c. Elf Neftegaz*, *Rev. arb.*, 2011.171, note M. AUDIT. L'arbitre dont l'investiture est contestée invoquait les articles 1458 et 1466 CPC.

⁷ TGI Paris, 22 sept. 2010, *Elf Neftegaz c. M. B.*, *Rev. arb.*, 2011.171 (1^{re} esp.), note M. AUDIT.

⁸ CA Paris, 6 janv. 2011, *M. B. c. Elf Neftegaz*, *Rev. arb.*, 2011.171 (2^e esp.), note M. AUDIT : « *en matière d'arbitrage international, il n'entre pas dans les pouvoirs du juge étatique français de statuer, avant le prononcé de la sentence, sur la régularité de la composition du tribunal arbitral, dès lors que ce tribunal, définitivement constitué, n'a pas son siège en France en ne fait pas application des règles de procédure françaises ; que la*

Quoi qu'il en soit, la philosophie à l'œuvre pour le contrôle de la compétence, qu'un auteur a pu qualifié de « *principe de non-interférence* »¹, devrait irriguer le contrôle de l'investiture : permettre au tribunal arbitral de pouvoir émettre une opinion sur son investiture, sous réserve du contrôle étatique ultérieur, soit de manière indirecte à travers le contentieux relatif à la sentence, soit de manière plus directe devant le juge du contrat.

Conclusion

381. Pour conclure, sans prétendre trancher un débat que les meilleurs processualistes n'ont pas épuisé, il nous paraît conforme à une utilisation du langage juridique de considérer que l'effet positif de la compétence-compétence permet au tribunal arbitral de juger des contestations de sa compétence, dont on retiendra la définition suivante : *aptitude d'un tribunal arbitral à connaître d'un litige déterminé de préférence à la justice étatique (compétence arbitrale générale), ou de préférence à un autre tribunal arbitral (compétence arbitrale spéciale)*.

On observera que l'objet de l'effet positif de la compétence-compétence est plus large que le principe de compétence-compétence dans son ensemble, restreint à la compétence juridictionnelle générale – répartition des litiges entre justice publique et justice privée. L'effet positif s'applique à toute forme de contestation de la compétence arbitrale, que ce soit au profit des juridictions d'État internes, d'un autre tribunal arbitral, ou encore d'une juridiction interétatique.

Ces précisions apportées, les développements qui suivent seront exclusivement consacrés à la question de savoir si le tribunal arbitral est apte à véritablement juger de sa compétence.

contestation, par une partie française à la convention d'arbitrage, de la validité du contrat d'arbitre, conclu en son nom avec l'un des membres du tribunal, ne saurait avoir pour effet de déroger à ce principe ».

¹ L. DEGOS, « L'absence de pouvoir d'injonction du juge étatique envers l'arbitre en application d'un principe de non-interférence », *op. cit.* : « une fois que le Tribunal arbitral est effectivement constitué et en état de juger [...], les arbitres composent une juridiction qu'un autre juge ne saurait, de quelques façons que ce soit, gouverner ».

Titre 1.- Les fondements de l'effet positif du principe compétence-compétence

382. Afin d'identifier la nature de l'effet positif de la compétence-compétence, partons en quête de ses sources. Concernant l'origine des pouvoirs des arbitres, la doctrine marque une certaine circonspection : « *the powers, duties, and jurisdiction of an arbitral tribunal arise from a complex mixture of the will of the parties, the law governing the arbitration agreement, the law of the place of arbitration, and the law of the place of recognition or enforcement of the award may be sought* »¹. De cette observation, deux pistes distinctes peuvent être exploitées.

Au regard des sources positives tout d'abord, nous pouvons tenter d'identifier l'ordre juridique de rattachement de l'effet positif (chapitre 1). L'effet positif de la compétence-compétence est incontestablement une règle de droit. D'ailleurs, il semble prendre sa source dans le droit processuel, reconnu au profit de tout organe juridictionnel. Cette première piste est un indice, mince mais existant, en faveur de la source juridictionnelle de la règle et de la qualification de pouvoir inhérent.

Au regard de sources plus théoriques ensuite, des éléments déterminants nous sont fournis par l'identification de l'aspect de l'arbitrage auquel l'effet positif doit être rattaché (chapitre 2) : contrat ou procès ? Il apparaît que l'effet positif de la compétence-compétence doive être rattaché à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage.

Au vu de ces éléments convergents, il semble que l'effet positif de la compétence-compétence puisse être qualifié de *pouvoir*, élément constitutif de la *jurisdictio*.

¹ N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 131, n° 5.02.

Chapitre 1.- L'ordre juridique de rattachement de l'effet positif

383. Il ne s'agit pas ici d'évoquer la question des problèmes de qualification de l'effet positif de la compétence-compétence, à l'origine de difficultés d'identification de la règle de conflit de lois applicable¹. Notre réflexion se situe un peu plus en amont. Il s'agit de se demander à quel ordre juridique les arbitres s'estiment liés afin de déterminer s'ils ont la possibilité de juger de leur compétence. Sans doute, afin de déterminer si un tribunal arbitral est juge de sa compétence, les juridictions d'un État déterminé s'appuieront sur leur propre droit national, soit en recourant à leur propre règle de conflit de lois, soit en appliquant directement leur propre loi nationale de l'arbitrage. Mais pour les arbitres, la question reste entière. Un tribunal arbitral est-il rattaché à un ou plusieurs ordres étatiques, national ou international, ou à un ordre juridique non étatique, *lex mercatoria* ou ordre arbitral ? Que l'arbitrage soit interne ou international, selon quel droit et au regard de quel ordre juridique les arbitres déterminent-ils s'ils peuvent statuer sur leur propre compétence ? En droit de l'arbitrage interne, il est fréquent que les tribunaux arbitraux se tournent vers la loi de l'État du siège de l'arbitrage. Mais, en présence d'un arbitrage international, qu'en est-il ? Les arbitres se tournent-ils vers le droit de l'État du siège – loi nationale ou règle de conflit de lois –, les droits des États intéressés au litige ou le droit international ou transnational de l'arbitrage ?

384. L'examen des sentences arbitrales révèle un certain impressionnisme. Il n'existe pas de consensus sur l'ordre juridique de rattachement de l'arbitrage, et ainsi aucune convergence sur le droit applicable à la question de savoir si les arbitres sont juges de leur compétence. De prime abord, la jurisprudence arbitrale² révèle d'importantes divergences d'appréciation de l'ordre juridique de rattachement (section 1) afin de déterminer si elles ont le pouvoir de juger de leur compétence. Toutefois, à y regarder de plus près, ces divergences sur l'ordre juridique de rattachement de l'arbitrage ne sont qu'apparentes (section 2).

Section 1.- Les divergences d'appréciation de l'ordre juridique de rattachement

385. Lorsque l'effet positif de la compétence-compétence est directement en cause, les tribunaux arbitraux recherchent tous azimuts une justification possible à la possibilité de statuer sur leur compétence, par tous les fondements ou règles possibles et imaginables. Les tribunaux arbitraux recourent plutôt à une application cumulative de fondements afin de donner le maximum d'assise à leur décision : aussi bien le contrat que le procès, la méthode des conflits de lois ou la méthode des règles matérielles. L'absence de for du tribunal arbitral apparaît plus être une contrainte qu'une liberté.

386. Concernant l'identification de l'ordre juridique de rattachement de l'arbitrage permettant de définir si le tribunal arbitral détient l'effet positif de la compétence-compétence, il n'y a pas non plus d'unanimité. Règne la diversité. Les tribunaux arbitraux sont eux-mêmes

¹Sur la question, cf. Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 138-139, n° 243 ; P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence », op. cit.

²Sur la notion de jurisprudence arbitrale, cf. J.-M. JACQUET, « Avons-nous besoin de jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.*, 2010.445.

divisés sur la question. Les divergences d'identification de l'ordre juridique de rattachement dans la jurisprudence arbitrale ne sont que la traduction de divergences plus fondamentales, résultant de la diversité des représentations philosophiques de l'arbitrage. Les divergences de source de la juridicité de l'arbitrage empêchent l'identification claire du droit pertinent au regard duquel le tribunal arbitral peut vérifier s'il détient l'effet positif de la compétence-compétence. Certains tribunaux arbitraux privilégient le droit de l'État du siège de l'arbitrage (§1), d'autres les droits intéressés au litige (§2), d'autres encore le droit transnational de l'arbitrage (§3).

§1.- Le droit de l'État du siège de l'arbitrage

387. Certains tribunaux arbitraux apprécient s'ils peuvent juger de leur compétence au regard du droit du siège de l'arbitrage, privilégiant donc l'ancrage de l'arbitrage dans l'État du siège de l'arbitrage.

388. On peut se référer tout d'abord à de nombreuses sentences rendues sous l'égide du TAS. Leur examen est à ce titre particulièrement intéressant dans la mesure où le règlement de procédure du TAS ne contient pas de dispositions prévoyant que le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence. Aussi, de nombreux tribunaux arbitraux constitués sous l'égide de cette institution se sont prononcés sur la source de l'effet positif, n'ayant pas pu recourir au classique appui de l'arbitrage institutionnel – à savoir le règlement d'arbitrage –. Les affaires *Football Association of Wales (FAW) c/ UEFA*¹ et *Besiktas c/ FIFA et SC Freiburg*² illustrent le raisonnement typique des formations arbitrales du TAS pour justifier qu'elles détiennent l'effet positif : « [I]e siège des formations du TAS, fixé à Lausanne par l'article R 28 du règlement de procédure, entraîne soumission des procédures à la LDIP suisse dont l'article 176, on le rappelle, commande l'application à tout arbitrage dont le siège est en Suisse, et l'article 186 de la LDIP autorise d'ailleurs expressément l'arbitre à statuer sur sa compétence »³. On ne saurait mieux exprimer le rattachement de l'arbitrage à l'État du siège. Dès lors que le tribunal arbitral siège en Suisse – Lausanne étant fixée comme siège des formations arbitrales par le Règlement de procédure⁴ –, il doit faire application de la LDIP suisse. Celle-ci définit son champ d'application à l'article 176 al. 1 LDIP comme suit : « [I]es dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse ». La règle de conflit édictée par l'article 176 prévoyant l'application du droit suisse, les tribunaux arbitraux font ainsi application du droit de l'arbitrage international suisse, lui-même reconnaissant au tribunal arbitral le pouvoir de juger de sa compétence à l'article 186 LDIP.

¹ Sentence du TAS n° 2002/A/593 rendue le 6 juillet 2004, *Football Association of Wales (FAW) c. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, JDI, 2005.1301, obs. D. HASCHER.

² Sentence du TAS n° 2002/O/422 rendue le 10 mars 2003, *Besiktas c. Fédération Internationale Football Association (FIFA) et SC Freiburg*, JDI, 2005.1312, obs. D. HASCHER.

³ D. HACHER, note sous sentence du TAS n° 2002/A/593 rendue le 6 juillet 2004, *Football Association of Wales (FAW) c. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, *op. cit.*, p. 1303.

⁴ Art. R 28 du Règlement de procédure du TAS.

Le recours systématique à la loi du siège de l'arbitrage par les formations arbitrales du TAS pour déterminer si elles détiennent le pouvoir de juger de leur compétence s'explique peut-être par la particularité de cette forme d'arbitrage institutionnel : le siège de l'arbitrage est fixé par le règlement de procédure lui-même à Lausanne. Cependant, la loi de l'État du siège de l'arbitrage a été utilisée dans d'autres formes d'arbitrage. Pour apprécier s'ils peuvent juger de leur compétence, certains tribunaux arbitraux constitués sous l'égide de la CCI ont invoqué les dispositions du règlement d'arbitrage CCI, mais aussi la loi de l'État du siège de l'arbitrage¹. Par exemple, dans la sentence rendue dans l'affaire n° 3987 en 1983, le tribunal arbitral vérifie qu'il peut juger de sa compétence au regard de l'article 8(3) du Règlement CCI et du droit zurichois². Quels sont les possibles éléments de rattachement qui expliquent la désignation de la loi zurichoise ? Tout d'abord, Zurich était le siège de l'arbitrage. Ensuite, le droit zurichois était également applicable subsidiairement à la procédure arbitrale, sur le fondement de la volonté des parties³. Cependant, ces précisions arrivent seulement après que le tribunal arbitral ait statué sur l'effet positif. Aussi, bien que le tribunal arbitral ne justifie pas la raison du recours au droit zurichois, on peut supposer, au vu de la structure de la sentence, que l'élément de rattachement déterminant est le siège de l'arbitrage. Par la voie directe, le tribunal arbitral désigne la loi du siège de l'arbitrage comme applicable à l'effet positif du principe de compétence-compétence. Parmi d'autres exemples⁴, dans la sentence rendue dans l'affaire n° 6719 en 1994, le tribunal arbitral vérifie très succinctement, en une phrase, « *qu'il est habilité à prendre toute décision sur sa propre compétence (art. 8.3 du Règlement et aussi art. 186/1 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18-12-87)* »⁵. S'il se fonde sur la LDIP, le tribunal arbitral ne justifie pas à quel titre cette loi est appliquée. Au contraire, lorsqu'il statue ensuite sur l'arbitrabilité du litige, le tribunal arbitral justifiera en détail la loi applicable. Le seul élément dans cette affaire qui puisse justifier le recours à la LDIP était le siège de l'arbitrage, choisi par les parties : Genève. Il n'y avait en l'espèce aucun autre point de contact possible avec la Suisse. Aussi, on peut supposer que la loi suisse de l'arbitrage est applicable à l'effet positif du principe de compétence-compétence car c'est le droit du siège de l'arbitrage. Ce même raisonnement est fréquemment suivi par les tribunaux arbitraux siégeant en Suisse sur le fondement du champ d'application de la LDIP⁶.

¹ Pour d'autre ex., cf. sentence intérimaire sur la compétence CCI n° 10671 rendue le 31 juil. 2000, *JDI*, 2005.1268 ; sentence finale CCI n° 3572 rendue en 1982, in S. JARVIN, Y. DERAÏNS et J.-J. ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1986-1990)*, op. cit., p. 154, spéc. pp. 158-159 se référant aussi bien au règlement d'arbitrage qu'à la loi suisse de l'arbitrage, loi du siège de l'arbitrage.

² Sentence CCI n° 3987 rendue en 1983, *JDI*, 1984.943, obs. Y. DERAÏNS ; in S. JARVIN et Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1975-1985)*, op. cit., p. 521.

³ *Ibid.*, p. 947.

⁴ Sentence finale CCI n° 5294 rendue le 22 fév. 1988, in S. JARVIN, Y. DERAÏNS et J.-J. ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1986-1990)*, op. cit., p. 180, Zurich étant le siège de l'arbitrage, le tribunal arbitral retient que la loi de procédure est la loi zurichoise. Il vérifie qu'il est juge de sa compétence au regard du droit zurichois et du règlement d'arbitrage CCI.

⁵ Sentence partielle CCI n° 6719 rendue en 1994, *JDI*, 1994.1071, obs. J.-J. ARNALDEZ, p. 1072.

⁶ Cf. par ex. sentence partielle sur la compétence et la recevabilité CCI n° 6474 en 1992, J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAÏNS, D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1996-2000)*, op. cit., p. 341, spéc. p. 342, le tribunal arbitral se jugeant compétent sur le fondement du règlement d'arbitrage CCI et de l'article 186 LDIP, « *which is undoubtedly applicable because the place of arbitration is in Switzerland* », loi dont l'application a été confirmée par les parties dans l'acte de mission.

389. Par le choix de la loi de l'État du siège de l'arbitrage, les tribunaux arbitraux se rattachent à la représentation monolocalisatrice de l'arbitrage : le tribunal arbitral est perçu comme une juridiction interne de l'ordre de l'État du siège de l'arbitrage, conçu comme la loi du for des arbitres. Selon cette conception, le tribunal arbitral ne détient valablement le pouvoir de juger de sa compétence que si la loi du siège de l'arbitrage – loi nationale, internationale ou règle de conflit – le lui reconnaît. Si, au contraire, l'État du siège de l'arbitrage ne lui reconnaît pas le pouvoir de juger de sa compétence, il en serait privé.

On remarquera que rares sont les droits étatiques refusant au tribunal arbitral le pouvoir de statuer sur sa compétence. Rares sont donc les tribunaux arbitraux qui se verraient empêchés de juger de leur compétence. Cependant, il en existe. C'est le cas par exemple du droit chinois. Dans cette représentation, un tribunal arbitral siégeant un Chine devrait faire application de la loi nationale, refuser de juger de sa compétence et renvoyer la question aux organes administratifs du centre d'arbitrage ou aux juridictions d'État¹.

390. Cette représentation de l'arbitrage conduit à privilégier, en présence d'un arbitrage international, le recours à la méthode des conflits de lois par le tribunal arbitral². Dans ce cadre, le débat autour de la qualification de l'effet positif de la compétence-compétence afin de définir la loi qui lui est applicable est alors pertinent. Le tribunal arbitral, afin de vérifier s'il peut ou non juger de sa compétence, devrait faire application de la règle de conflit de lois définie par l'État du siège de l'arbitrage. La jurisprudence du TAS s'inscrit parfaitement dans ce mouvement.

391. Cette méthode est encore défendue par une partie de la doctrine³. Spécifiquement à propos de la possibilité pour un tribunal arbitral de prononcer des mesures provisoires, un auteur affirme que l'ordre juridique du siège « *a vocation à délimiter les pouvoirs de l'arbitre, et ce dernier est tout naturellement tenu d'en respecter les dispositions* »⁴. Le même raisonnement peut être étendu à la question de savoir si le tribunal arbitral a le pouvoir de juger de sa compétence.

§2.- Les droits intéressés au litige

392. D'autres tribunaux arbitraux privilégient l'application cumulée des différents droits intéressés au litige. Ainsi, par exemple, un tribunal arbitral a défini s'il pouvait statuer sur sa propre compétence au regard des règles de procédure de la CCI, du droit français et de

¹ Sur l'absence de reconnaissance de l'effet positif de la compétence-compétence en droit chinois, cf. S. LIANBIN, Z. JIAN and L. HONG, "Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People's Republic of China", *op. cit.*

² Sur l'application de la méthode des conflits de lois à l'effet positif de la compétence-compétence, cf. P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.* ; critiquant son utilisation, E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, p. 324, note n° 38.

³J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.* ; N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, pp. 350-351, n^{os} 5.108 et 5.109, selon lesquels les pouvoirs des arbitres sont définis par la convention d'arbitrage, qui ne peut attribuer que ce que permet la loi applicable au siège de l'arbitrage. Or, la *lex arbitrii* serait la loi du siège de l'arbitrage pour ces auteurs (*ibid.*, p. 173, n° 3.34).

⁴ S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, *op. cit.*, p. 92, n° 114.

la Convention de Genève de 1961¹. Concernant l'invocation de la loi française, le tribunal arbitral justifie expressément son application : Paris est le siège de l'arbitrage, le droit français est le « *droit en vigueur au siège de la procédure* ». Le recours à la Convention de Genève de 1961 est plus difficile à expliquer. Le tribunal arbitral s'appuie sur la Convention, pour ensuite s'en écarter en précisant que « *la Grèce n'a pas adhéré à cette convention* ». La Convention exige en effet pour être appliquée que les parties à l'arbitrage soient toutes établies dans des États ayant ratifié la Convention. Si le tribunal arbitral fait référence à cette convention internationale, c'est afin de renforcer la source du principe compétence-compétence, car le droit grec – droit de l'établissement de la défenderesse, susceptible d'être un des lieux d'exécution de la sentence – ne reconnaissait pas à cette époque l'effet positif. Le tribunal arbitral, afin de minimiser sa propre décision sur la compétence, conclut en précisant que sa décision sur sa compétence ne lie pas les juridictions étatiques de l'État requis en s'appuyant sur la Convention de New York.

393. Par cette analyse, le tribunal arbitral en cause, déterminant s'il dispose du pouvoir de juger de sa compétence selon les différentes lois étatiques intéressées au litige – ce qui inclut non seulement la loi étatique du siège de l'arbitrage mais aussi les différentes lois des États potentiels de l'exécution de la sentence –, adhère à la conception dite « *multilocalisatrice* » ou « *westphalienne* » de l'arbitrage. Selon cette représentation, l'arbitrage serait rattaché non pas au seul État du siège, mais à « *l'ensemble des ordres juridiques prêts [...] à reconnaître l'efficacité de la sentence* »².

Dans ses premières analyses faites de la règle, écartant l'hypothèse que la convention d'arbitrage puisse être la source de l'effet positif, M. Gaillard s'est rallié un temps à cette proposition. L'effet positif de la compétence-compétence prendrait sa source dans « *le droit de l'arbitrage de l'État du siège de l'arbitrage et, plus généralement, de l'ensemble des États susceptibles de reconnaître une sentence rendue par des arbitres sur leur propre compétence* »³. En ce sens, une obligation générale, parfois édictée par les règlements d'arbitrage, impose aux arbitres de faire « *tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale* ». Le tribunal arbitral devrait donc faire tous les efforts nécessaires pour que sa décision sur la compétence soit susceptible d'être accueillie, ce qui implique premièrement de vérifier s'il détient le pouvoir de juger de sa compétence au regard des différentes législations intéressées au litige.

394. Dans le cadre de cette représentation, la recherche du droit applicable à l'effet positif de la compétence-compétence ne passe pas nécessairement par une règle de conflit de lois. Le tribunal arbitral peut se contenter de vérifier que les lois nationales des États intéressés au litige – toutes ou en partie – et les conventions internationales auxquelles ils sont parties reconnaissent l'effet positif de la compétence-compétence, sans devoir passer par les règles de conflit de lois de chacun des États. En ce sens, lorsqu'une sentence arbitrale sera présentée aux juridictions étatiques pour y être contrôlée dans l'objectif d'une exécution

¹ Sentence CCI n° 1526 rendue en 1968, *JDI*, 1974, p. 915, obs. Y. DERAÏNS ; in S. JARVIN et Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1975-1985)*, op. cit., p. 524.

² E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., p. 46, n° 23.

³ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 414, n°658. Cette analyse est reprise par des nombreux auteurs, cf. notamment J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, op. cit., pp. 934-935, n° 2540.

forcée, il est fréquent que ces dernières, dès lors qu'elles adoptent une vision délocalisée de l'arbitrage, vérifient si le tribunal arbitral détient l'effet positif par rapport à leur propre législation nationale, sans rechercher la règle de droit qu'aurait dû appliquer le tribunal arbitral après l'avoir identifiée selon un raisonnement conflictuel. La conception multilocalisatrice de l'arbitrage se passe donc de la méthode des conflits de lois, au profit de la voie directe, choix direct d'une loi nationale ou au profit des règles matérielles, résultant du consensus des États intéressés au litige.

395. La méthode multilocalisatrice, fréquemment utilisée par les tribunaux arbitraux pour déterminer s'ils sont compétents pour connaître du fond du litige, ne l'est que rarement lorsqu'ils statuent explicitement pour déterminer si l'effet positif de la compétence-compétence leur est reconnu. Même s'ils devaient y recourir, la méthode ne serait pas un obstacle majeur à l'effet positif de la compétence-compétence dans la mesure où l'essentiel des législations nationales reconnaissent au tribunal arbitral le pouvoir de juger de sa compétence. Cependant, la question de savoir si le tribunal arbitral ne devrait accepter de juger de sa compétence que si l'intégralité des lois intéressées au litige lui reconnaît cette possibilité ou s'il pourrait se contenter de l'aval d'une seule loi ou d'une majorité de lois, reste entière. Toutefois, il est fort probable que les États adhérents à une vision délocalisée de l'arbitrage décident de « *poser eux-mêmes les conditions d'efficacité de la sentence, en général libéralement conçues, et à les imposer à toute sentence soumise à leurs juges, sans recherche de la localisation de celle-ci. Ils ne reprocheront donc pas à l'arbitre d'avoir statué sur sa compétence, même si la loi du siège imposait le sursis à statuer* »¹.

§3.- Le droit transnational de l'arbitrage

396. Certains tribunaux arbitraux privilégient le recours aux règles matérielles, l'effet positif étant considéré comme une règle matérielle de l'arbitrage.

Les traces de cette méthode sont anciennes. Ainsi, lors du célèbre arbitrage opposant TOPCO et la Libye concernant un litige relatif à des nationalisations, l'arbitre unique, confronté à une contestation de sa compétence a retenu qu'il était juge de sa compétence en vertu d'une « *customary rule, which has the character of necessity, derived from the jurisdictional nature of the arbitration, confirmed by case law more than 100 years old and recognized unanimously by the writings of legal scholars* »².

Cette tendance peut être observée dans l'arbitrage CCI. Il y a plus de quarante ans, un tribunal arbitral CCI invoquait, timidement, « *une règle admise en matière d'arbitrage international* » selon laquelle « *à défaut de disposition contraire de la procédure étatique, l'arbitre statue sur sa propre compétence* »³. Selon le tribunal arbitral, cette règle n'aurait qu'un caractère supplétif. Aussi, les dispositions spécifiques contraires du droit étatique refusant ce pouvoir au tribunal arbitral prévaudraient. C'est pourquoi le tribunal arbitral a vérifié si tous les droits intéressés au litige n'allaient pas à l'encontre de cette règle : le droit

¹ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, spéc. p. 345, n° 13.

² Sentence sur la compétence du 27 nov. 1975, *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v The Government of the Libyan Arab Republic*, JDI, 1977.350.

³ Sentence CCI n° 1526 rendue en 1968, *op. cit.*

du siège de la CCI, le droit du siège de l'arbitrage ainsi que le droit de l'État de la partie défenderesse à l'arbitrage. Le commentateur exprima ses regrets. Mais c'était déjà un premier pas engageant vers l'émergence d'une règle matérielle transnationale. Rapidement, on observe que la référence à une éventuelle disposition contraire de la procédure étatique disparaît. Dès 1970, un tribunal arbitral CCI retient que le pouvoir d'un arbitre de juger de sa compétence est fermement établi en droit et qu'il constitue un principe « *bien établi* », s'appuyant sur des multiples références, dont le Règlement d'arbitrage CCI accepté par les parties, concluant que « *this principle or custom is based on obvious reasons of justice and convenience* »¹. On peut se référer ensuite à une sentence rendue dans l'affaire CCI n° 3987 en 1983 qualifiant la question de savoir si le tribunal arbitral est juge de sa compétence de « *vieille question litigieuse de caractère théorique* » qui a été « *élucidée par les Règles de procédure de la Cour d'arbitrage, par le législateur français et par la conviction juridique internationale* »². La référence à une loi étatique subsiste, mais on peut voir dans la notion de « *conviction juridique internationale* », la référence à une règle matérielle internationale. Ensuite, un autre tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI s'appuiera, afin de déterminer s'il peut juger de sa compétence, aussi bien sur le règlement d'arbitrage CCI que sur le principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence³. La référence à un droit étatique déterminé est alors exclue, référence étant seule faite à ce principe de droit processuel. Régulièrement, les tribunaux arbitraux recourent au seul principe compétence-compétence, simplement rappelé par le règlement d'arbitrage CCI⁴. Ils se détachent parfois de toute référence au règlement d'arbitrage, se basant uniquement sur le consensus transnational dont bénéficie la règle⁵. Dans la même lignée, on pourra enfin citer une sentence faisant une application cumulée de méthodes et fondements disparates, le tribunal arbitral jugeant qu'il « *bénéficie du droit de statuer sur sa propre compétence, ainsi qu'il résulte de l'article 8.3 du règlement d'arbitrage de la C.C.I. et de l'article 1466 du NCPC. En effet, le principe « Compétence-compétence » est une règle fondamentale de tout type de procédure, y compris de la procédure arbitrale et n'est d'ailleurs pas contesté par la défenderesse* »⁶. Ce recours à de multiples fondements traduit la volonté des arbitres de mettre en exergue le consensus qui existe autour de l'effet positif de la compétence-compétence, déduisant lui-même l'existence d'une « *règle fondamentale [...] de la procédure arbitrale* ».

¹ Deuxième sentence préliminaire CCI n° 1512 rendue le 14 janv. 1970, in S. JARVIN et Y. DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1975-1985)*, op. cit., p. 37.

² Sentence CCI n° 3987 rendue en 1983, op. cit.

³ Sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, *JDI*, 1988.1206 : le tribunal arbitral « *peut et il doit, comme tout juge, statuer sur sa propre compétence (conformément d'ailleurs, aux prescriptions de l'article 8, §3 du règlement d'arbitrage de la CCI) [...]* ».

⁴ Sentence préliminaire CCI n° 7929 rendue en 1995, in J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAIS, D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1996-2000)*, op. cit., p. 373, spéc. p. 374 : « *The principle of compétence-compétence is an accepted legal principle: it is well established that an arbitral, properly constituted, is competent to decide whether or no it has jurisdiction over a particular dispute or disputes* ».

⁵ Sentence CCI n° 10274 rendue en 1999, in J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAIS, D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (2001-2007)*, op. cit., p. 229, spéc. p. 234, n° 10 : « *[...] the tribunal has jurisdiction to decide about the issue of jurisdiction based on the Kompetenz-Kompetenz doctrine. There is a substantial agreement that in international commercial arbitration the arbitrator should, in ordinary circumstances, have the power to determine his or her own jurisdiction without prior recourse to the courts* ».

⁶ Sentence partielle CCI n° 6709 rendue en 1991, *JDI*, 1992. 998, obs. D. HASCHER, p. 999.

Cette même tendance peut être observée dans d'autres formes d'arbitrage institutionnel. En matière d'arbitrage sportif, certaines formations arbitrales précisent par exemple que l'article 186 LDIP n'est que « *l'incarnation d'un principe largement reconnu de l'arbitrage international* »¹. L'article 186 LDIP ne serait que l'incorporation dans le droit suisse de l'arbitrage du principe de compétence-compétence, règle matérielle internationale ou transnationale. Concernant l'arbitrage CIRDI, le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Pey Casado*² s'est jugé compétent pour statuer sur la contestation de sa compétence tout d'abord sur le fondement de l'article 41 de la Convention de Washington, désigné comme le « *texte de base* »³. Cependant, c'est pour ensuite immédiatement préciser que la possibilité pour un tribunal arbitral de juger de sa compétence est « *un principe généralement admis en matière de règlement judiciaire ou arbitral international* », principe dont il est précisé qu'il a été « *accepté sans discussion lors de l'élaboration de la Convention* »⁴. Le tribunal arbitral fait ainsi référence à l'existence d'un principe de droit processuel plus que d'une règle matérielle.

De ces différentes sentences, il ressort, de manière plus ou moins convaincante selon les espèces, que différents tribunaux arbitraux vérifient qu'ils peuvent juger de leur compétence au regard non pas d'un droit étatique déterminé – droits étatiques intéressés au litige, lois nationales ou conventions internationales –, mais au regard de ce qu'ils considèrent comme une « *règle matérielle* », ou un « *principe général* » leur reconnaissant le pouvoir de juger de leur compétence. Ce faisant, ils se rallient à la conception transnationale de l'arbitrage, qui postule que l'arbitrage puise sa juridicité « *non dans un ordre juridique étatique, qu'il s'agisse de celui du siège ou de celui du ou des lieux d'exécution, mais dans un ordre juridique tiers, susceptible d'être qualifié d'ordre juridique arbitral* »⁵. Comme le préconisait déjà Philippe Fouchard dès 1965 en visionnaire, « *en réalité [...], c'est une règle matérielle internationale qu'il faudrait dégager, et qui, en donnant à l'arbitre compétence pour apprécier sa propre compétence, interdirait toute manœuvre dilatoire au cours de la procédure arbitrale* »⁶.

397. On pourra considérer que le choix de telle ou telle autre représentation de l'arbitrage ne présente aucun intérêt pratique alors que la plupart des législations nationales reconnaissent au tribunal arbitral le pouvoir de juger de sa compétence. Mais ce serait négliger « *la persistance des enjeux* »⁷ en pratique. Seule la conception transnationale permet, sans aucun doute, au tribunal arbitral d'écarter une législation isolée et rétrograde lui refusant le droit de juger de sa compétence. Le tribunal arbitral devrait alors faire prévaloir les règles transnationales, issues de l'ordre juridique de rattachement : l'ordre arbitral. Par exemple, un tribunal arbitral devrait en toutes circonstances décider qu'il dispose du pouvoir de juger de sa compétence, peu importe que le droit chinois intéressé au litige – soit parce que le siège de l'arbitrage est en Chine, soit parce que ce pays est le lieu potentiel d'exécution de la sentence

¹ Sentence du TAS n° 2005/A/952 rendue le 24 janvier 2006, *Cole c. FAPL, JDI*, 2007.202, obs. E. LOQUIN, spec. p. 203, n° 3 : « *according to the Swiss legal scholars, this provision "is the embodiment of the widely recognized principle in international arbitration of "Kompetenz-Kompetenz"* ».

² Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 8 mai 2002, *Casado c. Chili*, ARB/98/2, *op. cit.*

³ *Ibid.*, n° 79.

⁴ *Ibid.*, n° 80.

⁵ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 60, n° 40.

⁶ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 140, n°244.

⁷ L'expression est d'E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*

– y soit opposé. La conception transnationale de l'arbitrage postule le recours aux règles matérielles, à l'exclusion de la méthode des règles de conflits de lois¹.

398. Droit de l'État du siège de l'arbitrage, droits des États intéressés au litige, règles matérielles inter ou transnationales : il est difficile pour un tribunal arbitral de déterminer vers quel ordre juridique il devra se tourner pour définir s'il peut juger de sa compétence. Toutefois, ce premier état des lieux ne rend pas compte de l'entière réalité. Cette diversité est peut-être simplement apparente.

Section 2.- Des divergences d'appréciation apparentes

399. Les sentences statuant explicitement sur l'effet positif du principe compétence-compétence sont pour la plupart anciennes, sinon rares. Consécutivement, identifier clairement les tendances de la jurisprudence arbitrale quant à l'ordre juridique de rattachement afin de juger des limites de leur pouvoir juridictionnel, est loin d'être évident. Ce qui frappe le chercheur, c'est la rareté des sentences arbitrales statuant sur l'effet positif du principe compétence-compétence, que ce soit en raison d'une contestation d'une des parties au litige ou d'office.

Cependant, il est possible de déduire de ce silence de la jurisprudence arbitrale un consensus implicite en faveur de l'ordre transnational (§1). Cette interprétation possible du silence de la jurisprudence arbitrale est renforcée par le fait que l'effet positif de la compétence-compétence constitue sans nul doute une règle transnationale (§2), une de ces « *tendances susceptibles de découler de l'activité normative des États* »² et de l'activité normative des acteurs privés du monde arbitral.

§1.- Consensus implicite sur l'ordre transnational

400. L'absence de l'effet positif des sentences arbitrales a été remarquée très tôt par la doctrine, dès la fin des années 1970, spécifiquement dans le cadre de l'arbitrage CCI. Par exemple, à propos de la sentence CCI rendue dans le célèbre affaire *SPP c. Egypte*, le commentateur ne manque pas de souligner qu' « *en l'espèce, l'arbitre a statué sur sa propre compétence sans s'interroger sur le point de savoir si le droit égyptien le lui permettait* »³. M. Derains identifiera à plusieurs occasions l'absence de l'effet positif, les tribunaux arbitraux statuant sur leur compétence sans rappeler qu'ils détiennent ce pouvoir. Il retient ainsi, par exemple, axant son propos sur les limites de l'édification de *la lex mercatoria* par la jurisprudence arbitrale, que « *[l]a compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence est également un principe du droit de l'arbitrage international [...]. L'arbitre ne prend pas le soin de s'y référer dans la présente affaire et ceci vient confirmer que ce principe n'est plus sérieusement discuté. [...] Le silence dont ils font preuve maintenant et dont la sentence rendue en 1976 dans l'affaire n° 2558 constitue un autre exemple, est une preuve de la consolidation de ce principe. Ce phénomène montre une des limites de l'apport, par ailleurs important, que peut constituer la jurisprudence arbitrale à la lex mercatoria. En effet, on peut se demander si certains principes fondamentaux ne risquent pas d'être toujours*

¹ *Ibid.*, p. 74, n°50.

² *Ibid.*, 63, n° 41.

³ Sentence CCI rendue au Caire le 5 avril 1984, *Rev. arb.*, 1986.469, p. 469.

absents des sentences, précisément parce que personne ne s'avise de les mettre en doute »¹. Cette réflexion vaut quarante ans plus tard, même si l'absence de l'effet positif n'est plus très rarement remarquée par les commentateurs². Ce silence des tribunaux arbitraux est encore plus marqué, exception faite des formations arbitrales du TAS pour des raisons propres au règlement du TAS.

401. L'effet positif du principe de compétence-compétence tend, au moins en apparence, à disparaître. Quel sens donné à cette raréfaction de référence directe à l'effet positif du principe de compétence-compétence dans la jurisprudence, qu'elle soit étatique ou arbitrale ? Est-ce le signe que le principe est incontesté, ou le signe que le principe est inutile ? La fréquence actuelle des contestations de la compétence arbitrale devant le tribunal arbitral ou le tribunal étatique (en amont, en aval et pendant l'instance arbitrale) permet de se faire une idée plus précise du sens de cette absence de présence directe de l'effet positif. Si l'effet positif a disparu en apparence, il est cependant exercé quotidiennement. La raréfaction de la référence directe à l'effet positif ne s'explique pas par la raréfaction du contentieux portant sur la compétence arbitrale. A son absence directe, s'oppose ainsi son omniprésence indirecte. Ce silence des tribunaux arbitraux s'explique, comme l'observe M. Derains, par l'assise considérable et la légitimité dont bénéficie l'effet positif. Plus aucun plaideur ne le conteste, et plus aucun tribunal arbitral ne le rappelle. L'effet positif est un acquis, une évidence. « *La question ne se pose plus* »³. Ainsi, par-delà les apparences, on peut considérer que la jurisprudence arbitrale se prononce dans sa grande majorité *de manière implicite* en faveur *d'une règle matérielle transnationale, selon laquelle tout juge est juge de sa compétence*. L'idée est consolidée par le consensus transnational existant sur la reconnaissance au profit des arbitres du pouvoir de juger de leur compétence.

§2.- L'effet positif, règle transnationale

402. L'adhésion à la représentation transnationale de l'arbitrage implique le recours à la méthode des règles matérielles, à l'exclusion de la méthode des règles de conflit de lois. Le tribunal arbitral doit en effet dégager de l'activité normative de l'ensemble des États et des acteurs privés de l'arbitrage un « *principe majoritaire* », « *une tendance dominante* », sans qu'il y ait nécessairement unanimité⁴. Sans aucun doute, on peut affirmer l'existence d'une règle transnationale de l'ordre arbitral selon laquelle les arbitres sont juges de leur compétence (A). Allant plus loin, l'effet positif du principe de compétence-compétence puise ses sources au-delà du seul droit de l'arbitrage, non pas dans la *lex mercatoria*, mais dans l'ordre processuel. L'effet positif est la simple application au droit de l'arbitrage du principe général du droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence (B).

¹ Y. DERAIS, obs. sous sentence CCI n° 2476 rendue en 1976, *JDI*, 1977.936. Cf. également Y. DERAIS, obs. sous sentence CCI n° 2558 rendue en 1976, *JDI*, 1977.951 : « la « Kompetenz-Kompetenz » des arbitres du commerce international est devenue un principe si bien établi qu'il en est fait de moins en moins état ».

² Cf. cependant, H. SYNDET, note sous sentence CCI rendue au Caire le 5 avril 1984, *Rev. arb.*, 1986.469, spéc. p. 482 : « en l'espèce, l'arbitre a statué sur sa propre compétence sans s'interroger sur le point de savoir si le droit égyptien le lui permettait ».

³ C. RAYMOND, « Réflexions sur quelques problèmes de l'arbitrage international. Faiblesses, menaces et perspectives », in *L'avenir du droit. Mélanges François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 787.

⁴ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., p. 77, n° 54.

A.- Une règle transnationale de l'ordre arbitral selon laquelle les arbitres sont juges de leur compétence

403. Dans une sentence pourtant ancienne, l'arbitre unique Bernhard Gomard affirmait déjà que la règle selon laquelle un arbitre est juge de sa compétence est « *un principe fondamental de l'arbitrage* »¹. Depuis, ce premier constat n'a fait que se renforcer au fur et à mesure que l'arbitrage s'est imposé comme voie de solution des différends des relations économiques internationales². Cette règle pourrait « *désormais se prévaloir du statut de principe général de droit* »³. La même observation est faite par la doctrine anglo-saxonne : « [i]t is generally accepted that an arbitral tribunal has power to investigate its own jurisdiction »⁴. L'effet positif de la compétence-compétence bénéficie en effet d'une reconnaissance transnationale (1). Mieux, il jouit d'une reconnaissance transversale, par-delà les frontières entre le droit privé et le droit public (2).

1).- Transnationalité de la règle

404. La règle selon laquelle les tribunaux arbitraux sont juges de leur compétence bénéficie d'une reconnaissance transnationale dans le droit de l'arbitrage commercial, interne comme international. Un « *principe majoritaire* » se dégage en effet aussi bien de l'activité normative des États (a) que de l'activité normative des acteurs privés de l'arbitrage (b).

Le reproche pourrait nous être adressé de prétendre dégager une règle transnationale sur le fondement, notamment, des droits étatiques. Cependant, à l'instar de M. Gaillard, on admettra que « *l'ordre juridique arbitral ne se conçoit pas comme un ensemble de règles préexistantes dont l'origine serait parfaitement étrangère aux droits des États. Il est au contraire entièrement fondé sur l'activité normative des États, qu'il appréhende de manière globale [...]* »⁵.

a).- Droit d'origine étatique

405. La majorité des législations internes des États relatives au droit de l'arbitrage (i), tout comme la plupart des conventions internationales (ii), reconnaissent l'effet positif du principe de compétence-compétence.

¹ Sentence arbitrale préliminaire du 14 janv. 1982 rendue à Copenhague (*arbitrage ELF Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*), *Rev. arb.*, 1984.401, p. 412 et s.

² De man. gén. mettant en évidence le besoin de rapprochement des instruments juridiques du commerce international depuis la Seconde guerre mondiale, à l'origine de la généralisation du recours à l'arbitrage et de l'harmonisation des règles le régissant, B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 112.

³ E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, p. 324, n° 38. En ce sens également, cf. M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, p. 488, n° 578.

⁴ N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, pp. 346 et s.

⁵ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 74, n° 50 ; en ce sens également concernant la *lex mercatoria*, B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI*, 1979.475, p. 487 : « [l]a *lex mercatoria* est précisément un ensemble de principes, d'institutions et de règles, puisés à toutes les sources (pluri ou monoétatiques et « spontanées ») qui ont progressivement alimenté et continuent d'alimenter les structures et le fonctionnement juridiques propres à la collectivité des opérateurs du commerce international ».

i).- *Législations nationales*

406. Tout d'abord, l'essentiel des législations internes des États sur le droit de l'arbitrage contient des dispositions permettant au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence¹. Spécifiquement en droit français, la règle était reconnue depuis près de deux siècles², mais sous d'importantes restrictions, le tribunal arbitral limité à ne pouvoir connaître que des contestations de l'étendue de la convention d'arbitrage. Elle sera ainsi pleinement admise par le décret du 14 mai 1980 en droit de l'arbitrage interne, permettant au tribunal arbitral « *de statuer sur la validité ou les limites de son investiture* ». L'article 1466 CPC fut considéré en son temps comme l'« *une des innovations les plus marquantes de la législation nouvelle* »³. La jurisprudence a expressément étendu cette disposition à l'arbitrage international. La règle a bien évidemment été reprise dans le nouveau droit de l'arbitrage, le nouvel article 1465 CPC prévoyant que « [l]e tribunal arbitral est seul compétent pour statuer

¹ Par ordre alphabétique : Algérie (art. 1044 al. 1 de la loi algérienne du 25 fév. 2008, traduite à la *Rev. arb.*, 2008.575) ; Allemagne (§ 1040 al. 1^{er} ZPO), Autriche (art. 592 al. 1^{er} CPC autrichien), Belgique (article 1697 al. 1^{er} du Code judiciaire), Bulgarie (section 24 de la Loi LXXI de 1994 sur l'Arbitrage en Hongrie, rapporté par Ph. CAVALIEROS, note sous sentence arbitrale rendue à Budapest le 18 avril 2000 (affaire VB/99130), *Rev. arb.*, 2002.1019, p. 1026), Brésil (article 20 de la loi du 23/09/96), Canada (Québec : article 943 du CPC québécois), Chili (article 16 de la loi n° 19.971 sur l'arbitrage commercial international), Colombie (art. 147 du Décret 1818 de 1998) ; République dominicaine (article 20 de la loi dominicaine n° 489-08 relative à l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008 [*Rev. arb.*, 2009.661]) ; Equateur (art. 22 de la loi du 4 sept. 1997) ; Espagne (loi espagnole du 5/12/88, article 22), Grèce (article 887CPC et loi sur l'arbitrage international du 18/08/99, article 1 al.1), Inde (articles 16 et 8 de l'ordonnance indienne de 1996), Italie (art. 817 al. 1^{er} du code de procédure civile) ; Japon (art. 23(1) de la loi n° 138 de 2003, H. TEZUKA, « The Effect of Arbitral Authority and the Timing of Judicial Review : Japan's Approach Under its New Arbitration Law Based on the UNCITRAL Model Law », in *International Arbitration 2006 : Back to Basics ?*, op. cit., p. 167), Liban (article 785 NCPC libanais pour l'arbitrage interne étendu à l'arbitrage international, sur lequel cf. F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 258, n° 300 pour l'arbitrage interne, pp. 619 et s. pour l'arbitrage international), Maroc (article 327.9 CPC en droit de l'arbitrage interne, également reconnu en droit de l'arbitrage international sur renvoi de l'article 327.43 lorsque l'arbitrage est soumis à la loi marocaine, cf. K. ZAHER, « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », *Rev. arb.*, 2009.71, spéc. pp. 88-89), Ile Maurice (art. 20(1) de la loi d'arbitrage international mauricienne, traduction publiée en français in *Rev. arb.*, 2009, p. 942 ; R. H. DIWAN and S. A.H. MOOLLAN, « The New Mauritian International Arbitration Act 2008 », op. cit., p. 315), Mexique (art. 1432 du Code de commerce mexicain), Pérou (art. 41(1) de la loi d'arbitrage péruvienne résultant du Décret législatif No. 1071 de 2008, sur lequel cf. F. MANTILLA-SERRANO, « La nouvelle loi péruvienne sur l'arbitrage du 27 juin 2008 », *Rev. arb.*, 2009.731 ; F. CANTURIAS S., « Comments on The 2008 Peruvian Arbitration Law », *Cah. Arb.*, 2010.291, spéc. pp. 296-298, principe que la Cour constitutionnelle péruvienne a jugé constitutionnel), Pays-Bas (article 1052 WBR), Pologne (art. 1180(1) CPC résultant de la loi du 28 juill. 2005, sur laquelle cf. M. HAUSER-MOREL, « L'arbitrage en Pologne après la réforme de 2005 », *Rev. arb.*, 2011.415, p. 423), Portugal (article 21 al. 1 de la loi portugaise du 29/08/86), Roumanie (art. 571 CPC résultant de la Loi n° 134 du 15 juill. 2010, sur laquelle cf. S. DELEANU, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Roumanie », *Rev. arb.*, 2010.989), Royaume-Uni (art. 30 de l'*Arbitration Act* de 1996 ; Règle 19 du Règlement écossais d'arbitrage, sur lequel N. MEYER FABRE et C. BAKER CHISS, « La nouvelle loi écossaise sur l'arbitrage (Arbitration (Scotland) Act 2010) », *Rev. arb.*, 2011.801, spéc. p. 807, n° 7), Serbie (art. 28 al. 1^{er} de la loi serbe sur l'arbitrage de 2006, publiée en français in *Rev. arb.*, 2006.1095) ; Suède (article 2 de la loi suédoise du 4/03/99), Suisse (article 8 du Concordat intercantonal d'arbitrage suisse ; article 186 alinéa 1 LDIP), Tunisie (article 26 du code de l'arbitrage tunisien), Venezuela (article 25 de la loi sur l'arbitrage commercial international vénézuélienne ; cependant, la règle connaît de sérieuses difficultés d'application, H. DIAZ-CANDIA, « Non-recognition of Kompetenz-Kooperanz in Developing Countries, The Venezuelan Example », *J. Int. arb.*, 2007, vol. 24 (1), 25-36, p. 27-28).

² Cass. req. 28 juill. 1818, *Rosselly c. Abat*, op. cit. Arrêts antérieurs rejetant la possibilité pour le tribunal arbitral de juger de sa compétence : CA Paris, 13 mars 1808, extraits in *Jur. Gén.*, V ; Arbitrage-Arbitre, n° 984, spéc. note n°2, p. 59 ; CA Turin, 23 janv. 1813, extraits in *Jur. Gén.*, V ; Arbitrage-Arbitre, n° 984, spéc. note n°2, p. 59 : « [a]ttendu qu'il est de principe que les arbitres ne peuvent connaître des exceptions d'incompétence qui leur sont opposées ».

³ J. ROBERT et B. MOREAU, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, op. cit., p. 134, n° 159.

sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel », étendu à l'arbitrage international sur renvoi exprès de l'article 1506 3° CPC¹.

Les législations les plus récentes sont unanimes. Les récentes réformes du droit de l'arbitrage dans le continent sud-américain, région pourtant réputée réticente à cette forme de justice, confirment également cette tendance mondiale². La place croissante dans l'économie mondiale de ces pays les a sans doute incité à se doter de législations modernes sur l'arbitrage. Si auparavant le droit chilien de l'arbitrage ne reconnaissait pas l'effet positif, aujourd'hui, c'est chose faite : l'article 17 de la loi chilienne n° 19.971 sur l'arbitrage international de 2004, s'inspirant de la loi type CNUDCI, reconnaît au tribunal arbitral le pouvoir de statuer sur sa compétence³. De même, une récente décision de la Cour constitutionnelle colombienne, rappelant l'universalité du principe compétence-compétence, admet qu'en vertu de ce principe, les arbitres puissent disposer de la faculté de juger de leur compétence⁴. Enfin, à titre anecdotique, il est utile d'évoquer le droit panaméen. Les dispositions du Décret-loi n° 5 du 8 juillet 1999 reconnaissant l'effet positif de la compétence-compétence ont été jugées inconstitutionnelles par une décision de la Cour suprême du Panama en date du 13 décembre 2001. Conscient de l'utilité pratique de cette règle, le pouvoir politique a procédé à une réforme constitutionnelle. L'effet positif de la compétence-compétence a été posé en droit panaméen par un amendement constitutionnel le 27 juillet 2004. L'arbitre siégeant au Panama dispose ainsi du droit constitutionnel de juger de sa compétence, l'article 202 de la Constitution du Panama retenant que « *l'autorité judiciaire est constituée de la Cour suprême de Justice, des tribunaux et des juges que la loi établira. L'administration de la justice peut aussi être exercée par la juridiction arbitrale dans les conditions déterminées par la loi. Les tribunaux arbitraux peuvent connaître et décider eux-mêmes sur leur propre compétence* »⁵.

407. Cette convergence des ordres juridiques étatiques résulte d'une part de l'harmonisation spontanée du droit de l'arbitrage – les États ayant pris conscience de la nécessité de cette forme de justice afin d'accompagner la mondialisation des échanges –, et d'autre part, d'une uniformisation « accompagnée » par la CNUDCI. Cette commission a en effet édicté une loi type sur l'arbitrage commercial international en 1985, amendée en 2006, reconnaissant explicitement à son article 16 l'effet positif du principe de compétence-

¹ Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 28, n° 35.

² Cf. F. MANTILLA-SERRANO, « Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes) », *Rev. arb.*, 2005.561, spéc. p. 584.

³ C. CONEJERO ROOS, « The New Chilean Arbitration Law and the Influence of the Model Law », *J. Int. arb.*, vol. 22 (2), 2005, p. 149, spéc. p. 157 : « *the arbitral tribunal is now expressly empowered to rule on its own jurisdiction by virtue of the principle of Kompetenz-Kompetenz established in the Chilean Law. This principle had never been recognized before and even if proposed by some scholars or was never applied in its real scope of enabling arbitrators to decide on their jurisdiction, but also to do so prior to any pronouncement by the local courts* ». Cf. également sur ce point, l'article de J. E. FIGUEROA-VALDÉS, « Tópicos de la ley n° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional », in *Estudios de arbitraje, Libro homenaje al profesor Patricio AYLWIN AZÓCAR*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 391, spéc. p. 403.

⁴ Décision de la Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, 14 mars 2007, rapporté dans la *Gaz. Pal.*, 2007, 13/17 juil. 2007, pp. 51-52.

⁵ Cf. F. MANTILLA-SERRANO, note sous Décret loi n° 5 du 8 juillet 1999 établissant le régime générale d'arbitrage, de conciliation et de médiation, *Rev. arb.*, 2005.831, note n°1 ; F. MANTILLA-SERRANO, « Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes) », *op. cit.*, p. 584.

compétence. Cette loi type a inspiré de nombreuses réformes législatives étatiques sur le droit de l'arbitrage – comme le révèle l'état de la loi type, selon lequel pas moins de 65 États ont adopté des textes législatifs fondés sur cette loi¹. Incontestablement, ce modèle législatif a contribué à la plus large diffusion de l'effet positif de la compétence-compétence.

408. Pour autant, l'effet positif du principe de compétence-compétence bénéficie d'une reconnaissance seulement « *quasi-universelle* » en droit comparé de l'arbitrage. Quelques rares États font exception et ne permettent pas au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence. Un pays refuse encore de reconnaître aujourd'hui l'effet positif du principe de compétence-compétence, alors qu'il a une importance considérable aussi bien du point de vue démographique, politique qu'économique : la Chine². Une partie de la doctrine chinoise préconise la modification de l'*Arbitration Act* chinois de 1994, afin que soit admis l'effet positif de la compétence-compétence, en des termes qui soulignent le caractère transnational du principe compétence-compétence, preuve s'il en est du « *caractère dynamique de la méthode des règles transnationales* »³ : “[a]s regards a determination of the validity of the arbitration agreement, the internationally recognized competence-competence principle should be adopted; in other words, the jurisdiction of an arbitral tribunal should be decided by itself and not by an arbitration commission or a law court as is now the case in Chinese arbitral procedure. International practice proves that competence-competence is good for improving the efficiency of arbitration. It is already sufficient that courts have control over arbitration after an arbitration award is rendered. At this point, we may adopt Article 16 of the Model Law which allows the tribunal to decide on the jurisdiction issue, while the courts exercise control at a later stage, if need be even after the arbitration award is made”⁴.

Le droit étatsunien pourrait à l'avenir également soulever des difficultés. Si l'effet positif de la compétence-compétence ne semble pas sujet à débat bien que le *Federal Arbitration Act* américain ne reconnaisse pas expressément la règle⁵, un amendement déposé par des sénateurs américains au *Federal Arbitration Act* pourrait faire craindre le rejet de la règle de l'effet positif, au profit du seul juge américain. Un auteur rapporte ainsi que l'« Arbitration Fairness Act prévoit que « la question de la validité ou de la force exécutoire de la clause compromissoire devra être déterminée par les tribunaux plutôt que par les arbitres. » (*H.R. 1020, Sect. 4*). Le texte remet ainsi en cause le principe « compétence-compétence », en vertu duquel il appartient à l'arbitre de se prononcer sur la validité de la clause compromissoire et

¹ La liste de ces pays peut être consultée à l'adresse suivante :

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

² Art. 20 al. 1 de la loi du 31 août 1994. A. DIMOLITSA, « Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *op. cit.*, p. 322 et s., n° 19 ; S. LIANBIN, Z. JIAN and L. HONG, “ Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People's Republic of China”, *op. cit.*

³ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 80.

⁴ S. LIANBIN, Z. JIAN and L. HONG, “ Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People's Republic of China”, *op. cit.*

⁵ Cf. R. B. DAVIDSON, “Recent U.S. Cases Affecting the Power of an International Arbitral Tribunal to Determine its own Jurisdiction”, *op. cit.* Certains États fédérés ont adopté le texte de la loi type CNUDCI, reconnaissant expressément l'effet positif de la compétence-compétence. Il s'agit des États de Californie (1996), du Connecticut (2000), de la Floride (2010), de l'Illinois (1998), de la Louisiane (2006), de l'Oregon (2006) et du Texas (2006).

l'étendue de sa compétence, sous le contrôle du juge étatique »¹. Cette réaction anti-arbitrage par une partie de la classe politique s'explique sans doute par l'utilisation abusive de ce mode de règlement des différends en droit de la consommation, notamment afin de faire obstacle aux *class actions*. Le texte en cause vise en effet à limiter le « *champ de l'arbitrabilité, rationae personae, chaque fois que l'une des parties au contrat contenant la clause compromissoire est un salarié, un consommateur ou un franchisé et, rationae materiae, pour tout litige impliquant les libertés publiques* ».

ii).- Conventions internationales

409. Les principales conventions régionales reconnaissent l'effet positif de la compétence-compétence. Pour le continent européen, la Convention de Genève du 21 avril 1961, à vocation européenne, dispose en son article V (3) que « *s]ous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre, dont la compétence est contestée, ne doit pas se dessaisir de l'affaire ; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage [...]* ». Pour le continent africain, on observera que l'article 11 al. 1^{er} de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage OHADA adopté le 11 mars 1999 reconnaît également la règle², permettant ainsi son admission dans tous les États membres alors que ces derniers n'avaient jusqu'ici que peu développé cette forme de justice³. Il en va de même de la Convention d'Amman du 14 avril 1987 pour le monde arabe⁴.

L'une des rares conventions internationales portant sur l'arbitrage international à vocation universelle, la Convention de New York, ne comporte aucune disposition reconnaissant l'effet positif du principe de compétence-compétence. L'article II(3)⁵ reconnaît exclusivement l'effet négatif de la convention d'arbitrage. Cette absence de référence à l'effet positif du principe de compétence-compétence n'est pas très étonnante dans la mesure où cette convention conclue entre États s'adresse principalement aux juridictions étatiques et non pas aux tribunaux arbitraux, et qu'elle tend à régir les sentences arbitrales, et non pas la procédure arbitrale⁶. Cependant, les dispositions de l'article V(1)(a) et (c) ne peuvent-elles être perçues comme une reconnaissance indirecte de l'effet positif ? En effet, en permettant aux autorités de contrôle de refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence pour

¹ Th. LE BARS, <http://lazareff-lebars.com/blog-fr/?p=81>

² B. MARTOR, N. PILKINGTON et al., *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, op. cit., p. 287, n° 1235.

³ *Ibid.*, p. 279, n° 1209.

⁴ Art. 24 de la Convention Arabe d'Amman sur l'arbitrage commercial (1987).

⁵ Article II 3. de la Convention de New York : « *[l]e tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'un d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* ».

⁶ Sur l'absence de l'effet positif tout comme de l'effet négatif du principe de compétence-compétence de la Convention de New York, J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 410, n° 460 : « *parce qu'elle n'impose le respect de la convention d'arbitrage que par le juge étatique saisi du fond et ne prescrit pas la manière dont la compétence de l'arbitre doit être pour le surplus contrôlée* » ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 411, n° 654.

incompétence, n'est-ce pas là tout simplement le signe de la reconnaissance, implicite mais nécessaire, de la possibilité offerte au tribunal arbitral pour juger de la question¹ ?

b).- Droit d'origine privée

410. De même, les sources privées du droit de l'arbitrage – règlements d'arbitrage, résolutions et jurisprudence arbitrale – reconnaissent de manière unanime l'effet positif.

i).- Les règlements d'arbitrage et résolution

411. La très grande majorité des règlements d'arbitrage contient toujours une disposition reconnaissant explicitement l'effet positif de la compétence-compétence. Un bref survol des règlements d'arbitrage des centres d'arbitrage les plus connus démontre ce consensus mondial. L'effet positif est ainsi admis aussi bien par les institutions d'arbitrage qui ont leur siège en France², que par celles ayant leur siège dans d'autres pays³. Même le règlement de référé pré-arbitral de la CCI reconnaît à celui que l'on désigne comme le tiers statuant en référé l'effet positif⁴, signe selon nous que ce prétendu tiers constitue bien un arbitre, et un tribunal arbitral à lui seul⁵. Le règlement d'arbitrage édicté par la CNUDCI, dont on connaît le succès, affirme également l'effet positif, dans son ancienne version⁶, comme dans la nouvelle⁷. La diversité des organismes qui rédigent les règlements d'arbitrage ne fait pas obstacle à la reconnaissance de l'effet positif. Cela démontre encore une fois le consensus existant sur la règle dans la pratique arbitrale. Ce consensus, anciennement constaté, conduisait déjà un éminent auteur à se demander s'il ne s'agissait pas d'« *une véritable coutume internationale de la pratique arbitrale* »⁸. Une institution d'arbitrage fait exception, n'édictant pas expressément l'effet positif dans son règlement d'arbitrage : le Tribunal arbitral du Sport. On ne trouve aucune trace explicite de l'effet positif dans le Code du TAS. Toutefois, cela n'empêche pas les formations arbitrales de se reconnaître ce pouvoir, en application de la loi du siège de l'arbitrage, la LDIP suisse. Cependant, certaines dispositions du TAS pourraient être interprétées comme des traces implicites de la présence de ce pouvoir⁹. Mais, pour plus de clarté, il serait souhaitable qu'une disposition reconnaisse

¹ En ce sens, en ce sens H. DÍAZ-CANDIA, "Non-recognition of Kompetenz-Kooperanz in Developing Countries, The Venezuelan Example", *J. Int. arb.*, 2007, vol. 24 (1), p. 25, spéc. p. 27 : "[w]hile the Panama Convention does not mention Kompetenz-Kooperanz, the New York Convention implicitly does. Articles V(1) and V(2) of the New York Convention, indirectly, also deal with Kompetenz-Kooperanz, setting a post-award mechanism for the judiciary to review the validity of an arbitral clause".

² Art. 9 du règlement de l'AFA ; art. XI du règlement de la CAMP ; art. 17(1) du règlement CAP ; art. 6.2 du règlement d'arbitrage CCI (art. 6(3) et (5) du règlement d'arbitrage CCI en vigueur à compter du 1^{er} janv. 2012) ; art. 28 du Règlement d'arbitrage de l'institut euro-méditerranéen d'arbitrage.

³ Art. 15(1) du règlement AAA ; art. 23.1 du règlement LCIA ; art. 21.1 du règlement suisse d'arbitrage international CCIG ; art. 10 (3) du Règlement d'arbitrage CCJA (OHADA).

⁴ Art. 5.2 du règlement de référé pré-arbitral de la CCI.

⁵ En ce sens, S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 74-75.

⁶ Art. 21(1) du règlement d'arbitrage CNUDCI dans sa version initiale de 1976.

⁷ Art. 23(1) du règlement d'arbitrage CNUDCI dans sa version révisée en 2010. Sur lequel, cf. P. PIC et I. LEGER, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) », *Rev. arb.*, 2011.99, pp. 108-109, n° 10.

⁸ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 144, n° 248.

⁹ Pour ce qui concerne la procédure d'arbitrage ordinaire, l'article R 39 prévoit que la réponse du défendeur à la demande comprend « toute exception d'incompétence ». C'est reconnaître indirectement que la formation arbitrale désignée peut connaître de cette exception d'incompétence, et qu'elle est ainsi juge de sa propre compétence. La même analyse vaut pour l'article R 44(1) visant spécifiquement l'exception d'incompétence,

explicitement le pouvoir aux formations arbitrales du TAS de juger de leur compétence à l'occasion d'une prochaine réforme du règlement de ce centre.

De même, de nombreux textes et résolutions d'origine privée portant sur l'arbitrage reconnaissent également au tribunal arbitral le pouvoir de juger de sa compétence¹. Bien que ces textes n'aient aucune valeur normative contraignante particulière, ils contribuent à démontrer, encore une fois, le consensus transnational qui existe en faveur de la reconnaissance au profit du tribunal arbitral du pouvoir de statuer sur sa propre compétence.

ii).- *La jurisprudence arbitrale*

412. Quelques tribunaux arbitraux ont reconnu expressément la possibilité de statuer sur leur propre compétence², mais cela ne représente qu'une infime partie, une goutte d'eau

selon lequel « [s]i une demande reconventionnelle et/ou une exception d'incompétence est déposée, le greffe du TAS fixe un délai pour le dépôt de la réponse à la demande reconventionnelle et/ou à l'exception d'incompétence par le demandeur ». De manière encore plus convaincante, l'article R 41(4) al. 2 relatif à l'appel en cause et à l'intervention, dispose qu'« [à] l'échéance des délais fixés en vertu des articles R41.2 et R41.3, le Président de la Chambre ou la Formation, si elle est déjà constituée, décide de la participation du tiers, en prenant notamment en considération l'existence prima facie d'une convention d'arbitrage telle que mentionnée à l'article R39. La décision du Président de Chambre ne préjuge pas de la décision de la Formation sur cette même question ». Ainsi, ces articles constituent autant d'indices indirects de la reconnaissance du pouvoir des formations arbitrales de statuer sur leur compétence.

¹ Art. 3 de la résolution adoptée par l'Institut de droit international à la session de Saint-Jacques-de-Compostelle (5-13 septembre 1989) concernant l'arbitrage entre États, entreprises d'État ou entités étatiques et entreprises étrangères (18^e Commission), *Rev. arb.*, 1990.931 ; art. 1^{er} des recommandations de l'Association de droit international sur la litispendance en droit de l'arbitrage (résolution 1/2006 de l'International Law Association (ILA) adoptée lors de la 72^{ème} conférence tenue à Toronto (Canada) du 4 au 8 juin 2006 prononçant des recommandations sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage). Plus anciennement, cf. le Congrès international de l'arbitrage réuni en 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 73 (« la mise en œuvre de l'arbitrage par les parties implique la faculté pour les arbitres de vérifier leur investiture, considère que les arbitres sont autorisés, sous réserve du contrôle judiciaire ultérieur, et sans se dessaisir de la cause, à vérifier leur investiture et à statuer sur l'existence et la validité des conventions d'arbitrage »).

² Cf. par ex., sentence préliminaire rendue le 27 nov. 1975, *Texaco Overseas Petroleum Company, California Asiatic Oil Company vs The Government of the Libyan Arab Republic*, *JDI*, 1977.350 ; sentence arbitrale préliminaire du 14 janv. 1982 rendue à Copenhague (*arbitrage ELF Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*), *op. cit.* ; sentence arbitrale rendue à Budapest (affaire VB/99130), 18 avril 2000, *Rev. arb.*, 2002, p. 1019 ; sentence 1138 du 27 avril 2007, *DMF* n° 698, 2008.546, spéc. p. 547.

Pour la CCI : sentence CCI n° 1507 rendue en 1970, *JDI*, 1974.913, obs. Y. DERAÏNS, in S. JARVIN et Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1975-1985)*, *op. cit.*, p. 215 ; sentence CCI n° 1526 rendue en 1968, *op. cit.* ; sentence CCI n° 3987 rendue en 1983, *op. cit.* ; sentence CCI n° 3987 rendue en 1983, *op. cit.* ; sentence intérimaire CCI n° 4472 rendue en 1984, *JDI*, 1984.946, obs. Y. DERAÏNS ; sentence arbitrale CCI rendue à Paris le 16 fév. 1983, *SPP c. République arabe d'Égypte (affaire du plateau des Pyramides)*, *Rev. arb.*, 1986.105 ; sentence CCI n°5103 rendue en 1988, *op. cit.* ; sentence partielle CCI n° 6709 rendue en 1991, *JDI*, 1992, p. 998, obs. D. HASCHER ; sentence partielle sur la compétence et la recevabilité CCI n° 6474 rendue en 1992, *op. cit.* ; sentence partielle CCI n° 6719 rendue en 1994, *op. cit.* ; sentence CCI n° 10274 rendue en 1999, *op. cit.* ; sentence intérimaire sur la compétence CCI n° 10671 rendue le 31 juil. 2000, *op. cit.*

Pour le CIRDI : le rappel de la règle est plus fréquent dans l'arbitrage CIRDI. Cf. parmi de nombreux exemples, Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 21 fév. 1997, *American Manufacturing & Trading Inc. c. République du Zaïre*, n° ARB/93/1, *JDI*, 1998.243, obs. E. GAILLARD ; décision CIRDI sur la compétence du 11 juillet 1997, *JDI*, 1999.278, obs. E. GAILLARD ; Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 9 janvier 2001, *The Loewen Group, Inc. Et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, *JDI*, 2002.217, obs. E. GAILLARD ; Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 8 mai 2002, *Casado c. Chili*, ARB/98/2, *op. cit.* ; Trib. arb. CIRDI, sentence d'incompétence, 10 janv. 2005, *Groupement LESI-Dipenta c. Algérie*, n° ARB/03/8, *JDI*, 2006.237, obs. E. GAILLARD ; Trib. arb. CIRDI, sentence d'incompétence, 12 juil. 2006, *LESI c. Algérie*, n° ARB/03/8, n°1.

dans un océan de sentences arbitrales statuant directement sur leur compétence, sans prendre la peine de rappeler le pouvoir qui le leur permet, l'effet positif de la compétence-compétence. La meilleure preuve de ce consensus résulte du fait qu'il n'existe pas, à notre connaissance, un seul tribunal arbitral ayant refusé de statuer sur sa propre compétence, que ce soit pour se déclarer compétent ou incompétent.

2).- *Transversalité de la règle*

413. L'effet positif de la compétence-compétence est sans conteste un principe général de l'arbitrage commercial transnational. Mais en plus, il est, peut-on dire, *transversal*, dépassant le clivage traditionnel arbitrage privé – arbitrage public¹. Ainsi, on en trouve également les traces devant cette forme d'arbitrage plus originale de nature mixte, mi-privée mi-publique, opposant les investisseurs aux États². Allant plus loin, l'effet positif de la compétence-compétence est reconnu depuis des décennies en droit de l'arbitrage public international (a) et devrait percer en droit de l'arbitrage public interne (b), alors que l'arbitrabilité des litiges de droit public ne cesse de gagner, peu à peu, du terrain.

a).- L'arbitrage public international

414. Le principe de compétence-compétence dans son effet positif s'est imposé, et ce, de longue date, dans le droit de l'arbitrage international public³. Elle est d'ailleurs qualifiée de « *jurisprudence ancienne et constante* »⁴⁵, de « *règle coutumière* »⁶, démontrant selon certains auteurs la « *contribution de la jurisprudence au développement du droit international* » : « [à] partir du principe de la « *compétence de la compétence* », lui-même affirmé par les organes arbitraux d'abord, judiciaires ensuite, ces organes ont élevé un édifice juridique imposant, aussi complexe que nuancé »⁷.

415. L'un des ouvrages de référence de la matière le rappelle : « [l]es compétences de l'organe arbitral dérivent du compromis d'arbitrage. Mais, parce qu'il a un caractère juridictionnel, cet organe est habilité à interpréter ce compromis. Comme tout juge, il détient la « *compétence de la compétence* », c'est-à-dire qu'il peut trancher une contestation entre

Pour le TAS : la règle est également fréquemment rappelée par les formations arbitrales du TAS : sentence du Tribunal arbitral du sport n° 97/175 rendue le 15 avril 1998, *JDI*, 2002.330, obs. E. LOQUIN ; sentence du tribunal arbitral *ad hoc* du TAS n° 02/005 rendue le 18 février 2002, *JDI*, 2003.276, obs. E. LOQUIN ; sentence du TAS n° 2002/A/593 rendue le 6 juillet 2004, *Football Association of Wales (FAW) c. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, *JDI*, 2005.1301, obs. D. HASCHER ; sentence du TAS n° 2002/O/422 rendue le 10 mars 2003, *Besiktas c. Fédération Internationale Football Association (FIFA) et SC Freiburg*, *JDI*, 2005.1312, obs. D. HASCHER ; sentence du TAS n° 2005/A/952 rendue le 24 janvier 2006, *Cole c. FAPL*, *JDI*, 2007.202, obs. E. LOQUIN.

¹ Pour un ouvrage consacré à l'arbitrage international, aussi bien public que privé, cf. J. RIDEAU, *L'arbitrage international (public et commercial)*, *op. cit.*

² Art. 41(1) de la Convention de Washington de 1965, détaillant à l'al. 2 les conditions de mise en œuvre de l'effet positif, précisées par l'art. 41 du règlement d'arbitrage CIRDI.

³ De man. gén., E. WYLER, « La détermination de la Cour de sa propre compétence », *op. cit.*

⁴ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 138, n° 240.

⁵ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 605, n° 534 : « [i]l est de jurisprudence constante et conforme à la pratique de considérer que l'organe arbitral est juge de sa compétence ».

⁶ Q. D. NGUYEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 841-842, n° 533.

⁷ G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI*, t. 207, 1987, p. 134.

les parties sur l'étendue de sa compétence »¹. La règle a été codifiée à l'article 9 du « modèle de règles » de la CDI² et elle est parfois directement rappelée par certains compromis³. Lors de l'élaboration du modèle de règles, Georges Scelle craignait en effet que les parties utilisent divers moyens dilatoires. L'une de ces « échappatoires » identifiées consistait justement dans la contestation de la validité de la clause d'arbitrage ou du compromis. Afin de contrer ce risque de développement d'« ingéniosité procédurière », l'éminent auteur proposera alors de « donner aux Juges le rôle de véritables juges, de s'acheminer vers une sentence méritant véritablement son nom, c'est-à-dire vers une conception radicalement opposée à l'arbitrage diplomatique : celle de l'arbitrage juridictionnel »⁴. Bref, leur conférer le pouvoir de juger de leur compétence. Les tribunaux arbitraux rappellent occasionnellement la règle⁵.

416. Remontant le cours du temps, les traces de la possibilité reconnue aux tribunaux arbitraux de juger de leur compétence en droit international public sont anciennes. La règle est attestée dès le début du XX^e siècle, notamment dans les conventions de la Haye sur le règlement pacifique des différends⁶. Outre ces conventions à vocation universelle, l'effet positif du principe de compétence-compétence est parallèlement affirmé par quelques traités multilatéraux ou bilatéraux prévoyant le recours à l'arbitrage pour résoudre les conflits entre États⁷. Les tribunaux arbitraux s'en font déjà le relais dès le début du siècle. Ainsi, un auteur rapporte que la règle était considérée comme établie dès le début du XIX^e siècle, un arbitre jugeant ainsi en 1911 dans l'affaire *Walfish Bay Boundary* que “[i]t is a constant doctrine of public international law that the arbitrator has power to settle questions as to his own

¹ Q. D. NGYUEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, pp. 841-842, n° 533.

² Article 9 du modèle de règles de la procédure arbitrale de la CDI : « [l]e tribunal arbitral, juge de sa compétence, dispose du pouvoir d'interpréter le compromis et les autres instruments sur lesquels cette compétence est fondée (résolution de l'A.G. 989 (X) du 14 déc. 1955 et Ann. C.D.I. 1958 II, pp. 1-16, A/CN.4/113) ».

³ Compromis franco-britannique de 1974 dans l'affaire du Plateau continental de la mer d'Iroise, *RGDIP*, 1975.677 ; compromis franco-néo-zélandais du 14 fév. 1989 dans l'affaire du Rainbow Warrior, *RGDIP*, 1989.491.

⁴ G. SCELLE, « Attitudes gouvernementales en matière de procédure arbitrale », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 457.

⁵ Cf. en ce sens la sentence États-Unis c. Iran du 21 déc. 1981, *ILM*, 1982, pp. 78-81 ; décision avant dire-droit rendue par la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie le 4 juillet 1992, *RGDIP*, 1992.584.

⁶ L'article 73 de la Convention de La Haye de 1907, qui reprend en des termes presque identiques l'article 48 de la Convention de 1899, affirme la possibilité pour le tribunal arbitral de statuer sur sa compétence : « [l]e tribunal arbitral est autorisé à déterminer sa compétence en interprétant le compromis ainsi que les autres actes et documents (version de 1899 : ainsi que les autres traités) qui peuvent être évoqués dans la matière, et en appliquant les principes de droit (version de 1899 : international) »

Pour des ex. de conventions internationales plus anciennes prévoyant le pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa compétence, cf. I. F. I. SHIHATA, *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence, op. cit.*, pp. 20 à 22. Cf. également les différents règlements d'arbitrage facultatifs de la Cour permanente d'arbitrage (cf. par ex., l'article 21 du règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre deux États). Et déjà, art. 14 de la résolution de l'IDI de 1875 de projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale.

⁷ Cités par I. F. I. SHIHATA, *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence, op. cit.*, pp. 21 et 22 : le traité sur l'arbitrage entre la République d'Argentine, la Bolivie et autres nations signé le 21 janv. 1902, le traité sur le commerce entre l'Italie et la Suisse conclu en 1904.

*competence by interpreting the range of the agreement submitting to his decision the question in dispute*¹.

La reconnaissance ancienne de l'effet positif du principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage international public a été également signalée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm*, afin de justifier son propre pouvoir de statuer sur sa compétence. Commentant l'article 36(6) de son Statut, la CIJ affirme que « *le paragraphe 6 de l'article 36 ne fait que reprendre pour la Cour une règle que le droit international commun a consacrée en matière d'arbitrage international* »², spécifiquement depuis l'affaire de l'*Alabama* jugée en 1872 visant à résoudre un contentieux né de la guerre de Sécession (1861-1865) entre les États-Unis et le Royaume-Uni. On sait cependant que dans l'affaire de l'*Alabama*, ce sont les parties au litige elles-mêmes qui ont décidé que le tribunal arbitral puisse déterminer sa propre compétence, et non pas le tribunal arbitral lui-même³. Mais cette affaire présente une importance particulière en ce qu'elle constitue la date de création de « *l'arbitrage au sens étroit* »⁴. C'est dire l'importance pratique et nécessaire de cette règle en droit de l'arbitrage, affirmée par le premier tribunal arbitral de notre histoire contemporaine digne de ce nom. Le principe compétence-compétence a ainsi un rôle fondateur en droit de l'arbitrage.

b).- L'arbitrage public de droit interne

417. Aujourd'hui encore, le principe reste que les personnes publiques ne peuvent compromettre au regard de l'article 2060 du Code civil, en vertu duquel « *on ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». La tentative de modification de cette disposition par un cavalier législatif, l'article 40 de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des incapables majeurs, proposée en vue d'adopter les propositions du Rapport Labetoulle⁵, a été

¹ I. F. I. SHIHATA, *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence, op. cit.*, p. 22 ; sentence arbitrale du 23 mai 1911, *Frontière de la Baie de Walfish*, RSA, vol. XI, pp. 267-308, spéc. p. 307.

² CIJ, *Nottebohm* (1^{ère} phase), *Liechtenstein c. Guatemala*, 18 nov. 1953, *Rec.*, 1953.119.

³ I. F. I. SHIHATA, *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence, op. cit.*, pp. 17 et 18.

⁴ Q. D. NGYUEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 832, n° 525.

⁵ D. LABETOULLE (dir.), « L'arbitrage en droit public », Rapport remis le 27 mars 2007 au Garde des Sceaux, *op. cit.* Sur lequel, cf. notamment J.-L. DELVOLVE, « Une véritable révolution ... inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », *Rev. arb.*, 2007.373, critiquant la dichotomie opérée par ce rapport entre les litiges relevant du droit privé, régi selon le CPC et soumis à l'ordre judiciaire, et les litiges relevant du droit public, régi par le droit administratif et soumis à la justice administrative ; S. LEMAIRE, « La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif – Approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007 », *Rev. arb.*, 2007.407 ; S. LEMAIRE, Ch. JARROSSON et L. RICHER, « Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif », *AJDA*, 2008.617.

Si le Rapport n'aborde pas explicitement la question des pouvoirs des arbitres de juger de leur compétence, il peut être déduit du paragraphe 2.3.1. du Rapport, qui « *s'est prononcé unanimement pour que les arbitres disposent d'une plénitude de juridiction* », que c'est indirectement reconnaître l'effet positif de la compétence-compétence (en ce sens, J.-L. DELVOLVE, « Une véritable révolution ... inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », *Rev. arb.*, 2007.373, spéc. p. 389, n° 20).

censurée par le Conseil constitutionnel¹. En dépit de cette prohibition de principe, il est admis que les personnes publiques peuvent bien évidemment compromettre en cas d'internationalité des litiges, l'aptitude des États et personnes publiques à compromettre dans les relations internationales étant une règle matérielle française et transnationale². L'article 2060 al. 2 du Code civil autorisant les dérogations à cette prohibition de principe en retenant que « *des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre* », auxquelles se sont ajoutées de nombreuses dérogations législatives, l'arbitrage a sans conteste une place en matière d'arbitrage public interne³. Ces dérogations sont reprises à l'article L 311-6 du Code de la justice administrative.

418. Le recours à l'arbitrage en droit public interne est même de mieux en mieux accepté, bien que l'utilisation qui en a été faite dans l'affaire Tapie a conduit à ce que soit jeté l'opprobre sur l'institution. Encore récemment, la loi n° 2011-617 du 1er juin 2011 relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016, jugée conforme à la constitution par une décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011, prévoit à son article 3 que « [p]ar dérogation aux dispositions du code de justice administrative déterminant les compétences des juridictions de premier ressort, les contrats passés par les personnes morales de droit public en lien avec la construction ou la rénovation des enceintes sportives destinées à accueillir l'UEFA Euro 2016 et des équipements connexes permettant le fonctionnement de celles-ci ainsi qu'avec l'organisation et le déroulement de cette même compétition peuvent prévoir le recours à l'arbitrage avec application de la loi française ».

419. L'arbitrage trouve donc une place grandissante en droit public interne. Les tribunaux arbitraux se voient-ils reconnaître le pouvoir de juger de leur compétence, même lorsqu'ils connaissent d'un litige de nature administrative ? La question ne fait pas de doute lorsque, à l'image de l'article 128 du Code des marchés publics, autorisant l'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux à recourir à l'arbitrage « *pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures* », il est renvoyé aux dispositions du livre IV du Code de procédure civile. Ce dernier édictant l'effet positif de la compétence-

¹ Décision n° 2007-552 DC, 1^{er} mars 2007, considérant n° 7, sur laquelle, cf. « Censure par le Conseil constitutionnel d'une disposition habilitant le gouvernement à prendre des ordonnances pour favoriser le recours à l'arbitrage des personnes morales de droit public », *Rev. arb.*, 2007.146.

² Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1966, *Galakis*, *Rev. crit. DIP*, 1967.553, note B. GOLDMAN ; *JDI*, 1966.648, note P. LEVEL ; *D.*, 1966.575 ; note J. ROBERT ; *G.A.*, p. 591. Il s'agit d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, reconnue de manière générale. Cf. notamment : art. II(1) de la Convention de Genève de 1961 ; art. 177 al. 2 de la LDIP.

³ **En fonction des personnes publiques** : en faveur de la SNCF (art. 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, art. L. 2141-5 du code des transports) ; en faveur de la Poste (art. 28 de la loi 90-568 du 2 juill. 1990 : l'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales, dite loi « euro-disney », autorisant les collectivités locales à compromettre avec un société étrangère pour une opération d'intérêt national ; en faveur de RFF (art. 3 de la loi n° 97-135 du 13 fév. 1997, art. L. 2111-14 du Code des transports) ; L. 321-4 du Code de la recherche autorisant les établissements à caractère scientifique et technologique de recourir à l'arbitrage ç propos de l'exécution de contrats de recherche passés avec des partenaires étrangers. **En fonction des matières ou contrats** : au profit des collectivités territoriales concernant la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, articles 128 du Code des marchés publics ; en matière d'archéologie préventive (art. L. 523-10 du Code du patrimoine) ; contrats de partenariat public-privé (art. 11 de l'ordon. n° 2004-559 du 17 juin 2004 ratifiée par l'art. 78 de la loi n° 2004-1343 du 9 déc. 2004, article L1414-12 du CGCT selon lequel « *un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : [...] 1) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française* »).

compétence à l'article 1465 CPC, le tribunal arbitral dispose du pouvoir de juger de sa compétence.

Il est plus malaisé de répondre à la question lorsque la disposition en cause prévoit le recours à l'arbitrage, *avec application de la loi française*, à l'image de l'article L 1414-12 du CGCT concernant les contrats de partenariat public-privé ou de l'article 3 de la loi n° 2011-617 du 1er juin 2011 relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016. Que vaut le renvoi à l'« *application de la loi française* » ? Comme le souligne un auteur, « [I]a portée de l'exigence de la soumission à la "loi française" mériterait [...] d'être précisée »¹. Le texte vise-t-il les dispositions du Code de procédure civile ou un droit administratif public ? La référence à la loi française pourrait viser les dispositions du Code de procédure civile, seul corps de règles suffisamment élaboré, ne connaissant pas d'équivalent en droit administratif.

Pire, certaines dispositions ne prévoient aucunement les modalités du recours à l'arbitrage. On pense notamment à l'article L. 711-1 du Code de l'éducation autorisant les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel « à *recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers* ». Les articles D. 123-10 et s. censés préciser les modalités de recours à l'arbitrage n'apportent pas plus de précision, rappelant simplement la possibilité de conclure des conventions d'arbitrage en vue du règlement de litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers dans le cadre de leurs missions ou le fait que les conventions d'arbitrage doivent être soumises à certaines autorisations particulières (approbation du conseil d'administration de l'établissement ou de l'organe en tenant lieu et visa préalable du membre du corps du contrôle général économique et financier lorsque leur statut prévoit un contrôle financier *a priori*). A défaut de précision, l'arbitrage de droit public interne doit-il être régi par les règles du Code de procédure civile, et notamment l'effet positif de la compétence-compétence, ou par un droit public de l'arbitrage autonome, restant à construire ? Quelle que soit la voie choisie par le législateur, il nous paraît indispensable de reconnaître au tribunal arbitral le pouvoir de juger de sa compétence, sous peine de rendre que la procédure arbitrale soit obstruée par des manœuvres dilatoires.

420. En définitive, l'effet positif du principe de compétence-compétence est une règle reconnue dans tout le droit de l'arbitrage, au-delà des clivages traditionnels du droit, droit public et droit privé. Aussi peut-on considérer que l'effet positif de la compétence-compétence prend ancrage dans l'ordre arbitral au sens large, privé comme public. Pour autant est-il un principe propre au droit de l'arbitrage ? Il ne semble pas.

B.- Un principe général de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence

421. Poursuivant notre quête de ce que nous désignons en droit français de l'arbitrage comme l'effet positif du principe compétence-compétence, on retrouve les traces de la règle au-delà du seul droit de l'arbitrage. En effet, la possibilité de statuer sur sa propre compétence est reconnue aux juridictions étatiques internationales (1), et ce, de manière explicite, sous le

¹ M. MICHALAUSKAS, *Arbitrage-adr.net*, n° 1915.

terme de principe de compétence-compétence. La présence de cette règle est également reconnue au profit des juridictions étatiques internes, mais elle est bien plus difficile à déceler car elle est connue sous une autre appellation, et n'est, pour ainsi dire, que rarement rappelée de manière directe. Le principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence est un parent pauvre de la littérature juridique. Que ses traces soient implicites ou explicites, l'essentiel des juridictions publiques internes (2) dispose du pouvoir de juger de leur compétence

Ce faisant, ce principe est conforté comme un principe général de droit processuel, applicable aussi bien à la justice publique qu'à la justice privée, consolidant son statut de règle transnationale, arbitrale ou plus largement, processuelle. La règle transnationale de l'arbitrage selon laquelle tout arbitre est juge de sa compétence peut alors être perçue comme une simple application à la justice privée du principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence.

1).- Les traces du principe devant les juridictions internationales

422. La question de la possibilité pour les juridictions internationales de juger de leur compétence se pose avec la même acuité que pour les arbitres au regard de l'origine commune de leur compétence : la volonté des parties. En effet, les États doivent donner leur consentement pour que le différend les opposant puisse être légalement soumis à la justice internationale, consentement donné avant que le litige ne soit né ou une fois le litige né. Au regard de la source conventionnelle de la compétence des juridictions internationales, certains États n'ont pas hésité à contester la possibilité pour ces juridictions de pouvoir juger de leur compétence. Ils ont soutenu que leur propre interprétation de leur consentement devait lier les juridictions internationales. La Cour internationale de Justice a été directement saisie d'une telle contestation dans l'affaire *Nottebohm*¹. En l'espèce, le Guatemala contestait non seulement la compétence *ratione temporis* de la Cour, ayant souscrit à sa compétence obligatoire uniquement pour une durée limitée à cinq ans, mais également, la compétence-compétence de la Cour. Selon cet État, l'article 36(6) du Statut de la CIJ ne s'appliquerait que dans le cadre de l'article 36 et, spécifiquement, aux conditions de compétence de l'article 36(2) : « [s]elon l'interprétation du Guatemala, cette dernière disposition était sans application en l'espèce car elle n'a d'autre portée que d'habiliter la Cour à décider si un différend, dont elle a été valablement saisie, rentre ou non dans une des autres catégories de différends juridiques énumérés à l'article 36(6). L'article 36(6), concluait la communication du Guatemala, ne peut donc pas être opposé à un État alors qu'il s'agit de savoir si la saisine même de la Cour est valable »². La Cour internationale de Justice a rejeté à l'unanimité cette exception portant directement sur la compétence-compétence au motif que l'article 36(6) du Statut a une portée générale, non restreinte au seul paragraphe 2 de l'article 36. Cette disposition ne fait que reprendre une règle que le droit international commun a consacrée en matière d'arbitrage. La Cour conclut alors que “*The judicial character of the Court and the*

¹ CIJ, *Nottebohm* (1^{ère} phase), *Liechtenstein c. Guatemala*, 18 nov. 1953, *op. cit.* On signalera que l'ancêtre de la CIJ, la CPJI, s'était également reconnu le pouvoir de juger de sa compétence : CPJI, Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926, avis du 28 août 1928, série B, n° 16, p. 20 : « [...] principe suivant lequel, en règle générale, tout organe possédant des pouvoirs juridictionnels a le droit de se prononcer en premier lieu lui-même sur l'étendue de ses attributions ».

² P. DE VISSCHER, « L'affaire *Nottebohm* », *RGDIP*, 1956.240.

rule of general international law referred to above are sufficient to establish that the court is competent to adjudicate on its own jurisdiction in the present case”.

423. Peu de décisions rappelleront ensuite la « *compétence de la compétence* ». On en trouve les traces dans le premier arrêt de la chambre d’appel du Tribunal pénal international pour l’Ex-Yougoslavie. La juridiction décide ainsi que, bien que la résolution du Conseil de sécurité à l’origine de sa création ne lui reconnaisse pas la compétence-compétence, celle-ci serait un élément de la « *la compétence « incidente » ou « implicite », qui découle automatiquement de l’exercice de la fonction judiciaire* »¹. S’appuyant sur l’avis consultatif de la Cour internationale de Justice *Effets de jugements du Tribunal administratif des Nations unies accordant des indemnités*, le TPIY juge qu’il « *peut et, en fait, doit exercer sa « compétence de la compétence » et examiner l’exception d’incompétence de la Défense dans le but de déterminer sa compétence à être saisi de l’affaire au fond* »² car « *[c]e pouvoir, appelé principe de « Kompetenz-Kompetenz » en allemand ou « la compétence de la compétence » en français, est un élément et, de fait, un élément majeur de la compétence incidente ou implicite de tout tribunal judiciaire ou arbitral et consiste en sa « compétence de déterminer sa propre compétence ». Ce principe est un élément constitutif nécessaire dans l’exercice de la fonction judiciaire et il est inutile qu’il soit expressément prévu dans les documents constitutifs de ces tribunaux, bien qu’il le soit souvent (voir, par exemple, Statut de la Cour internationale de Justice, art. 36, par. 6)* »³. Cet arrêt rendu par la Chambre d’appel du TPIY nous apporte ainsi une précision importante sur l’effet positif de la compétence-compétence : peu importe qu’il soit ou non reconnu par les statuts d’une juridiction, l’effet positif est un pouvoir inhérent à la fonction de juger, et il est ainsi reconnu à tout organe juridictionnel, même si l’acte constitutif ne le précise pas. La possibilité de statuer sur sa compétence est d’ailleurs aujourd’hui reconnue au TPIY par l’article 72 de son Règlement de procédure et de preuves⁴.

Néanmoins, il est nécessaire de restituer à cet arrêt son sens exact. La défense contestait en l’espèce aussi bien la compétence du tribunal pénal *stricto sensu* (compétence *ratione materiae*), que la validité même de la constitution de cet organe c’est-à-dire la légalité de sa création. En réalité, si le TPIY affirme la compétence de la compétence, c’est afin de statuer non pas sur sa compétence *stricto sensu*, mais sur la légalité même de sa création, c’est-à-dire l’existence même de son pouvoir de juger⁵.

424. Rares sont donc aujourd’hui les contestations du pouvoir des juridictions publiques internationales de juger de leur compétence. Un auteur faisait déjà il y a cinquante

¹ TPIY (chambre d’appel), arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence, 2 oct. 1995, *Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule »*, n° 14 ; voir la note de P.-M. MARTIN, « La compétence de la compétence (à propos de l’arrêt *Tadic*, Tribunal pénal international, chambre d’appel, 2 oct. 1995), *D.*, 1996, Chron. 157.

² *Ibid.*, n° 19.

³ *Ibid.*, n° 18.

⁴ Article 72 du règlement de procédure et de preuve du TPIY.

⁵ TPIY (chambre d’appel), arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence, 2 oct. 1995, *Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule »*, n° 10 et s et spécialement le n° 12 : « [l]’appel fondé sur l’illégalité de la création du Tribunal international touche le principe même de la compétence en tant que pouvoir d’exercer la fonction judiciaire dans tout domaine. Il est plus radical, dans le sens où il excède et englobe tous les autres appels relatifs à la portée de la compétence. Il s’agit là d’une question préalable qui détermine tous les autres aspects de la compétence ».

ans ce constat concernant la CIJ, identique à celui qui est fait pour les tribunaux arbitraux ou, comme nous le verrons, pour les juridictions étatiques : si c'est un pouvoir fréquemment exercé, le pouvoir est rarement rappelé : *“few are the cases where the Court had to announce openly that the exercise of this power is the part of its judicial task”*¹. D'ailleurs, alors que les juridictions publiques internationales ont proliféré ces dernières décennies, la possibilité de juger de leur compétence leur est systématiquement reconnue, soit dans leur statut, soit dans leur règlement de procédure². La « *compétence de la compétence* », c'est-à-dire « *la possibilité de connaître des désaccords relatifs à la compétence au fond* », est incontestablement un principe du contentieux international³.

425. Au terme de cet inventaire non exhaustif, il apparaît que la plupart des juridictions internationales peuvent statuer sur leur propre compétence. Peu importe que cette faculté leur soit expressément reconnue, directement ou indirectement par les dispositions détaillant les modalités procédurales selon lesquelles elles peuvent connaître des incidents de compétence. En toutes circonstances, le consensus existant sur la règle l'élevant au rang de principe général du droit, toute juridiction internationale est juge de sa compétence. Qu'en est-il des juridictions étatiques internes françaises ?

2).- Les traces du principe devant les juridictions étatiques internes

426. L'effet positif de la compétence-compétence est-il reconnu au profit des juridictions étatiques françaises ? Sans prétendre réaliser un examen exhaustif de l'intégralité du droit français, on peut observer qu'il n'y a pratiquement aucune trace directe de l'effet positif de la compétence-compétence concernant les juridictions étatiques internes. Concernant les juridictions de l'ordre judiciaire, aucune disposition du Code de procédure civile n'édicte expressément et directement, et ce, de manière générale – au profit de toute juridiction de l'ordre juridique – l'effet positif de la compétence-compétence, contrairement au principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception qui est reconnu par les articles 49 et 50 CPC à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire⁴.

Pour autant, les juridictions de l'ordre judiciaire n'en sont pas dépourvues. Ce pouvoir leur est bien évidemment reconnu, non pas sous la terminologie du droit de l'arbitrage, « *effet positif du principe de la compétence-compétence* », mais sous la forme d'un principe, adage du droit français, « *tout juge est juge de sa compétence* »⁵. Cet adage est une telle évidence qu'il n'est jamais rappelé dans les ouvrages de procédure civile, sous réserve de quelques

¹ I. F. I. SHIHATA, *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence, op. cit.*, p. 35.

² Cf. par ex. : art. 2(3) du statut du Tribunal administratif des Nations Unis ; art. 2(7) du statut du tribunal administratif de l'OIT sous réserve de l'appel devant la CIJ ; art. 28 du statut du Tribunal international du droit de la mer ; art. 72 A du Règlement de procédure et de preuves du TPIR ; art. 19(1) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale ; art. 49 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'article 32 alinéa 2 du protocole n° 11 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention.

³ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 138, n° 239 ; cf. les nombreuses réf. pp. 138-139, n° 240.

⁴ Comme nous l'avons démontré précédemment pour des raisons de logique, cette règle ne peut pas s'étendre à la compétence car elle suppose que le tribunal soit compétent au regard de la demande introductive d'instance, v. *supra*

⁵ V° « Tout juge est juge de sa compétence », in L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français, op. cit.*

exceptions¹. Le Code de procédure civile contient différentes traces de la règle, indirectes (i) ou directes (ii), même si ces dernières sont moins nombreuses.

a).- Traces indirectes

On peut trouver de multiples traces indirectes de la reconnaissance au profit des juridictions judiciaires du pouvoir de juger de leur compétence dans le Code de procédure civile. Il suffit de se référer aux multiples dispositions concernant le règlement des incidents d'incompétence. C'est pourquoi certains auteurs se sont appuyés sur certaines de ces dispositions afin de justifier la reconnaissance en droit positif du principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence : MM. Boyer et Roland invoquent par exemple l'article 92 CPC relatif à la possibilité pour la juridiction civile de statuer d'office sur sa compétence, tandis que M. Clay préfère les articles 76 et 77 CPC relatifs au moment où le juge étatique peut statuer sur sa compétence et sur le fond. A bien y regarder, toutes les dispositions définissant le régime de l'exception d'incompétence sont autant d'indices de l'existence du pouvoir de statuer sur leur compétence des juridictions étatiques. La seule limite à cette possibilité se trouve bien évidemment dans l'organisation judiciaire, sa nécessité de cohérence et sa hiérarchie, « *lorsque sur un renvoi, la compétence s'impose à la fois aux parties et au juge* »². Ainsi, par exemple, en application de l'article 86 CPC, la cour d'appel saisie d'un contredit « *renvoie l'affaire à la juridiction qu'elle estime compétente* » et « *[c]ette décision s'impose aux parties et au juge de renvoi* ». Consécutivement, la juridiction de première instance désignée « *est obligatoirement saisie de l'affaire au fond et ne peut plus être juge de sa propre compétence* »³. Dans le même sens, la juridiction saisie qui se déclare incompétente « *désigne la juridiction qu'il estime compétente* », en application de l'article 96 al. 2 CPC. Puisque « *[c]ette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi* », on doit également admettre que la juridiction de renvoi ne peut plus juger de sa compétence.

427. En se fondant sur ces traces indirectes, on peut ainsi retrouver les vestiges du principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence dans le Code Louis, plus particulièrement au titre VI de l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye de 1667 consacré aux « *fins de non procéder* », les articles Ier et IIIe prévoyant que les juges ne peuvent connaître d'une « *cause, instance ou procès, dont la connoissance ne leur appartient* », obligation leur étant faite « *de juger sommairement à l'audience les renvois, incompétences et déclinatoires qui seront requis* »⁴.

¹ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.*, p. 184, n° 36 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, op. cit.*, p. 1141, n° 1724 : « [...] une juridiction peut toujours procéder à la vérification de sa propre compétence [...] ».

² S. GUINCHARD, C. CHANAIS ET F. FERRAND, *Procédure civile, op. cit.*, p. 1046, n° 1556.

³ S. GUINCHARD, C. CHANAIS ET F. FERRAND, *Procédure civile, op. cit.*, p. 1164, n° 1761.

⁴ Art. I du titre VI de l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye de 1667 : « *Défendons à tous nos Juges, comme aussi aux Juges Ecclésiastiques et des Seigneurs, de retenir aucune cause, instance ou procès, dont la connoissance ne leur appartient ; mais leur enjoignons de renvoyer les parties devant les Juges qui doivent en connoître, ou d'ordonner qu'elles se pourvoient, à peine de nullité des Jugements* ».

Art. III du titre VI de l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye de 1667 : « *Enjoignons à tous Juges, sous les mêmes peines, de juger sommairement à l'audience les renvois, incompétences et déclinatoires qui seront requis et proposés sous prétexte de litispendance, connexité, ou autrement, sans appointe les parties, lors même qu'il*

Ce principe fondamental de droit processuel est une telle évidence qu'il n'est pas non plus rappelé par la jurisprudence¹. Lorsque les juridictions étatiques ont exceptionnellement rappelé ce principe, il s'agissait pour elles d'étendre son application au droit de l'arbitrage en raison de la qualité de juge, fut-il privé, de l'arbitre. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Impex* de 1968, la Cour de Colmar retient qu'« [il] est de principe que le juge saisi est compétent pour statuer sur sa propre compétence, ce qui implique nécessairement, lorsque le juge est un arbitre dont les pouvoirs tirent leur origine d'une convention des parties, la vérification de l'existence et la validité de cette convention »². De même, le tribunal civil de la Seine, dans l'affaire *Buck*, bien que refusant au tribunal arbitral le pouvoir de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage au motif que l'investiture était en cause, rappelle qu'en vertu d'un « principe généralement admis dans notre droit, il résulte que toute juridiction est juge de sa propre compétence, c'est-à-dire de la nature et de l'étendue de ses pouvoirs, sous réserve des voies de recours qui peuvent être exercées contre sa décision sur ce point »³. On signalera enfin que l'arrêt fondateur de l'effet positif du principe de compétence-compétence, l'arrêt *Rosselly*, est rendu au visa suivant : « en thèse générale tout juge, même d'exception, peut statuer sur sa propre compétence »⁴.

De même, il est incontestablement admis que les juridictions, soumises à une contestation de leur compétence au profit d'une juridiction étrangère, peuvent statuer sur leur compétence. En droit international privé français, il n'existe pas une juridiction spécialisée chargée de résoudre les exceptions de compétence soulevées au profit d'une juridiction étatique étrangère. Chaque juridiction, juge de sa compétence, peut connaître de cette exception d'incompétence internationale. D'ailleurs, le système entier de résolution des conflits de juridictions en droit international privé présuppose, à titre préalable, que les tribunaux étatiques puissent statuer sur leur propre compétence. Un ouvrage le laisse d'ailleurs deviner dans la définition même du conflit de juridictions : « [a]u cours d'un litige la solution du conflit de juridictions est toujours et nécessairement préalable à celle du conflit de lois. Le juge saisi commence par s'interroger sur sa propre compétence »⁵.

b).- Traces directes

428. Quelques traces plus directes de l'effet positif de la compétence-compétence peuvent être identifiées.

en sera délibéré sur le registre, ni réserver et joindre au principal, pour y être préalablement ou autrement fait droit ».

¹ Cette affirmation ne résulte pas d'un examen exhaustif de toutes les décisions des juridictions étatiques statuant sur leur compétence, impossible à réaliser dans le cadre de cette étude. Cf. cependant Cass. civ 1^{ère}. 27 nov.1985, *Bull. civ.*, 1985.I.326 (« s'il « appartient à la juridiction des référés, comme à toute juridiction de vérifier sa compétence »).

² CA Colmar, 29 nov. 1968, *Rev. arb.*, 1968.149, p. 155.

³ Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, *Buck*, *op. cit.* Cf. également : Cass. com., 22 fév. 1949, *Caulliez*, *JCP*, 1949, II, 4899, note H. MOTULSKY, in *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 224 : « [...] toute juridiction, même d'exception, étant juge de sa propre compétence [...] ».

⁴ Cass. req, 28 juill. 1818, *Rosselly c. Abat*, *op. cit.*

⁵ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 584, n° 439. Cf. également, *ibid.*, p. 10, n° 13 : « [i]l y a conflit de juridictions toutes les fois qu'un litige comporte un élément d'extranéité, il faut déterminer si les tribunaux français sont ou non compétents [...]. Ils se rencontrent dans tout litige de droit international privé et sont nécessairement préalables aux conflits de lois, car, avant de déterminer la loi applicable, le juge doit nécessairement se prononcer sur sa propre compétence ».

429. Tout d'abord, le juge de la mise en état, magistrat de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée devant le tribunal de grande instance, se voit spécifiquement attribuer ce pouvoir à l'exclusion de la formation collégiale du tribunal de grande instance¹. L'article 771 CPC prévoit que « *le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour [...] [s]tatuer sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance ; les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ; [...]* ». Ce système permettant à une formation de jugement spécifique de juger des exceptions d'incompétence et autres exceptions préliminaires est bien connu du contentieux international public². En effet, « *il n'est pas rare qu'une formation de jugement distincte de la formation de jugement compétente pour le fond soit appelée à statuer sur les questions préliminaires* »³.

430. Ensuite, l'article 847-5 al. 1^{er} CPC dispose que « *[l]e juge de proximité renvoie toutes les exceptions d'incompétence au juge d'instance. Sa décision peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier* ». La seule faculté qui lui soit reconnue en ce domaine est de « *relever d'office son incompétence* »⁴. Cette seconde illustration de la trace directe de l'effet positif de la compétence-compétence résulte donc de sa suppression, le juge de proximité placé dans l'impossibilité de pouvoir juger de sa compétence, sauf à se juger d'office incompétent. Le décret du 23 juin 2003 n° 2003-542, repris par l'article 6 du décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 a mis en place un système de question préjudicielle, l'article 847-5 CPC retirant au juge la connaissance de cette question et lui faisant obligation de renvoyer la question à une autre juridiction, en l'espèce le tribunal d'instance. Il s'agit donc d'un « *renvoi de compétence* » du juge de proximité au profit du tribunal d'instance, ainsi frappé d'une « *incapacité à connaître du règlement des incidents de compétence* »⁵.

Pourquoi a-t-on pu interdire au juge de proximité de connaître de l'exception d'incompétence ? Il semble que ce soit en raison des doutes sur leur aptitude à connaître des difficultés juridiques sérieuses, de « *questions de compétence assez difficiles à résoudre* »⁶. En effet, le premier argument en ce sens est que l'on permet à ce tribunal de relever d'office son incompétence, et ainsi, de connaître des cas manifestes d'absence de compétence. De plus, on peut rapprocher cette disposition de l'article la précédant, l'article 847-4 CPC qui donne la possibilité au juge de proximité de renvoyer au juge d'instance la connaissance de toute difficulté juridique sérieuse portant sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation d'un contrat liant les parties.

Cette disposition nous paraît regrettable. Elle constitue une atteinte à l'office du juge, et conduit à douter tout simplement des « *compétences* » de ce juge, pourrait-on dire, par un jeu de mot, employé ici au sens de personne qualifiée, ayant des connaissances juridiques et une

¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, op. cit.*, p. 1226, n° 1865 ; spéc. sur l'exclusivité de la compétence, p. 1229, n° 1866.

² Cf. par ex. la Cour pénale internationale, la chambre préliminaire composées de trois juges jugeant des exceptions préliminaires (articles 39 et 57 parag. 2 a du statut CPI).

³ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 429, n° 744.

⁴ Art. 847-5 alinéa 2 CPC : « *[l]e juge de proximité peut toujours relever d'office son incompétence ainsi que le tribunal d'instance au profit du juge de proximité* ».

⁵ S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile, op. cit.*, 28^e éd., 2006, p. 874, n° 1102.

⁶ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, op. cit.*, p. 1147, n° 1734.

formation adéquate afin d'exercer la fonction de juge¹. Le juge de proximité ne serait-il qu'un singe de juge, un juge de bas rang, pour qu'il soit l'objet d'une telle méfiance ?

431. Enfin, une dernière trace explicite de la possibilité pour les juridictions judiciaires françaises de statuer sur leur compétence peut être trouvée en droit international privé. Il est explicitement reconnu que le mécanisme de la litispendance repose sur l'effet positif de la compétence-compétence. Décrivant le mécanisme de la litispendance européenne, un des ouvrages de référence de la matière expose ainsi que la possibilité pour le premier tribunal arbitral saisi de juger de sa compétence est désignée sous l'expression de « *principe de Kompetenz-Kompetenz* »². L'expression est cependant utilisée afin de mettre en évidence l'originalité de la litispendance telle que connue dans le Règlement Bruxelles I, « *mécanisme original en vertu duquel la question de la compétence du juge premier saisi est laissée à sa compétence exclusive* ». Sans aucun doute, le Règlement Bruxelles I reconnaît implicitement l'effet positif de la compétence-compétence au profit des juridictions des États membres. Cependant, la CJCE est venue rappeler avec force ce principe fondamental dans l'affaire *Allianz c. West Tanker*³. La Haute juridiction a jugé incompatible une injonction *anti-suit* prononcée au profit d'un tribunal arbitral par la House of Lords, juridiction anglaise, contre un tribunal italien, au motif qu'une telle injonction empêche le tribunal étatique italien de statuer sur sa propre compétence, violant ainsi le pouvoir reconnu à cette juridiction de statuer sur sa propre compétence : « *le fait d'empêcher, au moyen d'une «anti-suit injunction», une juridiction d'un État membre, normalement compétente pour trancher un litige conformément à l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001, de se prononcer, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de ce règlement, sur l'applicabilité même de ce dernier au litige qui lui est soumis revient nécessairement à lui ôter le pouvoir de statuer sur sa propre compétence en vertu du règlement n° 44/2001* »⁴. Le pouvoir de statuer sur leur compétence des juridictions étatiques au regard du Règlement Bruxelles I est ainsi explicitement reconnu et préservé par l'interdiction d'adoption par une juridiction d'un État membre d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre État membre.

Conclusion

432. En définitive, l'effet positif du principe de compétence-compétence, c'est-à-dire la possibilité de statuer sur la compétence, est reconnue, à une exception près – le juge de proximité⁵ –, au profit de toutes les juridictions étatiques françaises. Compte tenu de son caractère évident, cette règle est rarement édictée expressément et ne fait l'objet d'aucun contentieux. On décèle l'existence de cette règle presque exclusivement de manière indirecte, à travers les dispositions décrivant la façon procédurale dont ces juridictions doivent statuer sur leur compétence.

¹ Nous voici encore en présence d'autre autre sens du mot « *compétence* ». Il s'agit ici du sens commun, non juridique, une personne compétente est ainsi une « *personne qualifiée* ».

² Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 697, n° 490-19, note n° 1.

³ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*

⁴ CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *op. cit.*, n° 28.

⁵ S GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, op. cit.*, p. 1046, n° 1556.

433. Au terme de ce tour d'horizon du droit processuel, on peut conclure que l'effet positif de la compétence-compétence est reconnu dans tout le droit de l'arbitrage, mais il ne lui est pas propre. La reconnaissance de l'effet positif de la compétence-compétence au profit de toute juridiction, quelle que soit sa dénomination, vient de nous en convaincre. L'effet positif de la compétence-compétence plonge ainsi ses racines non seulement dans l'ordre arbitral et plus largement dans le droit processuel. Ce constat vient renforcer l'hypothèse de l'existence d'un droit commun du procès¹, transcendant les âges et les frontières, par la mise en évidence d'une autre règle de droit processuel. La reconnaissance du pouvoir de statuer sur la compétence en droit de l'arbitrage, à travers la forme spécifique de l'effet positif de la compétence-compétence, contribue à élever le principe qui reconnaît à une juridiction le pouvoir de statuer sur sa compétence, peu importe son appellation – effet positif du principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage, principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence en procédure civile interne, principe de compétence-compétence en procédure civile internationale – au rang de *principe de droit processuel commun*. Même s'il n'est sans doute pas aussi fondamental que le principe du contradictoire ou droit au juge, l'effet positif de la compétence-compétence est un principe utile, même si subsidiaire.

L'arbitrage aura ainsi permis de mettre en évidence un principe de droit processuel implicite relativement ignoré mais bel et bien vivace, et de le conceptualiser. Ce faisant, le droit de l'arbitrage apporte sa contribution – même modeste – à l'édifice du droit processuel

434. Il semble qu'en dépit de quelques divergences, les tribunaux arbitraux jugent généralement de leur compétence sans justifier la source même du pouvoir de juger de leur compétence. La règle est évidente. Ce comportement des arbitres peut être interprété comme l'adhésion implicite à la thèse selon laquelle l'ordre juridique de rattachement de l'arbitrage et du pouvoir juridictionnel des tribunaux arbitraux n'est pas un ordre étatique déterminé, mais l'ordre arbitral, et plus généralement l'ordre processuel transnational, reconnaissant le principe général selon lequel tout juge, public ou privé, interne ou international, est juge de sa compétence. Il n'est donc pas toujours nécessaire qu'un ordre étatique déterminé s'en fasse le relais pour qu'un tribunal arbitral puisse juger de sa compétence. Le droit de l'arbitrage dépasse les cadres étatiques.

Premier fondement, l'effet positif de la compétence-compétence tire sa juridicité d'un ordre transnational. Prenant sa source dans l'ordre processuel, l'hypothèse que le principe compétence-compétence constitue un élément du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral, rattaché à la nature juridictionnelle de l'arbitrage à l'exclusion de sa nature contractuelle, semble se dessiner. C'est ce qu'il nous faut encore examiner : l'effet positif de la compétence-compétence a-t-il pour source l'aspect contractuel ou l'aspect juridictionnel de l'arbitrage ?

¹ S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès*, op. cit.

Chapitre 2.- Identification du fondement de l'effet positif au regard de la nature hybride de l'arbitrage

436. Si l'effet positif de la compétence-compétence est bien une règle de droit tirant sa juridicité de l'ordre transnational, il ne confère pas nécessairement au tribunal arbitral le *pouvoir* de juger de sa compétence. Qu'est-ce que l'on entend lorsque l'on affirme que le tribunal arbitral peut statuer sur sa compétence ? L'effet positif confère-t-il au tribunal arbitral une simple « *permission légale de ne pas surseoir à statuer* », possibilité de donner son avis sur la compétence, ne liant tout au plus que lui, ou consiste-t-il en une véritable parcelle du pouvoir juridictionnel, lui permettant de juger de sa propre compétence ? En vertu de l'effet positif, le tribunal arbitral détient-t-il une *simple faculté, le pouvoir ou la compétence* de statuer sur la compétence juridictionnelle générale ? « *Ce n'est qu'un débat de nature sémantique, pourra-t-on rétorquer. Peut-être ! Mais comme souvent en pareil cas, il trahit d'épineux problèmes de fond* »¹.

La question de la nature de l'effet positif n'a été que très rarement posée², les questions relatives à l'objet de l'effet positif ayant occupé seules le devant de la scène. La qualification exacte de l'effet positif du principe compétence-compétence est malaisée. Elle peut paraître de prime abord anodine, mais elle est en fait d'une grande complexité au regard des difficultés à « *élucider le concept autonome de « compétence de la compétence* » »³.

437. Premier stade de recherche quelque peu linguistique, loin d'être considéré comme une « *simple permission légale de ne pas surseoir à statuer* », la plupart des textes et une partie de la doctrine utilisent des expressions ou termes reconnaissant au tribunal arbitral la possibilité de « *prendre toute décision* »⁴, de « *juger* », de « *trancher* », de « *statuer* »⁵, d'être « *juge* »⁶, bref, de dire le droit sur la compétence, d'exercer la *juridictio*. Ainsi, l'ancien article 1466 CPC autorisait l'arbitre à « *statuer sur la validité ou les limites de son investiture* », et le nouvel article 1465 CPC admet également que « *[l]e tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* ». L'utilisation du terme « *statuer* » dans ces deux dispositions plaide en faveur de la faculté pour le tribunal arbitral de véritablement juger de sa compétence. La même remarque vaut pour l'article 16(1) de la loi type CNUDCI, précisant que « *[l]e tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence* ». Dans le même sens, l'article 41(1) de la Convention de

¹ D. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 584, n°3.

² Deux auteurs ont cependant soulevé et étudié la question : P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 344, n° 13, qui rejette les termes de compétence et de pouvoir ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Introduction générale », *op.cit.*, n°3, qui remarque qu'il s'agit d'un pouvoir.

³ E. WYLER, « La détermination de la Cour de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 23. L'auteur centre son étude sur le principe de compétence-compétence lui-même plus que sur les règles de compétence : « *notre approche de la compétence de la compétence, quelque peu différente, consistera à s'intéresser moins au découpage des questions qui formeront l'objet justiciable de chaque différend – par exemple quels aspects du litige entrent dans le cadre du traité fondant la compétence de la Cour –, qu'à la nature et aux fondements des pouvoirs mis en œuvre dans la détermination de la compétence* ».

⁴ Art. 6(2) du règlement de la CCI ; art. 10(3) du règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA

⁵ Art. 5(3) du règlement du CEPANI ; art. 21(1) du règlement suisse d'arbitrage international de la CCIG ; art. 3 du règlement AFA.

⁶ Art. 17 du règlement de la CAP ; art. XI du règlement de la CAMP.

Washington instituant le CIRDI retient simplement que « *le Tribunal est juge de sa compétence* ». On pourrait ainsi multiplier les exemples.

L'effet positif de la compétence-compétence reçoit généralement soit la qualification de *compétence*¹, soit la qualification de *pouvoir*², termes renvoyant tout aussi bien à la possibilité pour le tribunal arbitral de véritablement juger de sa compétence. Les exemples dans la jurisprudence arbitrale³ sont multiples. La définition doctrinale suivante de l'effet positif, proposée par MM. Redfern et Hunter, illustre parfaitement notre propos : « *le pouvoir (ou la compétence) d'un tribunal arbitral de décider sur son propre pouvoir juridictionnel (ou compétence)* »⁴.

Un des rares auteurs excluant ces qualificatifs, retenant que l'effet positif de la compétence-compétence est « *bien mal nommé* » car « *[e]lle ne suppose ni un pouvoir, ni une compétence* »⁵, rejette la possibilité que le tribunal arbitral puisse juger de sa compétence.

438. Ce premier élément – identification des qualificatifs de la règle – pourra paraître insuffisant pour trancher la question précédemment posée. On objectera cependant qu'en toutes circonstances, l'affinement de la nature procédurale de l'effet positif n'est pas sans difficulté, compte tenu du peu d'éléments dont nous disposons sur le sujet. Aussi avons-nous opté pour la méthode du faisceau d'indices, en tentant d'approcher l'exacte qualification par petites touches, tel un impressionniste. D'autres éléments dégagés de la mise en œuvre de l'effet positif viendront consolider ce premier résultat. Ce n'est, en effet, qu'au terme de l'étude d'ensemble de l'effet positif de la compétence-compétence, que nous pourrions affirmer, avec plus de certitude, que le tribunal arbitral dispose véritablement de la possibilité de juger de la compétence juridictionnelle générale.

439. Peu importe. Au regard des qualificatifs utilisés – pouvoir ou compétence –, ou de la définition donnée de l'effet positif, tout le monde ou presque s'accorde sur le fait que le tribunal arbitral puisse *dire le droit* sur sa compétence, exercer la *jurisdictio* sur ce point. Si le tribunal arbitral est donc bien juge de sa compétence, la seule question en suspens qui nous permettrait de véritablement confirmer cette première affirmation est de découvrir le fondement de l'effet positif : d'où est-ce que le tribunal arbitral tire ce pouvoir de juger de sa compétence ? Deux fondements sont évoqués : le contrat et le procès. A quel aspect de la

¹ Art. 16(1) de la loi type CNUDCI (le titre général de l'article 16 est « *compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence* ») ; art. 1465 CPC français ; art. 31(4) de l'*Arbitration Act* anglais 1996.

² Art. 1697 du Code judiciaire belge ; art. 22 de la loi espagnole ; § 1040(1)¹ ZPO qui utilise le terme de « *Befugnis* » ; art. V(3) de la Convention de Genève du 21 avril 1961 ; art. 23(1) du règlement LCIA ; art. 15 (1) du règlement AAA ; art. 36(a) du règlement d'arbitrage de l'OMPI.

³ Cf. notamment en faveur de la qualification de compétence :

sentence CCI n° 1507 rendue en 1970, *op. cit.* ; sentence CCI n° 3987 rendue en 1983, *op. cit.* ;

sentence arbitrale préliminaire du 14 janv. 1982 rendue à Copenhague (*arbitrage ELF Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*), *op. cit.* ; Trib. arb. CIRDI, sentence d'incompétence, 12 juill. 2006, *LESI c. Algérie*, n° ARB/03/8, *op. cit.*, n° 57. En faveur de la qualification de pouvoir : Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 8 mai 2002, *Casado c. Chili*, ARB/98/2, *op. cit.* ; TAS, 24 janv. 2006, sentence n° 2005/A/952, *op. cit.*, p. 203, n° 1 à 5 ; TAS, 12 fév. 2002, sentence n° 02/2003, *op. cit.*, p. 289, point n° 4.1.

⁴ M. HUNTER et A. REDFERN, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 145.

⁵ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 344, n° 13.

nature hybride de l'arbitrage – institution à la fois contractuelle et juridictionnelle¹ – rattacher l'effet positif de la compétence-compétence ? Le tribunal arbitral dispose-t-il de la *compétence*, découlant de la volonté des parties, ou du *pouvoir* de juger de sa propre compétence, puisant sa source dans son pouvoir juridictionnel ? Ces deux termes sont utilisés dans de nombreux domaines de manière presque interchangeables, sans réel approfondissement de leur sens respectif, comme le démontre la thèse de M. Théry. L'auteur remarque en effet « *la tendance à parler d'incompétence toutes les fois qu'un obstacle, peu importe lequel, interdit au juge de statuer* »², et soulève d'ailleurs, à titre d'illustration, la confusion entourant le sens de l'effet positif en retenant que « *l'on a parlé (...) de « Kompetenz-Kompetenz » pour désigner le pouvoir de statuer sur la validité de cette investiture* »³.

Avant de proposer le choix d'un rattachement (section 2), il convient d'exposer l'hésitation initiale entre les deux fondements (section 1).

Section 1.- L'hésitation entre les deux fondements

440. Les difficultés à identifier l'aspect de l'arbitrage auquel doit être rattaché l'effet positif de la compétence-compétence sont présentes dès la reconnaissance de la règle (§1). Cette hésitation a d'ailleurs été à l'origine des difficultés d'application de la méthode des conflits de loi (§2), méthode reposant sur l'identification de la catégorie de rattachement.

§1.- Une hésitation originelle

441. Afin d'identifier la source de l'effet positif de la compétence-compétence, il est opportun d'examiner les arrêts fondateurs, ceux-ci intégrant une réflexion sur les raisons de la consécration de la règle. Un constat s'impose : dès l'origine, les juridictions hésitent à retenir le fondement contractuel ou le fondement juridictionnel. Les premières décisions traduisent cet embarras dès lors qu'il s'agit d'identifier le fondement de l'effet positif.

442. Ainsi, l'un des premiers arrêts de notre histoire contemporaine à avoir reconnu l'effet positif dans le cadre de l'arbitrage international public – l'affaire *Betsey*, issue de la pratique arbitrale ancienne⁴ – est déjà traversé par cette dualité potentielle de fondements. Lors d'un débat autour de l'opportunité de reconnaître la compétence-compétence aux arbitres, les fondements contractuel et juridictionnel furent évoqués. Un premier argument s'oriente vers la source contractuelle de la règle : « *la compétence de la compétence des arbitres dériverait d'une délégation implicite de pouvoirs conférés par les Parties au litige. Comme celles-ci maîtrisent l'ensemble des règles en vertu desquelles l'arbitrage va se dérouler et peuvent parfaitement se réserver pour elles-mêmes la compétence de la compétence, l'absence de toute clause expresse sur ce point doit être interprétée dans le sens d'une pareille délégation* »⁵. Mais un autre argument invoqué dans la suite du raisonnement

¹ Sur ce point, cf. J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, op. cit.

² Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, op. cit., p. 4, n° 7.

³ *Ibid.*, p. 6, n° 7.

⁴ Rapportée par E. Wyler, « La détermination de la Cour de sa propre compétence », op. cit., p. 24 n° 13, décision de 1797 de la Commission mixte de Réclamations anglo-américaine établie par le Jay Treaty (1794).

⁵ *Ibid.*, spéc. p. 24 n° 13.

fait au contraire pencher la balance en faveur du rattachement de l'institution à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage : « [s]’en remettant enfin à l'utilité du principe en droit interne, on préconisa simplement d'en suivre l'exemple, à l'instar des nombreux emprunts déjà opérés dans le domaine de la procédure »¹.

Les textes anciens de droit de l'arbitrage public international ne tranchent pas non plus en faveur du fondement contractuel ou juridictionnel. L'Institut de droit international s'est prononcé initialement plutôt en faveur du fondement contractuel de l'effet positif. L'article 14 de la Résolution de l'Institut de Droit International (1875) concernant le projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale retient explicitement le fondement contractuel de l'effet positif de la compétence-compétence². Cependant, une résolution plus récente relative à l'arbitre entre États semble s'orienter dans une autre direction, l'effet positif étant désigné comme un principe général, même s'il est néanmoins considéré comme ayant valeur simplement supplétive³.

Ainsi, l'interrogation subsiste encore aujourd'hui dans la doctrine. Une récente contribution vise à démontrer que « *le pouvoir dont jouit la Cour internationale de Justice de déterminer sa propre compétence découle de la nature même de sa fonction judiciaire, et ne dépend donc pas des clauses relatives à sa compétence adoptées par les Parties en litige* »⁴. L'auteur recherche ainsi à déterminer « *si ces spécificités, en particulier le consensualisme étatique à la source de la juridiction, peuvent affecter la compétence de la compétence attribuée au juge, notamment la lui soustraire* »⁵.

443. Cette hésitation entre le rattachement de l'effet positif au caractère juridictionnel de l'arbitrage et son rattachement au caractère conventionnel innerve également le premier arrêt de l'histoire française contemporaine à avoir reconnu au tribunal arbitral l'effet positif⁶. Dans l'affaire *Rosselly*, l'avocat général rejette l'idée que le tribunal arbitral puisse être juge de sa compétence en raison d'une part, de la nature contractuelle de leurs pouvoirs, l'effet positif de la compétence-compétence ne pouvant ainsi être « *un droit inhérent à leurs fonctions* », les arbitres n'étant pas des juges mais de simples mandataires⁷, et, d'autre part, au vu de la jurisprudence et la doctrine de l'époque qui rejetaient unanimement l'effet positif. La Cour de cassation se refusa à suivre les conclusions de l'avocat général en reconnaissant aux arbitres le pouvoir de statuer sur leur compétence. La justification de l'arrêt est traversée par les deux fondements.

¹ E. WYLER, « La détermination de la Cour de sa propre compétence », *op. cit.*, spéc. p. 25 n° 13.

² Art. 14 *in fine* : « [d]ans le cas où le doute sur la compétence dépend de l'interprétation d'une clause du compromis, les parties sont censées avoir donné aux arbitres la faculté de trancher la question, sauf clause contraire »

³ Art. 3 de la résolution adoptée par l'Institut de droit international à la session de Saint-Jacques-de-Compostelle (5-13 septembre 1989) concernant l'arbitrage entre États, entreprises d'État ou entités étatiques et entreprises étrangères (18^e Commission) », *Rev. arb.*, 1990.931.

⁴ E. WYLER, « La détermination de la Cour de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 21.

⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁶ Aix en Provence, 13 déc. 1814, *Rosselly*, extraits in *Jur. Gén.*, v° « Arbitrage-Arbitre », n° 986 ; et sur pourvoi Cass. req, 28 juill. 1818, *Rosselly c. Abat*, *op. cit.*

⁷ Aix en Provence, 13 déc. 1814, *Rosselly*, *op. cit.*, p. 596 : « *ce n'est que du consentement des parties que les arbitres tiennent leurs pouvoirs ; il ne sont en réalité que des mandataires ; ils ne peuvent donc rien faire au-delà de ce qui est spécifié dans leur mandat* ».

De nombreux indices militent en faveur de la source juridictionnelle. Ainsi, l'arrêt est rendu au visa suivant : « *en thèse générale tout juge, même d'exception, peut statuer sur sa compétence* ». La Cour de cassation retient ensuite que les arbitres eux-mêmes sont des juges, rejetant la thèse de l'avocat général, selon laquelle les arbitres seraient de simples mandataires : « *les arbitres sont des juges, relativement aux parties qui les ont nommés* ». La Cour de cassation retient ainsi le fondement juridictionnel de l'effet positif, celui-ci constituant un pouvoir, élément du pouvoir de juger reconnu à tout juge, peu importe qu'il soit public ou privé.

Cependant, la suite de l'argumentation sème le trouble, en se rattachant au fondement contractuel. En effet, la Cour de cassation retient que « *le compromis ne leur confère pas en termes exprès le pouvoir de statuer sur la compétence ; mais que ce pouvoir s'y trouve nécessairement et, d'une manière implicite, dès lors qu'il est la conséquence naturelle du caractère de juges dont les parties avaient investi les arbitres* ». C'est du compromis, de la convention d'arbitrage de manière plus générale, que le tribunal arbitral tirerait la possibilité de statuer sur sa compétence, celui-ci contenant implicitement, mais nécessairement ce pouvoir. Soulignons qu'au sein même de l'argument contractuel, toute trace du fondement juridictionnel n'a pas disparu, bien au contraire. Si l'effet positif est implicitement présent dans le compromis, c'est en raison de la nature juridictionnelle de la mission du tribunal arbitral. La Cour de cassation mélange ainsi les deux fondements.

444. Plus récemment, les deux fondements sont également évoqués par deux auteurs suisses, pétris et imprégnés d'une culture profondément comparatiste, qui leur donne une vision large et complète du droit de l'arbitrage, dépassant les frontières politiques. Selon eux, l'effet positif « *repose sur une application extensive ou analogique du principe selon lequel toute autorité est compétente pour connaître de sa propre compétence ou sur la présomption que les parties ont entendu soumettre également cette question préalable aux arbitres* »¹.

445. L'hésitation entre ces deux fondements est originelle, traversant ainsi les âges et les frontières.

§2.- Une hésitation à l'origine des difficultés d'application de la méthode des conflits de lois

446. Cette hésitation concernant la source de l'effet positif du principe compétence-compétence est à l'origine des difficultés d'application de la méthode des conflits de lois, permettant d'identifier selon quelle loi étatique le tribunal arbitral devrait juger de sa compétence.

447. Nous n'entendons pas remettre ici en cause notre adhésion à la méthode des règles matérielles. Notre propos est simplement de mettre en exergue l'hésitation persistant sur le fondement et la qualification de l'effet positif du principe compétence-compétence à travers les difficultés de mise en œuvre de la méthode des conflits de lois. En effet, le processus de qualification d'une institution, d'identification de sa nature, est primordial dans la méthode des règles de conflit de lois. « *On voit apparaître en droit international privé l'intérêt qu'il y a à rechercher la nature d'une institution, intérêt qui peut paraître purement*

¹ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., pp. 407- 408, n° 457.

spéculatif en droit civil »¹. La qualification de l'effet positif, c'est-à-dire le processus d'intégration de l'institution en cause dans une catégorie de rattachement, permet de déterminer la loi de rattachement, c'est-à-dire la loi qui est applicable à cette catégorie². Ainsi, si l'on voit dans l'effet positif une compétence sur laquelle les parties se sont accordées – explicitement ou implicitement par la convention d'arbitrage –, l'effet positif aurait pour origine le contrat et on devrait lui appliquer la loi d'autonomie. Au contraire, si l'on retient que l'effet positif de compétence-compétence est une institution de procédure ou de l'organisation de l'arbitrage, il faudrait lui appliquer la *lex fori* ou *lex arbitrii* – bien que l'on ne sache quel est le for d'un tribunal arbitral –.

L'analyse générale de droit international privé est généralement étendue à notre matière³. Mais la question est plus complexe en droit de l'arbitrage car la loi d'autonomie prévaut même pour la procédure arbitrale ou l'arbitrage lui-même. La loi du siège de l'arbitrage a largement perdu du terrain et n'intervient souvent que de manière subsidiaire. Aussi, même si l'on retient que l'effet positif revêt une nature procédurale, l'application de la loi du siège de l'arbitrage n'est pas inéluctable et l'application de la loi d'autonomie est parfaitement envisageable. Ainsi, bien que se prononçant en faveur de la nature procédurale de l'effet positif, Motulsky retenait que la loi d'autonomie devait régir la compétence-compétence, la loi du siège de l'arbitrage ne devant intervenir qu'à titre subsidiaire⁴.

448. Sous cette réserve, deux tendances distinctes se dessinent en doctrine.

449. La première tendance, considérée comme majoritaire, se prononce en faveur de l'application de la loi d'autonomie à l'effet positif. Ainsi, l'effet positif du principe de compétence-compétence constituerait une institution de nature contractuelle, régie par la loi d'autonomie.

L'hypothèse de la loi d'autonomie directement choisie par les parties pour s'appliquer à l'effet positif de la compétence-compétence est peu vraisemblable. Cependant, dans certaines décisions anciennes, c'est en filigrane la loi d'autonomie qui transparait. Les juridictions ont par exemple admis que le tribunal arbitral pouvait statuer sur sa propre compétence dès lors que les parties désignaient non pas une loi étatique déterminée, mais un règlement d'arbitrage reconnaissant expressément au profit du tribunal arbitral le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, cette règle ne heurtant pas l'ordre public international français⁵.

La loi d'autonomie a plutôt été retenue pour régir l'effet positif d'une manière indirecte. Dès lors que l'on admet que l'effet positif de la compétence-compétence constitue un effet de la convention d'arbitrage sur lequel les parties auraient implicitement donné leur accord, un

¹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 8, n° 10, et p. 231, n° 183 concernant les conflits de qualification, les auteurs insistent sur l'importance de la qualification, car « *la qualification commande la solution du conflit de lois* ».

² Sur le détail du fonctionnement de la règle de conflit de lois, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 8, n° 10.

³ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, p. 50, n° 90 : « [o]n hésite entre deux types de rattachement : l'un s'appuyant sur le fondement conventionnel de l'arbitrage, favorise la loi choisie par les parties ; l'autre, considérant le mécanisme processuel qu'il représente, privilégie le lieu de son déroulement, et plus précisément, car ce rattachement est simple, le lieu du prononcé de la sentence ».

⁴ H. MOTULSKY, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage, op. cit.*, pp. 338-339.

⁵ CA Paris, 22 janv. 1957, *Buck, op. cit.*, p. 371.

pouvoir conféré au tribunal arbitral de manière contractuelle, on peut rattacher l'effet positif du principe de compétence-compétence à la convention d'arbitrage, et le soumettre à la règle de conflit applicable à la convention d'arbitrage¹. La loi applicable à l'effet positif serait alors la loi que les parties désignent afin de régir la convention d'arbitrage². Cette analyse a notamment été retenue par les premiers écrits de Philippe Fouchard, à une époque où la méthode des règles matérielles ne connaissait pas encore le succès qu'elle rencontra ensuite. L'auteur retenait ainsi que « [l]a loi d'autonomie est plus justifiée ; s'il est bien difficile de déceler la volonté des parties sur ce point précis, auquel elles n'avaient vraisemblablement pas songé, toutes les analyses et qualifications convergent pour désigner cette loi »³. L'effet positif du principe de compétence-compétence constituerait un élément de la compétence arbitrale – un effet positif de la convention d'arbitrage – et serait ainsi soumis, tout comme la convention d'arbitrage, source de la compétence arbitrale, à la loi d'autonomie⁴.

450. La seconde tendance, au contraire, se prononce pour l'application de la loi du siège de l'arbitrage considéré comme la loi du for des arbitres, l'effet positif de la compétence-compétence étant perçu comme une question procédurale. On renverra pour mémoire aux différentes sentences arbitrales appréciant leur pouvoir de juger de la compétence au regard de la loi du siège de l'arbitrage, sans plus de discussion⁵. L'Institut de Droit International (IDI) s'est prononcé en ce sens par une résolution relative à l'arbitrage en droit international privé, relativement ancienne⁶. Ce faisant, l'IDI se prononce indirectement pour la nature procédurale de l'effet positif⁷. En effet, le fait de retenir la loi du siège de l'arbitrage est généralement considéré comme le signe de la nature juridictionnelle d'une règle⁸, le principe général du droit international privé selon lequel la procédure est soumise à la loi du for étant « l'une des règles les plus anciennes et les moins contestées de notre droit international privé »⁹, véritable « axiome du droit international privé »¹⁰.

451. Cette difficulté à identifier la source de l'effet positif de la compétence-compétence se retrouve devant les tribunaux arbitraux lorsqu'ils cherchent à identifier la loi applicable à la compétence-compétence. On citera pour seul exemple l'une des rares

¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 235 et s.

² Cf. en ce sens sentence arbitrale préliminaire du 14 janv. 1982 rendue à Copenhague (*arbitrage ELF Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*), op. cit.

³ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 139, n° 243.

⁴ Cette analyse est également exposée par P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », op. cit., spéc. p. 344, n° 13.

⁵ Cf. supra, n° 388.

⁶ Art. 10 de la résolution prise par l'IDI en 1957 lors de la session d'Amsterdam relative à l'arbitrage en droit international privé : « [l]a loi du lieu du siège du tribunal arbitral est seule applicable pour décider si les arbitres sont compétents pour statuer sur la nullité de la convention d'arbitrage lorsqu'elle est invoquée devant eux par l'une des parties ».

⁷ Cité par P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », op. cit., spéc. p. 344, n° 13, note n° 24, *Annuaire*, 1959, II, p. 376, art. 10.

⁸ En ce sens, cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 50, n° 90 : « l'autre, considérant le mécanisme processuel qu'il représente, privilégie le lieu de son déroulement, et plus précisément, car ce rattachement est simple, le lieu du prononcé de la sentence ».

⁹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, op. cit., p. 676, n° 489.

¹⁰ H. MOTULSKY, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, op. cit., p. 337.

sentences, ancienne, par laquelle l'arbitre unique a défini s'il pouvait juger de sa compétence en application de la méthode des conflits de lois. Il est intéressant de noter que, dans cette espèce, les parties n'avaient pas contesté la possibilité pour le tribunal arbitral de statuer sur sa compétence, et même mieux, elles avaient donné leur accord en ce sens¹. L'arbitre unique aurait ainsi pu se contenter de cet accord comme l'ont fait les sentences précédentes. Cependant, il a préféré s'en éloigner² et vérifier s'il détient le pouvoir de statuer sur sa compétence au regard du droit applicable à la compétence arbitrale et à la recevabilité du litige qui, en l'espèce, était le droit choisi par les parties pour régir le fond du litige, c'est-à-dire, « *les considérations d'équité et les principes de droit généralement reconnues et en particulier le Droit international* ». Ce choix de la *lex contractus* ne résulte du recours à aucun système de conflit de lois national ou international, mais du recours à ce que l'on dénomme la « *voie directe* »³. De manière paradoxale, bien qu'il prétende s'éloigner du fondement contractuel, l'arbitre y revient en considérant l'effet positif de la compétence-compétence comme un effet de la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral juge que la loi applicable à l'effet positif est celle applicable à la convention d'arbitrage et donc à la compétence arbitrale. Ainsi, l'effet positif du principe de compétence-compétence est ici conçu comme une *compétence* sur laquelle les parties s'entendraient, un élément implicite et présent dans toute convention d'arbitrage pour lequel la volonté des parties est supposée. Au contraire, les parties avaient engagé le débat sur un tout autre terrain. En effet, concernant spécifiquement l'effet positif de la compétence-compétence, les parties s'étaient fondées sur le droit danois, celui-ci étant en l'espèce le droit applicable à la procédure arbitrale. Les litigants se prononçaient donc en faveur de la nature procédurale de la compétence-compétence. L'hésitation entre la source conventionnelle et la source juridictionnelle de l'effet positif de la compétence-compétence traverse ainsi cette sentence. Le commentateur ne manquera pas d'ailleurs de souligner que « *pour la reconnaissance de sa Kompetenz-Kompetenz, déduite de la nature juridictionnelle de la mission de l'arbitre, il y avait dans toute matière à hésiter. L'arbitre y voit plutôt un simple effet de la clause compromissoire, et le soumet donc à la lex contractus* »⁴.

452. Comme les arrêts originels, la tentative d'application de la méthode des règles de conflits de lois afin de déterminer si le tribunal arbitral peut juger de sa compétence rend

¹ Sentence arbitrale préliminaire du 14 janv. 1982 rendue à Copenhague (*arbitrage ELF Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*), *op. cit.*, pp. 407-408, n° 10. ELF, demandeur, « *affirma [...] que l'arbitre unique nommé en vertu des dispositions de la convention était compétent pour décider sur sa compétence à agir et à rendre une sentence en tant qu'arbitre unique dans le présent cas* ». « *NIOC convint que l'arbitre unique était compétent pour décider de sa compétence à agir en tant qu'arbitre unique dans le cas présent* » ; rappelé p. 412, n° 21 par le tribunal arbitral : « *les parties ont exprimé leur accord sur le fait que l'arbitre unique possède la compétence pour décider s'il est ou non compétent pour agir en tant qu'arbitre conformément à l'article 41 du contrat* ».

² Sentence arbitrale préliminaire du 14 janv. 1982 rendue à Copenhague (*arbitrage ELF Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*), *op. cit.* : « *[I] arbitre unique est, de ce fait, arrivé à la conclusion que même en l'absence d'accord entre les parties sur sa compétence pour juger de sa compétence à agir en tant qu'arbitre dans la présente affaire, il possède – en vertu des considérations d'équité et par l'effet des principes de droit international – une telle compétence* »

³ Méthode évoquée à propos du droit applicable au fond du litige par Y. DERAÏNS sous *JDI*, 1994.1063.

⁴ Ph. FOUCHARD, « *L'arbitrage ELF Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company. Une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 1984.333, pp. 350-351.

compte des difficultés d'identification de la source de ce pouvoir : contrat ou procès ? Il reste à opérer un choix d'un de ses fondements.

Section 2.- Le choix d'un fondement

453. Si les premières analyses rattachaient l'effet positif à l'aspect contractuel de l'arbitrage (§1), les analyses les plus récentes se prononcent au contraire en faveur de son aspect juridictionnel (§2).

§1.- Analyse ancienne : le rattachement à l'aspect contractuel de l'arbitrage

454. L'effet positif de la compétence-compétence a longtemps été rattaché à l'aspect contractuel de l'arbitrage. Inspiré de l'analyse classique de droit processuel, selon laquelle la possibilité de juger de la compétence est une prorogation légale de compétence (A), on a pu voir dans l'effet positif de la compétence-compétence un des effets positifs de la convention d'arbitrage (B).

A.- L'analyse classique du droit processuel : la possibilité de juger de la compétence est une prorogation légale de compétence

455. Les premiers éléments de réponse concernant la source de l'effet positif peuvent être trouvés dans les autres branches du droit processuel. Comment justifier que les juridictions d'État puissent statuer sur les moyens de défense opposés à la demande introductive d'instance, que ce soit une défense au fond, ou tout autre moyen de défense et, plus précisément, pour ce qui concerne notre sujet, une des exceptions de procédure, l'exception d'incompétence ? Selon une partie de la doctrine, la possibilité de statuer sur les moyens de défense reconnue au profit du tribunal étatique – qu'ils s'agissent des défenses au fond, des exceptions de procédure dont l'exception d'incompétence ou des fins de non-recevoir – est généralement considérée comme étant justifiée par une « *extension de compétence* », une « *prorogation légale de compétence* »¹. Cela signifie donc que la juridiction en cause *compétente sur le fond du litige* pourrait connaître des tous les moyens de défense opposés. C'est ce que l'on peut déduire de l'affirmation suivante : « [s]i nous supposons un tribunal compétent pour statuer sur la demande introductive d'instance, ce tribunal pourra-t-il connaître également de tous les moyens de défense opposés à la demande (défenses au fond, exceptions de procédure, fins de non-recevoir), de toutes les demandes incidentes formées [...], ou encore de tous les incidents d'instance [...] »² ?

La possibilité de statuer sur la compétence – comme sur les autres moyens de défense – serait donc une forme de compétence, suite nécessaire de la compétence sur le fond. Cornu et Foyer, rares auteurs contemporains à évoquer directement l'adage « *Tout juge est juge de sa compétence* », l'intègrent également dans le cadre de « *l'étendue de la compétence du juge saisi* », et donc comme une question de compétence, par le biais d'une « *intégration*

¹ Voir en ce sens S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 1040, n° 1546 ; N. FRICERO, *Procédure civile*, op. cit., p. 57.

² S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 1040, n° 1546.

nécessaire ». En ce sens, une partie de la doctrine en droit international public considère que la « *compétence de la compétence* » est l'un des effets de la compétence au fond¹.

L'analyse étendue à l'arbitrage conduit alors à voir dans l'effet positif de la compétence-compétence une prorogation – implicitement consentie de la part des parties – de la compétence arbitrale sur le fond.

B.- L'analyse du droit de l'arbitrage : l'effet positif de la compétence-compétence est un effet positif de la convention d'arbitrage

456. Il est assez rare que les parties expriment leur commune volonté de manière directe sur le fait que le tribunal arbitral puisse juger de sa compétence. Quelques tribunaux arbitraux y font référence, en relevant qu'en l'absence de contestation de cette possibilité par les parties, ces dernières y auraient acquiescé². Dans le même sens, anciennement, un tribunal arbitral saisi d'une contestation de la validité de la convention d'arbitrage s'est jugé compétent pour en connaître en application du règlement d'arbitrage et ainsi, de « *l'intention des parties* ». Ces dernières, ayant « *pris soin de préciser que l'arbitre devra se prononcer conformément au Règlement établi par la Cour [...] ont donc voulu conférer à l'Arbitre la compétence de statuer sur sa propre compétence* »³. Mieux, les tribunaux arbitraux se fondent occasionnellement sur l'accord explicite des parties sur ce point. On en trouve des exemples dans l'arbitrage commercial international classique⁴, comme dans l'arbitrage en matière d'investissements, le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Lesi-Dipenta*, en plus d'invoquer l'article 41 de la Convention CIRDI, constatant l'accord exprès des parties pour qu'il puisse juger de sa compétence⁵. De la même manière, les tribunaux arbitraux interprètent parfois la signature de l'acte de mission précisant que le tribunal arbitral statue sur l'exception d'incompétence par les deux parties, comme un accord de volonté des parties sur la possibilité du tribunal arbitral de juger de cette question⁶.

Cependant, il est exceptionnel que les parties expriment leur accord sur l'effet positif, question procédurale qui ne relève pas de leur préoccupation immédiate lors de la négociation de la convention d'arbitrage. Dans la plupart des cas, cette commune volonté des parties n'est pas directement exprimée, de manière explicite ou implicite.

457. Mais, en droit de l'arbitrage, la volonté des parties tient une place spéciale. Elle est considérée en effet comme sacro-sainte, sorte de sainte onction conférant la légitimité

¹ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 138-140.

² Sentence arbitrale CCI rendue à Paris le 16 fév. 1983, *SPP c. République arabe d'Égypte (affaire du plateau des Pyramides)*, *Rev. arb.*, 1986.105, spéc. n° 32 ; sentence partielle CCI n° 6709 rendue en 1991, *op. cit.*

³ Sentence CCI n° 1507 rendue en 1970, *op. cit.*

⁴ Sentence arbitrale préliminaire du 14 janv. 1982 rendue à Copenhague (*arbitrage ELF Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*), *op. cit.* ; sentence TAS n° 2005/A/952 rendue le 24 janvier 2006, *Cole c. FAPL*, *op. cit.*, p. 203, n°4 : « *furthermore, the parties have expressly accepted the competence of the CAS to rule on its own jurisdiction in the present case. The Appellant has repeatedly recognized, in correspondence and submissions, the competence of the CAS to decide both the preliminary issue of jurisdiction as well as the substantive issues in question. In its letter to the President of the CAS Appeals Arbitration Division dated 8 September 2005, the Respondent recognized the jurisdiction of the CAS, "solely for the purpose of resolving the jurisdictional issue"* ».

⁵ Trib. arb. CIRDI, sentence d'incompétence, 10 janv. 2005, *Groupement LESI-Dipenta c. Algérie*, n° ARB/03/8, *op. cit.*, n° 1.

⁶ Sentence intérimaire sur la compétence CCI n° 10671 rendue le 31 juil. 2000, *op. cit.*, rapporté par le commentateur p. 1271.

originelle. Au regard de cet élément, c'est tout de même vers la volonté des parties que l'on s'est tourné. La source de l'effet positif de la compétence-compétence serait la convention d'arbitrage elle-même. Par la convention d'arbitrage, les parties donneraient leur accord pour que le tribunal arbitral juge du fond d'une affaire. Se faisant, par cet accord, les parties confèreraient également et de *manière implicite*, au tribunal arbitral, la compétence sur la compétence. L'effet positif de la compétence-compétence serait l'un des effets positifs de la convention d'arbitrage, qualifié de « *prolongement* »¹ de l'effet positif de la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage confèrerait ainsi au tribunal arbitral la plénitude de la compétence, composée de ces trois sortes distinctes de compétence : bien évidemment la compétence sur le fond du litige, de manière explicite, mais aussi, la compétence pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires et la compétence sur la compétence, de manière explicite ou implicite, peu importe. La doctrine rattache très souvent l'effet positif du principe de compétence-compétence à la convention d'arbitrage. Elle le fait parfois de manière implicite² – ce rattachement étant révélé par le seul plan de l'ouvrage – parfois de manière explicite³. Cette idée bénéficie également de l'aval d'éminents comparatistes, ceux-ci retenant que « *la justification la plus solide du principe ici étudié repose sur la volonté présumée des parties de reconnaître à celui ou ceux qui seront désignés comme arbitres le pouvoir de statuer sur tous les aspects du litige, y compris sur leur compétence* »⁴. En ce sens, cherchant à qualifier la faculté pour le tribunal arbitral de prononcer des mesures provisoires, un auteur retient également qu'il s'agit d'une compétence trouvant sa source dans la convention d'arbitrage : « *[e]n qualifiant le pouvoir d'agir au provisoire comme une question de compétence (et non de procédure), nous le faisons dépendre de la portée et, par conséquent, de l'interprétation de la clause compromissoire. Le mouvement consistant à attribuer à l'arbitre la faculté de rendre une véritable sentence sur mesure provisoire penche*

¹ J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, op. cit., pp. 931-932, n° 2537 : « [c]omme un véritable juge, l'arbitre, investi par la convention d'arbitrage, dispose d'une compétence pleine qui lui permet, non seulement de trancher le fond du litige, mais encore de prononcer les mesures d'instruction utiles, ainsi que les mesures provisoires ou conservatoires qui entrent dans l'objet du litige. Mais l'effet positif de la convention d'arbitrage sur la compétence de l'arbitre se manifeste à un autre égard : l'arbitre est même reconnu compétent pour connaître des contestations relatives à sa propre compétence »

² La majorité des ouvrages traitent ainsi l'effet positif du principe de compétence-compétence à l'occasion de l'étude des effets de la convention d'arbitrage. En ce sens, cf. par ex. J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, op. cit. ; M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 515 : « [e]n revanche, l'autonomie de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire la compétence de l'arbitre, et notamment sa compétence sur sa propre compétence, se rattache bien à la question des effets de la convention d'arbitrage » ; J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Dalloz, 2011, pp. 376 à 380, l'effet positif du principe de compétence-compétence est intégré dans l'étude de l'effet positif de la convention d'arbitrage.

³ R. BOURDIN, « La convention d'arbitrage internationale en droit français depuis le décret du 12 mai 1981 », op. cit., p. 29. L'auteur retient que « le second effet de la convention [NDLA : convention d'arbitrage] (...) confère compétence aux arbitres pour statuer sur le litige. La question de savoir si cette compétence leur permet de juger de leur propre compétence a provoqué de larges débats [...] » ; T. KLEIN, « La contestation sur l'étendue d'une clause d'arbitrage », *Bull. CCI*, vol. 7, n° 2, déc. 1996, spéc. p. 25, a) : « l'existence d'une clause d'arbitrage donne aussi compétence à l'arbitre pour apprécier la portée de cette clause. Ainsi, la convention d'arbitrage implique le pouvoir de l'arbitre de trancher les différends qui opposent les parties relativement à la clause d'arbitrage » ; « il existe un principe général du droit régissant l'arbitrage international selon lequel la convention d'arbitrage donne compétence à l'arbitre pour se prononcer sur la portée de la clause d'arbitrage » ; M. PHILIPPE, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *Rev. arb.*, 2006.591, p. 612 : « la convention d'arbitrage ou tout accord des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage est la source conférant à l'arbitre compétence pour décider de sa compétence ».

⁴ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 408, n° 456.

en faveur de cette qualification. On contribue en effet à assimiler la question de mesures provisoires à un véritable « litige accessoire », tombant sous le coup de la compétence de l'arbitre »¹.

Soulignons enfin que cette thèse bénéficie d'une légitimité historique importante. C'est en effet ce fondement qui a été retenu par le premier arrêt de l'histoire contemporaine reconnaissant l'effet positif, l'affaire *Rosselly*. Cependant, cet arrêt n'est pas dépourvu d'ambiguïté comme nous l'avons vu précédemment², les deux fondements étant mélangés.

L'analyse vaut aussi bien pour un arbitrage *ad hoc* que pour un arbitrage institutionnel. Cependant, pour ce dernier, la volonté des parties, source de l'effet positif de la compétence-compétence, est souvent un peu plus explicite. En effet, la grande majorité des règlements d'arbitrage édicte une disposition prévoyant que le tribunal arbitral est juge de sa compétence. Il importe peu que les parties aient « pris soin de préciser que l'arbitre devra se prononcer conformément au Règlement établi [...] », contrairement à ce qu'avait pu juger un tribunal arbitral dans la sentence CCI n° 1507, spécifiquement afin de déterminer s'il pouvait juger de sa compétence³. Il est aujourd'hui admis que la référence au seul centre d'arbitrage suffit à entraîner l'application de son règlement. Les parties, en désignant un centre d'arbitrage, ont, de manière directe ou indirecte, également choisi le règlement d'arbitrage de cette institution, dont l'une des dispositions édicte l'effet positif de la compétence-compétence. C'est donc la commune volonté des parties qui est également la source de l'effet positif de la compétence-compétence. D'ailleurs, on remarquera que la plupart des tribunaux arbitraux constitués sous l'égide d'un centre d'arbitrage, ayant explicitement rappelé qu'ils détenaient le pouvoir de juger de la compétence, s'appuient généralement sur la disposition du règlement en cause, seul ou parmi d'autres références⁴.

§2.- Analyse actuelle : le rattachement à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage

458. Une analyse renouvelée ayant mise en évidence l'absence de logique à rattacher l'effet positif de la compétence-compétence à la convention d'arbitrage (A), la règle doit être rattachée à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage (B).

¹ S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, op. cit., pp. 102-103, n° 131.

² Cf. *supra*, n° 443.

³ Sentence CCI n° 1507 rendue en 1970, op. cit.

⁴ Sentence CCI n° 3987 rendue en 1983, op. cit. ; sentence intérimaire CCI rendue dans l'affaire n° 4367, in S. JARVIN, Y. DERAÏNS et J.-J. ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1986-1990)*, op. cit., p. 18 ; sentence intérimaire CCI n° 5065 rendue en 1986, in S. JARVIN, Y. DERAÏNS et J.-J. ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1986-1990)*, op. cit., p. 330 ; sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, op. cit. ; sentence partielle CCI n° 6719 rendue en 1994, op. cit. ; sentence intérimaire sur la compétence CCI n° 10671 rendue le 31 juil. 2000, op. cit.

Pour l'arbitrage CIRDI, cf. par ex., Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 21 fév. 1997, *American Manufacturing & Trading Inc. c. République du Zaïre*, n° ARB/93/1, op. cit. ; Trib. arb. CIRDI, ordonnance de procédure n° 2, 16 oct. 2002, *Société Générale de Surveillance c. République islamique du Pakistan*, ARB/01/13, op. cit., spéc. p. 298 ; Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 8 mai 2002, *Casado c. Chili*, ARB/98/2, op. cit.

A.- Critique du rattachement à l'aspect contractuel : la convention d'arbitrage ne peut être la source de l'effet positif du principe compétence-compétence

459. Le rattachement de l'effet positif de la compétence-compétence à la convention d'arbitrage présente un inconvénient majeur : il constitue une « *aberration logique* »¹. En effet, si la convention d'arbitrage est contestée, l'effet positif du principe de compétence-compétence l'est également. Certains auteurs ont tenté d'écarter cet argument en retenant que « *les nullités ne s'opèrent pas automatiquement. La convention reste valable tant que sa nullité n'a pas été constatée judiciairement* »². Cependant, une autre difficulté se pose, qui n'est pas résolue par l'idée que les nullités ne s'opèrent pas automatiquement : si la convention d'arbitrage est déclarée inefficace par le tribunal arbitral, sa compétence pour statuer sur sa compétence disparaît également. C'est sur ce fondement même – celui classiquement dénommé du cercle vicieux – que l'on a longtemps refusé au tribunal arbitral le pouvoir de statuer sur sa compétence. « *Comment, sur le seul fondement de la convention d'arbitrage, un arbitre pourrait-il déclarer cette convention nulle ou même connaître de l'argument susceptible de conduire à la constatation de cette nullité* »³ ? Les tribunaux arbitraux s'en sont fait également l'écho⁴. La formulation même de cette question permet de prendre conscience de l'absence de logique du rattachement de l'effet positif du principe à la convention d'arbitrage et le danger qu'il représente pour l'efficacité de l'arbitrage. Considérer l'effet positif de la compétence-compétence comme un effet de la convention d'arbitrage conduit à ce que seule la juridiction compétente sur le fond puisse statuer sur sa propre compétence. Or, une juridiction saisie peut très bien avoir la faculté de statuer sur sa propre compétence, mais se considérer incompétente. M. Gaillard est le premier auteur à avoir posé ces éléments d'analyse⁵. Pour qu'un tribunal arbitral puisse se juger compétent comme incompétent, l'effet positif de la compétence-compétence ne doit pas être rattaché à la convention d'arbitrage ; il ne doit pas être qualifié de « *compétence arbitrale* » découlant de la convention d'arbitrage. Un certain consensus doctrinal se dessine autour de cette analyse⁶.

¹ L'expression est d'E. GAILLARD, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, p. 312.

² E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 63. Cf. CA Colmar, 29 nov. 1968, *Impex, Rev. arb.*, 1968.149, p. 155.

³ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 414, n° 658. Cf. également D. M. LEW, L. A. MISTELIS, and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 332, n° 14-14.

⁴ Sentence intérimaire CCI n° 5065 rendue en 1986, *op. cit.*, p. 330 : « [l]a compétence arbitrale dépend exclusivement de l'accord des parties. En conséquence, il est logiquement impossible à l'arbitre de décider lui-même, de façon qui fasse autorité, de sa propre compétence, dans de telles circonstances. Une telle décision ne peut être prise que par un tribunal dont la compétence n'est pas dépendante de l'accord des parties ».

⁵ E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *op. cit.*, pp. 387-388 : le principe de compétence-compétence « ne s'analyse pas en un simple effet de la convention d'arbitrage ou même de l'apparence d'une convention d'arbitrage. Cette dernière suffirait sans doute à justifier que des arbitres saisis sur le fondement d'un titre apparent puissent en vérifier la validité jusqu'à ce qu'ils soient en mesure d'affirmer celle-ci par une sentence constatant, cette fois sans contradiction aucune, l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. En revanche, pour prononcer leur incompétence, les arbitres ne peuvent se fonder que une règle qui ne doit rien à la volonté des parties, par définition inexistante ou entachée d'un vice ».

⁶ Cf. par ex., P. MEYER, *OHADA - Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 115, n°s 183 et 184 ; F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, p. 620, n° 869.

460. Le même raisonnement peut être étendu au règlement d'arbitrage. Avec Mme Coipel-Cordonnier¹, on observera que la force obligatoire des règlements d'arbitrage, à l'égard des tribunaux arbitraux comme des parties, provient de la volonté des parties aux différents contrats – contrat d'organisation arbitrale, contrat de collaboration arbitrale –. Aussi, l'effet positif de la compétence-compétence attribué aux arbitres sur le fondement du règlement d'arbitrage résulterait du « *principe contractuel* ». Mais ce fondement est intenable pour le principe compétence-compétence, alors que son objet même est de vérifier l'existence de la volonté des parties de recourir à cette forme de justice. Comment les arbitres peuvent-ils justifier qu'ils disposent du pouvoir de juger s'ils sont ou non compétents sur le fondement d'un règlement, alors que le principe même d'application de ce dernier est discuté ? On peut observer que certains tribunaux arbitraux tranchent explicitement la question de savoir s'ils peuvent juger de leur compétence en s'appuyant sur le règlement d'arbitrage – parmi d'autres sources – alors même que l'exacte désignation du centre d'arbitrage était débattue en l'espèce, les clauses compromissaires en cause étant pathologiques². Par exemple, un tribunal arbitral constitué sous l'égide d'une institution arbitrale « *a examiné sa propre compétence en se référant expressément à l'article 1.6 du Règlement hongrois d'arbitrage* »³ alors que la clause compromissoire désignait en son article 10.2 cette institution arbitrale pour organiser l'arbitrage et le règlement d'une autre institution arbitrale pour régir l'instance.

461. De manière générale, le recours à l'accord explicite de volonté des parties afin de se juger compétents pour juger de leur compétence, occasionnellement retenu par les tribunaux arbitraux, nous semble dangereux. Décider que le tribunal arbitral ne peut juger de sa compétence qu'en vertu de la volonté directe des parties – explicite ou implicite – aboutit à permettre aux parties au litige de manière unilatérale de l'empêcher de juger de sa compétence, en prétendant qu'elles n'y ont jamais consenti. Pire, rattacher l'effet positif de la compétence-compétence à l'aspect contractuel pourrait conduire à ce que l'une des parties puisse alors se réserver la possibilité d'interpréter elle-même l'étendue de son consentement. Cette pratique étonnante est bien connue du droit international public, où il peut arriver qu'un État use de la « *réserve automatique* », acte unilatéral émanant d'une partie par lequel il se réserve la possibilité d'interpréter la déclaration unilatérale d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ.

Le raisonnement vaut selon nous non seulement concernant l'effet positif de la compétence-compétence, mais également concernant la possibilité pour un tribunal arbitral de prononcer des mesures provisoires. Le rattachement de cette faculté à la convention d'arbitrage est discutable puisque les tribunaux arbitraux, à l'instar des juridictions

¹ N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, pp. 27-29.

² Sentence partielle CCI n° 6709 rendue en 1991, *op. cit.* : le tribunal arbitral s'appuie notamment sur l'article 8.3 du règlement d'arbitrage CCI alors que le défendeur contestait justement que la CCI soit désignée dans la convention d'arbitrage, celle-ci faisant référence à la « Chambre de Commerce de Paris ».

³ Ph. CAVALIEROS, note sous sentence arbitrale rendue à Budapest (affaire VB/99130), 18 avril 2000, *Rev. arb.*, 2002.1019, p. 1026.

internationales, acceptent de prononcer des mesures provisoires alors même que leur compétence sur le fond du litige n'est pas établie¹.

462. En conclusion, à l'instar de M. Gaillard², nous devons exclure la source contractuelle de l'effet positif de la compétence-compétence, aussi bien la source directe que la source indirecte en invoquant la convention d'arbitrage. Ecartant le fondement conventionnel, on pourra naturellement se tourner vers le ou les droits étatiques reconnaissant cette possibilité au tribunal arbitral, comme le retient majoritairement la doctrine³, ou certains tribunaux arbitraux⁴. En effet, ce que l'on peut désigner comme « *l'ordre arbitral* » fournit le fondement indépassable du principe compétence-compétence.

Cependant, cette analyse ne permet pas d'identifier à quel aspect de la nature hybride de l'arbitrage l'effet positif de la compétence-compétence se rattache. Il reste alors à se tourner vers l'aspect juridictionnel de l'arbitrage.

B.- Arguments en faveur du rattachement à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage

463. Dès l'arrêt *Rosselly*, la possibilité de rattacher l'effet positif de la compétence-compétence à la nature juridictionnelle de l'arbitrage était évoquée. Elle était même prédominante dans la motivation de la Haute juridiction, malgré l'ambiguïté de la décision⁵. Soulignons que c'est au visa de la règle « *tout juge, même d'exception, peut statuer sur sa propre compétence* » que l'arrêt est rendu. C'est en ce sens que se prononçait d'ailleurs la cour royale d'Aix-en-Provence dont la décision était contestée, en retenant que la contestation de la compétence par les demandeurs « *n'était [...] qu'une question tendant à interpréter le compromis, laquelle était essentiellement dans les attributions des arbitres qui sont les premiers juges des pouvoirs qu'on leur a conférés* »⁶.

Le rattachement de l'effet positif de la compétence-compétence au principe général de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence nous apporte un premier élément en faveur du rattachement juridictionnel. Mieux, la règle est qualifiée de « *pouvoir inhérent* ». De cette qualification (1), différentes conséquences peuvent être déduites (2).

1).- La qualification de pouvoir inhérent

464. Une partie de la doctrine se prononce en faveur du rattachement de l'effet positif de la compétence-compétence à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage, à la « *mission juridictionnelle dont sont investis les arbitres [qui] conduit à leur reconnaître cet attribut*

¹ Sur la question, cf. M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, op. cit., pp. 182 et s.

² C'est M. GAILLARD, qui le premier, a rejeté que l'effet positif de la compétence-compétence puisse « *prendre sa source dans la convention d'arbitrage* ».

³ Ph. FOUCARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit. ; E. LOQUIN, obs. sous sentence du TAS n° 2005/A/952 rendue le 24 janvier 2006, *Cole c. FAPL*, op. cit., p. 206 ; N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, op. cit., pp. 27-29.

⁴ *Inceysa vs El Salvador*, sentence du 2 août 2006, cité par C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, op. cit., p. 518, n° 7, sépc. § 152 : « *there is no paradox when an Arbitral Tribunal rules on its own competence, as asserted by Inceysa, because the power to decide this issue stems directly from the command of Article 41 of the ICSID Convention* ».

⁵ Sur la question, cf. *supra*, n° 443.

⁶ Aix-en-Provence, 13 déc. 1814, *Rosselly*, op. cit., p. 596.

essentiel à toute juridiction qu'est l'appréciation de la compétence »¹. Le pouvoir de statuer sur la compétence est ainsi référencer comme appartenant aux « *pouvoirs [...] traditionnellement reconnus à l'arbitre comme des conséquences de sa mission juridictionnelle* » au titre des pouvoirs des arbitres relatifs à la procédure d'arbitrage. On ne saurait mieux exprimer le rattachement de l'effet positif à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage².

Confirmation de cette analyse, l'effet positif de la compétence-compétence a pu être qualifié de « *pouvoir inhérent* » au tribunal arbitral. Ainsi, notamment, M. Stalev retient que la compétence-compétence « *is inherent to all organs – judicial or organs of state administration – but it is studied and discussed mainly by the science of civil procedure in connection with the jurisdiction of the state courts* »³.

465. La qualification de « *pouvoir inhérent* » provient sans doute de la jurisprudence internationale : une juridiction peut juger de sa compétence non parce qu'elle serait compétente, mais plus fondamentalement parce qu'elle est une juridiction. Les développements précédents visant à montrer que l'effet positif de la compétence-compétence est une règle transnationale issue du droit processuel sont en ce sens.

Une analyse menée concernant la compétence de la compétence de la CIJ peut être versée au débat et étendue à l'arbitrage. L'auteur tentant de démontrer que la compétence-compétence n'est pas supplétive, démontre, bien que la source de la compétence de la Cour soit de nature consensuelle, que « *le pouvoir dont jouit la Cour internationale de Justice de déterminer sa propre compétence découle de la nature même de sa fonction judiciaire, et ne dépend donc pas des clauses relatives à sa compétence adoptée par les Parties au litige* »⁴. Ainsi, l'effet positif de la compétence-compétence est dissocié de la compétence sur le fond du litige qualifié de « *pouvoir* », qui « *découle de la nature même de la fonction judiciaire* ». On ne saurait exprimer plus clairement l'idée que la compétence-compétence constitue un élément du pouvoir juridictionnel que détient toute juridiction. L'un des ouvrages de référence de la matière confirme cette analyse spécifiquement concernant l'arbitrage interétatique : « *[I]es compétences de l'organe arbitral dérivent du compromis d'arbitrage. Mais, parce qu'il a un caractère juridictionnel, cet organe est habilité à interpréter ce compromis* »⁵.

Bien que ne trouvant pas sa source directement dans le consentement des États, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, institué le 25 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de Sécurité des Nations unies, s'est également prononcé sur la question, confronté à des contestations portant tout aussi bien sur sa compétence *stricto sensu* que sur l'acte étant à l'origine de sa création. Il se prononce incontestablement en faveur de la nature

¹ J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international, op. cit.*, p. 812, n° 1049.

² Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage, op. cit.*, p. 281, n° 580.

³ Zh. STALEV, « The Arbitral Tribunal vis-a-vis the Arbitration Agreement », *Rev. hell. dr. int.*, vol. 42-43, n° 1, p. 233, spéc. p. 234. V. également N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration, op. cit.*, pp. 346-347, n°s 5.98 et 5.99.

⁴ E. WYLER, « La détermination de la Cour de sa propre compétence », *op. cit.*, spéc. p. 21.

⁵ Q. D. NGYUEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 974, n° 533.

juridictionnelle de l'effet positif, désignant la règle comme étant un pouvoir inhérent à la fonction judiciaire¹. L'application de cette règle au droit de l'arbitrage est d'ailleurs expressément affirmée, le Tribunal reconnaissant ce pouvoir au profit de tout organe juridictionnel, fût-il privé ou public, en se référant explicitement à « *tout tribunal judiciaire ou arbitral* ». Bien que ses statuts ne contiennent pas cette règle, le Tribunal juge qu'il peut statuer sur sa propre compétence, car « *il est inutile qu'il soit expressément prévu dans les documents constitutifs de ces tribunaux, bien qu'il le soit souvent (voir, par exemple, Statut de la Cour internationale de Justice, art. 36, par. 6)* ». Cet arrêt démontre, une fois encore, que l'effet positif de la compétence-compétence est lié, de manière indissoluble, à la fonction juridictionnelle de tout organe de jugement, peu importe son origine, publique ou privée. C'est parce que le TPIY est un tribunal, qu'il doit pouvoir statuer sur sa propre compétence.

466. D'ailleurs, le pouvoir de statuer sur la compétence a été utilisé au moins à deux reprises, dans des circonstances distinctes, comme un indice d'identification de la nature juridictionnelle d'un organe.

Dans le cadre d'un avis consultatif concernant le Tribunal administratif des Nations unies (TANU)², la CIJ a été amenée à déterminer si l'Assemblée générale des Nations unies pouvait refuser d'exécuter une décision rendue par le TANU, décision par laquelle il condamnait les Nations unies à payer une indemnité à un fonctionnaire. Afin de répondre à cette question, la CIJ a dû déterminer si le TANU « *est institué soit comme un corps judiciaire, soit comme un organe consultatif ou comme un simple comité subordonné à l'Assemblée générale* »³. Seule la qualification d'organe juridictionnel obligeait l'Assemblée générale à exécuter cette décision, ne pouvant refuser d'exécuter un jugement. Pour ce faire, la CIJ s'est notamment appuyée sur l'article 2(3) du statut du TANU⁴, disposition édictant l'effet positif de la compétence-compétence. La CIJ retient que « *ces dispositions et la terminologie employée démontrent la nature judiciaire du tribunal [...]. Les dispositions ci-dessus citées des articles 2 et 10 sont de caractère essentiellement judiciaire et sont conformes aux règles généralement posées dans les statuts ou les lois concernant les cours de justice, comme, par exemple, le Statut de la Cour internationale de Justice, article 36(6) [...]* »⁵.

De même, cet argument a également été envisagé comme constituant un indice en faveur de la qualification d'arbitrage d'un mode de règlement des différends, le référé pré-arbitral. Saisi de difficultés d'exécutions d'une ordonnance de référé pré-arbitral, la cour d'appel de Paris a été amenée à se prononcer sur la nature de cette institution afin d'admettre ou d'écarter la recevabilité du recours en annulation. La cour d'appel de Paris a déclaré le recours en annulation irrecevable contre l'ordonnance rendue par le tiers statuant en référé. Ce mode de règlement des différends ne constituerait pas un arbitrage, mais un simple mécanisme contractuel, la décision rendue par ce tiers une simple décision de nature conventionnelle qui

¹ TPIY (chambre d'appel), arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 oct. 1995, *Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule »*, n°18.

² CIJ, avis consultatif relatif à l'effet de jugements du Tribunal administratif des Nations unies, 13 juil. 1954, *op. cit.*

³ *Ibid.*, spéc. p. 51.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, spéc. p. 52.

n'aurait que l'autorité de la chose convenue¹. La solution a été diversement appréciée². Dans son commentaire, M. Jarrosson s'essaie à la démonstration inverse – en faveur de la qualification d'arbitrage de ce mode de règlement – afin de mieux la réfuter, l'auteur approuvant en théorie et en pratique cette décision. Il retient notamment, montrant la proximité des vocabulaires, que le règlement de référé pré-arbitral renvoie au principe de compétence-compétence³, indice permettant de démontrer que ce mode de règlement des différends est bien une forme d'arbitrage. Toutefois, cet argument sera ensuite écarté au motif que le pouvoir de statuer sur sa compétence n'est pas réservé aux organes détenteurs du pouvoir juridictionnel, mais à tout tiers, à toute personne investie d'une mission de règlement des différends⁴. Il est vrai que la possibilité de juger de sa compétence est également reconnu au profit du conciliateur ou du médiateur⁵. Cependant, une différence essentielle distingue le juge – privé ou public – du conciliateur ou du médiateur : le premier rend un jugement sur sa compétence qui s'impose aux parties, au contraire du second qui ne peut que formuler des recommandations qui ne s'imposeront pas aux parties si ces dernières ne les ont pas acceptées. Sans prétendre trancher cette épineuse question, on s'accordera avec l'auteur pour considérer que ce pouvoir « *est nécessaire pour tout détenteur d'un pouvoir juridictionnel* ». Aussi tout organe juridictionnel détient-il nécessairement le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, peu importe que ce pouvoir ne soit pas réservé aux organes juridictionnels.

2).- Les conséquences de la qualification de pouvoir inhérent

467. La qualification de pouvoir inhérent emporte différentes conséquences. Bien évidemment, toute juridiction, d'origine arbitrale ou étatique, dispose du pouvoir de juger de sa compétence sans que ce pouvoir ait besoin d'être spécifié ; une partie ne pourrait tenter de lui retirer cette possibilité de manière unilatérale. Surtout, seule cette qualification permet de sortir de l'argument du cercle vicieux et de permettre au tribunal arbitral de se juger compétent comme incompetent (a). Il restera à déterminer si cette qualification a une répercussion sur la valeur de la règle (b).

a).- Le pouvoir de se juger compétent comme incompetent

468. Toute juridiction, privée ou publique, détient certains attributs en dehors même de sa compétence relativement au litige, qu'elle pourra exercer en toute circonstance. Même

¹ CA Paris, 29 avril 2003, *Société nationale des pétroles du Congo et République du Congo c/ société Total Fina ELF e & P Congo*, *Rev. arb.*, 2003.1296, note Ch. JARROSSON.

² En faveur de sa nature arbitrale : A. MOURRE, « Référé pré-arbitral de la CCI : to be or not to be a judge ... », *Gaz. Pal.*, 29 mai 2003, n° 149, p. 5 : « le juge du « référé pré-arbitral » paraît bien être, comme tout juge des référés, un juge ».

³ Ch. JARROSSON, note sous CA Paris, 29 avril 2003, *op. cit.*, p. 1303, n° 13.

⁴ *Ibid.*, spéc. pp. 1306-1307, n° 21 : « [q]ue le tiers puisse en vertu de l'article 5.2 du Règlement se prononcer sur sa propre compétence n'est pas non plus probant. Cette faculté est certes nécessaire pour tout détenteur d'un pouvoir juridictionnel, mais il n'y a pas de raison de le réserver aux personnes ayant ce pouvoir. En effet, l'un des fondements – et qui pourrait bien être le principe – de cette règle est d'éviter de tomber dans un cercle vicieux consistant à rechercher qui sera le tiers compétent pour statuer sur la compétence du tiers dont la compétence est contestée : dès lors, sauf à tomber dans une regressio ad infinitum, tout tiers doit en principe pouvoir apprécier par priorité si les conditions de son intervention sont réunies ».

⁵ Cf. par ex. l'art. 32(1) de la Convention de Washington de 1965 reconnaissant à la Commission de conciliation le pouvoir de juger de sa compétence. *Contra*, écartant la possibilité pour le médiateur d'examiner la validité de la clause de conciliation ou de médiation préalable, C. de LAJARTE, *La médiation conventionnelle en droit privé français*, thèse, Aix-Marseille III, 2007, p. 308, n° 544, note n° 692.

incompétent, un juge détient certains pouvoirs, bien que sans nul doute restreints. La possibilité pour une juridiction de juger de sa compétence est un « *pouvoir inhérent* » à toute juridiction non pas *compétente*, mais tout simplement *saisie*. Dans le même sens, il est admis que toute juridiction saisie, même si sa compétence n'est pas établie et contestée, peut prononcer des mesures provisoires, vérifiant simplement qu'elle est *prima facie* possiblement compétente. Si certains éléments du pouvoir juridictionnel ne peuvent s'exercer qu'à l'intérieur même de la compétence – notamment le pouvoir de dire le droit relativement au litige soumis –, d'autres éléments du pouvoir juridictionnel appartiennent à toute juridiction, peu importe qu'elle soit ou non compétente. Nous ne pouvons donc adhérer à l'hypothèse selon laquelle « [l]a compétence est une condition de l'existence du pouvoir du juge »¹. Cette affirmation ne vaut que relativement au pouvoir du juge de trancher le fond du litige. Les relations entre compétence et pouvoir de juger sont plus complexes qu'il n'y paraît au premier abord.

Consécutivement, le rattachement de l'effet positif du principe compétence-compétence au pouvoir de juger permet de neutraliser l'argument du cercle vicieux. Cet argument ne vaut plus dès lors que l'on admet que l'effet positif constitue un pouvoir que peut exercer toute juridiction du seul fait de sa qualité d'organe juridictionnel et qu'elle est saisie, peu importe qu'elle soit ou non compétente sur le fond. Le pouvoir de statuer sur la compétence est d'ailleurs, comme le souligne justement M. Stalev², l'un des rares pouvoirs communs au juge compétent et au juge incompetent. L'idée qu'un organe juridictionnel puisse juger de sa compétence du seul fait de sa *saisine* a d'ailleurs été développée concernant les juridictions étatiques internes³. L'effet positif de la compétence-compétence n'est donc pas simplement « *a legal fiction* »⁴.

469. Doit-on préférer parler de « *compétence juridictionnelle minimum* »⁵ ou de « *pouvoir* » ? Nous préférons le qualificatif de pouvoir pour plusieurs raisons. Premièrement, le qualificatif de « *compétence* » induit en erreur. Il conduit à penser que l'effet positif du principe de compétence-compétence ne serait qu'un aspect de la compétence arbitrale sur le fond, fondée sur la convention d'arbitrage. Deuxièmement, ainsi que le remarque le spécialiste de ces notions, dès lors qu'une possibilité est accordée à toutes les juridictions, on est en présence d'un pouvoir et non pas d'une compétence. C'est ce que retient notamment l'auteur à propos de la possibilité pour les juridictions étatiques d'interpréter un traité : « [l]ongtemps, l'interprétation des traités a été réservée au gouvernement et donc soustraite au pouvoir du juge. Aujourd'hui, tout juge a le pouvoir d'interpréter un traité. Ce n'est pas une compétence puisque ce pouvoir appartient à tous les

¹ E. JEULAND, *Droit processuel*, *op. cit.*

² Z. STALEV, « The Arbitral Tribunal vis-a-vis the Arbitration Agreement », *op. cit.*, spéc. p. 234-235 : “[i]t is also obvious that CC [NDLA : competence-competence] does not follow from the jurisdiction which is verified : the result of the verification could be that the verifying justice – making body has no jurisdiction. The conclusion is that also the incompetent court or other justice – making body disposes with CC”.

³ V° « Tout juge est juge de sa compétence », in L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français*, *op. cit.* : « « la compétence de la compétence » découle, pour tout juge, du fait même de sa saisine » ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 184, n° 36.

⁴ D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 333, n° 14-16.

⁵ E. LOQUIN, « Perspectives pour une réforme des voies de recours », *Rev. arb.*, 1992.321, p. 340, n° 36.

juges »¹. Le raisonnement est identique à celui qu'on pourrait tenir pour l'effet positif de la compétence-compétence, et les développements précédents démontrent incontestablement que le pouvoir de statuer sur la compétence appartient à toutes les juridictions. Cette reconnaissance généralisée conduit donc à l'exclusion de la qualification de compétence et à retenir la qualification de pouvoir. D'ailleurs, on observera que l'un des rares auteurs français à s'être penché sur la qualification de l'effet positif retient que « *la possibilité pour les arbitres de statuer sur leur compétence, malgré la terminologie classiquement utilisée de «compétence-compétence», concerne en réalité l'étendue de leurs pouvoirs* »².

b).- La valeur de la règle

470. Concernant la valeur de l'effet positif, on pourra s'interroger sur les conséquences de sa qualification de pouvoir inhérent. Constitue-t-il une norme impérative ou supplétive ?

La question, peu posée, est épineuse et divise la doctrine en droit de l'arbitrage. Sur le continent européen, seul le droit anglais se prononce expressément en faveur du caractère supplétif de l'effet positif. L'article 30 de l'*Arbitration Act* de 1996 retient en effet que les parties peuvent y déroger en attribuant directement ce pouvoir aux juridictions étatiques³. Au contraire, en droit écossais de l'arbitrage, la règle a expressément valeur impérative⁴. De nombreux droits ne précisent pas quelle est la valeur de la règle. C'est le cas par exemple du droit suisse, l'article 186 LDIP étant silencieux sur ce point. Cependant, la majorité des auteurs suisses se prononce en faveur de son impérativité⁵. En droit français, la doctrine est divisée sur la question⁶. Au contraire de l'effet négatif qui est impératif, au moins en matière d'arbitrage interne, la valeur de l'effet positif reste discutée.

Hormis ces hypothèses, il est rare que le législateur ou les juridictions étatiques aient eu à connaître de la question tant l'effet positif du principe de compétence-compétence est une évidence et qu'il ne viendrait pas à l'idée des parties de le soustraire de la connaissance du tribunal arbitral. Aussi, de manière générale, un éminent juriste suisse s'est interrogé sur le fait de savoir « *si le principe de la compétence-compétence de l'arbitre n'est pas devenu aujourd'hui (en dépit de la réticence de certains systèmes nationaux, d'inspiration anglo-américaine), un principe fondamental d'ordre public transnational, grâce surtout à la*

¹ Ph. THÉRY, « Compétence », *op. cit.*

² E. LOQUIN, « Arbitrage. Compétence arbitrale. Introduction générale », *op. cit.*, n° 3 et les explications données au n° 10.

³ Article 30 de l'*Arbitration Act* anglais : « [s]auf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence » ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 414, n° 464 : « à la différence de l'art. 16 de la loi type, cette règle n'est pas impérative, les parties pouvant convenir de l'écarter, notamment pour attribuer au juge la compétence exclusive de statuer sur ce point, comme par le passé ».

⁴ Règle 19 du Règlement écossais d'arbitrage, sur laquelle cf. N. MEYER FABRE, C. BAKER CHISS, « La nouvelle loi écossaise sur l'arbitrage (*Arbitration (Scotland) Act 2010*), *op. cit.*, p. 807, n° 7.

⁵ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 462 ; G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 153, n° 422 : « il est interdit aux parties de confier à une autorité tierce le pouvoir de décider de la compétence du tribunal arbitral ».

⁶ En faveur de son caractère supplétif : G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.*, 2004.511 ; en faveur de son caractère impératif : D. COHEN, « La soumission de l'arbitrage international à la loi française (Commentaire de l'article 1495 NCPC) », *op. cit.*, p. 192, n° 76 et p. 198, n° 89.

consécration qu'il a reçu de certains instruments internationaux »¹. L'effet positif du principe de compétence-compétence constituerait ainsi un principe de la procédure arbitrale d'ordre public transnational.

471. La qualification de pouvoir inhérent ne nous guide-elle pas sur la question ? On aurait pu espérer que l'analyse faite en droit international public nous éclaire. Mais la doctrine semble tout autant divisée, concernant ce que l'on qualifie de « *clause contraire* », clause par laquelle les parties, d'un commun accord, retirent à un organe judiciaire ou arbitral le pouvoir de juger de sa compétence.

Concernant l'arbitrage international public, différentes résolutions de l'IDI sur la procédure arbitrale retiennent le caractère supplétif de l'effet positif, les tribunaux arbitraux pouvant juger de leur compétence « *sauf clause contraire* »², comme l'admettait d'ailleurs en ce temps-là la majorité de la doctrine publiciste concernant le droit de l'arbitrage international public³.

Concernant les juridictions permanentes, dans la lignée d'un arrêt de la CIJ⁴, on admet généralement que le principe compétence-compétence a un caractère supplétif. Les parties pourraient ainsi confier le pouvoir de juger de la compétence d'une juridiction ou tribunal arbitral à un autre organe de jugement : « *la compétence de la compétence est disponible, et l'engagement juridictionnel peut la conférer à un organe autre que la juridiction compétente au fond* », même si « [l]'hypothèse est néanmoins rare, et en voie de disparition »⁵, l'auteur citant différents exemples concrets à l'appui de son affirmation⁶. En ce sens, si l'arrêt *Tadic* évoque le caractère supplétif de la compétence-compétence, c'est pour aussitôt le réserver⁷. Comme le remarque le commentateur, « [l]'arrêt postule que le pouvoir de se déterminer sur sa compétence est pour un organe judiciaire une opération essentielle, même lorsqu'il n'est pas indiqué expressément dans le texte créant la juridiction ». La possibilité que les parties au litige par leur commune volonté excluent explicitement ce pouvoir est « *discutable, l'instance*

¹ P. LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986.323, p. 350, n° 52.

² Art. 14 de la résolution de l'IDI de 1875 de projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale ; art. 3(b) de la résolution de l'IDI de 1989 concernant l'arbitrage entre États, entreprises d'État ou entités étatiques et entreprises étrangères ([s]auf si la convention d'arbitrage en dispose autrement, les principes généraux suivants s'appliquent », dont le principe selon lequel « *le tribunal détermine l'existence et l'étendue de sa compétence et de ses pouvoirs* »).

³ Sur ce point, I. F. I. SHIHATA, *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence*, *op. cit.*, p. 47 : « *it is generally accepted that the parties can deprive an arbitral tribunal of its power to determine its jurisdiction by reserving this power to themselves or by investing it in another organ* ».

⁴ CIJ, *Nottebohm* (1^{ère} phase), *Liechtenstein c. Guatemala*, 18 nov. 1953, *op. cit.* : la CIJ a jugé que « [d]epuis l'affaire de l'Alabama, il est admis, conformément à des précédents antérieurs, qu'à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci ».

⁵ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 138, n° 240.

⁶ Par exemple, la CPIJ a pu être occasionnellement désignée pour juger de la compétence de tribunaux arbitraux internationaux : art. 15 de l'Accord du 20 janvier 1930, *RSA*, vol. III, p. 1373.

⁷ TPIY (chambre d'appel), arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 oct. 1995, *Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule »*, n° 19 : « *il est vrai que ce pouvoir peut être limité par une disposition expresse de l'accord d'arbitrage ou des actes constitutifs des tribunaux permanents, bien que cette dernière possibilité soit controversée, en particulier lorsque les limites risquent de nuire au caractère judiciaire ou à l'indépendance du Tribunal* ».

serait-elle encore, dans ce cas, une juridiction ? »¹. D'ailleurs, certaines contributions récentes relatives à la CIJ plaident au contraire en faveur du caractère indérogeable de la compétence-compétence, l'article 36(6) de son Statut étant l'« *expression d'un principe nécessaire au fonctionnement même de la Cour* » ; « *une règle aussi essentielle que celle du paragraphe 6 constitue une sorte de « jus cogens structurel », selon l'heureuse formule d'un auteur, destinée à exprimer la « verticalité » objective des règles relatives au fonctionnement des institutions* »². Le consentement des parties porte ainsi et à la fois sur la juridiction (le pouvoir de juger) et sur la compétence de la Cour, mais seule la compétence est modulable par les clauses adoptées par les parties. C'est la conclusion à laquelle aboutit l'auteur, selon lequel, dans la compétence de la compétence, les deux termes désigneraient deux choses distinctes : « *le premier mot « compétence » dans l'expression « compétence de la compétence » se réfère à des pouvoirs exclusifs de la Cour* »³, « *pouvoir d'examen inhérent à ses fonctions* ». « *La compétence de la compétence, prérogative intrinsèque à la fonction judiciaire, représente précisément l'un des principes intangibles échappant à toute dérogation conventionnelle particulière* »⁴.

472. Qu'en penser ? Le large consensus dont bénéficie cette règle suffit-il à lui conférer une valeur impérative ? Si c'est un critère nécessaire concernant une règle d'ordre public *transnationale*, est-ce pour autant un critère suffisant ? Il faut encore que le contenu de ces règles soit fondamental, que les règles « *jouiss[ent], vue leur importance, d'une force et d'une impérativité particulières* »⁵, selon les deux critères d'identification du principe d'ordre public transnational retenus par M. Lalive⁶. Il est vrai que l'on peut considérer la norme qu'il véhicule comme indispensable au bon fonctionnement de l'arbitrage, et de toute justice de manière générale. En droit processuel, la règle est tout simplement « *one of the illustrations of this natural necessity* » : « *every judge is judge of his own jurisdiction* »⁷.

Toutefois, retenir le caractère impératif de l'effet positif de la compétence-compétence nous semble excessif. Cet excès s'explique sans doute par la volonté d'asseoir une règle à tout prix, indispensable à l'efficacité de l'arbitrage, qui a fait l'objet de débats passionnés. La règle ne vise pas à protéger une valeur fondamentale. Elle n'a pas grand-chose de comparable avec d'autres principes fondamentaux du droit de l'arbitrage, tels que le principe d'impartialité de l'arbitre⁸, le principe d'égalité des parties, ou encore le principe du contradictoire⁹. L'effet positif du principe de compétence-compétence remplit simplement un objectif pratique, en faveur d'une bonne administration de la justice par une résolution efficace des incidents de compétence. C'est une règle pratique, utile à l'efficacité du système juridictionnel.

¹ P.-M. MARTIN, « La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt *Tadic*, Tribunal pénal international, chambre d'appel, 2 oct. 1995), *op. cit.*, p. 159.

² E. WYLER, « La détermination de la Cour de sa propre compétence », *op. cit.*, spéc. p. 40.

³ *Ibid.*, p. 41.

⁴ *Ibid.*, p. 43.

⁵ P. LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *op. cit.*, p. 323, n° 10.

⁶ *Ibid.*, p. 334, n° 10 et p. 343, n° 37.

⁷ O. SUSLER, « The jurisdiction of the Arbitration Tribunal : a Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence », *op. cit.*

⁸ P. LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *op. cit.*, p. 347, n° 47.

⁹ *Ibid.*, p. 348, n° 48.

L'efficacité des règlements de conflit de compétence est assurée aujourd'hui, *hic et nunc*, par ce principe : on reconnaît le pouvoir de statuer sur sa propre compétence à chaque organe juridictionnel. Mais d'autres systèmes tout aussi efficaces de règlement des incidents de compétence peuvent être imaginés : confier le pouvoir de juger de la compétence à un organe juridictionnel paritaire externe à l'image du Tribunal des conflits. Ainsi, en droit judiciaire comparé, les exceptions de compétence sont parfois traitées en toutes circonstances comme une question préjudicielle, jugée par un organe dont c'est le seul rôle : trancher les conflits de compétence¹. Ce consensus n'est pas un signe d'impérativité, mais peut-être de commodité.

En droit français, l'article 1465 CPC pourrait d'ailleurs être interprété comme étant non impératif. En effet, les rédacteurs du nouveau décret n'ont pas précisé que cette disposition est impérative au contraire de l'article 1448 CPC, siège de l'effet négatif du principe compétence-compétence. D'ailleurs, en matière internationale, l'article 1506 CPC, renvoyant à l'article 1465 CPC, prévoit la possibilité d'une clause contraire. Selon nous, les parties pourraient donc d'un commun accord confier à un organe juridictionnel autre que le tribunal arbitral désigné la possibilité de juger de la compétence de l'organe en cause². Cependant, il est peu probable que les parties s'accordent sur ce point en pratique.

Conclusion

473. Au terme de ces développements, les soubassements de l'effet positif de la compétence-compétence sortent renforcés.

L'effet positif de la compétence-compétence constitue une règle transnationale de l'arbitrage, plongeant ses racines dans le droit processuel. Le droit de l'arbitrage aura ainsi permis de révéler au grand jour une règle qui fait figure de parent pauvre de la littérature juridique, mais qui est bel et bien vivace, exercée quotidiennement par les juges, internes ou internationaux, publics ou privés. Ainsi, modestement, le droit de l'arbitrage, en revigorant la réflexion juridique sur le pouvoir de juger de la compétence, réalise un réel apport scientifique au droit comparé du procès. La rareté des sentences par lesquelles les arbitres jugent de leur compétence, sans pour autant justifier le pouvoir d'en connaître est sans doute le signe de ce ralliement silencieux à ce raisonnement. L'ordre juridique de rattachement de l'effet positif de la compétence-compétence réside dans l'ordre arbitral. Nous rejoignons ici l'une des analyses classiques considérant que l'« *institution* » arbitrale fournit le fondement juridique indépassable du pouvoir des tribunaux arbitraux de juger de leur compétence.

Puisant sa source dans le droit processuel, ce premier indice nous a conduit à définir l'aspect de l'arbitrage auquel il devait être rattaché. Les hésitations originelles peuvent être dépassées. L'effet positif de la compétence-compétence ne doit pas être rattaché à l'aspect

¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 29^e éd., 2008, p. 386, n° 373, note n°1, prenant pour exemple le droit belge, rapportant qu'« *un tribunal de district, composé des présidents des trois juridictions de première instance du même ressort, tranche les incidents de compétence entre les juridictions de première instance* »

² Il nous semble impossible que les parties se réservent ce pouvoir, de manière unilatérale. Cette solution n'est pas envisageable, chacune des parties ne pouvant déterminer unilatéralement l'étendue de son engagement. Mais plus fondamentalement, ne serait-on pas alors en présence d'une condition potestative, nulle en droit des contrats, pour laquelle l'exécution de l'obligation – se soumettre au tribunal arbitral – dépendrait de la seule volonté de l'une des parties ?

conventionnel de l'arbitrage, mais bien à son aspect juridictionnel. La dénomination de l'effet positif se fait alors plus précise : le tribunal arbitral détiendrait, en vertu de l'effet positif du principe de compétence-compétence, le *pouvoir* de statuer sur sa propre compétence. La qualification de droit ou de compétence – découlant de la convention d'arbitrage – doit être rejetée. Comme le pressentait un auteur, la *compétence-compétence* paraît bien mal nommée¹. Le pouvoir de statuer sur la compétence est un élément constitutif de la *jurisdictio*, pouvoir inhérent à toute juridiction. Il présente en outre la particularité de pouvoir être exercé aussi bien par un tribunal compétent que par un tribunal incompétent quant au fond du litige, résultant de la seule saisine d'une juridiction. L'effet positif de la compétence-compétence relève de ce pouvoir juridictionnel minimum que détient tout arbitre.

474. Cependant, la qualification de pouvoir de l'effet positif de la compétence-compétence est ici essentiellement affirmée au regard des fondements de l'effet positif. Cette qualification est donc essentiellement théorique. Elle est insuffisante. Il nous faut donc vérifier si le tribunal arbitral exerce véritablement sa *jurisdictio* pour examiner sa compétence. C'est ce que nous permettra de confirmer ou d'infirmer l'analyse de la mise en œuvre de l'effet positif.

¹ Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, *op. cit.*

Titre 2.- La mise en œuvre de l'effet positif du principe compétence-compétence

475. Si l'étude des fondements de l'effet positif du principe compétence-compétence semble converger vers la qualification de *pouvoir*, il reste à éprouver cette hypothèse au vu d'éléments pratiques, chemin faisant, au fil de l'étude du régime juridique et de la mise en œuvre de l'effet positif. La mise en œuvre de l'effet positif du principe compétence-compétence confirme-t-elle que le tribunal arbitral exerce véritablement sa *jurisdictio* sur la compétence ? L'enjeu est déterminant : savoir si le tribunal arbitral est apte à émettre une norme de droit, un véritable jugement sur sa compétence. C'est à cette condition que l'on pourra affirmer que le principe compétence-compétence est une règle de conflit pluraliste.

Loin de n'être qu'une simple opinion émise au terme d'un quelconque processus, l'examen du droit positif révèle que le tribunal arbitral exerce véritablement la *jurisdictio* sur la compétence. Différents éléments étayent cette affirmation. Tout d'abord, le titulaire de l'effet positif est le seul organe de jugement, à savoir le tribunal arbitral (chapitre 1), à l'exclusion des organes administratifs du centre d'arbitrage. Ensuite, les tribunaux arbitraux mènent un véritable procès arbitral sur la compétence (chapitre 2). Un régime juridique autonome de l'incident de compétence émerge peu à peu du droit transnational de l'arbitrage. Enfin, le procès arbitral sur la compétence aboutit à une décision juridictionnelle (chapitre 3).

Chapitre 1.- Le tribunal arbitral, titulaire de l'effet positif

476. Au sein de l'ordre arbitral, on peut identifier au moins trois détenteurs potentiels du pouvoir de juger de la compétence arbitrale et ainsi de la compétence juridictionnelle générale : l'arbitre, le tribunal arbitral et, dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, l'organe permanent en charge de l'organisation de l'arbitrage. Parmi ces différents acteurs du monde arbitral, il s'agit de déterminer qui, précisément, détient le pouvoir de statuer sur la compétence arbitrale.

Conséquence ou confirmation de la possibilité de véritablement juger de la compétence – c'est comme l'œuf et la poule, on ne sait par où ça a commencé –, seul le tribunal arbitral, organe de jugement, est titulaire de l'effet positif de la compétence-compétence à l'exclusion de l'arbitre seul, membre du tribunal arbitral (section 1) et de l'organe administratif du centre d'arbitrage (section 2).

Section 1.- Exclusion de l'arbitre

477. Comme le précise justement le nouvel article 1465 CPC, le détenteur de l'effet positif de la compétence-compétence est le tribunal arbitral, organe de jugement, seul habilité à dire le droit, et non pas l'arbitre, membre de l'autorité de jugement, comme le retenait l'ancien article 1466 CPC¹.

478. Le droit comparé oscille entre les deux expressions, certains textes retenant que l'« arbitre » est juge de sa compétence², d'autres que le « tribunal arbitral » est juge de sa compétence³.

Ces différences de désignation du titulaire de l'effet positif sont simplement formelles. Il est vrai que l'expression d'« arbitre » est fréquemment utilisée afin de désigner en substance le « tribunal arbitral ». Le terme d'arbitre est ici utilisé dans son sens *générique*, et non pas dans son sens *juridique, technique*. La même analyse vaut pour l'utilisation du terme de juge⁴.

Il est impensable en effet qu'un arbitre, membre du tribunal arbitral puisse, seul, statuer sur la compétence. Comment imaginer, dans l'hypothèse d'un tribunal arbitral collégial, que chacun des arbitres membres de ce tribunal arbitral puisse statuer sur la compétence de l'organe juridictionnel d'ensemble ? L'existence de tribunaux arbitraux composés d'un arbitre unique ne remet pas en cause cette analyse, même si la fonction juridictionnelle est attribuée à un seul arbitre.

¹ Ancien art. 1466 CPC : « [s]i, devant l'arbitre, l'un des parties conteste dans son principe, ou dans son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture ».

² Art. V(3) de la convention de Genève ; article 10(3) du règlement OHADA.

³ Art. 186 LDIP ; art. 1697 al. 1 du Code judiciaire belge ; art. 16(1) de la loi type CNUDCI ; art. 6(2) du règlement d'arbitrage CCI ; art. 23(1) du règlement LCIA ; art. 9 du règlement d'arbitrage de l'AFA ; art. 36 (a) du règlement d'arbitrage de l'OMPI ; art. 21(1) du règlement d'arbitrage international de la CCIG ; art. 5(3) du règlement d'arbitrage du CEPANI ; art. 17 du règlement de la CAP.

⁴ Il est fréquent en effet que l'on utilise le terme de juge, dans son « sens générique », afin de désigner « toute juridiction », « tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel » (v° « Juge », sens 1, in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*). Cependant, le terme de juge peut également désigner « spécifiquement le juge unique, par opposition au tribunal (formation collégiale) » (*ibid.*, v° « juge », sens 2) ou, encore, au sein du tribunal, formation collégiale, les différents magistrats qui la composent (juges du siège).

479. Néanmoins, la précision nous semble opportune pour deux raisons.

Tout d'abord, de manière théorique, les deux notions sont distinctes. L'arbitre et le tribunal arbitral doivent être soigneusement distingués. En effet, « [l]e tribunal arbitral est une autorité de jugement, alors que l'arbitre n'est qu'un membre de cette autorité »¹. On est en présence de deux acteurs.

Ensuite, la distinction présente un intérêt pratique. Premier exemple, certains droits peuvent être exercés par chacun des membres du tribunal arbitral pris individuellement, sans nécessairement devoir être exercé par l'organe de jugement. Il a ainsi été jugé en droit français que chaque arbitre, chaque membre du tribunal arbitral, dispose du droit de saisir le juge d'appui français en cas de difficulté de constitution du tribunal arbitral². Second exemple, le nouveau droit français de l'arbitrage admet pour l'arbitrage international à l'article 1513 al. 3 CPC qu'un seul des membres du tribunal arbitral, le président, peut exercer la *jurisdictio* seul, « à défaut de majorité », aux lieu et place du tribunal arbitral, organe collégial. Conséquence directe sur notre sujet, si l'effet positif de la compétence-compétence doit en principe être exercé par le tribunal arbitral, c'est sous réserve de cette hypothèse propre à l'arbitrage international : le président du tribunal arbitral devrait, en application de l'article 1513 al. 3 CPC, pouvoir juger seul de la compétence à défaut de majorité. Dans ce cas, ce seul membre du tribunal arbitral pourra juger de la compétence. On pourra objecter que cette règle ne doit valoir que pour le fond du litige. Mais l'article 1513 CPC ne le précise pas. Aussi doit-il valoir aussi bien en cas de défaut de majorité sur le fond du litige, comme en cas de défaut de majorité sur la compétence.

480. Si l'arbitre a été relativement facilement exclu, un autre acteur du monde arbitral pose plus de difficultés, entrant en concurrence directe avec le tribunal arbitral dans le contrôle de la convention d'arbitrage : l'organe permanent du centre d'arbitrage.

Section 2.- Exclusion de l'organe administratif du centre d'arbitrage

481. Dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, il est généralement admis par les différents règlements d'arbitrage que les organes administratifs des centres d'arbitrage puissent vérifier s'ils sont en présence d'une convention d'arbitrage désignant le centre d'arbitrage (§1). La question se pose alors de savoir si cette possibilité offerte aux centres d'arbitrage ne vient pas concurrencer le pouvoir du tribunal arbitral de juger de sa compétence. Est-ce que le titulaire de l'effet positif de la compétence-compétence est bel et bien le tribunal arbitral, organe de jugement ? Il conviendra ainsi de s'interroger sur les rapports entre l'organe administratif du centre d'arbitrage et le tribunal arbitral dans l'appréciation de la compétence (§2).

¹ Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, p. 23, n° 34.

² Cf. l'affaire *République de Guinée* : TGI Paris (réf.), 29 nov. 1989, *Rev. arb.*, 1990.525 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 529, n° 895 : « [b]ien que l'article 1457 ne l'accorde expressément qu'au tribunal arbitral, ce droit de saisir le juge a été également reconnu à chacun des arbitres, agissant individuellement ».

§1.- L'existence du pouvoir d'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage par le centre d'arbitrage

482. Le pouvoir d'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage désignant le centre par l'organe permanent du centre d'arbitrage est reconnu par tous les règlements d'arbitrage, soit de manière expresse, soit de manière implicite.

483. De nombreux règlements d'arbitrage reconnaissent de manière expresse au centre d'arbitrage lui-même, par le biais de l'un de ses organes permanents, la faculté de statuer sur la convention d'arbitrage en plus de reconnaître ce pouvoir au tribunal arbitral. C'est le cas, par exemple, du règlement d'arbitrage CCI qui reconnaît cette possibilité de contrôle à la Cour internationale d'arbitrage à l'article 6 al. 2¹, et de nombreux autres règlements d'arbitrage : le règlement d'arbitrage AFA², le règlement d'arbitrage international CCIG³, le règlement d'arbitrage CEPANI⁴, le règlement d'arbitrage de la CCJA dans le cadre de l'OHADA⁵, la convention de Washington⁶ ou encore le règlement de procédure du TAS⁷. Concernant spécifiquement l'arbitrage CCI, on signalera que la version en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2012 maintient ce pouvoir à son article 6(3). Mais ce pouvoir est soumis à un aménagement original sur lequel on reviendra⁸.

484. D'autres règlements d'arbitrage attribuent le pouvoir de statuer sur la compétence au tribunal arbitral, et ne prévoient pas expressément qu'un contrôle apparent de l'existence de la convention d'arbitrage puisse être réalisé par le centre d'arbitrage. C'est le cas par exemple des règlements d'arbitrage du CAMP, de la CAP, de la LCIA, de la CNUDCI ou encore de l'OMPI. Doit-on pour autant en déduire que l'organe administratif du centre d'arbitrage n'est pas en mesure d'opérer un tel contrôle ? Peut-on imaginer qu'un centre d'arbitrage accepte d'organiser une procédure d'arbitrage sur le seul fondement d'une demande d'arbitrage sans que le demandeur ne produise la convention d'arbitrage ? Cela n'est pas souhaitable, sauf si, bien évidemment, le défendeur accepte la compétence du centre et celle du tribunal arbitral, de manière explicite ou implicite.

En cas de défaut de comparution du défendeur, ou de contestation de la convention d'arbitrage, le centre d'arbitrage ne peut-il exercer, tout au moins, un contrôle minimum de l'apparence de l'existence d'une convention d'arbitrage ? Tous ces règlements, à l'exception du règlement du CAMP⁹, exigent lors de la saisine du centre que le demandeur à la procédure

¹ Art. 6(2) du règlement d'arbitrage CCI, qui réalise une fusion des anciens art. 7 et 8 (3) du règlement de 1988.

² Art. 3 *in fine* du règlement d'arbitrage AFA.

³ Art. 3(6) du règlement d'arbitrage international CCIG.

⁴ Art. 4 du règlement d'arbitrage CEPANI.

⁵ Art. 9 et 10(3) du règlement d'arbitrage de la CCJA (OHADA).

⁶ Art. 36(3) de la Convention de Washington permettant au Secrétaire général de refuser d'enregistrer la requête « *s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre* ».

⁷ Pour la procédure ordinaire : art. R 39 du règlement de procédure du TAS. Sur ce contrôle, cf. A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, op. cit., p. 524, n° 1018.

⁸ Cf. *infra*, n° 508.

⁹ L'al. 2 de l'art. I du règlement d'arbitrage de la CAMP, relatif à la compétence de la CAMP, dispose que cette dernière est désignée à cette fin par « *une convention d'arbitrage intervenant avant ou après la naissance du litige, incluse dans un ou plusieurs contrats ou distincte de celui-ci ou de ceux-ci* ». Cependant, l'art. V relatif à la saisine de la CAMP n'exige pas, afin de saisir la CAMP, de produire la convention d'arbitrage. Seuls sont requis

arbitrale produise la convention d'arbitrage dans sa requête d'arbitrage¹. Ainsi, le règlement de la LCIA requiert, afin de saisir le centre, que la requête d'arbitrage comprenne, selon l'article 1.1. b), « [u]ne copie de la clause d'arbitrage ou du compromis écrits invoqués par le demandeur (« la convention d'arbitrage »), ainsi qu'une copie des documents contractuels contenant la clause d'arbitrage ou à propos desquels l'arbitrage survient ». N'est-ce pas là permettre aux autorités administratives du centre un contrôle de l'apparence de l'existence d'une convention d'arbitrage ? De même, le règlement d'arbitrage de l'OMPI prévoit en son article 36(e) que « l'exception d'incompétence soulevée à l'encontre du tribunal n'interdit pas au Centre d'administrer l'arbitrage ». Mais encore faut-il que ce tribunal soit constitué, et le centre saisi. L'article 9 du règlement d'arbitrage dispose que la demande d'arbitrage doit notamment contenir « iii) une copie de la convention d'arbitrage et, le cas échéant, toute clause distincte relative au droit applicable ». Le fait d'exiger que la requête d'arbitrage comporte la convention d'arbitrage conduit à ce que le centre d'arbitrage puisse, en toutes circonstances, vérifier l'apparence de la convention d'arbitrage et devrait conduire l'organe administratif à pouvoir refuser d'organiser une procédure d'arbitrage dès lors que le demandeur à l'action n'est pas en mesure de présenter la convention d'arbitrage désignant le centre d'arbitrage et que le défendeur conteste la compétence arbitrale ou fait défaut.

La CAP se réserve d'ailleurs la possibilité de refuser purement et simplement l'organisation de l'arbitrage, l'article 3(1) al. 2 de son règlement d'arbitrage disposant que « [l]a Chambre Arbitrale Internationale de Paris se réserve de décliner sa mission d'organiser l'arbitrage sans être tenue de motiver son refus ». On peut très bien imaginer que ce refus, non motivé, soit justifié par l'absence d'apparence de toute convention d'arbitrage désignant la CAP, l'article 5 de ce même règlement prévoyant que « [l]a Chambre Arbitrale Internationale de Paris est saisie par une demande d'arbitrage formulée en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis désignant la Chambre Arbitrale Internationale de Paris ».

485. Si la plupart des centres d'arbitrage ont le pouvoir de vérifier l'apparence de l'existence d'une convention d'arbitrage les désignant – cette possibilité leur étant reconnu soit de manière explicite, soit de manière implicite –, il convient de préciser les rapports qu'entretiennent l'organe administratif du centre d'arbitrage et le tribunal arbitral dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale.

§2.- Les rapports entre l'organe administratif du centre d'arbitrage et le tribunal arbitral dans l'appréciation de la compétence

486. La reconnaissance au profit du centre d'arbitrage de la possibilité d'apprécier *prima facie* la convention d'arbitrage ne conduit-elle pas à ce que le centre d'arbitrage « usurpe [...] des facultés juridictionnelles qui appartiennent aux arbitres en vertu du principe de la compétence-compétence »² ? En principe, le pouvoir d'examen *prima facie* de

la demande, accompagnée d'un exposé des moyens et prétentions du défendeur, ainsi que le versement de la consignation.

¹ Par ex., art. 3(3) du règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) : « [l]a notification d'arbitrage doit contenir les indications ci-après : [...] c) La désignation de la convention d'arbitrage invoquée ».

² E. SILVA ROMERO, « Les apports de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'arbitrage de la Chambre du commerce internationale (CCI) », *Rev. arb.*, 2005.421, p. 430, n° 19.

la convention d'arbitrage par le centre d'arbitrage ne remet pas pour autant en cause le pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence, également rappelé dans les règlements d'arbitrage en cause. Le pouvoir d'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage par le centre d'arbitrage et le pouvoir de juger de sa compétence du tribunal arbitral ne s'excluent pas. Ils se cumulent, sans pour autant se concurrencer, dès lors qu'ils peuvent être dissociés (A). En effet, on peut considérer que le centre d'arbitrage vérifie le consentement de ses prétendus cocontractants au contrat d'organisation arbitrale, alors que le tribunal arbitral juge de la convention d'arbitrage. Ainsi, le seul et unique détenteur de l'effet positif de la compétence-compétence constitue bel et bien le tribunal arbitral, seul organe de l'ordre arbitral apte à juger la compétence juridictionnelle générale. Cependant, une ombre s'est glissée au tableau. Par exception à ce qui a été dit précédemment, alors que l'on croyait ces hypothèses disparues, le droit chinois illustre une hypothèse d'usurpation du pouvoir de juger de la compétence par l'organe administratif du centre d'arbitrage (B).

A.- Le principe : cumul et dissociation des pouvoirs du centre d'arbitrage et du tribunal arbitral

487. **Cumul des pouvoirs.** En principe, la reconnaissance du pouvoir d'examen *prima facie* de l'existence de la convention d'arbitrage au profit du centre d'arbitrage ne conduit pas à reconnaître l'effet positif de la compétence-compétence au profit des organes administratifs du centre d'arbitrage. En effet, la reconnaissance de cette possibilité au profit des organes administratifs d'examiner *prima facie* l'existence de la convention d'arbitrage ne se fait pas au détriment du tribunal arbitral.

Ce n'était pas le cas initialement dans l'arbitrage CCI. La version initiale de 1931 reconnaissait à la seule Cour d'arbitrage la possibilité de juger de la compétence à son article 10 : « *dans le cas où les parties sont en désaccord sur la question de savoir si elles sont liées par une clause d'arbitrage, c'est la Cour d'arbitrage qui décide* ». Mais, dès 1955, le règlement établira avec netteté la séparation entre le caractère administratif des fonctions de la Cour et le caractère juridictionnel de la mission des arbitres, reconnaissant au tribunal arbitral le pouvoir de juger de sa compétence. Ainsi, on observe que « *la Cour abandonne certaines de ses prérogatives au profit exclusif de l'arbitre auquel, dès lors, il revient notamment de statuer sur toute contestation relative à l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage* »¹.

La plupart des règlements d'arbitrage, qu'ils admettent de manière implicite ou explicite la possibilité pour le centre d'arbitrage de vérifier l'apparence d'une convention d'arbitrage désignant le centre d'arbitrage, reconnaissent également au tribunal arbitral lui-même, et de manière expresse, le pouvoir de statuer sur sa compétence². Si le TAS peut poser question, puisque son règlement de procédure reconnaît la possibilité de contrôle *prima facie* de

¹ J.-J. ARNALDEZ, « Réflexions sur l'autonomie et le caractère international du Règlement d'arbitrage de la CCI », *JDI*, 1993.857, pp. 858-859.

² Art. 6(2) du règlement CCI ; art. 21(1) du règlement l'arbitrage international de la CCIG ; art. 41 de la Convention de Washington ; art. 5(3) du règlement CEPANI ; art. 10(3) du règlement d'arbitrage OHADA.

l'existence d'une convention d'arbitrage¹, mais ne comporte aucune disposition qui reconnaisse aux tribunaux arbitraux – désignés sous le terme de formation arbitrale dans le jargon du TAS – l'effet positif du principe de compétence-compétence, la pratique arbitrale révèle que les formations arbitrales se considèrent incontestablement juges de leur propre compétence².

488. **Dissociation des pouvoirs.** Y a-t-il pour autant concurrence entre l'organe administratif du centre et le tribunal arbitral pour juger de la compétence juridictionnelle générale ? Certains auteurs ont ainsi admis que les centres d'arbitrage font, à cette occasion, « *œuvre juridictionnelle* » et devraient laisser le tribunal arbitral statuer sur ce point³, ou que, même s'il faut admettre ce contrôle au profit du centre, ce dernier « *participe de la mission juridictionnelle de l'arbitre en le secondant* »⁴. Dès lors que l'on retiendrait le critère matériel de la fonction juridictionnelle, trancher un litige en application des règles de droit, la décision que prend le centre d'arbitrage constituerait bien une décision juridictionnelle.

489. Ce prétendu empiètement de l'activité du centre d'arbitrage sur l'activité du tribunal arbitral doit cependant être relativisé.

490. Tout d'abord, les tribunaux arbitraux ne sont pas liés par l'appréciation faite par l'organe administratif du centre d'arbitrage⁵.

Premièrement, différents règlements d'arbitrage l'affirment explicitement. Ainsi, l'article 6 al. 2 du règlement d'arbitrage CCI prévoit que la Cour d'arbitrage peut décider que « *l'arbitrage aura lieu si, prima facie, elle estime possible l'existence d'une convention d'arbitrage visant le Règlement* », le règlement précisant toutefois préalablement que c'est « *sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ce ou ces moyens [relatifs à l'existence, à la validité ou à la portée de la convention d'arbitrage]* ». Le tribunal arbitral pourra librement juger de l'exception d'incompétence. De manière tout aussi claire, le règlement des Administrateurs sur la Convention de Washington prend soin de noter spécifiquement que « *le droit du Secrétaire général de refuser l'enregistrement d'une requête en conciliation ou en arbitrage (cf. alinéa 20 ci-dessus) est défini très étroitement de façon à ne pas empiéter sur les prérogatives des Commissions et Tribunaux quant à la détermination de leur propre compétence et, d'autre part, que l'enregistrement d'une requête par le Secrétaire général n'empêche évidemment pas une Commission ou un Tribunal de décider que le différend ne relève pas de la compétence du Centre* »⁶.

Deuxièmement, à de multiples reprises, les tribunaux arbitraux l'ont affirmé eux-mêmes : ils ne s'estiment pas liés par la décision précédemment prise par l'organe administratif du

¹ L'article R. 39 du pour la procédure d'arbitrage ordinaire permet au Greffe de refuser la mise en œuvre de l'arbitrage « *s'il apparaît d'emblée qu'il n'existe manifestement pas de convention d'arbitrage se référant au TAS* ».

² Cf. *supra*, n° 388.

³ Ph. FOUCHARD, « Les institutions d'arbitrage en France », *Rev. arb.*, 1990.483 ; *Ecrits, op. cit.*, p. 87, spéc. p. 92, n° 16.

⁴ Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p. 688, n° 903.

⁵ En ce sens, G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP, op. cit.*, p. 153, n° 423 ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international, op. cit.*, p. 416, n° 468.

⁶ Règlement des Administrateurs sur la Convention CIRDI, n° 38.

centre d'arbitrage¹. Ils pourront se juger incompétents en dépit de l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage constatée par l'organe administratif. L'ensemble des sentences d'incompétence rendues sous l'égide des centres d'arbitrage atteste de cette indépendance des tribunaux arbitraux. Certains tribunaux arbitraux ont spécialement pris le soin de le préciser². Ainsi, le tribunal arbitral CIRDI constitué dans l'affaire *Mihaly c. Sri Lanka* a retenu que l'enregistrement de la requête ne préjugait pas de sa propre décision sur la compétence³. Cependant, l'absence manifeste de convention d'arbitrage constatée par le centre d'arbitrage conduira à ce que le tribunal arbitral ne puisse être constitué. C'est là que réside la limite à l'indépendance des pouvoirs du centre d'arbitrage et du tribunal arbitral. Mais le juge d'appui pourra alors être saisi de la question⁴.

491. Ensuite, si cette possibilité que le centre d'arbitrage se réserve est parfois présentée comme venant concurrencer le pouvoir du tribunal arbitral, leur dissociation théorique permet d'affirmer que le seul et unique détenteur de l'effet positif du principe de compétence-compétence est le tribunal arbitral, organe de jugement. Afin de pouvoir déterminer si le centre d'arbitrage est également détenteur de l'effet positif, il suffit de comparer le pouvoir tel qu'il est reconnu aux organes administratifs du centre d'arbitrage, au pouvoir tel qu'il est reconnu au tribunal arbitral. La seule lecture des dispositions reconnaissant au centre d'arbitrage le pouvoir d'examen de la convention d'arbitrage révèle l'existence de différences certaines avec l'effet positif du principe de compétence-compétence relatives aux modalités du contrôle (1), qui ne sont que les manifestations d'une divergence bien plus profonde concernant l'objet du contrôle (2).

1).- Les différences de modalité du contrôle

492. Il ressort de l'examen des différents règlements d'arbitrage que le pouvoir d'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage des centres d'arbitrage se distingue de l'effet positif du principe de compétence-compétence dans ses modalités.

¹ Cf. par ex., sentence arbitrale finale CCI n° 13921 rendue en 2006, *JDI*, 2009.1407, note B. DERAIS, rapporté par la note : « *la Cour a estimé prima facie qu'il existait une convention d'arbitrage et a décidé que l'arbitrage aurait lieu. Ainsi que le Tribunal arbitral le rappelle, cette décision étant administrative, il lui appartenait de statuer sur sa propre compétence, conformément à l'article 6 (2) du Règlement* ».

² Cf. par ex. pour les formations arbitrales du TAS, D. HASCHER, sous la sentence TAS n° 2002/A/593 rendue le 6 juillet 2004, *Football Association of Wales (FAW) c. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, *op. cit.*, p. 1303 : « *comme toute juridiction arbitrale, les arbitres du TAS ont compétence pour apprécier la nature du litige qui leur est déféré. L'article R 52 [...] investit certes le greffe du TAS de la mission de vérifier « qu'il n'existe manifestement pas de convention d'arbitrage se référant au TAS », auquel cas l'arbitrage n'est pas mis en œuvre, mais la décision du greffe ne prive bien sûr pas la formation saisie de statuer sur sa compétence* ».

³ Trib. arb. CIRDI, 15 mars 2002, sentence d'incompétence, *Mihaly c. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, n° ARB/00/2, 17 *ICSID Rev.—FILJ* 142 (2002); 41 *ILM* 867 (2002), n° 57 : « [i]n the case under review, the fact of the registration of this case as ICSID Case No ARB/00/2 constituted an indication that, on the basis of the information contained in the request for arbitration, the dispute was not manifestly outside the jurisdiction of the Centre. Such registration is naturally without prejudice to the further examination of arguments of evidence presented by the Parties on issues of jurisdiction. The Tribunal is competent to determine the limits of its own competence » ; Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 21 fév. 1997, *American Manufacturing & Trading Inc. c. République du Zaïre*, n° ARB/93/1, *op. cit.* Pour d'autres ex., cf. C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, p. 520-521, n°s 13 à 15.

⁴ En ce sens, G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 153, n° 423.

493. Tout d'abord, si l'effet positif du principe de compétence-compétence exige un examen approfondi de la convention d'arbitrage, total, en fait et en droit, ce n'est pas le cas du contrôle opéré par le centre d'arbitrage qui se doit d'être superficiel. Tous les règlements d'arbitrage utilisent des termes distincts, mais dépourvus d'ambiguïté sur ce point : le contrôle est défini comme devant être « *prima facie* »¹, limité au caractère « *manifeste* »², ou encore au constat de « *l'apparence d'une convention d'arbitrage* »³ désignant le centre d'arbitrage. Le contrôle doit être ainsi limité à ce qui saute aux yeux. Le règlement d'arbitrage CCI insiste d'ailleurs sur cette limitation du contrôle, combinant la limitation au caractère « *prima facie* »⁴ à l'expression « *estimer possible* », ce qui entraîne une relativisation très forte de la valeur à accorder à cette décision du centre. Qu'est-ce qu'un examen *prima facie* ? "Law dictionaries define *prima facie* as meaning at first sight or on the first appearance. This is exactly the criterion used by the Court. The Court asks itself whether, at first glance and without going deeply into the matter, there appears to be an agreement to arbitrate"⁵.

Ce critère de dissociation concernant l'étendue du contrôle est cependant à prendre avec précaution dans la mesure où, dans le cadre spécifique de l'arbitrage CCI, l'étude de la pratique de la Cour internationale d'arbitrage révèle que ce contrôle n'est pas toujours si superficiel. Un auteur remarque ainsi qu'« *il ne faut pas s'attacher aux mots « prima facie » [...], ils ne veulent pas dire que l'examen est hâtif et superficiel* »⁶. Une étude plus récente portant spécifiquement sur ce contrôle affirme que « *dans tous les cas, la Cour procède à un examen méticuleux des documents et des arguments des parties pour déterminer le bien-fondé de l'objection et décider s'il y a lieu de permettre la poursuite de la procédure* »⁷. Ces auteurs retiennent ainsi qu'en pratique, l'expression « *prima facie* » ne limite pas l'étendue de ce contrôle, et modifierait simplement la valeur de la décision, en ce qu'elle serait provisoire⁸. Encore faut-il relativiser ce constat car la Cour internationale d'arbitrage opérerait ce contrôle serré uniquement lorsqu'est en cause une question de portée externe de la convention d'arbitrage⁹. Plus exactement, le centre d'arbitrage opère un contrôle *factuel*¹ de l'existence

¹ Art. 6(2) du règlement d'arbitrage CCI ; art. 9 du règlement OHADA.

² Art. 36(3) du règlement CIRDI ; art. 3 (6) du règlement d'arbitrage international CCIG ; art. R. 39 et R. 52 du règlement de procédure du TAS.

³ Art. 4 du règlement d'arbitrage CEPANI.

⁴ Cette expression est apparue pour la première fois dans le règlement d'arbitrage CCI de 1955 dans la version anglais, cf. sur ce point M. PHILIPPE, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *op. cit.*, p. 596.

⁵ A. TRIANTAFYLIDIS, "Prima facie agreement to arbitrate-examination by the I.C.C. Court of Arbitration", *Rev. hell. dr. int.*, 1989-1990, vol. n° 42-43, p. 251, spéc. p. 253.

⁶ P. BELLET, note sous TGI Paris (réf.), 13 juill. 1988, *Société REDEC et Pharaon c. Société Uzinexport Import et Chambre de commerce international*, *Rev. arb.*, 1989.97, spéc. p. 99.

⁷ M. PHILIPPE, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *op. cit.*, p. 607.

⁸ Cf. en ce sens, P. BELLET, note sous TGI Paris (réf.), 13 juill. 1988, *op. cit.*, et également M. PHILIPPE, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *op. cit.*, p. 607.

⁹ C'est ce que remarque M. Klein, « La contestation sur l'étendue d'une clause d'arbitrage », *op. cit.* : lorsqu'est en cause la portée interne de la convention d'arbitrage, « [l]a Cour se limite à la lettre du texte et opère un examen « en surface », sans entrer dans l'interprétation de la volonté des parties. Cet examen est purement factuel, il consiste à enregistrer l'existence ou l'inexistence de la clause » (*ibid.*, p. 25) ; dès lors qu'est en cause sa portée externe (extension, transmission etc.), « [o]n le devine, pour la Cour, ce type de contestation soulève des difficultés importantes. Il suppose d'entrer dans une étude de l'intention des parties ce à quoi précisément la Cour répugne. Dans ces hypothèses, déterminer l'existence ou l'inexistence d'une clause d'arbitrage se limite difficilement à sa constatation *prima facie* » (*ibid.*, p. 27).

matérielle d'une convention d'arbitrage le désignant, contrairement au tribunal arbitral, qui exerce un contrôle *juridictionnel*. Le tribunal arbitral seul a la possibilité d'examiner la convention d'arbitrage en application des règles de droit.

494. De plus, si l'effet positif du principe de compétence-compétence permet au tribunal arbitral de connaître aussi bien de la validité, de la portée et de l'existence de la convention d'arbitrage, ce ne serait pas le cas du contrôle opéré par le centre d'arbitrage. L'organe administratif du centre devrait se limiter au contrôle de l'*existence* de la convention d'arbitrage². Ainsi, concernant le règlement CCI, la Cour internationale d'arbitrage est censée, selon l'article 6 al. 2, ne vérifier que l'existence de la convention d'arbitrage visant la CCI, aussi bien si le défendeur ne comparait pas, que s'il conteste l'existence, l'étendue ou la validité de la convention d'arbitrage. Une auteure, réalisant une étude sur plus de deux cents décisions *prima facie* de la Cour d'arbitrage, le souligne dès les premières lignes³, et c'est sur ces mêmes propos que l'auteure conclura notamment que « *le mot-clé (en dehors de l'examen prima facie) des articles 7 et 12, mais aussi de l'article 8(3), est l'existence d'une convention d'arbitrage CCI, puisque quels que soient les moyens soulevés par une des parties, la Cour n'examine que l'existence de cette convention* »⁴. Aussi, le centre d'arbitrage CCI ne pourrait examiner que les « *cas de non-présence matérielle d'une clause d'arbitrage dans le contrat signé par les parties* »⁵.

Toutefois, cette différence dans les modalités du contrôle n'est pas toujours respectée en pratique. Concernant la CCI, on sait que la Cour internationale d'arbitrage a tendance à déborder sur les questions de portée de la convention d'arbitrage *ratione materiae* et *ratione personae* et à opérer un contrôle de plus en plus approfondi en raison des difficultés particulières soulevées par l'extension et la transmission de la clause compromissoire, ainsi que la pratique de plus en plus fréquente des clauses compromissoires par référence⁶.

495. En outre, il résulte de tous les règlements d'arbitrage examinés que ce contrôle opéré par le centre d'arbitrage a toujours lieu en amont de l'instance arbitrale, avant

¹ Sur ce point, T. Klein, « La contestation sur l'étendue d'une clause d'arbitrage », *op. cit.*, selon lequel l'examen de la Cour internationale d'arbitrage CCI est « *purement factuel* ». « *Il est ainsi détaché de tout droit applicable. La Cour procède donc à cette recherche d'une façon identique quel que soit le droit applicable à la convention litigieuse. Devant la Cour, l'existence de la clause ne soulève pas une question juridique au sens fort, puisqu'elle n'obéit pas à des normes spécifiques* » ; « [I]a Cour, pour sa part, procède à un examen sans loi et pour ainsi dire de pur fait ».

² Cette remarque vaut pour tous les règlements d'arbitrage déjà signalés (OHADA, CEPANI, TAS, CCIG) à l'exception du CIRDI.

³ A. DIMOLITSA, « Contestations sur l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage (nullité du contrat principal, arbitrabilité, capacité, litispendance, conditions contractuelles préalables à l'arbitrage, groupes de sociétés) », *op. cit.* : « *la décision prima facie de la Cour ne porte que sur l'existence de la convention d'arbitrage* ».

⁴ *Ibid.*, p. 22.

⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁶ *Ibid.* Cette application élargie de l'article 6 est confirmée par M. PHILIPPE, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *op. cit.*, p. 607, qui considère que, sur le fondement de l'article 6(2) du règlement d'arbitrage CCI, la Cour peut vérifier trois éléments : tout d'abord, qu'il « *pourrait exister une convention d'arbitrage CCI* », ensuite « *que cette convention pourrait s'appliquer aux parties nommées dans la demande d'arbitrage* », enfin « *que les demandes présentées par le requérant pourraient être fondées sur le contrat auquel cette convention se rapporte* ».

l'intervention du tribunal arbitral, ou plus exactement, avant même sa constitution¹. Ainsi, le centre d'arbitrage et le tribunal arbitral exercent chacun leur pouvoir à des moments distincts : le centre d'arbitrage avant l'instance arbitrale, afin de procéder à la constitution du tribunal arbitral, qui ensuite « *passé le flambeau* » au tribunal arbitral, celui-ci pouvant connaître de sa compétence une fois qu'il est constitué et saisi, c'est-à-dire pendant l'instance arbitrale².

496. Enfin, on pourrait dissocier ces deux pouvoirs en prétextant que celui opéré par le centre d'arbitrage est de nature administrative, alors que celui opéré par le tribunal arbitral est de nature juridictionnelle. Incontestablement, le droit positif se prononce en ce sens³.

Cela correspond à la nature des organes en cause, ainsi qu'à la nature du contrôle exercé par chacun des organes, le centre d'arbitrage se limitant à un contrôle factuel, au contraire du tribunal arbitral se livrant à un véritable contrôle juridictionnel. Cela emporte des conséquences pratiques importantes puisque, contrairement au tribunal arbitral, le centre d'arbitrage n'est pas tenu de respecter les conditions de régularité des décisions juridictionnelles (il n'est pas tenu notamment de respecter le principe du contradictoire⁴ ou de motiver ses décisions, même si cela est souhaitable afin que les parties reçoivent de la meilleure façon qu'il soit la décision) et les voies de recours ne sont pas celles offertes contre les sentences arbitrales⁵.

497. Si intéressante en pratique afin de distinguer les conditions du prononcé de chacune des décisions et de leur sort, cette dernière dichotomie n'est pas suffisante pour comprendre l'existence nécessaire de ces deux contrôles, celui exercé par le centre, et celui exercé par le tribunal arbitral. Malgré ces différences, est-ce qu'on ne pourrait pas considérer

¹ Pour une hypothèse d'intervention en aval de l'instance arbitrale, cf. l'ex. cité par Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 142, n° 245.

² Cette limite temporelle est rappelée aussi bien par A. DIMOLITSA, « Contestations sur l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage (nullité du contrat principal, arbitrabilité, capacité, litispendance, conditions contractuelles préalables à l'arbitrage, groupes de sociétés) », *op. cit.*, p. 14, que par M. PHILIPPE, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *op. cit.*

³ Spécifiquement concernant la décision d'acceptation ou de refus d'organiser la procédure d'arbitrage consécutive au contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage par le centre d'arbitrage, TGI Paris (réf.), 13 juill. 1988, *Société REDEC et Pharaon c. Société Uzinexport Import et Chambre de commerce international*, *op. cit.* : « la Cour d'arbitrage ne rend pas une décision juridictionnelle, laquelle relève de la seule compétence de l'arbitre, mais prescrit une mesure de nature administrative destinée, en application de son Règlement, à parfaire la constitution du tribunal arbitral » ; TGI Paris, 8 oct. 1986, *Cekobanka*, *Rev. arb.*, 1987.367, obs. Ph. FOUCHARD, p. 225. Concernant les décisions de prorogation du délai de l'instance arbitrale, Cass. civ. 2^{ème}, 8 juin 1983, *Rev. arb.*, 1987.309, : « [l]a Cour d'arbitrage, qui n'avait pas elle-même la qualité d'arbitre, n'était pas tenue de motiver sa décision de prorogation qui ne présentait pas de caractère juridictionnel ». Rappelant cette distinction afin de faire obstacle au grief d'impartialité visant directement la cour d'appel de Paris, un de ses membres ayant été secrétaire général de la CCI : Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2009, 08-12149 : « la Cour internationale d'arbitrage dont M. Z... a été le secrétaire général exerce seulement des fonctions d'organisation de l'arbitrage, n'a aucun pouvoir juridictionnel et n'intervient pas dans la mission juridictionnelle des arbitres, de sorte que l'impartialité de M. Z... ne peut être légitimement suspectée ».

⁴ A. TRIANTAFYLIDIS, "Prima facie agreement to arbitrate-examination by the I.C.C. Court of Arbitration", *op. cit.*, p. 253 : "[n]o reasons are given for the decision. The Court, on the basis of the papers that are before it, without hearing oral argument decides in an administrative manner whether there exists prima facie agreement to arbitrate. Indeed in some cases the defendant in his effort to throw out the case at the earliest possible stage submits to the Court written material in order to convince the Court that there is not even a prima facie agreement. Likewise the claimant submits opposing views".

⁵ Sur les conséquences de la qualification non juridictionnelle de la décision du centre d'arbitrage, Ph. FOUCHARD, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente) », *op. cit.*, pp. 44 et 45.

que le centre d'arbitrage puisse être le détenteur d'un résidu de l'effet positif du principe de compétence-compétence, d'une forme aménagée ? Ces multiples différences de modalités de contrôle ne sont que la partie émergée de l'iceberg, la partie immergée ne pouvant être mise à jour que par la découverte de l'objet respectif de chacun des contrôles.

2).- La différence d'objet du contrôle

498. L'hypothèse a été évoquée que le centre d'arbitrage contrôlerait la compétence arbitrale administrative, tandis que le tribunal arbitral vérifierait la seule compétence juridictionnelle (a). Cette analyse ne résistant pas au droit positif, il paraît plus convaincant de retenir que si le centre d'arbitrage et le tribunal arbitral examinent tous deux la convention d'arbitrage dans son ensemble, c'est que deux *negotia* distincts s'y trouvent (b).

a).- Le centre d'arbitrage contrôlerait la compétence administrative et le tribunal arbitral la compétence juridictionnelle

499. Afin de dissocier ces deux pouvoirs, l'effet positif reconnu au tribunal arbitral du pouvoir d'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage reconnu au centre d'arbitrage, la distinction suivante a été invoquée : le centre d'arbitrage vérifierait sa désignation, sa compétence administrative, tandis que le tribunal arbitral serait en charge de vérifier s'il existe une convention d'arbitrage qui couvre le litige en cause, sa compétence juridictionnelle. C'est l'hypothèse défendue par M. Silva-Romero : « à la base, le but de ladite disposition n'était que de permettre à la Cour de la CCI de vérifier que l'arbitre CCI – à savoir les trois lettres C-C-I – était bel et bien mentionné dans la convention d'arbitrage en cause. En conséquence, la Cour de la CCI ne devrait se déclarer incompétente que lorsque la convention d'arbitrage vise clairement une autre institution comme entité administrative de la procédure arbitrale »¹. Ce serait finalement par une évolution de cet examen que la Cour internationale d'arbitrage de la CCI aurait progressivement étendu son contrôle à l'existence de la convention d'arbitrage elle-même, c'est-à-dire la compétence arbitrale juridictionnelle.

500. De prime abord, ce critère de distinction des pouvoirs respectifs du centre d'arbitrage et du tribunal arbitral est intéressant dans la mesure où il conduit au respect de la nature de la mission de chacun de ces organes : le centre d'arbitrage a en effet en charge l'administration de l'arbitrage, tandis que le tribunal arbitral a en charge la mission de juger.

Cette proposition, si séduisante soit-elle, est à exclure car elle ne correspond pas à la réalité observée. Le centre d'arbitrage vérifiera aussi bien l'existence d'une convention d'arbitrage que sa désignation. Tous les règlements d'arbitrage permettent au centre d'arbitrage d'examiner ces deux éléments distincts : une convention d'arbitrage tout d'abord, la désignant ensuite². Il en est de même concernant le tribunal arbitral, qui vérifie aussi bien

¹ E. SILVA ROMERO, « Les apports de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'arbitrage de la Chambre du commerce internationale (CCI) », *op. cit.*, p. 429, n° 19.

² En ce sens : art. 6(2) du règlement d'arbitrage CCI : « la Cour peut décider [...] que l'arbitrage aura lieu si, *prima facie*, elle estime possible l'existence d'une convention d'arbitrage visant le Règlement » ; art. R. 39 du règlement de procédure du TAS (« [s]auf s'il apparaît d'emblée qu'il n'existe manifestement pas de convention d'arbitrage se référant au TAS [...] ») ; art. 3(6) du règlement d'arbitrage international CCIG (« [l]es Chambres fournissent sans délai au défendeur un exemplaire de la notification d'arbitrage et de toutes les annexes accompagnant celle-ci, sauf si les Chambres décident, après avoir consulté le Comité spécial, qu'il n'y a manifestement pas de convention d'arbitrage se référant au présent Règlement ») ; art. 9 du règlement

l'exacte désignation du centre d'arbitrage que l'existence et la portée de la convention d'arbitrage car on sait que la compétence administrative du centre rejait sur la compétence juridictionnelle du tribunal arbitral désigné par ce centre.

Cette proposition ne résiste pas non plus à l'examen historique des différentes versions du règlement CCI qui, depuis 1927, permettent à la Cour de vérifier aussi bien l'existence de la convention d'arbitrage, que la désignation de la CCI¹. En effet, dès sa deuxième version, datant de 1927, le règlement prévoit en son article 9 qu'il n'y a pas lieu à arbitrage « *lorsque les parties ne sont liées par aucune clause d'arbitrage, ou lorsqu'elles sont liées par une clause d'arbitrage ne visant pas la CCI* ». Ainsi, dès son origine, le règlement permettait à l'organe administratif du centre de vérifier aussi bien l'existence d'une convention d'arbitrage que la désignation de la CCI. L'article 9 sera ensuite très légèrement modifié en 1931². Les troisième³, quatrième⁴ et cinquième⁵ versions du règlement d'arbitrage distingueront deux possibilités de contrôle de la convention d'arbitrage par la Cour internationale d'arbitrage, selon que le contrôle résulte d'un examen d'office réalisé par la CCI, ou qu'il résulte de l'exception d'incompétence formulée par l'une des parties. Aucune de ces versions du règlement ne limite le contrôle de la Cour internationale d'arbitrage à l'examen de la seule désignation de la CCI, la convention d'arbitrage elle-même pouvant toujours être contrôlée. L'étude historique de l'évolution du règlement CCI permet au contraire de mettre en évidence

d'arbitrage interne CCIG ; art. 9 du règlement d'arbitrage OHADA : « [l]orsque, *prima facie*, il n'existe pas entre les parties de convention d'arbitrage visant l'application du présent règlement, [...] ».

¹ Pour un exposé détaillé de l'historique du pouvoir d'examen de la convention d'arbitrage par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, M. PHILIPPE, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *op. cit.*, pp. 593 à 599.

² La deuxième version du règlement est modifiée par un amendement de 1931 : « *ne visant pas la CCI* » est remplacé par « *dans laquelle la CCI n'est pas spécifiée* ».

³ Règlement CCI dans sa version de 1955, art. 9 : « [l]orsqu'il n'existe entre les parties aucune clause d'arbitrage, ou lorsqu'il existe une clause ne visant pas la Chambre de commerce internationale, si la partie défenderesse ne répond pas dans le délai de 30 jours visé à l'article 9, 1° ci-dessus, ou décline l'arbitrage par les soins de la Chambre de Commerce Internationale, la partie demanderesse est informée que cet arbitrage ne peut avoir lieu » ; art. 13 (3) : « [l]orsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence ou à la validité de la clause d'arbitrage, la Cour, ayant constaté l'existence matérielle de cette clause, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre seul de prendre toute décisions sur sa propre compétence ».

⁴ Règlement CCI dans sa version de 1955, art. 7 : « [l]orsque *prima facie*, il n'existe entre les parties aucune Convention d'arbitrage, ou lorsqu'il existe une convention ne visant pas la Chambre de commerce internationale, si la partie défenderesse ne répond pas dans le délai de 30 jours visé à l'article 4, paragraphe 1., ou décline l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, la partie demanderesse est informée que cet arbitrage ne peut avoir lieu » ; art. 8(3) : « [l]orsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence ou à la validité de la Convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté « *prima facie* » l'existence de cette Convention, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre seul de prendre toute décisions sur sa propre compétence ». L'appendice de 1980 au règlement de 1975 retient également en son article 12 toujours la même distinction en cas de défaut de réponse du défendeur : « lorsque « *prima facie* » il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage, ou lorsqu'il existe une convention ne visant pas la CCI ».

⁵ Règlement CCI dans sa version de 1988, art. 7 : « [l]orsque *prima facie*, il n'existe entre les parties aucune Convention d'arbitrage, ou lorsqu'il existe une convention ne visant pas la Chambre de commerce internationale, si la partie défenderesse ne répond pas dans le délai de 30 jours visé à l'article 4, paragraphe 1., ou décline l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, la partie demanderesse est informée que cet arbitrage ne peut avoir lieu » ; art. 8(3) : « [l]orsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence ou à la validité de la Convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté « *prima facie* » l'existence de cette Convention, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre seul de prendre toute décisions sur sa propre compétence ».

la « *modération* »¹ du contrôle de la convention d'arbitrage par la Cour internationale d'arbitrage au profit du tribunal arbitral. Soulignons enfin que la possibilité de contrôle aussi bien de la convention d'arbitrage que de la désignation du règlement du centre d'arbitrage subsiste dans la version actuelle du règlement d'arbitrage CCI², celui-ci, retenant, sans distinction, la « *convention d'arbitrage visant le règlement* ».

501. Si l'on doit exclure la dissociation des contrôles opérés par le centre d'arbitrage et par le tribunal arbitral, l'un vérifiant la désignation de la CCI, l'autre l'existence d'une convention d'arbitrage, cette proposition n'est pas dénuée d'intérêt car elle nous guide sur la voie qui permettra de les dissocier, et d'affirmer que le tribunal arbitral est bien le seul détenteur de l'effet positif.

b).- Le centre d'arbitrage vérifie qu'il est lié aux colitigants par le contrat d'organisation d'arbitrage

502. Si le tribunal arbitral et le centre d'arbitrage doivent pouvoir tous deux examiner le même acte juridique, la convention d'arbitrage *instrumentum*, c'est en fait deux pouvoirs distincts qui sont exercés afin d'établir deux *negocia* différents. Le tribunal arbitral en exerçant l'effet positif cherche à contrôler la compétence arbitrale : peut-il ou non connaître de ce litige déterminé né entre ces parties ? Le centre d'arbitrage en exerçant son pouvoir de contrôle *prima facie* ne cherche pas à établir la compétence arbitrale au regard des parties et du litige, comme le fait la juridiction étatique française en amont de l'instance arbitrale au regard de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Ce qu'il vérifie, c'est s'il a bien été investi par les colitigants de la mission d'organiser et d'administrer une procédure arbitrale. Pour le centre d'arbitrage, il s'agit simplement de vérifier s'il est bien contractuellement engagé vis-à-vis des colitigants. Autrement dit, par cet examen factuel de la convention d'arbitrage, le centre cherche à établir s'il est ou non lié par un *contrat d'organisation de l'arbitrage*, contrat théorisé par la doctrine³ et aujourd'hui pleinement reconnu par la jurisprudence⁴.

L'offre de contracter du centre d'arbitrage (plus exactement, l'offre d'administrer l'arbitrage) émane de son règlement d'arbitrage, porté à la connaissance du public. Il s'agit

¹ M. PHILIPPE, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *op. cit.*, p. 601.

² Le règlement d'arbitrage dans sa sixième version de 1998 a réalisé la fusion des diverses dispositions relatives au contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage, qui étaient dispersées dans les anciennes versions du règlement. L'article 6(2) dispose que « *si le défendeur ne répond pas à la demande comme il est prévu à l'article 5 ou lorsque l'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ce ou ces moyens, que l'arbitrage aura lieu si, prima facie, elle estime possible l'existence d'une convention d'arbitrage visant le règlement (...)* ».

³ E. LOQUIN, « Arbitrage – Institutions d'arbitrage », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1002, 1997 ; Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, pp. 549 et s.

⁴ Sur le contrat d'organisation d'arbitrage, cf. notamment CA Paris, 22 janv. 2009, *SNF c. Chambre de commerce internationale*, *Rev. arb.*, 2010.314, note Ch. JARROSSON : « *la CCI, par l'intermédiaire de la Cour internationale d'arbitrage, est en offre permanente de contracter, qui est matérialisée par le Règlement d'arbitrage qu'elle publie et dont tout intéressé peut accepter les effets* » ; TGI Paris, 10 oct. 2007, *SNF c. Chambre de commerce internationale*, *Rev. arb.*, 2007.847, note Ch. JARROSSON ; TGI PARIS, 9 oct. 1986, *Cekabanka*, *Rev. arb.*, 1987.367 ; TGI Paris, 21 mai 1997, *Cubic*, *Rev. arb.*, 1997.41 et CA Paris, 15 sept. 1998, *Rev. arb.*, 1999. 103, note Th. CLAY.

d'une offre d'arbitrage, ferme et précise, faite à des personnes indéterminées, une offre de contracter au sens juridique du terme, « *proposition ferme de conclure, à des conditions déterminées, un contrat* »¹ même si elle est « *permanente* ». L'acceptation de l'offre d'organisation de l'arbitrage par les litigants – agrément pur et simple de l'offre – résulte, le plus souvent, de la désignation du centre d'arbitrage dans la convention d'arbitrage. On peut légitimement hésiter quand à la détermination du moment exact de l'acceptation de l'offre en présence d'un contrat entre absents, notamment afin de déterminer le Règlement de procédure applicable. Si la doctrine privilégie dans son ensemble la théorie de la réception² – le contrat étant formé dès lors que le pollicitant a été informé de l'acceptation –, la jurisprudence n'est pas univoque et a récemment privilégié la théorie de l'émission – le contrat étant formé dès le moment de l'acceptation sous réserve tout d'abord de l'absence de volonté contraire des parties, et ensuite que le règlement d'arbitrage en vigueur à la date de signature de la convention d'arbitrage ne prévoit pas que la version du règlement applicable sera celle de la date de mise en œuvre de l'arbitrage³. Ces précisions ne manquent pas d'intérêt au regard du nouveau Règlement d'arbitrage CCI qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2012, remplaçant le Règlement d'arbitrage en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1998. Les parties ayant conclu une convention d'arbitrage sous l'empire du Règlement d'arbitrage de 1998 qui engageraient une procédure d'arbitrage à compter du 1^{er} janvier 2012 pourraient se voir opposer le Règlement en vigueur à la date d'introduction, sauf volonté contraire, puisque l'article 6(1) du Règlement d'arbitrage dans sa version de 1998 le prévoit expressément⁴.

Ainsi, lorsque le centre d'arbitrage vérifie l'apparence de l'existence d'une convention d'arbitrage le désignant, il vérifie l'existence de l'acceptation des deux litigants à son offre d'arbitrage. On sait en effet, depuis les études menées par Philippe Fouchard et M. Clay que le contrat d'organisation de l'arbitrage est un contrat conjonctif, et que l'acceptation de *tous* les colitigants à l'offre d'administration de l'arbitrage émise par le centre est indispensable pour que se forme le contrat d'organisation de l'arbitrage⁵. L'organe administratif du centre d'arbitrage doit pouvoir vérifier s'il est en présence premièrement, d'une convention d'arbitrage, car il constitue un centre d'arbitrage qui a en charge d'organiser des procédures d'arbitrage (il vérifiera ainsi s'il doit organiser une procédure d'arbitrage ou pourquoi pas, un autre mode alternatif de règlement des différends [on sait par exemple que la CCI organise également des procédures de conciliation, d'expertise ou d'adaptation du contrat]), ou si les parties entendent recourir à la justice publique), deuxièmement, le désignant (il vérifiera si les

¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 108, p. 121.

² Ch. JARROSSON, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.*, 1990.381, p. 383, n° 7 à 9 ; note sous TGI Paris, 10 oct. 2007, *Société SNF c. Chambre de commerce internationale*, *op. cit.*, pp. 855-856, n° 10 ; Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, pp. 564 et s. ; Ph. FOUCHARD, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente) », *Rev. arb.*, 1987.225, spéc. n° 33.

³ CA Paris, 22 janv. 2009, *Société SNF c. Chambre de commerce internationale*, *Rev. arb.*, 2010.314, note Ch. JARROSSON. *Contra*, TGI Paris, 10 oct. 2007, *Société SNF c. Chambre de commerce internationale*, *op. cit.*, privilégiant la théorie de la réception.

⁴ Art. 6(1) du Règlement d'arbitrage dans sa version de 1998 : « *Lorsque les parties conviennent d'avoir recours à l'arbitrage d'après le Règlement, elles se soumettent au Règlement en vigueur à la date d'introduction de la procédure d'arbitrage, à moins qu'elles ne soient convenues de se soumettre au Règlement en vigueur à la date de leur convention d'arbitrage* ».

⁵ Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, p. 802, n° 1079.

parties ont entendu le désigner lui et non pas un autre centre d'arbitrage). Lorsque la convention d'arbitrage comporte des propositions de modification du Règlement d'arbitrage, il s'agit d'une contre-offre de contrat d'organisation de l'arbitrage, et il appartient au centre d'arbitrage, par le biais de ses organes administratifs, d'y répondre favorablement ou défavorablement¹.

503. L'identification exacte de l'objet du contrôle qu'opère le centre d'arbitrage permet d'expliquer de nombreux éléments des modalités du contrôle qui diffèrent sensiblement de celui de l'effet positif. Le contrôle réalisé par le centre est superficiel et limité à l'apparence de l'existence d'une convention d'arbitrage afin de déterminer si les parties ont entendu recourir à ses services d'organisation et de police d'une procédure arbitrale (« *compétence administrative* »). Il s'agit uniquement d'établir la volonté des parties de conclure le contrat d'organisation de l'arbitrage. D'ailleurs, c'est ce qui explique que les tribunaux arbitraux ne soient pas liés par le contrôle opéré par le centre, qui a un objet distinct. La décision du centre d'arbitrage ne préjuge pas de celle du tribunal arbitral. C'est le même acte qui est examiné (la convention d'arbitrage), mais pour déterminer deux *negotia* distincts, mis en évidence par M. de Boissésou².

504. Cela permet également d'identifier la nature exacte du pouvoir de contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage réalisée par le centre d'arbitrage.

Le pouvoir de contrôle *prima facie* reconnu à la Cour internationale d'arbitrage a souvent été analysé comme constituant une obligation contractuelle à la charge du centre, car ce pouvoir est édicté dans le règlement d'arbitrage qui devient, par l'adhésion des litigants, le contrat d'organisation de l'arbitrage³. Il a même été retenu que le centre d'arbitrage intervenait comme mandataire, ce pouvoir constituant donc un mandat donné au centre d'arbitrage par les colitigants, mandant⁴.

¹ Cf. pour ex., TGI Paris (réf.), 22 janv. 2010, *Samsung Electronics Co Ltd c. M. Jaffe, administrateur-liquidateur de la société Qimonda AG*, *Rev. arb.*, 2010.571, note J.-B. RACINE. Il ressort de l'exorde de l'arrêt que la convention d'arbitrage en cause si elle prévoyait un arbitrage en vertu des règles CCI, précisait expressément que « *la nomination des arbitres ne serait pas sujette à confirmation ni rejet par la CCI et la sentence arbitrale ne serait pas sujette à l'approbation de la CCI* », excluant ainsi l'application des articles 9 et 27 du Règlement de la CCI. Le secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI a répondu « *que cette dernière n'acceptait les modifications de ses Règles prévues par la clause d'arbitrage et qu'elle n'accepterait d'administrer la procédure d'arbitrage entre les parties qu'à la condition que celles-ci renoncent aux exceptions précitées et acceptent les Règles prévoyant la confirmation des arbitres et l'examen des sentences* ». L'une des parties ayant réitéré ses réserves, la Cour internationale a refusé d'administrer l'arbitrage.

² M. DE BOISSÉSON, « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel », *Rev. arb.*, 1990.337, spéc. p. 338 : « *la convention d'arbitrage faisant référence à un organisme institutionnel superpose deux relations juridique. L'une est l'accord compromissaire conclu entre les parties, au terme duquel ces dernières expriment leur accord sur le principe de l'arbitrage. L'autre, est un contrat arbitral, qui s'apparente au mandat d'intérêt commun ou au contrat de services et qui est conclu entre les parties et le centre d'arbitrage en vue de l'organisation de la procédure* ».

³ En ce sens, Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., pp. 696-697, n° 915 : « *[e]n se référant au règlement, ils ont contractualisé les décisions prises par le centre d'arbitrage en application de ce règlement. Il en va notamment de tout ce qui ressortit à l'appréciation prima facie de la validité de la convention d'arbitrage [...]* » ; P. BELLET, note sous TGI Paris (réf.), 13 juill. 1988, *Société REDEC et Pharaon c. Société Uzinexport Import et Chambre de commerce international*, op. cit., p. 101 : « *[c]es actes sont censés être pris en application du Règlement qui fait la loi des parties [...], parce que les parties ont adhéré au Règlement et l'exercice de ses pouvoirs contractuels relèveraient de l'appréciation souveraine desdites institutions* ».

⁴ Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., p. 796, n° 1067 : « *[i]l y a tout d'abord tout ce que le centre d'arbitrage effectue au nom des litigants, comme le prévoit le règlement d'arbitrage. Ce sont notamment les décisions qu'il prend*

Cette analyse doit être écartée dès lors que l'on admet que le centre vérifie précisément s'il est ou non lié aux colitigants, s'il existe ou non un contrat d'organisation de l'arbitrage. Même s'il est inséré dans le règlement d'arbitrage, document qui deviendra contractuel par l'acceptation des colitigants, ce pouvoir n'est pas une obligation contractuelle résultant du contrat d'organisation de l'arbitrage. C'est une simple faculté que se reconnaît le centre d'arbitrage de vérifier s'il est ou non lié par un contrat, le contrat d'organisation de l'arbitrage dès lors que l'un des colitigants fait défaut ou conteste la convention d'arbitrage et/ou la désignation du centre d'arbitrage, comme n'importe quel prétendu cocontractant est en mesure d'apprécier s'il est ou non partie à une convention.

On doit également écarter la nature juridictionnelle de ce pouvoir. Le centre d'arbitrage ne tranche pas un litige entre les parties. Certes, il y a bien un désaccord entre les colitigants sur le recours à l'arbitrage et/ou sur le recours à cette forme d'arbitrage institutionnelle. Mais le centre d'arbitrage vérifie simplement s'il est ou non engagé vis-à-vis des colitigants, s'il est tenu d'organiser et d'administrer un arbitrage. C'est donc bien un pouvoir administratif que se reconnaît cette institution de déterminer si elle est ou non engagée à l'égard des colitigants, si elle est ou non partie au contrat, ce qui explique justement qu'en droit positif, le recours contre la décision du centre d'arbitrage devant les juridictions étatiques du contrôle *a posteriori* de la sentence arbitrale soit irrecevable.

505. Cette analyse permet en outre de déterminer la responsabilité de l'institution. La décision de la Cour internationale d'arbitrage est-elle souveraine¹ ? Le centre d'arbitrage ne détient pas une liberté totale, un pouvoir souverain, d'accepter ou de refuser d'organiser et d'administrer un arbitrage. Il peut engager sa responsabilité contractuelle devant les juridictions étatiques de droit commun, dans les conditions du droit commun des contrats, dès lors que son offre d'organisation d'arbitrage a été acceptée et qu'il refuse d'exécuter les obligations pour lesquelles il s'est engagé. On précisera que la clause évasive de responsabilité stipulée à l'article 34 du Règlement d'arbitrage CCI ne peut être opposée, la cour d'appel de Paris ayant jugé que la clause évasive de responsabilité doit être réputée non écrite car le centre d'arbitrage ne peut s'exonérer de l'exécution de son obligation essentielle². Sa responsabilité a déjà sur ce fondement été recherchée, mais en l'espèce écartée³.

506. Enfin, on peut relativiser un dernier argument pris de l'empiètement du pouvoir du centre d'arbitrage sur l'effet positif du tribunal arbitral⁴. Dès lors qu'un centre d'arbitrage, en application de son pouvoir d'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage, refuse d'organiser l'arbitrage, le tribunal arbitral se voit privé de la possibilité d'exercer l'effet

relatives à l'existence prima facie de la convention d'arbitrage [...]. On sait que si le centre d'arbitrage peut intervenir de la sorte c'est parce qu'il le fait au nom des litigants qui lui en ont donné le pouvoir quand ils ont passé le contrat d'organisation de l'arbitrage incorporant le règlement d'arbitrage [...]. En représentant ainsi les litigants, il agit leur nom et pour leur compte, c'est-à-dire en mandataire ».

¹ En ce sens, TGI Paris, 8 oct. 1986, *Cekobanka*, *op. cit.* : « la responsabilité contractuelle de la défenderesse [CCI] ne saurait résulter du sens de sa décision au regard d'arguments avancés pour convaincre de l'évidence ou de l'apparence de la convention d'arbitrage ou d'une prétendue usurpation des pouvoirs juridictionnels propres à l'arbitre ».

² CA Paris, 22 janv. 2009, *SNF c. Chambre de commerce internationale*, *op. cit.*

³ TGI Paris, 8 oct. 1986, *Cekobanka*, *op. cit.* Cf. également l'arrêt de la District Court de New York du 5 fév. 2008, *Global Gold Mining vs Peter Robinson*, *J. Int'l Arb*, vol. 26 n° 4, août 2009, p. 570, note L. KIFFER.

⁴ Sur ce point, cf. E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 69.

positif du principe de compétence-compétence, puisque le centre d'arbitrage refusera de procéder à la constitution du tribunal arbitral. Il y a bien ici une atteinte au pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral non encore constitué. Selon nous, cela n'est pas condamnable car ce qui fait ici échec à l'effet positif, ce n'est pas une prétendue usurpation du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral : c'est uniquement le fait que l'institution d'arbitrage ne s'estime pas liée par un contrat d'organisation d'arbitrage.

507. En conclusion, le pouvoir du centre d'arbitrage d'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage le désignant n'est donc pas une usurpation de l'effet positif du principe de compétence-compétence, qui revient au seul tribunal arbitral. Cette différence, qui existait à l'état latent en droit positif, est confirmée par l'identification de l'objet de chacun de ces pouvoirs : le centre d'arbitrage vérifie s'il est lié par un contrat d'organisation de l'arbitrage aux deux colitigants, tandis que le tribunal arbitral vérifie l'existence et la portée de la convention d'arbitrage entre les colitigants afin d'établir sa compétence relativement aux parties et au litige qui lui est soumis. Seul le tribunal arbitral détient l'effet positif du principe de compétence-compétence.

508. On terminera par quelques observations concernant l'architecture originale mise en place par le règlement d'arbitrage CCI en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2012 à son article 6. Contrairement à la version précédente, le défaut du défendeur ou l'exception d'incompétence opposée n'entraînent plus automatiquement le passage obligé devant la Cour d'arbitrage de la CCI afin de décider si l'arbitrage aura lieu. Devrait-on y voir, indirectement, l'édiction de l'effet négatif de la compétence-compétence qui s'imposerait ainsi aux organes administratifs du centre d'arbitrage ? Cela nous paraît excessif. En réalité, le centre d'arbitrage n'est aucunement évincé de l'examen de la convention d'arbitrage. Ce n'est plus la Cour, mais le Secrétaire général qui opérera un premier filtre. Le rôle central est dévolu au Secrétaire général qui opérera un tri entre les contestations de la convention d'organisation arbitrale sérieuses et celles qui sont dénuées de caractère sérieux, renvoyant alors le litige au tribunal arbitral. La Cour d'arbitrage est ainsi désencombrée. Surtout, c'est le rôle prépondérant du tribunal arbitral dans l'appréciation de sa compétence qui en sort renforcé. L'examen de la convention d'arbitrage appartient en principe au tribunal arbitral, organe de jugement. Mais, la vérification par le centre d'arbitrage qu'il est lié aux colitigants par le contrat d'organisation d'arbitrage ne disparaît pas. Elle est réalité assumée quotidiennement par le Secrétaire général ; mais seules les contestations les plus âpres seront renvoyées à la Cour d'arbitrage, qui déterminera alors si, *prima facie*, elle « estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage visant le Règlement ». Les hypothèses non exhaustives détaillées visent d'une part, le cas de l'intervention d'un tiers, d'autre part, les hypothèses d'arbitrage multipartites. Sans doute, ce sont celles qui posent aujourd'hui le plus de difficultés. Dans cette hypothèse particulière, la distinction des pouvoirs de la Cour d'arbitrage et du tribunal arbitral n'en est pas moins rappelée, l'article 6(5) précisant qu'« il appartient au tribunal arbitral de prendre toute décision sur sa propre compétence ». Les limites à cette dissociation sont également réitérées, le tribunal arbitral ne pouvant juger de sa compétence « en ce qui concerne les parties ou les demandes à l'égard desquelles la Cour décide que l'arbitrage ne peut avoir lieu ». Cette réserve au pouvoir du tribunal arbitral de juger de sa compétence est certes discutable, mais indispensable en pratique, une institution d'arbitrage ne pouvant accepter d'administrer un arbitrage que s'il s'estime lié par le contrat d'organisation arbitrale.

En toute hypothèse, cette nouvelle répartition des rôles au sein de l'arbitrage institutionnel nous paraît idéal. Elle valorise le rôle du tribunal arbitral dans l'appréciation de sa compétence, sans complètement occulter la bonne administration de l'arbitrage par le centre d'arbitrage. L'effet positif de la compétence-compétence en sort renforcé.

B.- L'exception : l'usurpation du pouvoir de juger de la compétence par l'organe administratif du centre d'arbitrage

509. Anciennement, certains règlements d'arbitrage n'accordaient la possibilité de juger de la compétence qu'au centre d'arbitrage à l'exclusion du tribunal arbitral¹. Compte tenu de l'évolution qu'a connu l'arbitrage depuis plus de 50 ans, on aurait pu croire ces exemples d'usurpation du pouvoir de juger de la compétence par l'organe administratif condamnés à être relégués à un manuel d'histoire de l'arbitrage.

Mais les centres d'arbitrage d'une des plus grandes nations commerçantes nous invitent à revoir notre propos. En effet, deux des principaux centres d'arbitrage chinois ne reconnaissent pas au tribunal arbitral le pouvoir de juger de leur compétence, confisqué au profit de l'organe administratif du centre d'arbitrage². Les seuls cas dans lesquels les tribunaux arbitraux peuvent juger de leur compétence résultent de la possibilité pour le centre d'arbitrage d'opérer une délégation expresse de ce pouvoir³. Ainsi, les deux types de contrôle précédemment présentés, le contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage par le centre d'arbitrage et le contrôle complet de la convention d'arbitrage traditionnellement opéré par le tribunal arbitral, sont tous deux expressément prévus et reconnus au profit de la seule institution arbitrale, le CIETAC, le premier à l'article 6 al. 2 du règlement⁴, le second à l'article 6 al. 1^{er}⁵.

510. Cette vision de l'arbitrage n'étonne pas dans un État pour le moins dirigiste. Mais elle est critiquée, certains auteurs appelant à la reconnaissance au profit du tribunal arbitral du pouvoir de juger de sa compétence⁶.

Conclusion

511. En conclusion, le seul organe de l'univers arbitral à pouvoir dire le droit sur la compétence est le tribunal arbitral, à l'exclusion de l'arbitre et du centre d'arbitrage, sous réserve des exceptions présentées. Pour ces raisons, nous approuverons pleinement l'utilisation de l'expression, plus exacte selon nous, du nouvel article 1465 CPC selon

¹ Cf. par exemple Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 140, n° 245.

² Art. 6 du règlement d'arbitrage CIETAC ; art. 6 du règlement d'arbitrage du Beijing Arbitration Commission (BAC), réservant la possibilité que les juridictions d'État chinoises puissent connaître de la question.

³ Art. 6(1) du règlement d'arbitrage CIETAC ; art. 6(4) du règlement d'arbitrage BAC.

⁴ Art. 6(2) du règlement CIETAC: « [l]orsque la CIETAC considère, au moyen d'une preuve *prima facie*, qu'une convention d'arbitrage prévoyant l'arbitrage de la CIETAC existe, cette dernière peut décider sur la base d'une telle preuve qu'elle est compétente et la procédure d'arbitrage se poursuit. Une telle décision n'empêche pas la CIETAC de prendre une nouvelle décision concernant sa compétence sur la base de faits et/ou d'éléments de preuve contraires à la preuve *prima facie* réunis par le tribunal arbitral durant la procédure d'arbitrage ».

⁵ Art. 6(1) du règlement CIETAC : « [l]a CIETAC dispose du pouvoir de vérifier l'existence et la validité d'une convention d'arbitrage ainsi que sa compétence sur une affaire d'arbitrage. La CIETAC peut, si nécessaire, déléguer ce pouvoir au tribunal arbitral ».

⁶ S. LIAMBIN, Z. JIAN and L. HONG, "Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People's Republic of China", *op. cit.*

laquelle « *le tribunal arbitral* » peut juger de sa compétence, au lieu et place de l'ancien article 1466 CPC, désignant « *l'arbitre* ».

Concernant spécifiquement l'arbitrage institutionnel, on ne peut considérer que l'organe administratif usurpe le pouvoir de juger de la compétence du tribunal arbitral. Le but du contrôle opéré est en réalité de vérifier qu'il est lié aux colitigants par le contrat d'organisation d'arbitrage. De plus, ces exceptions sont en voie d'être réduites. La nouvelle version du règlement d'arbitrage CCI met en place une architecture originale concernant le contrôle de la convention d'arbitrage désignant le centre d'arbitrage dans l'arbitrage institutionnel. Le pouvoir du tribunal arbitral de juger de sa compétence sort renforcé par rapport au contrôle opéré par les organes administratifs du centre d'arbitrage. Ceci constitue un indice de plus en faveur de la possibilité pour le tribunal arbitral de dire le droit sur sa compétence, l'effet positif pouvant être exercé exclusivement, sauf exceptions, par le seul organe doté du pouvoir juridictionnel dans l'ordre arbitral.

On retrouve ici l'un des critères formels classiques permettant l'identification d'un acte juridictionnel, à savoir le critère organique : « *est acte juridictionnel tout acte émanant d'un organe particulier : la juridiction* »¹, en l'occurrence le tribunal arbitral. Ce premier indice de la possibilité pour le tribunal arbitral de dire le droit sur sa compétence reste à confirmer. Le tribunal arbitral juge-t-il de sa compétence au terme d'un quelconque processus ou d'un véritable procès sur la compétence ?

¹ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op. cit., p. 32, n° 46.

Chapitre 2.- Le procès arbitral de la compétence

512. Quelles règles encadrent le procès arbitral de la compétence ? On pourrait se tourner tout simplement vers les règles régissant l'incident de compétence devant les juridictions d'État, qui seraient ainsi applicables dans tous les cas pour un arbitrage interne et, pour un arbitrage international, dès lors que le tribunal arbitral a son siège en France ou que la loi française de procédure est applicable. En faveur de la transposition des règles de la procédure civile à l'arbitrage, on peut en effet retenir qu'il s'agit pour le tribunal arbitral comme pour une juridiction d'État de statuer sur leur compétence. Dès lors, il suffirait de renvoyer aux études faites en procédure civile, les règles régissant le procès sur la compétence devant le tribunal arbitral constituant le décalque pur et parfait des règles régissant le procès sur la compétence devant les juridictions d'État. Cette idée, admissible si l'on réduit l'arbitrage à une « *composante d'un ordre juridique étatique donné* »¹, n'est cependant pas celle retenue par le droit positif. Ce serait retourner à une conception archaïque du droit applicable à la procédure arbitrale, celle qui prévalait sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile de 1806 à l'article 1009 disposant que « *les parties et les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues* ». Ce serait faire fi de plus de cinquante ans d'évolution du droit de l'arbitrage et de la spécificité de l'arbitrage, aujourd'hui acquise : l'autonomie dont bénéficient les arbitres dans la définition des règles applicables à la procédure arbitrale, expressément posée par les articles 1464 al. 1^{er} CPC² pour l'arbitrage interne et 1509 CPC pour l'arbitrage international³, sous la seule réserve de la volonté des parties et de quelques règles fondamentales, dont les principes directeurs du procès⁴. La règle vaut de manière générale pour la procédure ; elle doit également valoir pour le procès sur la compétence.

513. Le procès arbitral sur la compétence rend compte du mouvement général observé pour les règles régissant la procédure arbitrale. L'opinion dominante conduit à reconnaître aux arbitres « *toute liberté de conduire à leur guise la procédure arbitrale* »⁵, sans qu'ils soient tenus de recourir à une loi étatique de procédure déterminée, ni à la méthode conflictualiste qui se révélerait inadaptée⁶. Aussi dans cette mouvance, les règles de droit judiciaire privé régissant les incidents de compétence devant les juridictions d'État ne sont-elles plus nécessairement considérées comme applicables devant les tribunaux arbitraux, que l'arbitrage soit interne ou international, certaines de ces règles se révélant inadaptées. Les tribunaux arbitraux ne se réfèrent pas aux règles régissant les incidents de compétence devant les

¹ Sur cette conception de l'arbitrage, cf. E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., pp. 34 et s.

² Art. 1464 al. 1^{er} : « [à] moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques », ancien art. 1460 al. 1^{er} CPC.

³ Ancien art. 1494 al. 2 CPC.

⁴ Cf. également de manière générale en droit comparé : J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 489 : « [I]a conception ancienne selon laquelle la loi de procédure civile [...] en vigueur au lieu du siège de l'arbitrage s'imposait aux arbitres en l'absence de règles convenues par les parties n'a [...] plus cours ».

⁵ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., p. 140, n° 93.

⁶ P. MAYER, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », op. cit., p. 185.

juridictions d'État afin de juger de leur compétence, et de nombreux droits étatiques édictent des règles spécifiques à l'arbitrage.

514. Il peut paraître difficile de systématiser les règles régissant la procédure arbitrale, de même que les règles régissant le procès arbitral sur la compétence alors que « *l'arbitrage est allergique à des règles de procédure détaillée* »¹, les arbitres s'appuyant simplement sur « *des pratiques informelles adaptées aux commodités de chaque espèce* »². Cependant, on peut dégager quelques règles applicables au procès arbitral sur la compétence. Le droit transnational de l'arbitrage – législations étatiques nationales ou internationales, règlements d'arbitrage, jurisprudence arbitrale, recommandations – tend à sécréter des règles autonomes applicables au procès arbitral sur la compétence et à aménager spécifiquement les voies de recours ouvertes contre les sentences jugeant de la compétence. Cet élément est un des indices les plus probants démontrant que le droit transnational de l'arbitrage – résultant aussi bien de l'activité normative des États que des acteurs privés de l'arbitrage – admet que les règles régissant les incidents de compétence devant les arbitres sont distinctes des règles régissant les incidents de compétence devant les juridictions d'État. Allant plus loin, l'absence de réglementation de l'incident de compétence par certaines législations étatiques peut être interprétée non comme le renvoi implicite aux règles du procès civil national, mais comme le signe de l'autonomie des arbitres : un ordre étatique déterminé n'a pas à dicter les règles de procédure appliquées par les arbitres. En ce sens, si l'ancien comme le nouveau droit français de l'arbitrage affirment que le tribunal arbitral peut statuer sur sa compétence, ils n'apportent aucune précision sur la façon dont le tribunal arbitral doit procéder. La jurisprudence française a toutefois dégagé quelques solutions qui convergent avec la plupart des sources du droit comparé. On constate ainsi l'édification d'un consensus, d'un droit commun de l'arbitrage, auquel participe l'ordre juridique français, des règles du procès de la compétence.

Ce faisant, cette étude contribue, modestement, à mettre en évidence une part du droit transnational de l'arbitrage par le prisme du principe compétence-compétence.

515. Les conditions de mise en œuvre procédurale de l'effet positif de la compétence-compétence posent des questions similaires à celles posées devant les juridictions publiques. Le tribunal arbitral apprécie sa compétence non pas au terme d'un quelconque processus mais d'un véritable procès sur la compétence.

516. Se dessine un régime transnational du règlement des incidents de compétence devant le tribunal arbitral (section 1). En construction, ce régime transnational est inachevé (section 2), les tribunaux arbitraux étant relativement désarmés en présence d'une procédure parallèle.

Section 1.- L'existence du régime transnational du procès arbitral de la compétence

517. Notre propos est d'identifier quelques règles fondamentales qui se dégagent du droit transnational de l'arbitrage, formant une ébauche d'un régime autonome du procès arbitral sur la compétence. Comme nous l'observerons, le régime de l'incident

¹ *Op. cit., loc. cit.*

² G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *op. cit.*, p. 517, n° 5.

d'incompétence devant le tribunal arbitral n'est pas nécessairement identique au régime de l'incident d'incompétence devant les juridictions étatiques, signe de l'autonomie de l'arbitrage. Ces règles transnationales sont guidées par l'affirmation de la liberté du tribunal arbitral – différentes libertés procédurales lui étant reconnues afin que le pouvoir de juger de sa compétence ne soit pas paralysé par une quelconque contestation –, encadrée par la volonté des parties et quelques principes fondamentaux tirés de l'ordre public procédural.

518. Suivons tout simplement la chronologie du procès arbitral, en partant du commencement, c'est-à-dire du déclenchement de la vérification de la compétence (§1), pour aboutir à l'examen par le tribunal arbitral de sa compétence (§2), cœur du procès sur la compétence.

§1.- Le déclenchement de la vérification de la compétence¹

519. Tout comme dans le cadre de la procédure civile, la vérification de la compétence arbitrale par le tribunal arbitral peut être déclenchée de deux façons distinctes, par les différents protagonistes du procès : soit à l'initiative des parties (A), l'exception d'incompétence constituant un classique moyen de défense, soit à l'initiative du tribunal arbitral lui-même (B), mais seulement dans des conditions bien spécifiques. Ces deux techniques de déclenchement de la vérification de la compétence ne sont pas exclusives l'une de l'autre².

A.- Le déclinatoire de compétence

520. L'exception d'incompétence au profit de la justice publique, ou d'un autre tribunal arbitral, peut être opposée au tribunal arbitral aussi bien par le défendeur, que par le demandeur³, de la même manière que devant les juridictions étatiques internes⁴ ou internationales⁵. L'exception d'incompétence peut en effet bien évidemment être opposée par le défendeur à l'action principale, comme moyen de défense opposé à la demande principale, ou encore, à toute demande additionnelle formulée par le demandeur. De même, le demandeur à l'action principale pourra également lui-même opposer une exception d'incompétence, non pas à l'action principale puisqu'il en est à l'origine - ce qui serait absurde et contraire au principe de la bonne foi procédurale ou de l'*estoppel* qui s'impose aux parties –, mais à toute demande reconventionnelle formée par le défendeur à l'action principale. Cette possibilité est expressément prévue par certains règlements d'arbitrage⁶. Cela ne souffre pas de discussion : cette possibilité résulte tout simplement des droits de la défense, pouvoir opposer un moyen de défense et notamment une exception d'incompétence. Les tribunaux arbitraux accueillent d'ailleurs parfaitement les exceptions présentées aussi bien par le défendeur à l'action

¹ Nous avons repris le titre utilisé par S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, *op. cit.*

² Cf. par ex. Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 21 fév. 1997, *American Manufacturing & Trading Inc. c. République du Zaïre*, n° ARB/93/1, *op. cit.*

³ En ce sens également, N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 354, n° 5.118.

⁴ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, *op. cit.*, 29^e éd., p. 380, n° 362.

⁵ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 426-427, n° 740.

⁶ Art. 23(2) du règlement d'arbitrage LCIA ; art. 21 al.(3) du règlement d'arbitrage international CCIG ; art. 36(c) du règlement d'arbitrage OMPI.

principale que par le demandeur à l'action principale, dès lors qu'elles respectent les conditions de recevabilité¹.

521. Reste à déterminer s'il existe des conditions particulières de recevabilité du déclinatoire de compétence pour que l'exception d'incompétence soit recevable devant le tribunal arbitral.

1).- L'obligation de motiver le déclinatoire

522. Devant les juridictions de droit commun, l'article 75 CPC pose deux conditions de recevabilité de l'exception d'incompétence : « [...] *la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée* ». Ces exigences du droit commun – motivation et désignation de la juridiction compétente – sont-elles applicables au déclinatoire de compétence présenté devant le tribunal arbitral ? C'est ce que prétendait la société défenderesse au recours en annulation formé contre la sentence sur le fond dans l'affaire *Tarom*, la société *The Levant Shipping Agency* arguant que le recours devait être rejeté dès lors que « *la société Tarom se contente de demander l'annulation de la sentence sans solliciter que le litige soit renvoyé devant la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Bucarest, alors qu'aux termes de l'article 75 du NCPC la partie qui soulève une exception d'incompétence doit faire connaître devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée* »². La demanderesse, Tarom, opposait à titre principal qu'elle avait bien respecté les dispositions de l'article 75 CPC devant le tribunal arbitral, et subsidiairement, que cette disposition était inapplicable à l'instance en cause, le recours en annulation, dès lors que l'article 75 CPC était applicable durant la seule instance arbitrale. La cour d'appel n'examinera pas même ces arguments, accueillant l'annulation de la sentence sur le fond alors que la sentence de compétence avait été annulée par un arrêt définitif préalable rendu par la cour d'appel de Paris. Mais attardons-nous plus en détail sur ce que les deux parties admettaient comme applicable à l'instance arbitrale : l'article 75 CPC.

523. L'article 75 CPC s'explique principalement pour des raisons propres au système juridictionnel français. La motivation et la désignation de la juridiction prétendument compétente ont été rendues obligatoires devant les juridictions judiciaires afin d'éviter que les exceptions ne soient formées dans un but dilatoire. Mais surtout, ce système vise à ce que le juge, s'il s'estime incompétent, désigne la juridiction compétente lorsqu'elle relève de l'ordre judiciaire, décision qui s'imposera alors au juge du renvoi aux termes de l'article 96 al. 2 CPC. Ce sont donc principalement des considérations propres à l'organisation judiciaire qui justifient fondamentalement les exigences de l'article 75 CPC. D'ailleurs, le juge étatique, s'il « *estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère [...] renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir* ». Les exigences de l'article 75 CPC restent donc utiles, mais sont moins fondamentales.

¹ Sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, *op. cit.* ; sentence arbitrale finale n° 12167 rendue en 2002, *JDI*, 2007.1270, note S. JARVIN et C. TRUONG-NGUYEN. Ex. d'exception d'incompétence opposée par le demandeur à une demande reconventionnelle écartée par le tribunal arbitral, censurée par les juridictions du contrôle : CA Paris, 16 nov. 2006, *Société Empresa de Telecomunicaciones de Cuba SA c. SA Telefonica Antillana et SNC Banco Nacional de Comercio Exterior, Rev. arb.*, 2008.109, note M. DE BOISSÉSON.

² CA Paris, 21 nov. 2002, *Tarom, Rev. arb.*, 2008.701, p. 702.

524. En toute hypothèse, on a du mal à percevoir en quoi les dispositions régissant les conditions de recevabilité de l'exception d'incompétence opposée aux juridictions d'État françaises devraient être appliquées par les tribunaux arbitraux. Cependant, en pratique, il est indispensable que l'exception d'incompétence formée devant le tribunal arbitral soit motivée et que puisse être identifiée la juridiction dont la compétence est revendiquée pour une règle de bon sens, une raison de pure opportunité : qu'elle puisse aboutir. Ce n'est pas en effet au tribunal arbitral de rechercher les motifs de son incompétence. Généralement, le demandeur à l'exception d'incompétence précisera d'ailleurs la juridiction qu'il estime compétente : la justice publique de manière générale ou un autre tribunal arbitral. Cependant, il nous semble que le litigant n'a aucune obligation de désigner laquelle des juridictions étatiques est compétente, c'est-à-dire quel ordre juridictionnel étatique (droit international privé), ou encore plus précisément, quel ordre juridictionnel il entend saisir (pour l'ordre juridictionnel français, l'ordre judiciaire ou l'ordre administratif) et la nature et la localisation de cette juridiction (compétence matérielle et territoriale). Mais il est vrai que l'exigence de loyauté, qui justifie la solution posée en droit judiciaire, devrait conduire la partie qui présente son exception à préciser la forme de justice qu'elle estime compétente, justice publique ou autre forme d'arbitrage.

2).- *L'obligation de soulever l'exception d'incompétence in limine litis*

525. Les conditions de recevabilité temporelles du déclinatoire de compétence sont-elles celles applicables aux exceptions d'incompétence opposées aux juridictions étatiques ? Si l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral doit être soulevée *in limine litis*, ce n'est pas en raison d'une quelconque possibilité d'application de l'article 74 CPC à l'instance arbitrale, comme cela a été justement souligné avant nous¹.

526. Les dispositions régissant les exceptions d'incompétence formulées devant les juridictions étatiques ont été élaborées spécifiquement pour le système judiciaire français dans l'objectif d'évacuer le plus rapidement possible les incidents de compétence, et ce de la manière la plus sûre, une voie de recours spécifique ayant été aménagée, immédiatement ouverte contre le jugement qui statue sur ce seul incident : le contredit qui permet dès le début du procès de « liquider » les incidents de compétence. Or, cette procédure ne trouve pas à s'appliquer aux juridictions arbitrales². L'article 74 CPC est donc une disposition qui s'intègre dans une cohérence propre à l'organisation judiciaire.

527. Le recours aux dispositions du Code de procédure civile régissant l'exception d'incompétence formée devant une juridiction d'État nous apparaît inutile et inadapté en raison de l'existence d'une règle matérielle transnationale du droit de l'arbitrage, selon laquelle l'exception d'incompétence doit être soulevée *in limine litis* pour être recevable devant le tribunal arbitral, ou tout au moins « *au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense* »³. Un consensus se dégage en effet de toutes les sources du droit¹, publiques

¹ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 85.

² *Ibid.*

³ L'article 23(2) du Règlement d'arbitrage CNUDCI dans sa version révisée en 2010 admet qu'une exception d'incompétence puisse être valablement présentée dans le mémoire en défense ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit présentée dès la réponse à la notification d'arbitrage.

(nationales² ou internationales³) ou privées⁴. La règle connaît des assouplissements ou dérogations⁵. De nombreux droits réservent ainsi la possibilité au tribunal arbitral d'admettre une exception d'incompétence soulevée tardivement s'il estime que le retard est dû à une cause valable⁶. L'exception est bienvenue, en ce que le tribunal arbitral peut moduler le moment de la recevabilité de l'exception d'incompétence, en particulier lorsque cette dernière ait opposé de bonne foi. Cependant, il nous semble que les tribunaux arbitraux ne devraient pas perdre de vue qu'au regard de la source consensuelle de la compétence arbitrale, le fait pour un défendeur à l'action de former une défense au fond vaut acceptation implicite mais certaine de la compétence arbitrale (la même remarque vaut lorsqu'une demande reconventionnelle est formée et que le demandeur y répond). La possibilité offerte au tribunal arbitral par certains textes de juger recevable l'exception d'arbitrage formée postérieurement aux défenses au fond devrait être utilisée de manière parcimonieuse, exclusivement lorsque la cause d'incompétence est d'ordre public. De manière générale, il nous semblerait plus clair de retenir le principe d'irrecevabilité d'une exception d'incompétence qui n'est pas formée in *limine litis*, sous la seule réserve de l'exception d'incompétence d'ordre public.

¹ En ce sens également, N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 354, n° 5.119 ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, *op. cit.*, n° 471, p. 396.

² Articles 31(1) et 31(2) de l'*Arbitration Act* anglais ; article 186 al. 2 LDIP (G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 154, n° 424, désigné sous le terme allemand d'*Einlassung*) ; art. 817 al. 2 du Code de procédure italien tel qu'il résulte de la réforme de la loi du 2 fév. 2006 (Ch. GIOVANNUCCI-ORLANDI, « La nouvelle réglementation italienne de l'arbitrage après la loi du 2 fév. 2006 », *op. cit.*, p. 23) ; art. 592 al. 2 CPC autrichien (publié en français in *Rev. arb.*, 2006.518) ; art. 1180(2) CPC polonais résultant de la loi du 28 juill. 2005, sur laquelle *cf.* M. HAUSER-MOREL, « L'arbitrage en Pologne après la réforme de 2005 », *op. cit.*, p. 423) ; art. 20(3), (4) et (5) de la loi d'arbitrage international mauricienne (traduction in *Rev. arb.*, 2009, p. 942) ; article 16(2) de la loi chilienne sur l'arbitrage ; art. 1044 al. 1^{er} de la loi algérienne du 25 fév. 2008 (traduction in *Rev. arb.*, 2008.575) ; art. 29 al. 1 de la loi sur l'arbitrage de la République de Serbie adoptée le 25 mai 2006 (publiée en français in *Rev. arb.*, 2006.1095. De man. gén., *cf.* J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 419, n° 471.

³ Art. V(1) de la Convention de Genève de 1961 ; article 16(2) de la loi type CNUDCI ; art. 11(2) de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999 OHADA.

⁴ Sentence partielle CCI n° 5730 rendue le 24 août 1988, *Rev. arb.*, 1992.125, p. 133, e), la conclusion. Art. 15 (3) du règlement d'arbitrage AAA ; article 17(2) du règlement d'arbitrage CAP ; art. 21(3) du règlement d'arbitrage international CCIG ; art. 36(c) du règlement d'arbitrage OMPI. Concernant spécifiquement l'arbitrage sportive, *cf.* A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, *op. cit.*, p. 525, n° 1021, les art. R39 et R55 Code TAS prévoyant que l'exception d'incompétence est soulevée au plus tard dans le mémoire réponse de la partie défenderesse, premier acte de procédure.

⁵ *Cf.* l'art. 73 *Arbitration Act* anglais 1996 ; art 23(2) du Règlement d'arbitrage CNUDCI dans sa version révisée en 2010, qui admet qu'une exception d'incompétence puisse être valablement présentée dans le mémoire en défense ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit présentée dès la réponse à la notification d'arbitrage. Cette disposition autorise également le tribunal arbitral à admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable (sur ces exceptions, *cf.* P. PIC et I. LEGER, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) », *op. cit.*, p. 112, n° 14. Le droit polonais réserve l'accord des parties sur un autre délai ou la décision contraire du tribunal arbitral (art. 1180(2) CPC résultant de la loi du 28 juill. 2005, sur laquelle *cf.* M. HAUSER-MOREL, « L'arbitrage en Pologne après la réforme de 2005 », *op. cit.*, spéc. p. 423). Certains règlements d'arbitrage admettent la recevabilité de l'exception d'incompétence jusqu'à la première réunion du tribunal arbitral (arbitrage CCI ; art. 21(1) du Règlement d'arbitrage CCJA de l'OHADA).

⁶ Art. 23(2) du Règlement d'arbitrage CNUDCI dans sa version révisée en 2010 (sur cet assouplissement de la règle, *cf.* P. PIC et I. LEGER, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) », *op. cit.*, p. 112, n° 14) ; art. 20(5) de la loi d'arbitrage international mauritienne.

Derrière la diversité de rédaction de tous ces textes¹, les assouplissements et exceptions prévus, l'idée maîtresse qui domine est que l'exception d'incompétence doit être soulevée par la partie avant de présenter toute défense au fond. Soulignons d'ailleurs qu'elle constitue la seule et unique condition de *recevabilité*² du déclinatoire de compétence devant le tribunal arbitral.

En droit français, aucune disposition particulière n'a été édictée concernant le régime de l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral. Si une étude ancienne avait pu retenir que l'exception d'incompétence pouvait être soulevée en tout état de cause³, il est incontestablement admis aujourd'hui par la doctrine⁴ et la jurisprudence que l'exception d'incompétence pour être recevable doit, en principe, être soulevée *in limine litis* lorsque le règlement d'arbitrage le prévoit⁵, ou en l'absence d'une telle disposition, bien qu'une décision, fort contestable, semble avoir au contraire retenu que l'exception pouvait être accueillie en tout état de cause⁶. Souhaitons que cet arrêt, pourtant publié au bulletin, reste isolé. En effet, la solution ainsi posée par la Haute juridiction est illogique au regard des diverses justifications qui fondent la solution, et consécutivement, nous paraît dangereuse en ce qu'elle risque d'isoler le droit français de l'édification mondiale d'un régime moderne et cohérent de l'arbitrage international.

528. **Justification.** Pourquoi cette unanimité ? Bien évidemment, la volonté de lutter contre les manœuvres dilatoires n'est sans doute pas étrangère au consensus existant sur la règle en droit de l'arbitrage, comme d'ailleurs dans l'ensemble du droit processuel. La règle permet d'« empêcher une partie de mauvaise foi de soulever à tout moment, et surtout alors que le débat sur le fond est engagé et qu'elle peut craindre d'y succomber, des exceptions

¹ Le droit vénézuélien prévoit par exemple que « any objection to jurisdiction has to be raised within five business days of the procedural hearing » (article 25 de la loi vénézuélienne sur l'arbitrage commercial de 1998 rapporté par N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 354, n° 5.119).

² A propos de la sanction de non-respect du délai pour former l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral, nous privilégions l'expression de « *recevabilité* ». Des débats existent autour de la terminologie utilisée (forclusion ou recevabilité), aussi bien en droit interne qu'en droit international (G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, *op. cit.*, pp. 227 et s. ; C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 432, n° 749). Des débats existent également sur l'automatisme de la sanction. Certains droits l'écartent expressément, admettant que le tribunal arbitral puisse admettre une exception soulevée après le délai prévu & s'il estime que le retard est dû à une cause valable : art. V(1) et (2) de la Convention de Genève ; 16(2) *in fine* de la loi type CNUDCI, repris par de nombreuses lois (*cf.* par ex. art. 31(3) de l'*Arbitration Act* anglais de 1996 ; art. 16(2) *in fine* de la loi chilienne de 2004) ou de certains règlements d'arbitrage (art. 36, (c) *in fine* du règlement d'arbitrage de l'OMPI ; art. 23(2) *in fine* du règlement d'arbitrage LCIA). Sur la question, *cf.* Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 154, n° 259 et s.

³ J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, p. 186, n° 260, selon laquelle « le caractère exceptionnel et limité de la compétence des arbitres s'accorde mal avec les forclusions rigoureuses du régime des déclinatoires ».

⁴ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 2006, pourvoi n° 03.19054 : la première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé irrecevable le grief d'incompétence dans le cadre du recours en annulation, car elle a constaté que la société défenderesse, « n'avait pas soulevé l'absence de convention d'arbitrage devant le tribunal arbitral au premier degré ». Si cette décision ne concerne qu'indirectement notre sujet, puisqu'il porte sur le contrôle par les juridictions étatiques de la sentence arbitrale, le moment de l'exception d'incompétence tel que défini par le règlement d'arbitrage auquel ont adhéré les parties doit être respecté.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 03.20802 ; *JCP G*, 2006.I.187, note J. ORTSCHIEDT.

tenant à la compétence de l'arbitre »¹. Elle serait une déchéance « du droit de contester la compétence dans la suite de la procédure »². C'est pourquoi la règle s'applique dans l'ensemble du droit processuel : droit judiciaire privé, contentieux administratif ou encore contentieux international public³. Mais, plus fondamentalement, c'est une raison de pure logique qui explique cette convergence des droits : la source consensuelle de l'arbitrage. Comme cela a pu être affirmé par un auteur s'appuyant sur un arrêt de la Haute juridiction datant de 1931, « la comparution volontaire des parties devant l'arbitre efface le vice antérieur résultant de l'absence d'une convention arbitrale écrite »⁴. La solution est régulièrement rappelée. Ainsi, dans un ouvrage de droit comparé, les auteurs observent que « [m]any modern arbitration law consider any participation in proceedings on the merits without challenging the jurisdiction of the tribunal as a submission to arbitration »⁵. Le comportement de la partie, qui ne conteste pas la compétence arbitrale et qui procède directement sur le fond, sans réserve, doit être analysé en une acceptation tacite, mais certaine et non équivoque, de la compétence arbitrale. Le consentement à l'arbitrage se forme alors par le jeu de mémoires déposés par chacun des litigants. La demande d'arbitrage, sorte d'acte introductif de l'instance arbitrale, vaut offre d'arbitrage, et la réponse à la demande se référant uniquement à des arguments au fond valent acceptation de l'offre d'arbitrage, sans qu'il n'y ait aucune équivoque possible sur l'interprétation de la volonté des parties. L'exigence que la convention d'arbitrage soit constatée par écrit posée par l'actuel article 1443 CPC n'y fait pas obstacle dès lors que la demande d'arbitrage formée par le demandeur et la réponse à la demande en défense sont sous forme écrite. La solution doit valoir alors même que la partie qui s'est dans un premier temps défendue au fond excipe dans un second temps de l'instance arbitrale. La partie ne peut plus alors « retirer » unilatéralement son acceptation de l'offre de compétence arbitrale émise par le demandeur.

529. On observera que la même règle s'impose pour les juridictions interétatiques, puisque la source de leur compétence est également consensuelle, plus connue sous l'expression de « disponibilité des moyens de compétence »⁶. Néanmoins, le contentieux international public connaît certaines particularités, qui expliquent que les exceptions d'incompétence puissent être jugées recevables dans des conditions plus souples, admises ainsi après la formulation de d'un mémoire sur les défenses au fond. Bien que l'article 41(1) du Règlement d'arbitrage CIRDI pose de manière générale que l'exception d'incompétence doit être soulevée « aussitôt que possible »⁷, la règle connaît de nombreux assouplissements et dérogations. La pratique arbitrale montre toute sa souplesse. Ainsi, l'exception d'arbitrage a été jugée recevable bien que formée par le défendeur le dernier jour fixé pour déposer son son

¹ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 152-153, n° 257.

² J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 419, n° 471.

³ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 431, n° 748.

⁴ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 79, n° 135 : Cass. Req., 13 janv. 1931, *Gaz. Pal.*, 1931, 1, 394

⁵ D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 330, n° 14-7.

⁶ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 148, n° 259.

⁷ Art. 41(1) du règlement d'arbitrage CIRDI. Sur cette disposition, cf. C. SCHREUR, « Belated jurisdictional objections in ICSID Arbitration », in *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*, op. cit., p. 1081, spéc. p. 1082 ; C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, op. cit., pp. 524-528.

contre-mémoire¹. De manière générale, l'article 41(1) du règlement d'arbitrage CIRDI, admet la recevabilité de l'exception d'incompétence « *au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire* ». Certains tribunaux arbitraux CIRDI ont jugé cette disposition non contraignante. Ainsi, une exception d'incompétence formée deux mois et demi après la date limite pour le dépôt du contre-mémoire a été jugée recevable dans l'affaire *AIG c. Kazakhtan*². Enfin, il arrive même que le tribunal arbitral accepte d'examiner de nouveaux arguments à l'appui d'une exception d'incompétence bien qu'il ait déjà tranché l'exception d'incompétence par une décision³. Ces dérogations peuvent notamment s'expliquer par la possibilité reconnue au tribunal arbitral de juger de sa propre compétence « *de sa propre initiative et à tout moment de l'instance* », posée par l'article 41(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI.

Ces dérogations ne devraient pas être étendues à l'arbitrage commercial international classique, dès lors qu'elles s'expliquent par les spécificités du contentieux international public. En effet, la compétence d'un tribunal arbitral CIRDI ne repose pas uniquement sur la volonté des parties, au contraire de l'arbitrage commercial international⁴. L'article 25(1) définit des éléments objectifs de compétence qui ne sont pas nécessairement à la disposition des parties : « *[l]a compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre* ». Ceci explique la différence de régime du déclinatoire de compétence dans l'arbitrage CIRDI et dans l'arbitrage commercial international.

530. **Sens de la solution.** Approfondissons le sens de la solution. Bien qu'il y existe quelques différences selon le règlement d'arbitrage⁵, on peut dégager quelques grandes lignes. Tout d'abord, dire que l'exception doit être soulevée *in limine litis*, cela oblige évidemment les parties à la présenter avant le dépôt des conclusions en défense sur le fond du litige, ou dès qu'apparaît la cause d'incompétence, en cours d'instance, lorsque l'une des parties forme par exemple une demande reconventionnelle ou une demande additionnelle⁶. C'est une évidence et la plupart des dispositions détaillant le régime de l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral le prévoient expressément, bien que cela soit nécessairement sous-tendu par la solution principale⁷. Si l'article V(1) de la Convention de Genève de 1961 et l'article 16 al.

¹ *Desert Line c. Yemen*, sentence du 6 fév. 2008, rapportée par C. SCHREUR, « Belated jurisdictional objections in ICSID Arbitration », in *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*, op. cit., p. 1083.

² *AIG c. Kazakhstan*, sentence du 7 oct. 2003, rapportée par C. SCHREUR, « Belated jurisdictional objections in ICSID Arbitration », in *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*, op. cit., p. 1084.

³ C. SCHREUR, « Belated jurisdictional objections in ICSID Arbitration », in *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*, op. cit., pp. 1086-1088.

⁴ *Ibid.*, p. 1095 : « *ICSID's jurisdiction depends on a number of requirements some of which are subject to the disposition of the parties while others are not* ».

⁵ G. KAUFMANN-KOHLER et A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, op. cit., p. 155, la question se posant pour l'arbitrage CCI de savoir si l'exception d'incompétence peut être soulevée jusqu'à la finalisation de l'acte de mission ; J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 420.

⁶ En ce sens, CA Paris, 1^{er} juin 1999, *Tarom*, Rev. arb., 2000.493, note B. Stern.

⁷ Art. 31(2) de l'*Arbitration Act* anglais de 1996 ; article 15(3) du règlement d'arbitrage AAA ; art. 21(3) du règlement d'arbitrage international CCIG ; art. 23(2) du règlement d'arbitrage LCIA ; art. 41(1) du règlement d'arbitrage CIRDI.

2 de la loi type CNUDCI, reprises par de nombreuses législations étatiques, réservent la possibilité de soulever l'excès de pouvoir de l'arbitre « *dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale* » ; cette disposition peut être interprétée comme visant le seul *excès de pouvoir*, bien que le sens de ces textes soit débattu¹. En effet, dans le même temps, ces textes rappellent que l'exception d'incompétence doit être soulevée « *au plus tard au moment de présenter ses défenses sur le fond* »², ou « *au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense* »³. L'exception d'incompétence doit-elle, tout comme en droit commun, également être présentée avant toute fin de non-recevoir ? La question n'est évoquée dans aucun droit, arbitral ou étatique. La structure logique du procès devrait imposer la solution⁴. Cependant, la solution doit être relativisée alors que l'exception d'incompétence est désignée, globalement, devant les juridictions internationales, comme une exception préliminaire parmi d'autres. Comme l'observe un auteur averti de la pratique du contentieux international, « *l'ordre entre compétence et recevabilité n'a rien de nécessaire* »⁵. L'exception d'incompétence opposée postérieurement à une fin de non-recevoir ne devrait pas être jugée irrecevable par le tribunal arbitral, au contraire du droit judiciaire privé français.

531. Ces premiers éléments évidents rappelés, il faut aller un peu plus loin compte tenu du rôle particulier qu'ont les parties concernant la constitution du tribunal arbitral et le déroulement de la procédure arbitrale, la participation des parties aux opérations d'arbitrage pouvant alors, peut-être, être considérée comme valant acquiescement à la compétence arbitrale, ou renonciation à l'exception d'incompétence. En amont de la formulation de l'exception d'incompétence, les litigants peuvent participer sans aucune difficulté à la constitution du tribunal arbitral et nommer leur arbitre. Cela ne vaut pas acquiescement à la compétence arbitrale. De nombreux droits le rappellent⁶. La solution doit être approuvée car il faut distinguer le processus de constitution du tribunal arbitral de la compétence arbitrale elle-même. Dans le même sens, le fait qu'une partie ne récusé pas un arbitre ou approuve l'investiture d'un arbitre ne signifie pas acceptation de la compétence arbitrale : investiture et compétence sont deux notions distinctes⁷.

De même, et cette fois-ci en aval, une fois l'exception d'incompétence opposée, la participation à la constitution du tribunal arbitral⁸ et à la procédure arbitrale de manière

¹ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 419, n° 471 : ces textes ont pu être interprétés comme réservant « *la faculté d'invoquer ultérieurement, dès qu'elle apparaît, la violation des limites de la convention d'arbitrage* ».

² Article V(1) de la Convention de Genève de 1961.

³ Article 16(2) de la loi type CNUDCI.

⁴ Sur ces questions, cf. G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, op. cit., pp. 147 et s.

⁵ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 145, n° 254.

⁶ Article 1697(4) du Code judiciaire belge : « [l]a désignation d'un arbitre par une partie ne la prive pas du droit d'invoquer l'incompétence du tribunal arbitral » ; art. 16(2) de la loi type CNUDCI : « [l]e fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception » ; art. 31(1) al. 2 de l'Arbitration Act anglais de 1996 : « [l]a désignation d'un arbitre par une partie ou son concours à la désignation d'un arbitre ne prive pas cette partie du droit d'invoquer une exception d'incompétence » ; droit français (Cass. civ. 2^{ème}, 28 sept. 2000, *Rev. arb.*, 2001.505 : « [...] la clause par laquelle les parties avaient désigné un arbitre au cas où le litige s'élèverait entre elles quant à l'application de cet accord ne pouvait avoir la nature d'un compromis d'arbitrage » ; art. 20(3)(b) de la loi d'arbitrage international mauritienne ; A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, op. cit., p. 525, n° 1020.

⁷ Sur la question, cf. *supra*, n°s 360 et s.

⁸ Sentence finale CCI n° 10422 rendue en 2001, *JDI*, 2003.1142, p. 1144.

générale n'entraîne pas non plus renonciation à l'exception d'incompétence. Ne valent pas renonciation à l'exception d'incompétence :

- la signature d'un PV d'audience, emportant simplement clôture des débats sur l'exception d'incompétence¹ ;
- la participation à l'élaboration de l'acte de mission² ;
- le fait de se défendre au fond³ ou de formuler des demandes reconventionnelles⁴.

Cette attitude de participation aux opérations d'arbitrage est à favoriser. Si l'on admettait le fait qu'une partie qui participe aux opérations d'arbitrage renonce à son exception d'incompétence, ce serait ainsi la contraindre à faire défaut.

Afin d'éviter toute ambiguïté sur le sens de sa participation à l'instance arbitrale, on recommandera à la partie contestant la compétence arbitrale de systématiquement réserver celle-ci, en particulier lors de l'élaboration signature de l'acte de mission ou lors de la formulation de demandes reconventionnelles. En effet, l'acte de mission signé par les deux litigants peut valoir compromis⁵. Il est généralement admis que « *l'acte de mission signé par*

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Société Merial c. société Klocke Verspackungh-service GmbH*, *Rev. arb.*, 2010. 93, note L. WEILLER ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 janv. 1998, *Société PPB Atlantique Camarac c. société Spie Sud-Ouest*, *Rev. arb.*, 1999.801, note J. PELLERIN.

² CA Paris, 27 nov. 1987, *Rev. arb.*, 1989.62, note G. COUCHEZ.

³ Dans la jurisprudence arbitrale : sentence CCI n° 8385 rendue en 1995, *JDI*, 1997.1061, obs. Y. DERAÏNS, spéc. p. 1065. En droit français : CA Paris, 12 juillet 1984, *Affaire du Plateau des Pyramides*, *op. cit.*, spéc. p. 80 : « *le fait de se défendre au fond devant une juridiction dont on a pris soin de soulever préalablement l'incompétence me saurait emporter renonciation à se prévaloir de cette incompétence* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *Tarom*, *op. cit.* (cf. spécifiquement le premier moyen, jugé non fondé par la Haute juridiction en ces termes : « *la cour d'appel a exactement retenu que la société Tarom pouvait se défendre au fond sans être présumée avoir renoncé à son exception d'incompétence, dès lors qu'il était précisé que cette société avait, dès l'origine, contesté la compétence de l'arbitre, et avait persisté dans cette contestation jusqu'à la sentence statuant sur ce point* »).

⁴ Dans la jurisprudence arbitrale : sentence CCI n° 10982 rendue en 2001, *JDI*, 2005.1256, obs. Y. DERAÏNS et B. DERAÏNS. En droit français : CA Paris, 26 fév. 1988, *Société Pia Investments c. Société L&B Cassia*, *Rev. arb.*, 1990.851 (1^{re} esp.) : « *la société Pia a contesté le pouvoir juridictionnel de l'arbitre dès qu'elle a eu connaissance de sa saisine ; que la présentation ensuite par elle d'un mémoire en défense contenant une demande reconventionnelle sous les plus expresses réserves et « pour éviter qu'une décision soit rendue à son encontre sur le seul fondement des prétentions formulées par la société Cassia » ne peut être tenue pour une renonciation à son exception d'incompétence* ». En droit italien : Trib. Modena, Sez. I, 22 février 2008, *Gaz. Pal.*, 27 oct. 2009, n° 300, p. 41 : « *[I]a thèse selon laquelle l'exception d'arbitrage est toujours incompatible avec les demandes reconventionnelles, de sorte que l'introduction d'une telle demande entraînerait une renonciation à se prévaloir de la clause compromissoire, ne peut être défendue lorsque le défendeur forme une demande reconventionnelle à titre subsidiaire. En effet, lorsque le défendeur soulève à titre principal l'exception d'incompétence, la demande reconventionnelle a nécessairement une nature subordonnée à la décision du juge sur sa compétence, qui, si elle est acceptée, exclut ab initio l'examen de la demande principale et de la demande reconventionnelle* ».

⁵ CA Paris, 19 mars 1987, *Rev. arb.*, 1987.498, note Ch. JARROSSON : « *[I]acte de mission établi par les arbitres en conformité avec l'article 13 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, qui énumère les points litigieux à résoudre et qui a été signé par les parties sans qu'elles expriment de réserves relativement à la compétence du tribunal arbitral, peut à bon droit, être retenu par les arbitres comme valant compromis* » (résumé). Les sociétés recourantes avaient émis des réserves antérieures à la signature de l'acte de mission, mais pas sur la compétence ; en ce sens également, J.-J. ARNALDEZ, « *L'acte déterminant la mission de l'arbitre* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, LITEC, 1991, p. 1, spéc. p. 21 : « *[I]acte de mission peut, en vertu de la commune volonté des parties restreindre ou élargir la compétence de l'arbitre. Il est alors concevable que les modifications ainsi apportées à la convention originaires valent compromis* ». La valeur de l'acte de mission est discutée lorsque une formule générale et liminaire vient préciser que l'acte de mission

les parties ne peut valoir compromis que dans la mesure où aucune contestation n'est soulevée quant à la compétence de l'arbitre »¹. Cependant, il est selon nous préférable, voire même indispensable, de participer à sa rédaction tout en réitérant expressément les réserves sur la compétence si l'on ne veut pas prendre le risque de se voir ensuite opposer l'assentiment donné à la compétence arbitrale par une éventuelle renonciation à l'exception d'incompétence². Concernant la rédaction de l'acte de mission, les parties devront y faire figurer l'exception d'incompétence d'une part, dans l'exposé sommaire des prétentions des parties et, d'autre part, dans la détermination des points litigieux à résoudre. La même remarque vaut concernant la formulation de demandes reconventionnelles. C'est pourquoi on recommandera aux parties de réitérer à titre principal l'exception d'incompétence, et de formuler les moyens de défense et demandes reconventionnelles à titre subsidiaire.

Dans le même sens, la saisine d'une juridiction étatique ne peut valoir renonciation implicite à la convention d'arbitrage lorsque l'une des parties au litige a saisi une juridiction publique d'un contentieux annexe à la procédure arbitrale. C'est le cas notamment de la saisine d'un organe administratif dans le but de demander une radiation, alors qu'attiraites devant les juridictions publiques émiriennes, la demanderesse à l'exception d'arbitrage a opposé l'exception d'arbitrage³. S'il peut y avoir renonciation implicite à la convention d'arbitrage, elle ne peut se présumer, mais doit résulter clairement des actes de l'intéressé.

532. **Le même consensus se dégage sur le tempérament de la règle**, l'exception d'incompétence pouvant parfois être soulevée en tout état de cause lorsqu'elle est fondée sur l'inarbitrabilité du litige justifiant la nullité absolue de la convention d'arbitrage, frontière infranchissable de la liberté contractuelle des parties. Dans ce cas, l'exception d'incompétence doit pouvoir être soulevée en tout état de cause. La solution est retenue aussi bien par la doctrine étrangère⁴ que par la doctrine française¹, puisque « *la sentence pourra être annulée,*

« *n'a aucune caractère exhaustif* ». Sur cette formule, cf. J.-J. ARNALDEZ, « L'acte déterminant la mission de l'arbitre », *op. cit.*, p. 17.

¹ J.-J. ARNALDEZ, « L'acte déterminant la mission de l'arbitre », *op. cit.*, pp. 22-23.

² Cf. par ex. : CA Paris, 12 juillet 1984, *Affaire du Plateau des Pyramides*, *op. cit.* (la Cour juge que la signature de l'acte de mission par le défendeur à la procédure arbitrale n'emporte pas renonciation à son exception d'incompétence soulevée *in limine litis*, alors qu'il persistait à contester la compétence arbitrale : « *il est toutefois constant que la demanderesse au recours n'a pas cessé de contester la compétence de la Cour d'arbitrage et que, dès la signification de la demande formée par les [défendeurs au recours en annulation], elle s'est prévaluée tant de l'inexistence d'une clause compromissoire susceptible de l'engager que de son immunité de juridiction d'État souverain ; qu'elle a persisté, pendant tout le cours de la procédure à affirmer qu'elle n'était pas partie au contrat [...] et n'avait signé aucune convention contenant une « clause d'arbitrage C.C.I. »*, et poursuit, p. 80 : « *il ne serait pas possible d'expliquer comment un acte de mission dans lequel la R.A.E. invoquait son immunité de juridiction et soutenait, avant toute défense au fond, qu'il n'y avait pas de convention d'arbitrage pourrait tenir la place de celle-ci [...]* ». L'acte de mission lui-même constatait en effet « *les réserves expresses formulées par la R.A.E. au sujet de la compétence du tribunal arbitral* ») ; CA Paris, 16 juin 1988, *Société Swiss oil c. société Petrogab et République du Gabon*, *Rev. arb.*, 1989.309, note Ch. JARROSSON.

Contra, M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, pp. 694 et 695 : « *une partie qui conteste l'existence ou la validité soit de la convention d'arbitrage, soit de la convention principale, est toujours en mesure de participer à un arbitrage, sans que la signature de l'acte de mission lui fit perdre son droit d'invoquer une telle contestation* ». L'auteur tire cette conséquence du fait que seule la convention d'arbitrage peut fonder la compétence arbitrale, et non pas l'acte de mission.

³ Sentence CCI n°8910 rendue en 1998, *JDI*, 2000.1085, obs. D. HASCHER.

⁴ G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 155, n° 426 : « *le tribunal arbitral doit examiner d'office si le litige est arbitral, à tout le moins lorsque l'ordre public international est en cause* » et p. 66, n° 193, l'exception visant l'arbitrabilité du litige

même si l'une des parties n'a pas invoqué in limine litis la nullité de la convention d'arbitrage»². Elle est également affirmée par la jurisprudence française³ ou certains droits étrangers⁴.

Cette règle est encore le signe de l'autonomie du déclinatoire de compétence devant le tribunal arbitral par rapport aux règles régissant le déclinatoire de compétence devant les juridictions civiles. En effet, en procédure civile, l'article 74 CPC est applicable « *alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public* »⁵.

B.- Le contrôle d'office par le tribunal arbitral

533. L'idée a été émise que le pouvoir de statuer sur la compétence reconnu au tribunal arbitral serait, plus qu'un pouvoir, un devoir, une obligation⁶. C'est en effet une obligation dès lors que les parties ont contesté la compétence arbitrale, soit devant le tribunal arbitral, soit même devant l'organe administratif du centre d'arbitrage⁷ : le tribunal arbitral est tenu de répondre à une exception d'incompétence recevable. Il n'a pas à renvoyer la question au juge d'appui⁸, ni à refuser de juger de la question, peu importe le motif. Ainsi, par exemple, un tribunal arbitral a jugé que le fait qu'un contrat ait été surpris par fraude ou corruption n'est pas pertinent dans le contexte des débats relatifs à la compétence, sauf à prouver que la convention d'arbitrage elle-même ait été conclue par corruption ou fraude⁹. S'il ne statuait pas sur sa compétence alors que les parties l'ont contestée, il statuerait *infra petita* et sa sentence serait donc susceptible d'être complétée puisqu'on serait alors en présence de l'hypothèse visée par l'article 1485 al. 2 CPC, applicable à l'arbitrage international sur renvoi de l'article 1506-4° CPC, qui permet au tribunal arbitral de compléter sa sentence lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande, ou violerait l'ordre public en commettant un déni de justice.

« peut être soulevée à tous les stades de l'arbitrage et de la procédure de recours » ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, op. cit., p. 398, n° 472 ; D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 331, n° 14-8.

¹ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », op. cit., n° 75 ; J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, op. cit., p. 936, n° 2542.

² Op. cit., loc. cit.

³ CA Paris, 3 juillet 1997, *Millac-Deletang c. SCOP Couécou*, *Rev. arb.*, 1997.611 : « il est de principe que, devant les arbitres, les exceptions d'incompétence fondées sur l'inarbitrabilité ou toute autre raison d'ordre public peuvent être opposées jusqu'au prononcé de la sentence ».

⁴ Art. 817 al. 2 du Code de procédure italien : « [l]a parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile » ; art. 1052(2) WBR.

⁵ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 4. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit., p. 282, n° 321.

⁶ Dans la jurisprudence arbitrale : sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, op. cit. ; sentence *ad hoc* rendue à Amman (Jordanie) le 17 nov. 1994, *Rev. arb.*, 1998.211, note F. HORCHANI. En droit français : Tribunal civil de la Seine, du 17 oct. 1956, *Kohorn, JCP G.*, 1956.II.9647 : « [...] les arbitres doivent en premier lieu vérifier si les actes d'arbitrage leur attribuent compétence pour connaître du différend porté devant eux [...] ».

⁷ Sur ce point, cf. spécifiquement A. DIMOLITSA, « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », op. cit. ; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 151-152 à propos de la Convention de Genève.

⁸ Ex. où le juge d'appui saisi par le tribunal arbitral lui-même a refusé de statuer sur la convention d'arbitrage au regard du principe compétence-compétence : TGI Paris (réf.), 14 oct. 1985, *Rev. arb.*, 1987. 179.

⁹ Sentence partielle sur la compétence et la recevabilité CCI n° 6474 rendue en 1992, op. cit., spéc. p. 342.

Il nous semble inopportun en la matière d'obliger, ou plus simplement d'autoriser, comme le prévoit le droit marocain, le tribunal arbitral en cas de doute sur sa compétence à consulter une autorité étatique de l'État du siège afin de juger de la question¹. C'est indirectement exprimer à nouveau une méfiance envers la justice arbitrale, soupçonnée d'incapacité de pouvoir juger de sa compétence. Le risque est que les parties demandent systématiquement la saisine de cette autorité de jugement d'État et conteste la décision procédurale du tribunal arbitral le refusant. Bref, le risque n'est pas moins par ce biais que de réintroduire l'ingérence étatique dans la procédure arbitrale à travers les contestations de compétence.

534. Mais en dehors d'une contestation émanant des parties, autrement dit en l'absence de déclinatoire de compétence, le tribunal arbitral peut-il d'office statuer sur sa propre compétence ? Il faut écarter immédiatement la transposition à l'arbitrage des articles 92 et 93 CPC. Ces dispositions propres à l'organisation juridictionnelle judiciaire française sont tout d'abord inadaptées à l'arbitrage. La compétence arbitrale n'est ni une compétence d'attribution, ni une compétence territoriale². Même si l'on pouvait décider de passer outre ce premier obstacle, ces dispositions sont en outre inappropriées. Notamment, en présence d'une cause d'incompétence d'attribution d'ordre public par exemple, l'article 92 al. 1^{er} n'oblige pas, mais permet seulement, aux juridictions judiciaires du premier degré de se juger d'office incompétentes³. Il s'agit d'une simple *faculté*, sauf texte contraire⁴. Cette différence fondamentale se retrouve également en cas de défaut du défendeur, les juridictions judiciaires ayant également la faculté, mais non l'obligation, de relever d'office leur incompétence⁵. Or, on imagine mal qu'un tribunal arbitral qui s'estime manifestement incompétent, soit en raison du défaut du défendeur alors qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage entre les parties sur le litige soumis, soit en raison d'un motif d'ordre public tel que l'inarbitrabilité du litige, puisse passer outre cette cause d'incompétence ; sa sentence risquerait sans nul doute d'être annulée, ou sa reconnaissance ou son exequatur refusé(e). Un régime autonome doit être élaboré, propre au droit de l'arbitrage, et prenant en compte ses spécificités.

535. Quelles que soient les circonstances de l'examen d'office de sa compétence, il nous paraît inopportun d'opposer au tribunal arbitral le principe dispositif. Saisi de la matière

¹ Après avoir édicté l'effet positif de la compétence-compétence, l'article 327-9 al. 2 CPC marocain (*cf. Rev. arb.*, 2009.243) prévoit que « [p]réalablement à toute décision, le tribunal arbitral peut saisir le procureur général près la cour d'appel territorialement compétente à raison du lieu d'arbitrage pour lui faire communiquer les informations qu'il juge nécessaires eu égard aux dispositions prévues à l'article 308 ci-dessus. Le procureur général est tenu de donner suite à la demande dans les quinze jours de la saisine ; à défaut, le tribunal arbitral examine le dossier tel quel ». L'article 308 CPC précise certaines des conditions de validité de la convention d'arbitrage, et notamment le domaine de l'arbitrabilité.

² En ce sens, E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 76.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1975, *JCP*, 1976.II.18390, note CHARTIER. Sauf texte contraire, *cf.* notamment art. L. 311-12-1 COJ, au profit du juge de l'exécution.

⁴ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 1145, n° 1730.

⁵ Les tribunaux ont la faculté – mais non pas l'obligation, contrairement au tribunal arbitral – de relever d'office leur incompétence d'attribution ou territoriale lorsque le défendeur ne comparait pas. V. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 172, n° 277 : « cette faculté peut toujours jouer dans une hypothèse qui est commune à l'incompétence matérielle et à l'incompétence territoriale : c'est celle où le défendeur ne comparait pas ».

litigieuse par les parties, « *résultat économique et social attendu de l'instance arbitrale* »¹, autrement dit des *faits*, ce dernier ne statue pas *ultra petita* en jugeant de sa compétence au regard de la matière litigieuse dont il est saisi. L'adage *Jura novit curiae* selon lequel la cour connaît le droit, bien que connaissant une relativisation certaine en droit judiciaire privé, peut utilement être invoqué dans le débat. Il permet à l'arbitre de soulever d'office des moyens de droit. La solution est admise de manière générale pour le fond de l'affaire². Elle doit également valoir pour la compétence, source de légitimité de l'arbitrage. Plus que jamais, « *la crédibilité de l'arbitrage* » est en jeu. C'est d'ailleurs, il semble, l'un des terrains indiscutés du jeu de cet adage³, en particulier lorsque le moyen d'incompétence est d'ordre public⁴.

Néanmoins, la remarque ne doit pas valoir exclusivement pour le moyen d'incompétence d'ordre public. Elle résulte de la particularité du contentieux de la compétence. Le tribunal arbitral doit pouvoir juger d'office de sa compétence – pour se juger compétent ou incompétent – en toutes circonstances.

536. **La faculté de vérification *ex officio*.** De manière générale, le tribunal arbitral doit-il vérifier sa compétence ? En faveur de l'existence d'une obligation générale à la charge des tribunaux arbitraux en dehors même d'une contestation par les parties, on pourrait en effet retenir que la compétence arbitrale est dérogoratoire car elle requiert un accord de volonté des parties, au contraire de la compétence des juridictions étatiques. Toutefois, retenir une telle solution conduit à occulter complètement la spécificité de la compétence arbitrale : sa source contractuelle. Il serait en effet absurde d'obliger en toutes circonstances un tribunal arbitral à statuer d'office sur sa compétence dès lors que la source de la compétence est l'accord de volonté des parties : ce serait irrémédiablement pour constater qu'il est bien compétent à défaut de contestation des parties. Le droit positif français est en ce sens⁵. Elle est également admise en matière d'arbitrage sportive : « *faute de contestation de leur compétence, les arbitres ne sauraient se déclarer d'office incompétents, même si à l'examen il devait apparaître qu'il n'existe manifestement pas de convention d'arbitrage* »⁶.

Mais si rien n'oblige le tribunal arbitral à vérifier d'office sa compétence, rien ne devrait le lui interdire non plus. C'est une faculté que celui-ci devrait pouvoir exercer en toutes

¹ C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. arb.*, 2010.3, p. 10.

² Cf. par ex. insistant sur son rôle relativement au fond du litige : C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *op. cit.*, spéc. p. 5 : « [I]a question posée est celle du rôle exact qui incombe à l'arbitre au regard du droit applicable au litige lorsqu'il doit statuer en droit [...] ».

³ P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges offerts à Roger PERROT*, Préf. M. BRANDAC, J. NORMAND, et Ph. THÉRY, Paris, Dalloz, 1996, p. 269.

⁴ Sur la possibilité de soulever d'office un moyen de droit tiré de l'ordre public : C. Chainais, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. arb.*, 2010.3, spéc. p. 20 ; recommandation n° 13 de l'association de droit international (ILA) sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage commercial international (D. Bensaude, *Rev. arb.*, 2009.445). Spécifiquement pour le moyen d'incompétence d'ordre public : E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 77. De man. gén., cf. G. KAUFMANN-KOHLER, « « *Jura Novit Arbitrator* » - est-ce bien raisonnable ? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international », in *De lege feranda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Etudes réunies et publiées par Anne Héritier Lachat et Laurent Hirsch, Ed. Slatkine, Genève, 2004.

⁵ CA Paris, 22 mars 1991, *Mavian c. Mavian*, *Rev. arb.*, 1992.652, obs. D. COHEN.

⁶ A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, *op. cit.*, p. 525, n° 1020.

circonstances, même si c'est pour systématiquement constater qu'il est compétent de par la source conventionnelle de sa compétence. La pratique arbitrale en atteste¹ ; quelques rares règlements d'arbitrage² ou législations³ reconnaissent explicitement cette faculté au tribunal arbitral. Cet examen d'office peut présenter certaines vertus : il arrive que les tribunaux arbitraux l'exercent par précaution, par souci pédagogique car une sentence comprise est une sentence exécutée de manière spontanée.

537. **L'obligation de vérification *ex officio*.** Par dérogation au principe précédemment défini, il existe certains cas exceptionnels dans lesquels le tribunal arbitral *doit* statuer d'office sur sa propre compétence, même en l'absence de toute contestation des parties. On est alors en présence non plus d'une faculté, mais d'une obligation qui s'impose au tribunal arbitral. Si le droit transnational du procès arbitral sur la compétence se distingue des règles de droit judiciaire, il converge vers le droit du contentieux international public, sans doute en raison de la source commune de la compétence, conventionnelle⁴. C'est uniquement dans deux hypothèses que le tribunal arbitral doit d'office statuer sur sa propre compétence.

Première hypothèse, la cause d'incompétence est d'ordre public. Tout comme le déclinatoire de compétence en cas d'incompétence d'ordre public est recevable en tout état de cause, le tribunal arbitral peut relever d'office son incompétence lorsque la cause d'incompétence est d'ordre public et que la partie concernée ne peut valablement y renoncer⁵. Ce serait le cas d'une convention d'arbitrage portant sur une matière non arbitrable *per se*⁶. En ce sens, de nombreux tribunaux arbitraux ont statué d'office sur l'arbitrabilité de litiges mettant en cause le droit successoral⁷, le droit de la concurrence⁸, ou encore concernant le

¹ Il est fréquent que les tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du TAS vérifient, même succinctement, leur compétence d'office (cf. par ex. sentence TAS, Chambre ad hoc (JO Sydney 2000), *JDI*, 2001.251, obs. E. LOQUIN ; sentence TAS n° 98/185 rendue le 22 juillet 1998, *JDI*, 2002.319, obs. D. HASCHER (le tribunal arbitral statue d'office sur ce qu'il qualifie d'une question d'arbitrabilité du litige, mais qui est substance est une condition de la compétence arbitrale matérielle du centre d'arbitrage, au vu de l'article R27) ; sentence TAS n° 2002/A/379 et 2002/A/382 rendue le 24 juin 2002, *JDI*, 2003.321, obs. G. SIMON (le tribunal arbitral statue d'office sur sa compétence succinctement, p. 322, au point I.14 : « la compétence du TAS résulte en l'espèce des articles 115 et suivants du RCAD ainsi que de l'article R 47 du Code de l'arbitrage en matière de sport. Elle est confirmée par la signature, par toutes les parties, de l'ordonnance de procédure du 4 juin 2002 ») ; sentence partielle TAS n° 2004/A/791 rendue le 28 oct. 2005, *JDI*, 2007.216, obs. E. LOQUIN (la formation arbitrale statue *d'office* sur sa propre compétence, ainsi que sur l'arbitrabilité du litige) ; sentence TAS n°2005/A/922 rendue le 10 janv. 2006, *JDI*, 2007.191, obs. E. LOQUIN.

² Article 41(2) du règlement d'arbitrage CIRDI ; article 18 du Règlement d'arbitrage CAREN.

³ Art. 327-9 CPC marocain. Cf. K. ZAHER, « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », *Rev. arb.*, 2009, p. 71, spéc. pp. 88-89, n° 19 : « il appartient au tribunal arbitral de statuer, soit d'office, soit sur la demande de l'une des parties, sur la validité ou les limites de ses compétences ou sur la validité de la convention d'arbitrage ».

⁴ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 426-427, n° 740.

⁵ En ce sens, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 147, n° 248 : « l'arbitre a le pouvoir de soulever d'office la violation de l'ordre public dans sa mission. Il peut, en effet, dans le cadre de la vérification de la validité de son investiture, examiner d'office la licéité de la convention d'arbitrage au regard de l'ordre public » ; J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, pp. 936-937, n° 2543.

⁶ Sentence *ad hoc* inédite rendue le 28 juillet 1994, citée par J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 147, n° 248.

⁷ Sentence CCI n° 8742 rendue en 1996, *JDI*, 1999, p. 1066, obs. D. HASCHER.

⁸ Sentence CCI n° 8423 rendue en 1998, *JDI*, 2002.1079, obs. J.-J. Arnaldez, spéc. p. 1080 : « [l]a première question qui se pose au Tribunal est celle de l'arbitrabilité des litiges portant sur l'application du droit communautaire de la concurrence. Le droit communautaire étant considéré d'ordre public international, il

droit des procédures collectives¹. Mais c'est aujourd'hui pour contester leur compétence en la matière. La solution est admise par certains règlements d'arbitrage² ou encore par certains droits étrangers. C'est le cas notamment du droit néerlandais³, tout comme du droit suisse, même si la doctrine est divisée concernant le droit suisse de l'arbitrage international sur l'automatisme du contrôle d'office de l'article 177 LDIP⁴. De même, il est fréquent que les tribunaux arbitraux contrôlent d'office leur compétence lorsque le contrat principal est contraire à l'ordre public, mais c'est aujourd'hui systématiquement pour retenir leur compétence au regard de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal⁵. Plus qu'une simple faculté, comme c'est le cas en droit judiciaire privé⁶, c'est une obligation qui est faite au tribunal arbitral, sous peine de voir sa sentence annulée pour nullité de la convention d'arbitrage sur le fondement soit du premier grief, soit du cinquième grief des articles 1492 et 1520 CPC. Dans ce cadre, soulevant d'office son incompétence, le tribunal arbitral est tenu au respect d'une modalité essentielle de mise en œuvre de ce pouvoir, le principe du contradictoire⁷.

Deuxième hypothèse, le défendeur fait défaut. Le tribunal arbitral doit également statuer d'office sur sa propre compétence dès lors que la partie défenderesse a été atraite à la procédure arbitrale et qu'elle ne comparait pas. Plus qu'une simple « *précaution de base en vue de la solidité de la sentence* »⁸, il s'agit dans ce cas d'une véritable obligation à la charge du tribunal arbitral qui trouve sa justification dans deux raisons distinctes : d'une part, l'exigence du respect des « *droits de la défense du défendeur défaillant* »⁹, d'autre part, la source consensuelle de la compétence arbitrale. En effet, le tribunal arbitral doit établir sa

appartient au Tribunal de se saisir d'office de la question, même en l'absence de toute contestation de la part des parties » ; sentence CCI n° 10988 rendue en 2003, *JDI*, 2006.1408, obs. B. DERAÏNS.

¹ Sentence CCI n° 9163 rendue en 2001, *JDI*, 2005.1283, obs. B. DERAÏNS et Y. DERAÏNS ; *Rev. arb.*, 2003.227, note Ph. FOUCHARD *ibid.*, p. 207, spéc. p. 1285.

² Art. 21(2) du règlement d'arbitrage CCJA de l'OHADA.

³ Art. 1052(2) WBR.

⁴ Sur l'ensemble de la question, cf. J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, pp. 420 et 421. En ce sens, G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 67, n° 193 : l'exception d'incompétence visant l'arbitrabilité du litige « doit [...] être examinée d'office par le tribunal arbitral ».

⁵ Sentence CCI n° 5943 rendue en 1990, *JDI*, 1996.1014, obs. D. HASCHER ; sentence CCI n° 8891 rendue en 1998, *JDI*, 2000.1075, obs. D. HASCHER. Auparavant, *contra*, le tribunal arbitral vérifiant d'office sa compétence et jugeant incompétent, cf. la célèbre sentence du juge Lagergren rendue dans l'affaire CCI n° 1110 rendue en 1963. Sur la question, J.G. WETTER, « Issues of Corruption before International Tribunals : The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 award in ICC Case n° 1110 », *Arb. Int'l.*, 1994.277 ; N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, pp. 345-346, n° 5.96 ; M. ABDEL RAOUF, « How should international arbitrators tackle corruption issues ? », in *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*, *op. cit.*, p. 1, spéc. p. 4.

⁶ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, pp. 171-172, n° 276 : « le juge n'a jamais que la faculté, et non pas l'obligation, de soulever son incompétence. Il en est toujours ainsi, quand bien même la règle de compétence violée serait d'ordre public, quand bien même la compétence affectée serait exclusive. Il ne pourrait en être différemment qu'en vertu d'un texte contraire ».

⁷ La solution a été posée de manière générale en droit de l'arbitrage par l'arrêt *Thyssen* du 6 avril 1995 (CA Paris, 6 avril 1995, *Thyssen*, *Rev. arb.*, 1995.448, 5^e esp., et le commentaire de C. KESSEDJIAN, pp. 381 et s., spéc. p. 403 ; *JDI*, 1995.971, note E. LOQUIN). Cette solution générale applicable au fond du litige devrait également être applicable au moyen d'incompétence soulevée d'office par le tribunal arbitral. Elle est spécifiquement rappelée concernant le moyen d'office tiré de l'incompétence par l'art. 21(2) du Règlement d'arbitrage CCJA de l'OHADA.

⁸ A. DIMOLITSA, « L'office de l'arbitrage dans les procédures par défaut », *op. cit.*

⁹ N. FRICERO, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 219, concernant le règlement Bruxelles I.

compétence puisque sa compétence est dérogoire – en ce sens qu'elle nécessite un accord de volonté que n'exige pas la compétence de la justice publique – ; le défaut du défendeur ne permet pas de couvrir un défaut de compétence que la comparution volontaire et sans contestation couvrirait. D'ailleurs, cette mesure de « *boycott* » de l'arbitrage est identifiée comme l'une des formes, plutôt radicale, de contestation de la compétence du tribunal arbitral¹. Le contrôle d'office de la compétence en cas de défaut du défendeur est une obligation juridique mise à la charge du tribunal arbitral admise par la doctrine comparatiste², et même expressément prévue par certains règlements d'arbitrage³. Cette disposition devrait, selon l'un des rares auteurs français à s'être penchés sur la question, « *avoir une vocation universelle* »⁴, et nous le suivrons : même dans le silence des textes, cette disposition devrait être reconnue de manière générale en droit de l'arbitrage. Si l'unanimité règne sur la nécessité de reconnaître une telle disposition, des divergences naissent concernant l'étendue de l'examen *ex officio* de la compétence arbitrale : doit-il instruire d'office, et ainsi endosser le rôle de l'avocat de la partie défaillante, ou plus simplement vérifier qu'en l'état des éléments dont il est saisi, il est compétent ? Si, avant de faire défaut, le défendeur avait fait connaître les raisons pour lesquelles il réfute la compétence du tribunal arbitral, cela ne pose pas de difficultés : le tribunal arbitral devra examiner consciencieusement chacun des arguments⁵. Les difficultés naissent dans le cas contraire, alors que la partie défaillante ne s'est pas manifestée. Il a ainsi été proposé que les arbitres vérifient d'office leur compétence « [...] *sur la base du seul dossier tel qu'il a été constitué par la partie qui procède, en particulier au vu des pièces produites, sans avoir à instruire d'office* »⁶. Cependant, avec M^{me} Dimolitsa, on observera que « *le tribunal peut s'arrêter au seul examen des pièces produites, mais seulement si sa compétence ne prête à aucune incertitude sur cette base. Dans le cas contraire, il nous paraît indispensable qu'il demande des preuves supplémentaires ou qu'il soulève d'office certains moyens avant d'affirmer sa compétence et de procéder à l'examen de l'affaire au fond* ». En effet, comme nous l'avons exposé préalablement, la raison principale qui oblige le tribunal arbitral à vérifier d'office sa compétence est qu'il doit établir sa compétence. Ainsi, l'étendue de l'examen *ex officio* devrait varier selon les cas d'espèce, en fonction de la possibilité d'établir la compétence ou l'incompétence, l'essentiel étant que l'examen soit suffisant pour que les arbitres acquièrent la « *conviction quant à l'existence [ou l'inexistence] de celle-ci* »⁷. Certains tribunaux arbitraux n'hésitent pas dans ce cas à opérer un contrôle consciencieux et approfondi de leur compétence⁸.

¹ N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 355, n° 5.121.

² J.-F. POUURET et S. BESSON, *Comparative law of international arbitration*, *op. cit.*, p. 399, n° 473 ; G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 155, n° 428.

³ Art. 6(2) du règlement d'arbitrage CCI ; art. 42(4) du règlement d'arbitrage CIRDI (sur lequel, *cf.* C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, p. 530, n° 52).

⁴ D. BENSUADE, « Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international », *Gaz. Pal.*, 20 mai 2004, n° 141, p. 27.

⁵ *Cf.* pour ex., sentence sur la compétence du 27 nov. 1975, *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company vs The Government of the Libyan Arab Republic*, *JDI*, 1977.350.

⁶ J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 421.

⁷ A. DIMOLITSA, « L'office de l'arbitrage dans les procédures par défaut », *op. cit.*

⁸ *LETCO c. Libéria*, décision sur la compétence, 24 oct. 1984, 2 *ICSID Reports*, 353.

538. La vérification de la compétence ainsi enclenchée, soit à l'initiative des parties, soit à l'initiative des arbitres, il reste à examiner les conditions procédurales dans lesquelles le tribunal arbitral statue sur sa compétence.

§2.- L'examen par le tribunal arbitral de sa compétence

539. Différentes conditions procédurales encadrent l'examen par le tribunal arbitral de sa compétence. On examinera successivement les classiques conditions procédurales suivantes : le moment où le tribunal arbitral statue sur sa compétence (A) et les modalités de contrôle de la compétence (B).

A.- Le moment où le tribunal arbitral statue sur sa compétence

540. Il est admis, et ce de manière générale et sans discussion, qu'en principe, le tribunal arbitral est libre de décider du moment où il doit statuer sur sa propre compétence (1). Cette liberté trouve cependant un tempérament (2), lorsque les parties s'accordent sur ce point.

1).- Le principe

541. Le principe est que le tribunal arbitral est libre de choisir le moment où il doit statuer sur sa propre compétence. Le tribunal arbitral dispose ainsi de la « faculté »¹, « du pouvoir discrétionnaire [...] de se prononcer sur un point par voie de sentence partielle ou seulement, et avec tout les autres chefs de demande, dans la sentence finale »². Cette liberté procédurale offerte au tribunal arbitral est admise par la plupart des sources du droit³. Elle est admise par l'essentiel des règlements d'arbitrage qui ne se contentent pas d'édicter l'effet positif⁴, la jurisprudence arbitrale⁵, ainsi que par de nombreux textes de loi de droit comparé¹.

¹ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit., p. 422.

² E. JOLIVET, note sous sentence finale CCI n°10422 rendue en 2001, *JDI*, 2003.1142.

³ G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, op. cit., p. 156, n° 429 ; N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op. cit., pp. 352 et s., n°s 5.114 et 5.115 ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, op. cit., p. 399, n° 474 ; D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 335, n° 14-23.

⁴ Article 15 (3) *in fine* du règlement d'arbitrage AAA ; article 36(d) du règlement d'arbitrage de l'OMPI ; article 23(3) du règlement d'arbitrage LCIA ; art. 23(3) du Règlement d'arbitrage CNUDCI dans sa version révisée en 2010 ; art. 21(3) du Règlement d'arbitrage CCJA de l'OHADA ; art. 41(4) du Règlement d'arbitrage CIRDI et art. 41(2) *in fine* de la Convention CIRDI (C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, op. cit., p. 537).

⁵ Sentence partielle CCI n° 5730 rendue le 24 août 1988, *Rev. arb.*, 1992.125 (le tribunal arbitral justifie pourquoi il a joint la question de la compétence au fond : « la raison pour laquelle il est apparu impossible de dissocier la question de compétence de celles du fond ») ; sentence CCI n° 8385 rendue en 1995, op. cit., pp. 1064 et 1065 ; sentence arbitrale CCI n° 8742 rendue en 1996, *JDI*, 1999.1066, obs. D. HASCHER (au regard de l'art. 186 al. 3 LDIP, le tribunal arbitral retient qu'il est libre de joindre l'exception de compétence au fond : « procéder par la voie d'une décision incidente n'est cependant pas obligatoire et le tribunal n'a pas à justifier une décision prise sur sa compétence au seul moment de la décision finale » ; « [l]e texte de loi implique cependant que le tribunal ne renoncera qu'exceptionnellement à procéder par voie de décision incidente. En particulier, le tribunal arbitral ne peut être tenu de rendre une décision incidente sur sa compétence si l'exception d'incompétence présente des liens si étroits avec la question au fond qu'elle ne peut être traitée séparément » et retiendra que « le tribunal de céans est donc fondé à ne statuer sur sa compétence qu'au stade de la présente sentence », la sentence finale) ; sentence finale CCI n° 10422 rendue en 2001, op. cit., pp. 1142-1144 (le tribunal arbitral retient que la demande de la défenderesse visant à ce que la question sur la compétence soit résolue dans une sentence intérimaire est irrecevable car tardive, alors que l'arbitre unique et les parties ont

Même si certains droits posent en principe que le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une sentence incidente², ces dispositions ne sont généralement pas impératives, mais simplement indicatives³. On est en présence d'une simple recommandation faite au tribunal arbitral afin que l'incident de compétence soit tranché le plus rapidement possible, et que la partie qui conteste la compétence soit fixée sur ce point. Ces dispositions n'interdisent donc pas au tribunal arbitral de joindre l'incident de compétence au fond du litige. Mais il devra motiver spécifiquement ce choix.

Malgré le silence des textes français sur la question, la jurisprudence s'est prononcée, de la même façon, pour la liberté de choix du moment que le tribunal arbitral statue sur sa compétence⁴. Cette liberté a été reconnue, même si ce n'était pas le cœur du litige, dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la sentence arbitrale. La cour d'appel de Paris, par un arrêt du 7 juillet 1987, a ainsi retenu, même si c'est seulement à titre surabondant, que la juridiction arbitrale « *pouvait librement décider de joindre l'incident au fond ou de se prononcer immédiatement par une sentence incidente* »⁵. Cette liberté offerte aux tribunaux arbitraux n'est que la traduction concrète d'une liberté plus générale qui leur est reconnue en matière procédurale, et qui résulte pour l'arbitrage interne de l'article 1464 al. 1^{er} CPC, et pour l'arbitrage international de l'article 1509 CPC⁶. Compte tenu de l'unanimité dont fait l'objet cette règle, il suffira aux tribunaux arbitraux de se référer au droit transnational de l'arbitrage, ou, de manière plus générale, au droit commun du procès.

établi d'un commun accord, lors de l'audience, un calendrier de procédure ; le tribunal arbitral souligne que même si la demande avait été recevable, le tribunal arbitral a le droit de décider, à sa discrétion, de l'accepter ou de la refuser ; Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 21 fév. 1997, *American Manufacturing & Trading Inc. c. République du Zaïre*, n° ARB/93/1, *op. cit.*, spéc. p. 250, n°4.09 ; Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 8 mai 2002, *Casado c. Chili*, ARB/98/2, *op. cit.*, n° 83 et 84 ; Trib. arb., CIRDI, décision sur la compétence, 22 avril 2005, *Impreglio c. République islamique du Pakistan*, n° ARB/03/3, *op. cit.*, spéc. n° 270-271 et 285.

¹ Art. 16(3) de la loi type CNUDCI ; art. 31(4) de l'*Arbitration Act* anglais de 1996 ; art. 16(3) de la loi chilienne ; § 1040(3) ZPO ; art. 11(3) de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999 OHADA ; art. 20(6) de la loi d'arbitrage international mauritienne ; art. 30(1) de la loi sur l'arbitrage de la République de Serbie adoptée le 25 mai 2006, publiée en français in *Rev. arb.*, 2006.1095.

² Cf. par ex. l'article 186(3) LDIP : [e]n général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente » ; l'article 21(4) du Règlement d'arbitrage international CCIG.

³ En ce sens, sentence CCI n° 8742 rendue en 1996, *op. cit.*, p. 1071 : « [p]rocéder par la voie d'une décision incidente n'est cependant pas obligatoire et le tribunal n'a pas à justifier une décision prise sur sa compétence au seul moment de la décision finale (Ruede, *op. cit.*, p. 240) ». L'article 186(3) implique seulement selon le tribunal arbitral qu'il « ne renoncera qu'exceptionnellement à procéder par voie de décision incidente [références omises]. En particulier, le tribunal arbitral ne peut être tenu de rendre une décision incidente sur sa compétence si l'exception d'incompétence présente des liens si étroits avec la question au fond qu'elle n peut être traitée séparément [référence omise] ».

⁴ CA Paris, 7 juillet 1987, *Rev. arb.*, 1988.649, note E. MEZGER, spéc. p. 652, par un *obiter dictum*, elle retient que la juridiction arbitrale « *pouvait librement décider de joindre l'incident au fond ou de se prononcer immédiatement par une sentence incidente* ». Dans le même sens, Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *Sofidif c. OAETI*, 1988, *Bull. civ.*, 1988.I.64 ; *Rev. arb.*, 1989.481, note Ch. JARROSSON.

⁵ CA Paris, 7 juillet 1987, *op. cit.*, spéc. p. 652. La question principale était de savoir si le recours exercé contre la sentence arbitrale incidente sur la compétence obligeait le tribunal arbitral à suspendre la procédure dans l'attente du sort de la sentence sur la compétence.

⁶ En ce sens, Ch. JARROSSON, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *Sofidif c. OAETI*, *Rev. arb.*, 1989.481, p 486 : « [...] cet empiètement des parties sur la liberté que l'article 1494 NCPC donne aux arbitres d'organiser la procédure arbitrale [...] » ; E. MEZGER, note sous CA Paris, 7 juillet 1987, *op. cit.*, sauf volonté contraire des parties obligeant le tribunal arbitral à statuer sur sa compétence à un moment précis, car la volonté des parties est la « *loi suprême de l'arbitrage* », « *l'arbitre, conformément à l'article 1460, al. 1^{er}, qui l'autorise à régler la procédure arbitrale, choisira la voie à suivre* ».

Cette faculté est d'ailleurs reconnue à toutes les juridictions étatiques, internes¹ et internationales². Elle fait donc partie de ce droit commun processuel de l'examen de la compétence. Cette convergence sur la reconnaissance générale de cette liberté procédurale s'explique essentiellement par les problèmes communs auxquels sont confrontées les juridictions – caractère dilatoire d'une exception d'incompétence, lien étroit entre la compétence et le fond du litige – qui imposent une réponse commune. On signalera que l'historique même de cette liberté devant les juridictions internationales interétatiques, aujourd'hui reconnue en droit de l'arbitrage, a été retracée en détail par une sentence arbitrale CIRDI rendue dans l'affaire *Victor Pey Casado, Fondation Président Allende c/ la République du Chili* rendue le 8 mai 2002³.

542. Le principe ainsi posé, on apportera quelques remarques générales concernant la mise en œuvre de cette liberté.

Premièrement, le fait de statuer sur la compétence soit par une sentence incidente, soit par une sentence sur le fond, est un choix de procédure discrétionnaire du tribunal arbitral. Il le fait généralement au moyen d'une ordonnance de procédure, qui ne peut faire l'objet d'un recours immédiat, indépendamment de la sentence.

Deuxièmement, la liberté offerte au tribunal arbitral de statuer par une sentence incidente ou une sentence sur le fond du litige est renforcée par une autre règle : saisi d'un déclinatoire de compétence, le tribunal arbitral peut poursuivre l'instance arbitrale sur le fond du litige. On précisera également que si le tribunal arbitral choisit de joindre l'exception d'incompétence au fond du litige, il est tenu préalablement de mettre en demeure les parties de conclure sur le fond⁴. Cette règle posée en droit commun par l'article 76 CPC est également applicable à l'arbitrage car elle n'est qu'une application particulière du principe général de la contradiction, édicté par le Code de procédure civile aux articles 14 à 16, applicable à l'arbitrage par renvoi de l'article 1464 al. 2 CPC, principe de droit processuel.

Enfin, on peut s'interroger sur ce qui peut guider le choix d'un tribunal arbitral vers l'une ou l'autre des solutions. Ce sont généralement des raisons pratiques, d'opportunités, au vu des circonstances particulières de l'affaire, qui conduisent le tribunal arbitral à préférer statuer en début ou en fin d'instance arbitrale. Comme le soulignait déjà le juge Charles de Visscher concernant cette faculté également reconnue à la Cour internationale de Justice, « *la jonction des exceptions au fond est, dans une large mesure, une question d'espèce. La nécessité ou l'opportunité de l'ordonner dépend du lien que le Juge international perçoit entre l'exception*

¹ Cela résulte, pour les juridictions civiles, des articles 76 CPC et 80 CPC.

² Cette disposition prend notamment sa source dans une pratique de la CPJI, entérinée ensuite dans son règlement de procédure à l'article 62 du Règlement de la CPJI. Lors de la disparition de la CPJI, et de son remplacement par la CIJ, l'article 62, paragraphe 5 du Règlement de la CIJ le reprendra (devenu art. 79(9) du Règlement dans sa version actuelle).

³ Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 8 mai 2002, *Casado c. Chili*, ARB/98/2, *op. cit.*, n^{os} 85 et s.

⁴ Cf. sur ce point CA Paris, 3 mars et 6 novembre 1987, *Rev. arb.*, 1991.115 : « [e]n prononçant la clôture des débats immédiatement après avoir fait connaître oralement qu'ils entendaient repousser l'exception d'incompétence, et en statuant par une même sentence sur l'exception de compétence et sur le fond sans avoir imparti à la partie qui n'avait pas cru devoir conclure subsidiairement au fond un temps suffisant pour lui permettre de s'organiser sa défense et de fournir des explications sur le fond du litige, les arbitres n'ont pas observé le principe de la contradiction importé par les art. 14, 15 et 16, et leur sentence doit être annulée ».

et le fond »¹. Ainsi, par exemple, une exception d'incompétence qui présente un caractère sérieux ou complexe sera examinée la plupart du temps immédiatement, par une sentence préliminaire². De même, on peut imaginer qu'une exception d'incompétence qui n'est pas très convaincante au premier abord, « *futile ou purement tactique* »³, puisse être jointe au fond afin que le tribunal arbitral statue le plus rapidement possible sur le fond de l'affaire⁴ ; au contraire, le tribunal arbitral peut préférer en juger par une sentence préliminaire afin de convaincre la partie récalcitrante de participer pleinement à la procédure. La raison principale, rencontrée fréquemment en pratique, justifiant la jonction au fond de l'exception, réside dans le fait que l'incident de compétence est étroitement imbriqué, lié par un rapport étroit au fond de l'affaire⁵ ; autrement dit, la question de la compétence et du fond sont liés par un lien de connexité. Cette explication, régulièrement avancée par la doctrine⁶, a parfois été expressément utilisée par les tribunaux arbitraux⁷. C'est d'ailleurs ce motif qui est généralement invoqué afin de justifier le pouvoir de jonction des exceptions préliminaires au fond de la Cour internationale de Justice⁸. Le tribunal arbitral qui statuerait de manière préliminaire sur cette exception d'incompétence intimement liée au fond du litige serait ainsi soit contraint de préjuger, et de préjuger sans avoir accès à tous les éléments concernant le fond du litige, donc de mal juger ; soit au contraire, de demander aux parties de déjà plaider l'intégralité du fond du litige. Le tribunal arbitral devra toutefois toujours prendre en compte les inconvénients de la jonction de l'incident de compétence au fond, en ayant toujours en vue « *les intérêts de la bonne administration de la justice* » en mettant en balance les intérêts du défendeur et les liens étroits entre la compétence et le fond. En effet, la partie qui excipe de l'exception d'incompétence doit alors s'engager dans la défense au fond alors que subsistent des incertitudes concernant la compétence même du tribunal arbitral. Ces inconvénients ont

¹ Ch. De VISSCHER, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 196, page 106.

² En ce sens, E. MEZGER, note sous CA Paris, 7 juillet 1987, *op. cit.*, p. 656 : « *le fait même que l'arbitre n'ait pas joint l'incident est au fond un signe que l'objection à sa compétence lui paraît sérieuse* » ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 756, n° 1362 : « [...] *la question de compétence se présente de manière autonome et si les questions de fond que le tribunal aurait à trancher s'il retenait sa compétence sont très complexes, il sera opportun de statuer par deux sentences distinctes* ».

³ Les termes sont d'E. GAILLARD, *JDI*, 2007.258.

⁴ En ce sens également, D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 336, n° 14-24.

⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 756, n° 1362 ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 422.

⁶ D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 336, n° 14-24.

⁷ Sentence partielle CCI n° 5730 rendue le 24 août 1988, *op. cit.*, p. 126 ; Trib. arb. CIRDI, 21 nov. 2000, *Compania de Aguas Del Aconquija et Vivendi Universal c. République Argentine*, (annulée), n° ARB/97/3, 16 *ICSID Rev.* 641 (2001); 40 *ILM* 426 (2001).

⁸ CIJ, 24 juill. 1964, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires*, *CIJ Rec.*, 1964, p. 6, cf. spécialement la troisième et quatrième exceptions préliminaires, pp. 41 à 44, la CIJ s'appuyant sur différentes affaires rendues par la CPJI dans lesquelles cette dernière a décidé de joindre des exceptions préliminaires au fond (et notamment *Hongrie c. Yougoslavie*, CPJI, série A/B, n° 66, p. 9). Dans cette affaire, la Cour a décidé de joindre l'exception préliminaire au fond du litige dès lors qu'existent « *des rapports trop étroits et une connexité trop intime* » entre l'exception d'incompétence et le fond du litige. Cf. également cités par la CIJ : *Losinger*, CPJI, série A/B n° 6, pp. 23-24 et pp. 56-57.

été justement remarqués par Sir Hersch Lauterpacht, concernant la Cour internationale de Justice¹.

2).- L'exception

543. La liberté du tribunal arbitral de déterminer s'il statue immédiatement sur l'exception d'incompétence ou joint l'incident au fond, liberté admise au profit de toute juridiction, connaît cependant une limite : la volonté des parties.

Peu de textes édictent spécifiquement cette règle concernant la compétence. On peut en trouver quelques exemples isolés. C'est le cas notamment du droit anglais. L'article 31(4) de l'*Arbitration Act*, après avoir rappelé la liberté offerte au tribunal arbitral de décider s'il juge sa propre compétence par une sentence incidente ou dans la sentence au fond, pose que « [d]ans tous les cas le tribunal arbitral se conforme à ce que les parties ont pu prévoir à cet égard ». La solution est logique et s'impose en toutes circonstances, même en l'absence de textes l'édictant expressément. La nature contractuelle de l'arbitrage explique la solution : l'arbitrage se doit d'être une justice au service des parties. La procédure arbitrale est en effet soumise au « *principe contractuel* », principe directeur du procès arbitral².

Ainsi, en droit français, même si elle n'est pas spécifiquement édictée, la solution peut être déduite des articles 1509 al. 1^{er} CPC pour l'arbitrage international et 1464 al. 1 CPC pour l'arbitrage interne, selon lesquels l'accord des parties sur la procédure d'arbitrage s'impose au tribunal arbitral. Cette solution générale s'applique à la détermination du moment où le tribunal arbitral doit statuer sur sa compétence³. Dès lors que les parties se sont accordées sur le fait que le tribunal arbitral doive, par exemple, statuer par une sentence incidente sur la compétence, le tribunal arbitral devra respecter cette obligation procédurale spécifique sous peine de voir sa sentence censurée en raison de la méconnaissance de sa mission, pour ne pas avoir respecté une disposition de procédure choisie par les parties⁴. Encore faut-il bien évidemment que cette obligation imposée au tribunal arbitral de statuer par une sentence incidente résulte d'« *une clause expresse et précise* », stipulée soit dans la convention d'arbitrage, soit dans l'acte de mission ou dans tout *addendum*, ou tout autre *instrumentum*⁵.

¹ Sir HERSCH LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, London 1958, spéc. p. 114 : « *the reasons of caution which counsel the occasional joinder of preliminary objections to the merits may, in turn, be mitigated by other considerations. A defendant Government which pleads to the jurisdiction of the Court ought not, without good reasons and without its consent, to be expected to submit to the effort, expense and uncertainty of engaging in proceedings on the merits* ».

² G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *op. cit.*

³ Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *Sofidif c.OAETI*, *op. cit.* Soulignons d'ailleurs qu'il est également admis, de manière générale, non pas spécifiquement concernant l'incident de compétence, que « *la liberté des arbitres d'apprécier l'opportunité de se prononcer par voie de sentences partielles ne peut être restreinte que par la volonté des parties* » (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 755, n° 1361).

⁴ Sur ce point, *cf.* Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 956, n° 1633.

⁵ Cette obligation pourra également être mise à la charge du tribunal arbitral si le règlement d'arbitrage auquel les parties ont adhéré prévoit que la sentence sur la compétence doit être rendue par une sentence incidente. Toutefois, pas un des règlements d'arbitrage qui sont ici retenus pour notre étude, ne contient une telle disposition. Même le règlement d'arbitrage international CCIG, qui exprime sa préférence pour que le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une sentence incidente, reconnaît aussitôt la liberté de choix du tribunal arbitral.

Pour un contre-exemple, on renverra le lecteur à l'affaire *Sofidif*¹. Il sera donc conseillé aux parties, si elles entendent obliger le tribunal arbitral à statuer par une sentence incidente sur la compétence, de l'écrire noir sur blanc, cette clause expresse et précise généralement insérée dans l'acte de mission ne pouvant résulter de l'obligation faite « *de respecter un ordre dans la résolution des points litigieux* », comme cela était le cas dans l'affaire précitée².

544. Cette première condition procédurale classique de mise en œuvre du pouvoir de juger de la compétence examinée, il faut se pencher sur un point moins fréquemment abordé : celui des modalités de contrôle de la compétence par le tribunal arbitral.

B.- Les modalités de contrôle de la compétence

545. Les modalités de contrôle de la compétence par les arbitres mettent en exergue le fait que le tribunal arbitral juge véritablement de sa compétence au terme non pas d'un quelconque processus, mais d'une véritable procédure juridictionnelle. On relèvera tout d'abord que le principe est que le tribunal arbitral opère un contrôle juridictionnel (1) de la compétence, qui doit être conduit dans le respect des principes fondamentaux du procès (2).

1).- Le principe d'un contrôle juridictionnel total

546. A quelles investigations un tribunal arbitral doit-il se livrer afin de statuer sur sa compétence ? Quel est « *le degré d'approfondissement du dossier requis aux fins de l'appréciation de sa compétence par le tribunal* »³ ? La réponse paraît aller de soi : l'effet positif du principe de compétence-compétence constituant un pouvoir, élément du pouvoir juridictionnel, il faut nécessairement en inférer que le contrôle réalisé par le tribunal arbitral sera juridictionnel, opéré en fait et en droit, sans se limiter au caractère manifeste ou à un contrôle purement factuel. En effet, dans la plupart des sentences arbitrales, c'est ce contrôle classique qui est opéré. Ainsi, les tribunaux arbitraux définissent le droit applicable à la convention d'arbitrage, source de la compétence arbitrale – majeure du raisonnement – puis l'appliquent aux faits de l'espèce, au vu de la contestation de la compétence dont ils sont saisis – mineure du raisonnement –, et ainsi concluent en apportant une réponse juridictionnelle au problème posé. C'est tout simplement le syllogisme juridique qui est ici appliqué. Dans ce cadre, le tribunal arbitral dispose d'ailleurs, comme le juge civil français, de la possibilité de juger d'une question de fond nécessaire à l'appréciation de sa compétence⁴. Confortant le plein examen de sa compétence par le tribunal arbitral, il est admis que la preuve de la convention d'arbitrage, d'où découle la compétence arbitrale, « *doit*

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *Sofidif c. OAETI*, *op. cit.*: « *si, dans l'arbitrage international, la mission conférée aux arbitres peut comporter des obligations particulières quant à la procédure à suivre, et notamment leur imposer de statuer par des sentences distinctes sur la compétence, sur la recevabilité et sur le fond, c'est à la condition que ces obligations résultent de clauses expresses et précises de l'acte de mission* ». Or, en l'espèce, l'acte de mission ne contenait aucune clause expresse en ce sens : « *si l'acte définissant la mission des arbitres énumérait sous quatre rubriques les points litigieux à résoudre, et s'il en indiquait certains comme préalables aux autres, il n'exigeait nullement que les points I et II relatifs à la compétence et à la recevabilité fussent tranchés par une sentence distincte rendue avant la sentence sur le fond* ».

² *Ibid.*

³ E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I) op. cit.*

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 2004, *Société Spie Batignolles TP c. Société RET-SER engineering agency*, 02-18317 et *Société Spie Batignolles TP et autres c. Société Coface*, 00-15070, *Gaz. Pal.*, 15 janvier 2005 n° 15, p. 33, note F.-X. TRAIN. En l'espèce, le tribunal arbitral s'est prononcé sur la cession de droits contestée par l'une des parties à l'instance afin de déterminer si la convention d'arbitrage avait ou non été transmise.

être pleinement rapportée devant les arbitres »¹. Il a pu arriver, dans quelques rares affaires, que le tribunal arbitral allège la charge de la preuve de la compétence arbitrale, en présence de circonstances particulières. C'est ce qu'avait par exemple retenu le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI dans la célèbre affaire du *Plateau des Pyramides*². On connaît cependant le sort qui fut réservé à cette sentence : elle fut annulée pour incompétence et c'est finalement le tribunal arbitral CIRDI, saisi par le même demandeur, qui se reconnaitra compétent. De même, dans l'affaire *Bomar Oil*, le tribunal arbitral procéda purement et simplement à un renversement de la charge de la preuve, au motif, selon lui, qu'il existait un usage dans le commerce international des hydrocarbures selon lequel les litiges seraient soumis à l'arbitrage, cet usage faisant présumer la connaissance de la clause compromissoire insérée dans les conditions générales auxquelles renvoyait le télex. La cour d'appel refusa d'annuler la sentence pour défaut de motivation car « l'inversion de la charge de la preuve peut constituer un motif erroné, mais non un défaut de motivation »³. Cette sentence ne sera pas annulée pour incompétence, la Cour de cassation admettant la validité du mécanisme de la clause compromissoire par référence⁴.

547. Au côté de ce contrôle total, existe un contrôle dérogatoire. Dans certaines circonstances – assez exceptionnelles il est vrai –, un tribunal arbitral se limite à un contrôle *prima facie* de sa propre compétence. Il ne s'agit pas du contrôle restreint opéré par le centre d'arbitrage, mais bien d'un contrôle limité auquel se livre le tribunal arbitral lui-même.

Ce contrôle, plus factuel que juridictionnel, de la compétence par le tribunal arbitral semble se développer dans des circonstances bien particulières et tout spécialement dans le cadre de l'arbitrage du CIRDI. Ce contrôle limité est hérité du droit international public⁵. Il constitue une exception, dont la mise en œuvre est requise au regard d'objectifs particuliers. Par exemple, un tribunal arbitral doit prononcer des mesures provisoires ou conservatoires de manière urgente, alors que sa compétence est contestée. Dans ce cas, il paraît tout à fait opportun que le tribunal arbitral vérifie de manière superficielle sa compétence et ensuite prononce cette mesure provisoire urgente, reportant ainsi la décision juridictionnelle sur sa compétence. Cette possibilité est d'ailleurs identifiée comme l'une des principales conditions pour qu'un tribunal arbitral puisse prononcer des mesures conservatoires⁶.

¹ Ph. FOUCARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 373, n° 590.

² Sentence arbitrale CCI rendue à Paris le 16 fév. 1983, *SPP c. République arabe d'Égypte (affaire du plateau des Pyramides)*, op. cit., p. 107, n° 35. Le tribunal arbitral se prononce pour un allègement de la charge incombant au demandeur pour deux raisons, exposées, puis détaillées : « [l]a première est que la loi n° 43 fait référence à l'arbitrage comme un moyen de régler les conflits qui peuvent surgir en rapport avec les investissements étrangers. La seconde est qu'il ne fait pas de doute que le Gouvernement a accepté que EGOTH souscrive à la clause d'arbitrage par la CCI et il ne semble pas, en conséquence, tout à fait improbable que le Gouvernement ait été prêt à se soumettre au même for pour décider de conflits liés aux mêmes projets, survenant peut-être pour des faits identiques, nés dans les mêmes conditions plutôt que de soumettre l'affaire à deux tribunaux entièrement distincts ».

³ CA Paris, 20 janv. 1987, *Société Bomar Oil N.V. c. ETAP*, *Rev. arb.*, 1987.483, p. 488.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1993, *Rev. arb.* 1994.108, note C. KESSEDJIAN.

⁵ M. SINKONDO, *Droit international public*, op. cit., p. 235-236.

⁶ Concernant l'arbitrage CNUDCI : *Encana Corporation c. Equateur*, sentence intérimaire CNUDCI, 31 janv. 2004, n°13 ; concernant l'arbitrage CIRDI : Trib. arb., *Holiday Inns c. Maroc*, ARB/72/1, n° 50 ; Trib. arb. CIRDI, sentence sur les mesures provisoires, 25 sept. 2001, *Casado c. Chili*, aff. n° ARB/98/2, (2001) 16 *ICSID Rev.* 567 ; Trib. arb. CIRDI, ordonnance de procédure n° 1, 31 mars 2006, *Biwater Gauff (Tanzanie) limited c.*

Autre exemple tiré de l'arbitrage commercial international, la première des recommandations sur la litispendance de l'Association de droit international de 2006 prévoit que le tribunal arbitral ne doit pas tenir compte d'une instance pendante entre les mêmes parties et qu'il peut statuer sur sa compétence, dès lors qu'il « *se considère prima facie compétent en application de la convention d'arbitrage concernée* ». Le contrôle *prima facie*, tout comme dans l'hypothèse précédente, n'exclut pas, ensuite, que le tribunal arbitral opère un contrôle juridictionnel approfondi. L'originalité dans ce cas réside dans le fait que ce contrôle factuel de l'existence de la convention d'arbitrage conditionne l'exercice même de l'effet positif du principe de compétence-compétence : si ce contrôle factuel s'avère positif et permet d'établir l'apparence d'une convention d'arbitrage, il justifie alors l'exercice par le tribunal arbitral d'un contrôle plus approfondi de sa compétence alors qu'une autre juridiction, étatique ou arbitrale, est saisie d'un litige identique sur le fond entre les mêmes parties.

548. Si, au terme de ce contrôle limité, les arbitres concluent à leur compétence, cette décision ne devrait pas bénéficier de l'autorité de la chose jugée et ainsi ne lier ni les parties, ni le tribunal arbitral. Ce n'est que dans un second temps que les arbitres jugeront de leur compétence de manière juridictionnelle – en fait et en droit –, et seule cette décision sera revêtue de l'autorité de la chose jugée. Les arbitres pourront d'ailleurs très bien se prononcer en sens contraire et se déclarer incompétents¹. Dans ce cas, les contrôles factuel et juridictionnel de la compétence arbitrale ne s'excluent pas, ils se succèdent seulement dans le temps, afin de permettre, notamment, au tribunal arbitral de se concentrer sur l'urgence.

Au contraire, si les arbitres se jugent incompétents, et bien que le contrôle opéré soit superficiel², il faut admettre que cette décision est une décision juridictionnelle qui lie le tribunal arbitral et les parties et qu'elle bénéficie donc de l'autorité de la chose jugée. On peut légitimement douter de cette solution car la décision n'est pas rendue au terme d'un contrôle juridictionnel. Cependant, dès lors que le tribunal arbitral acquiert la conviction qu'il n'y a pas de fondement possible à sa compétence et que son incompétence est manifeste, il importe peu que ce contrôle soit *prima facie* ou total. De plus, une raison pratique essentielle milite pour cette solution : dès lors que le tribunal arbitral se juge manifestement incompétent, il est dessaisi. Il est donc plus sûr de permettre que cette décision puisse faire l'objet d'une voie de recours devant les juridictions du contrôle, ou que les parties puissent se prévaloir de l'autorité de la chose jugée qui lui est attachée devant une autre juridiction.

Tanzanie, affaire CIRDI ARB/05/22, n° 70, *ICSID Rev.* (2007), n° 70 ; Trib. arb. CIRDI, décision sur les mesures provisoires, 17 août 2007, *Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*, n° ARB/06/11, *op. cit.* Cf. R. ZIADE, « Mesures conservatoires (tribunal arbitral et tribunal étatique) », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, *op. cit.*, pp. 199 et s.

¹ Trib. arb. CIRDI, sentence sur les mesures provisoires, 25 sept. 2001, *Casado c. Chili*, aff. n° ARB/98/2, *op. cit.*, n° 14 : « les mesures conservatoires, qui sont du reste provisoires par nature et par définition (comme l'observe avec raison la Partie défenderesse), peuvent être modifiées ou annulées en tout temps par le Tribunal, ne jouissent pas de la force de « *res judicata* », ne valent que pour la durée de la procédure et « tomberaient automatiquement » au cas où le Tribunal Arbitral déciderait qu'il est incompétent pour connaître du litige ».

² On vise en particulier depuis la réforme du 10 avril 2006, l'article 41 (5) du règlement d'arbitrage CIRDI qui « permet de faire juger rapidement que la demande est manifestement dénuée de fondement juridique. Il pourra s'agir d'un moyen d'incompétence ou de fond, mais il devra présenter un caractère manifeste, ce qui justifie que le tribunal arbitral le tranche « lors de la première session ou immédiatement après » ». Sur cette nouvelle disposition, cf. E. GAILLARD, *JDI*, 2007. 258.

2).- *Le respect des principes fondamentaux du procès*

549. La connaissance par un tribunal arbitral de sa compétence rentre dans le cadre de l'exercice du pouvoir de dire le droit. Aussi, le tribunal arbitral est tenu, dans le cadre de cette procédure de nature juridictionnelle, de respecter les exigences fondamentales qui s'imposent à lui, de même qu'à toute juridiction, interne ou internationale, publique et privée, à savoir les droits de la défense.

550. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi jugé que les arbitres sont tenus de respecter les droits de la défense spécifiquement concernant une décision sur la compétence. Fait rare, le juge français avait refusé l'exequatur à une sentence arbitrale rendue en Italie en raison de la violation de l'ordre public international, qui, en l'espèce, résultait « *du manque d'impartialité d'un arbitre* ». L'appel de l'ordonnance d'exequatur rejeté, le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir fait application des dispositions du droit interne au lieu de la convention de New York. La Cour de cassation ne s'est pas embarrassée de cette distinction et a approuvé la cour d'appel d'avoir écarté cette sentence au motif que « *l'un des arbitres siégeant à la fois dans le tribunal arbitral constitué en France et dans celui établi en Italie, avait communiqué à ce dernier tribunal des informations erronées de nature à influencer sur sa décision quant à la compétence* ». La juridiction du fond « *a pu en déduire que cette déloyauté de l'un des arbitres lié à l'une des parties, – fait révélé par la sentence, de sorte qu'il ne pouvait être induit du défaut de récusation de cet arbitre par la société UGC-PH une renonciation à invoquer cette irrégularité – avait créé un déséquilibre entre les parties, constitutif d'une violation des droits de la défense, de sorte que la sentence rendue en Italie dans de telles conditions heurtait l'ordre public français, au sens de l'un et l'autre textes précités* »¹.

551. Cette affaire présente une double originalité.

Première spécificité, la violation des droits de la défense provenait du défaut d'impartialité d'un arbitre, d'un comportement déloyal ayant bénéficié à l'une des parties au détriment de l'autre partie. Cet arbitre avait en effet communiqué des informations au tribunal arbitral en usant de la position privilégiée dont il bénéficiait en ce qu'il participait à une autre procédure arbitrale, les informations communiquées étant en plus erronées.

Seconde spécificité, qui marque la véritable originalité de cette affaire, ces informations ont été utilisées afin d'influer sur la décision de l'ensemble du tribunal arbitral sur la compétence, afin que le tribunal arbitral se déclare compétent. Il est rare de rencontrer des décisions dans lesquelles le défaut d'impartialité vise la compétence elle-même. Ici, on aperçoit donc l'intérêt personnel et pécuniaire qu'un arbitre peut avoir à retenir une affaire. Ne jetons cependant pas l'opprobre sur l'ensemble des arbitres. Ce type de comportement est bien heureusement fort rare. Preuve en est : nous n'en avons trouvé qu'une illustration. Cet oiseau rare aura le mérite d'enrichir notre étude et de servir notre raisonnement.

552. On se demandera si ce manque d'impartialité de l'arbitre ne masquait pas également une absence de respect du principe de la contradiction, et ce, imputable à l'ensemble du tribunal arbitral. Comment se fait-il que les informations communiquées par

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, *Rev. arb.*, 1999.255, note Ph. FOUCHARD.

cet arbitre, sur lesquelles le tribunal arbitral s'est fondé afin de prendre sa décision sur la compétence, n'ont pas été portées à la connaissance des litigants ? Le principe du contradictoire requiert en effet que « [r]ien de ce qui sert à fonder le jugement de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties »¹, ou encore « qu'aucun moyen, de fait ou de droit, ne soit relevé d'office par le tribunal arbitral sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations »². Le tribunal arbitral se serait donc fondé sur un moyen de fait, communiqué par un arbitre, sans le porter à la connaissance des parties, puisque, selon la cour d'appel, ce fait n'avait été révélé que lors de la reddition de la sentence.

Mais peu importe. Cette affaire permet ainsi de mettre en exergue – ce qui est sans nul doute une évidence – que, sous peine de voir annuler sa sentence pour violation de l'ordre public international français, le tribunal arbitral doit respecter les droits de la défense tout au long du procès arbitral, et ce incluant l'examen de sa compétence, véritable procès sur la compétence³. La sentence devra notamment obligatoirement être motivée.

553. On peut étendre cette solution à tous les principes fondamentaux du droit du procès, et notamment au principe du contradictoire, d'autant que ce principe est l'essence même du procès, il lui est « *consubstantiel* », et que sa place tend à s'accroître en droit de l'arbitrage⁴. Comme le relève le Doyen Gérard Cornu, « *la contradiction enveloppe le litige sous toutes ses faces [...] elle l'innerve en toutes ses actions de procédure, de fait, et de droit* ». Il a toujours été admis que la contradiction était applicable à l'intégralité du procès – qu'il soit étatique ou arbitral (bénéficiant même pour le procès arbitral de la protection d'un cas d'ouverture spécifique des recours contre la sentence) – et donc, à l'incident de compétence lui-même. De manière générale, le tribunal arbitral devrait respecter certaines règles du procès équitable⁵.

554. Des quelques règles ici identifiées, on peut dégager l'esquisse d'un régime transnational du procès arbitral de la compétence. Cependant, ce régime est encore largement inachevé.

Section 2.- L'inachèvement du régime transnational du procès arbitral de la compétence

555. Certaines questions récurrentes ne trouvent pas de réponse claire ou unifiée. Les difficultés non résolues proviennent essentiellement de la coordination du tribunal arbitral avec les autres ordres juridiques étatiques. Plus particulièrement, la réponse à la question de savoir si un tribunal arbitral doit prendre en compte les autres instances juridictionnelles ou décisions rendues sur la compétence reste à construire. Le tribunal arbitral n'évolue pas dans un monde clos. Sa compétence peut être mise en cause devant d'autres juridictions de ce

¹ CA Paris, 14 oct. 1993, *Rev. arb.*, 1994.380.

² CA Paris, 16 janv. 2003, *Rev. arb.*, 2004.369, note Jaeger.

³ Pour un autre ex. de violation des droits de la défense conduisant à l'annulation d'une sentence préliminaire sur la compétence, non pas pour une violation propre aux questions de compétence, CA Paris, 18 déc. 1980, *Rev. arb.*, 1983.507, obs. T. BERNARD. La violation des droits de la défense résidait dans le fait que le nom de l'arbitre désigné d'office pour les défendeurs défaillants ne leur a été notifié que de nombreux mois après, en même temps que cette sentence, au mépris des dispositions du règlement de l'institution d'arbitrage.

⁴ C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *op. cit.*

⁵ CEDH, 3 avril 2008, *Regent Company c. Ukraine*.

monde juridictionnel complexe, à titre principal ou à titre incident, afin de s'opposer à une demande de désignations d'arbitres ou à une action au fond devant une juridiction saisie du même litige. Concernant les interférences d'autres procédures, une règle semble s'imposer : le tribunal arbitral peut prendre en considération les prétentions des parties dans d'autres instances juridictionnelles pour apprécier sa compétence¹ sur le fondement de la règle de l'*estoppel*².

556. Par l'effet négatif du principe compétence-compétence, le droit français a éliminé les risques de conflit entre juges étatiques et tribunaux arbitraux. Le tribunal arbitral ne sera pas confronté à une saisine parallèle du juge français ou à un jugement étatique parallèle sur sa compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Cependant, au regard du peu d'États admettant cet effet du principe compétence-compétence, il arrive que les tribunaux arbitraux soient confrontés à une instance juridictionnelle parallèle mettant en jeu la compétence juridictionnelle générale, pendante (§1) ou achevée (§2).

La prise en compte des instances parallèles, pendantes ou achevées, est loin d'être une évidence au regard de la position irréductible des arbitres : adhérant à l'hypothèse de l'existence d'un ordre juridique arbitral autonome, détaché des ordres juridiques étatiques, il nous semble que le tribunal arbitral n'est pas nécessairement tenu de prendre en considération l'existence d'instances ou de décisions émises par d'autres juridictions sur sa compétence de la même manière que le feraient des juridictions relevant d'un même ordre juridique.

§1.- L'existence d'une instance juridictionnelle parallèle saisie de la compétence

557. Que doit faire un tribunal arbitral, lorsqu'il est amené à statuer sur sa propre compétence, vis-à-vis des autres instances juridictionnelles pendantes devant un autre tribunal arbitral ou un tribunal étatique, ayant également traité sa compétence ? En la matière, on ne peut que constater la diversité des solutions (A). Néanmoins, se dégage une tendance, sans être majoritaire, qui est de reconnaître au tribunal arbitral l'absence d'obligation de se

¹ Pour des ex. où les juridictions françaises, lors du contrôle de la sentence sur la compétence, ont elles-mêmes pris en considération les prétentions des parties dans d'autres instances que l'instance arbitrale : CA Paris, 13 fév. 2003, *Rev. arb.*, 2004.311 (2^e esp.), note J.-B. RACINE, spéc. p. 318 (la cour d'appel s'appuie sur l'exception d'arbitrage présentée par l'un des litigants devant la juridiction étatique française saisie afin de démontrer que les parties n'avaient pas renoncé à la compétence arbitrale comme le prétendait le recourant) ; CA Paris, 12 septembre 2002, *Macron (ép. Cougoulat) et SARL Display Design (IDD) c. Société des Caatonnags de Pamfou (SCAP)*, *Rev. arb.*, 2003.173, note M.-E. BOURSIER ; CA Paris, 1^{er} déc. 1995, *Rev. arb.*, 1996.458 (le demandeur au recours en annulation prétendait que la clause compromissoire contenue dans les conditions particulières du contrat n'était pas applicable, car devait primer une clause attributive de compétence aux juridictions irakiennes contenues dans les conditions générales ; la cour d'appel de Paris écarte l'argument au motif que la demanderesse « s'est elle-même référée à plusieurs reprises à la clause compromissoire litigieuse notamment pour contester la compétence du « Landgericht de Francfort » saisi par [la partie défenderesse] de certains litiges liés au contrat ») ; CA Paris, 7 juin 1984, *Société Belin c. Société d'Aide Technique et de Coopération SATEC*, *Rev. arb.*, 1984.504, note E. MEZGER, spéc. pp. 507 et 508 (les parties ont renoncé à la convention d'arbitrage dans le cadre d'une procédure juridictionnelle précédente à l'arbitrage devant la cour d'appel d'Aix en Provence).

² E. GAILLARD, obs. sous Trib. arb. CIRDI, décisions sur la compétence, 27 nov. 1985 et 14 avr. 1988, *Southern Pacific Properties c. Egypt*, n° ARB/84/3, *op. cit.*, p. 228.

dessaisir du litige (B). Cette possibilité n'est-elle pas d'ailleurs l'une des manifestations de l'effet positif de la compétence-compétence ?

A.- La diversité des solutions

558. En pratique, les solutions retenues par les tribunaux arbitraux sont diverses et variées. Outre l'indifférence pure et simple, solution que nous examinerons plus en détail comme l'une des tendances du droit transnational, on peut observer en pratique que les tribunaux arbitraux recourent parfois au sursis à statuer, rarement à la litispendance ou encore, exceptionnellement aux injonctions *anti-suit*.

559. Tout d'abord, plutôt que de statuer sur sa propre compétence sans aucun égard pour l'autre procédure pendante ou décision rendue, le tribunal arbitral peut décider de surseoir à statuer dans l'attente de la décision sur la compétence de l'autre juridiction saisie. C'est ce qu'a jugé par exemple le tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire du plateau des Pyramides par sa première décision sur la compétence, rendue le 27 novembre 1985, dans l'attente du sort devant les juridictions étatiques françaises de la sentence arbitrale de compétence rendue par le tribunal arbitral CCI¹. Le tribunal arbitral CCI et le tribunal arbitral CIRDI avaient en effet été saisis des mêmes demandes par SPP. La décision d'annulation de la sentence arbitrale CCI de la cour d'appel confirmée par la cour de cassation, le tribunal arbitral CIRDI a alors statué et retenu sa compétence par la décision du 14 avril 1988. Cette sentence prononçant un sursis à statuer a le mérite d'éviter que des procédures parallèles ayant le même objet se multiplient, entraînant un risque de contrariété de décisions. Mais elle est rarement utilisée. En effet, les arbitres préféreront sans doute vérifier eux-mêmes leur propre compétence, exerçant ainsi le pouvoir de statuer sur leur compétence qu'ils détiennent. La simple saisine préalable d'une autre juridiction – étatique ou arbitrale – n'atteste en rien de sa compétence, et pourra d'ailleurs parfois constituer un moyen dilatoire. D'ailleurs, en l'espèce, cette décision prise par le tribunal CIRDI a été critiquée en raison de l'autonomie du système CIRDI.

Allant plus loin, on peut s'interroger sur la suite du sursis à statuer. Le tribunal arbitral devra poursuivre l'instance dès que la décision sur la compétence de l'autre juridiction a été rendue. Mais une fois connue, il n'est pas certain que le tribunal arbitral s'estime lié et se conforme à cette décision, sans exercer lui-même le pouvoir de statuer sur sa propre compétence.

560. Ensuite, on peut imaginer, comme le préconisent certains auteurs², que le tribunal arbitral applique la litispendance. Cet outil de résolution des conflits de compétence utilisé entre juridictions d'État permet une coordination efficace lorsque le même litige est pendant devant deux juridictions, la juridiction saisie en second lieu devant se dessaisir au profit de l'autre. Une coordination est ainsi assurée par le seul critère du temps. Cependant, ce mécanisme ne connaît guère de succès chez les arbitres. De nombreux tribunaux arbitraux ont expressément écarté l'application de la litispendance, que ce soit en matière d'arbitrage

¹ Rapporté par E. GAILLARD, obs. sous Trib. arb. CIRDI, décisions sur la compétence, 27 nov. 1985 et 14 avr. 1988, *Southern Pacific Properties c. Egypt*, n° ARB/84/3, *op. cit.*, p. 220.

² J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*

commercial international classique¹, comme en matière d'arbitrage mixte², que l'exception soit invoquée au profit d'une juridiction d'État ou d'une juridiction arbitrale³. La solution a été imposée aux tribunaux arbitraux siégeant en Suisse spécifiquement dans leurs relations avec les autres juridictions étatiques par l'arrêt *Fomento*. Cet arrêt du Tribunal fédéral a suscité un vif émoi chez les praticiens suisses, qui a abouti à la réforme de l'article 186 de la LDIP, écartant le mécanisme.

En dépit du rejet relativement unanime, on observera que l'utilisation de la litispendance a été préconisée par la 5^e recommandation de l'Association de droit international sur la litispendance en arbitrage, faite à l'adresse des arbitres, spécifiquement dans les relations entre tribunaux arbitraux. La recommandation prescrit en effet qu'en cas de procédures arbitrales parallèles, le tribunal arbitral devrait « *se déclarer incompétent ou suspendre en tout ou partie l'Arbitrage En Cours* ». Cependant, les conditions de mise en œuvre du mécanisme sont particulièrement restrictives, et vident pratiquement la règle de sens. Le tribunal arbitral second saisi ne devrait se déclarer incompétent ou suspendre l'arbitrage que s'il apparaît que « *le tribunal arbitral agissant dans la Procédure Parallèle a compétence pour trancher les questions litigieuses soumises dans l'Arbitrage En Cours* ». N'est-ce pas autoriser le second tribunal arbitral saisi à apprécier lui-même sa compétence par rapport au premier tribunal arbitral saisi ? D'ailleurs, cette règle apparaît être quelque peu en contradiction avec la première recommandation prescrivant au tribunal arbitral qui se considère *prima facie* compétent de juger de sa compétence « *sans tenir compte de toute autre procédure pendante entre les mêmes parties devant une juridiction étatique ou un autre tribunal arbitral, qui concerne une ou plusieurs questions litigieuses identiques, ou substantiellement identiques à celles soumises au tribunal arbitral* ».

561. Enfin, il peut arriver que les tribunaux arbitraux ordonnent directement à une partie à l'arbitrage de ne pas poursuivre une autre procédure – judiciaire ou arbitrale – qu'elle a engagée, sous peine de condamnation pour *comptent of court*, laquelle peut exposer la partie à une amende (mais non pas à une peine d'emprisonnement comme le peuvent les juridictions étatiques)⁴. On reconnaît là le mécanisme, issu de la *common law*, de l'injonction *anti-suit*. Son utilisation a pu être rejetée sur le fondement même du pouvoir que détiennent aussi bien

¹ Sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, *op. cit.* ; sentence CCI n° 6142 rendue en 1990, *JDI*, 1990, obs. Y. DERAÏNS ; sentence partielle CCI n° 6709 rendue en 1991, *op. cit.* ; sentence CCI n° 6840 rendue en 1991, *JDI*, 1992.1030, obs. Y. DERAÏNS.

² Trib. arb., CIRDI, décision sur la compétence, 6 août 2003, *Société Générale de Surveillance c. République islamique du Pakistan*, ARB/01/13, *op. cit.*, spéc. p. 267. Le défendeur principal à l'action, l'État du Pakistan, prétendait en effet que le tribunal arbitral CIRDI aurait dû se dessaisir au profit du tribunal arbitral local déjà saisi. Le Tribunal arbitral CIRDI rejette cette demande au motif qu'il s'était déclaré incompétent sur les réclamations fondées exclusivement sur le contrat, et qu'il n'y avait donc pas de compétence concurrente. Aboutissant au même résultat au regard de la conception extrêmement restrictive de la cause de la demande : sentence arbitrale du 3 sept. 2001, *Ronald S. Lauder c. Rép. Tchèque*, spéc. n° 165 ; sentence du 14 mars 2003, *CME Czech Republic BV c. Rép. Tchèque*, spéc. n° 433, cités par C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 93, n° 165.

³ Trib. arb., CIRDI, décision sur la compétence, 6 août 2003, *Société Générale de Surveillance c. République islamique du Pakistan*, ARB/01/13, *op. cit.*

⁴ De man. gén., cf. E. GAILLARD, « Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators », in *International Arbitration 2006 : Back to Basics ? ICCA International Arbitration Congress*, *op. cit.*, p. 235.

le tribunal arbitral que les juridictions d'État de juger de leur compétence¹. Le recours à ce procédé n'est pas inexistant dans l'arbitrage commercial international², et plus fréquent dans l'arbitrage en matière d'investissement³. Par exemple, dans l'affaire *SGS c/ Pakistan*, le tribunal arbitral CIRDI a émis une injonction *anti-suit* afin de protéger son propre pouvoir de statuer sur sa compétence, et plus fondamentalement sa compétence sur le fond à l'encontre d'un autre tribunal arbitral. En l'espèce, la Cour suprême du Pakistan avait émis une injonction *anti-suit* à l'encontre de SGS lui interdisant, sous astreinte, de poursuivre la procédure arbitrale devant le CIRDI au profit de l'arbitrage de Lahore. Le tribunal arbitral CIRDI a alors ordonné lui-même une injonction *anti-suit* non pas contre les parties, mais directement à l'encontre du tribunal arbitral de Lahore, afin qu'il suspende la procédure jusqu'à ce que le tribunal arbitral ait statué sur sa compétence⁴. Le tribunal arbitral CIRDI statuant ensuite sur sa compétence retiendra qu'il n'existe pas de compétence concurrente entre les deux tribunaux arbitraux sur les demandes formées en vertu de violation du contrat et qu'il est compétent uniquement pour les demandes formées sur le fondement du traité. Il retirera alors l'ordre de sursis à statuer qu'il avait adressé au tribunal arbitral de Lahore⁵.

Certains droits autorisent incontestablement les tribunaux arbitraux à prononcer de telles mesures⁶. Nul doute que des arbitres aux sensibilités anglo-saxonnes n'hésiteront pas y recourir. Mais, cet instrument, relativement agressif, sera sans doute peu efficace en dehors de l'arbitrage CIRDI compte tenu de l'absence de possibilité pour le tribunal arbitral d'ordonner de manière efficace les sanctions attachées au *contempt of Court*⁷.

¹ Cf. par ex. l'ordonnance de procédure de novembre 2000, inédite rapportée par L. LEVY, « Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators », in E. GAILLARD (dir.), *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, op. cit., p. 115, spéc. p. 117 par laquelle un tribunal arbitral a refusé de prononcer une injonction au motif que « [i]t is a fundamental principle that each Court and Arbitral Tribunal has jurisdiction to rule on its own jurisdiction or, in other words, has Kompetenz-Kompetenz ».

² Sentence incidente rendue le 14 mai 2001 dans l'affaire CCI n° 8307, reproduite in E. GAILLARD (dir.), *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, op. cit., Annexe 5. Pour d'autres ex., cf. E. GAILLARD, « Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators », op. cit., pp. 251-259.

³ Trib. arb. CIRDI, ordonnance de procédure n° 2, 16 oct. 2002, *Société Générale de Surveillance c. République islamique du Pakistan*, ARB/01/13, op. cit. ; Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 4 déc. 1985, *MINE c. Guinée*, affaire CIRDI, n° ARB/84/4, enjoignant à « l'investisseur de ne plus poursuivre les actions conduites devant les juridictions belges et suisses aux fins de saisies, séquestre et blocage des biens et actifs de l'État, en exécution d'une sentence rendue sous l'égide de l'American Arbitration Association, et de ne pas introduire de nouvelles procédures à l'avenir » ; Trib. arb., 11 janv. 1999, ordonnance de procédure n° 4, 11 janvier 1999, *CSOB c. République slovaque*, ARB/97/4, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, op. cit., ordre réitéré le 1^{er} mars 2000 ; Trib. arb. CIRDI, ordonnance de procédure, 6 sept. 2005, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, ARB/03/24 (refusée). De man. gén., cf. K. D. KERAMEUS, « Anti-Suit injunctions in ICSID Arbitration », in E. GAILLARD (dir.), *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, op. cit. ; E. GAILLARD, « Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators », op. cit.

⁴ Trib. arb. CIRDI, ordonnance de procédure n° 2, 16 oct. 2002, *Société Générale de Surveillance c. République islamique du Pakistan*, ARB/01/13, op. cit. : « the Tribunal recommends that the Islamabad-based arbitration pending between the Government of Pakistan and SGS be stayed until such time, if any, as this Tribunal has issued an award declining jurisdiction over the present dispute, and that award is no longer capable of being interpreted, revised or annulled pursuant to the ICSID Convention. The Tribunal requests that a copy of this procedural order be transmitted to the designated arbitrator so that he is made fully aware of the status of this international proceeding ».

⁵ *Ibid.*

⁶ Cf. par ex. art. 17 de la loi type CNUDCI. E. GAILLARD, « Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators », op. cit., spéc. p. 237-240.

⁷ En ce sens, E. TEYNIER, note sous Procedural Order n° 2 du 16 octobre 2002, *SGS Société générale de surveillance SA c. Islamic Republic of Pakistan*, op. cit.

B.- L'absence de dessaisissement du tribunal arbitral confronté à une procédure parallèle

562. En dépit de ces incertitudes, deux règles, que l'on peut considérer comme étant des conséquences directes de l'effet positif de la compétence-compétence, préservent les tribunaux arbitraux des perturbations issues de procédures parallèles. Tout d'abord, le tribunal arbitral n'a pas à se dessaisir et peut juger de sa compétence bien que confronté à une action en justice concurrente portée devant une autre juridiction – arbitrale ou étatique – relativement au même litige (1). Ensuite, le tribunal arbitral peut poursuivre l'instance sur le fond du litige en dépit du recours formé contre la sentence incidente de compétence devant les juridictions d'État (2).

1).- L'absence de dessaisissement du tribunal arbitral pour juger de sa compétence confronté à une action concurrente

563. On peut observer une tendance, qui se dégage du droit comparé et du droit arbitral de l'arbitrage, visant à permettre au tribunal arbitral saisi de juger de sa compétence, sans avoir une quelconque obligation de se dessaisir du litige au profit d'une juridiction saisie en parallèle, juridiction d'État ou tribunal arbitral. On peut y voir l'une des manifestations de l'effet positif de la compétence-compétence, qui s'étofferait de cette composante : le tribunal arbitral peut juger de sa compétence, et il le peut sans être tenu de surseoir à statuer lorsqu'une juridiction – publique ou privée – est saisie parallèlement d'une contestation visant sa compétence¹. Consécutivement, cette disposition conduit à dispenser les arbitres d'appliquer le mécanisme de la litispendance lorsqu'un juge d'État est saisi au fond du même litige².

564. Les premiers à avoir affirmé cette liberté sont les tribunaux arbitraux eux-mêmes. Prémices de ce raisonnement, le tribunal arbitral constitué dans l'affaire CCI n° 5103 jugeait que « *le tribunal arbitral, en présence de l'incident soulevé devant lui, n'a aucune autorité pour, comme le lui demandent les demanderesses, « vérifier la compétence du tribunal de première instance de Tunis initialement saisi », il s'immiscerait ainsi dans le fonctionnement de la juridiction étatique tunisienne. Mais il peut et il doit, comme tout juge, statuer sur sa propre compétence [...] »*³. D'autres tribunaux arbitraux ont plus clairement retenu la solution, dans l'arbitrage international commercial comme dans l'arbitrage CIRDI. Dans l'arbitrage CIRDI, il est en effet fréquent au regard de la clause de procédure contenue dans le contrat à l'origine de l'investissement et de la clause de règlement des différends prévu au traité de protection des investissements qu'une instance juridictionnelle se déroule en parallèle de la procédure arbitrale CIRDI. Dans de nombreuses affaires, les tribunaux arbitraux statuent sur leur propre compétence sans manifester aucun égard à l'autre organe juridictionnel également saisi et qui statue ou a statué sur sa compétence. Ainsi, par exemple,

¹ En ce sens, A. DIMOLITSA, « Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *op. cit.*, p. 321, n° 17.

² En ce sens, D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 335, n° 14-21 : « [t]he effect of these provisions is that they are not required by the principle of *lis pendens* to stay the case or deny jurisdiction if an action has been brought in the courts ».

³ Sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, *op. cit.*

dans les affaires *Impregilo*¹ et *Bayindir*², les tribunaux arbitraux CIRDI ont tous deux refusé de surseoir à statuer au profit du tribunal arbitral local saisi en application de la convention d'arbitrage contenue au contrat. Cette indifférence du tribunal arbitral au regard d'une instance juridictionnelle parallèle s'exprime parfois avec force, le tribunal arbitral refusant d'obtempérer à une injonction *anti-suit* émise par une juridiction de l'État du siège de l'arbitrage³.

565. Cette solution est d'ailleurs préconisée par certaines sources du droit de l'arbitrage, publiques ou privées.

Du côté des sources publiques, on pourra utilement se référer au droit suisse. L'article 186 al. 1 bis de la LDIP dispose que le tribunal arbitral « [...] statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure ». Un tribunal arbitral siégeant en Suisse ou faisant application de la LDIP pour une toute autre raison « est indifférent aux saisines d'autres juridictions étatiques ou arbitrales, en Suisse ou à l'étranger »⁴. Le tribunal arbitral a donc le feu vert du législateur étatique lui-même pour ne pas tenir compte des instances juridictionnelles en cours. Il n'a pas notamment à faire application de l'article 9 LDIP, entraînant le sursis à statuer de la procédure en cas de litispendance ou le dessaisissement de la seconde juridiction saisie dès lors qu'une décision susceptible d'être reconnue en Suisse a été rendue. Le législateur suisse a prévu une exception, « les motifs sérieux », qui conduiraient à la suspension de la procédure arbitrale. Quels sont-ils ? Est-ce qu'il peut s'agir, comme dans l'affaire *Fomento*, de la renonciation par les parties à la convention d'arbitrage devant les juridictions étatiques⁵ ? Cette exception est difficile à cerner⁶. Mais le Rapport de la Commission des affaires juridiques de la Chambre Haute en propose quelques illustrations⁷. Elles révèlent qu'il est indispensable que ces motifs aient une incidence directe sur la compétence du tribunal arbitral. Dans tous les cas, cette exception est bienvenue, en laissant au tribunal arbitral une certaine liberté d'appréciation.

Cette règle, indispensable à la célérité de l'instance arbitrale, pourrait être perçue comme l'une des manifestations de l'effet positif de la compétence-compétence. Elle est expressément posée par l'article 8(2) de la loi type CNUDCI⁸. Par ce biais, elle bénéficie

¹Trib. arb., CIRDI, décision sur la compétence, 22 avril 2005, *Impreglio c. République islamique du Pakistan*, n° ARB/03/3, *JDI*, 2006.287, obs. E. GAILLARD.

²Trib. arb., CIRDI, décision sur la compétence, 14 nov. 2005, *Bayindir c. République islamique du Pakistan*, n° ARB/03/29, *JDI*, 2006.350, obs. E. GAILLARD.

³ Sentence CCI n° 10623 rendue en 2001, *Salini Costruttori SpA c. République fédérale démocratique d'Éthiopie*, *op. cit.*, p. 227, par laquelle le tribunal arbitral a refusé d'obtempérer à l'*anti-suit arbitration* émise par la Cour suprême fédérale éthiopienne,

⁴ D. BAIZEAU, « Modification de l'article 186 de la LDIP suisse : procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence *Fomento* », *op. cit.*, p. 22.

⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁶ *Ibid.* : « celle dans laquelle une des parties commence la procédure arbitrale uniquement afin de préserver son droit à l'arbitrage en évitant l'expiration d'un délai péremptoire pour le commencement de l'arbitrage stipulé dans la convention d'arbitrage, alors même que les tribunaux étatiques ont déjà été saisis, de bonne foi ».

⁷ Rapporté par P.-Y. TSCHANZ et I. F. GAZZINI, « Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse », *Rev. arb.*, 2007.864, spéc. p. 864.

⁸ Art. 8(2) de la loi type CNUDCI : « [l]orsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué ».

d'une reconnaissance à vocation universelle. En ce sens, de récentes législations s'inspirant de loi type l'ont ainsi reprise, à savoir les toutes récentes lois roumaine¹, dominicaine², mauricienne³, ou encore péruvienne⁴.

566. Du côté des sources privées, on signalera que le nouvel article 23(3) *in fine* du Règlement d'arbitrage CNUDCI dans sa version révisée en 2010 prévoit que le tribunal arbitral « *peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence, nonobstant toute action pendante devant une juridiction étatique visant à contester sa compétence* ». Selon les premiers commentateurs, il semblerait bien que cette disposition ait une « *double portée* »⁵ : consacrer la règle de l'absence d'effet suspensif du recours en annulation sur la poursuite de l'instance arbitrale, mais également que le litige porté devant les tribunaux d'État sur la compétence arbitrale – soit à titre principal, soit à titre incident –, ne puisse suspendre la procédure arbitrale. Dans le même sens, on peut se reporter à la résolution 1/2006 de l'*International Law Association* (ILA) adoptée lors de la 72^{ème} conférence tenue à Toronto (Canada) du 4 au 8 juin 2006 prononçant des recommandations sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage⁶. La première recommandation pose la solution de principe suivante : le tribunal arbitral devrait être indifférent aux autres instances juridictionnelles en cours, et pouvoir se prononcer sur sa propre compétence en vertu de l'effet positif de la compétence-compétence⁷. Cependant, si cette règle est posée en principe, de nombreux tempéraments sont immédiatement prévus, en fonction de l'organe juridictionnel saisi en parallèle : juridiction étatique du siège de l'arbitrage, juridiction étatique d'un autre État que le siège de l'arbitrage, ou un autre tribunal arbitral.

Dans la première hypothèse, si une autre procédure est « *pendante devant une juridiction étatique du lieu de l'arbitrage* », le texte recommande au tribunal arbitral, afin de décider si l'instance arbitrale se poursuit, de « *tenir compte du droit applicable devant cette juridiction et considérer en particulier la possibilité d'annulation de la sentence au cas de contradiction entre cette sentence et la décision de la juridiction étatique* ». La solution proposée nous paraît équilibrée. Elle incite ainsi le tribunal arbitral à tenir compte de cette procédure

¹ Art. 1104 NCPC résultant de la Loi n° 134 du 15 juill. 2010, sur laquelle cf. S. DELEANU, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Roumanie », *Rev. arb.*, 2010.989, p. 994.

² Art. 12(3) de la loi dominicaine selon lequel « [d]ans tous les cas, une fois la juridiction arbitrale saisie, celle-ci pourra continuer à connaître l'affaire, malgré la saisine de la juridiction judiciaire et prononcer une sentence ».

³ Art. 5(4) de la loi d'arbitrage international mauricienne : « [l]orsqu'une Cour est saisie d'une action visée au paragraphe (1), la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une ou plusieurs sentences peuvent être rendues en attendant que cette Cour ait statué » ; cette disposition est reprise à l'art. 20(7).

⁴ Art. 16(5) de la loi péruvienne, selon laquelle « [l]as actuaciones arbitrales podran iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discrecion del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en tramite la excepcion de convenio arbitral ».

⁵P. PIC et I. LEGER, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) », *op. cit.*, p. 109, n° 10.

⁶ La résolution est disponible sur le site : www.ila-hq.org

⁷ 1^{ère} recommandation de l'association de droit international sur la litispendance en arbitrage : « [u]n tribunal arbitral qui se considère *prima facie* compétent en application de la convention d'arbitrage concernée devrait, suivant le principe de compétence-compétence, poursuivre la procédure arbitrale (l'« Arbitrage En Cours ») et statuer sur sa compétence, sans tenir compte de toute autre procédure pendante entre les mêmes parties devant une juridiction étatique ou un autre tribunal arbitral, qui concerne une ou plusieurs questions litigieuses identiques, ou substantiellement identiques à celles soumises au tribunal arbitral dans l'Arbitrage En Cours (la « Procédure Parallèle »). Une fois qu'il s'est considéré compétent, le tribunal arbitral devrait poursuivre l'arbitrage, sous réserve du succès d'une quelconque demande d'annulation ».

parallèle. On pourra lui reprocher d'être par trop territorialiste, et de vouloir à tout prix localiser l'arbitrage sur un territoire étatique. Cependant, il est vrai que même en droit français, un tribunal arbitral dont le siège est en France, qui reconnaît sa compétence en méconnaissance d'une décision d'une juridiction étatique française jugeant la clause d'arbitrage manifestement nulle ou inapplicable, verrait sa sentence annulée¹. Mais l'absence d'automatisme est également sage, en particulier lorsque l'État du siège fait preuve d'une hostilité marquée envers l'arbitrage. Dès lors qu'il est possible que la sentence arbitrale se voit accorder l'exécution forcée dans un autre État qui accepte d'accueillir une sentence arbitrale même annulée à l'étranger, ce qui est le cas du droit français – le rêve de délocalisation de l'arbitrage devenant alors, pour partie, réalité –, le tribunal arbitral pourrait alors prendre le risque d'aller à l'encontre de la procédure parallèle pendante devant la juridiction étatique du lieu de l'arbitrage et sa décision.

Dans la seconde hypothèse, lorsque la procédure juridictionnelle est pendante devant les juridictions étatiques autres que celles du siège de l'arbitrage, le principe d'indifférence reste la solution de principe². Deux exceptions sont toutefois prévues : la renonciation à la convention d'arbitrage par la partie qui a introduit l'arbitrage et « *d'autres circonstances exceptionnelles* ».

Dans la troisième hypothèse, la procédure parallèle introduite préalablement à l'arbitrage en cours étant une instance arbitrale, le principe d'indifférence est complètement écarté si la procédure parallèle en cause se déroule devant un autre tribunal arbitral. La solution préconisée alors est celle de la litispendance³. Néanmoins, comme préalablement exposé, la règle est soumise à des conditions strictes, qui conduisent à largement la relativiser⁴.

567. Que penser de cette solution ? Elle présente l'inconvénient majeur de ne pas rechercher un minimum de coordination entre juridictions d'ordres juridictionnels distincts et ainsi de laisser prospérer un grand désordre juridictionnel transnational. Le risque de multiplication de procédures juridictionnelles parallèles, et ainsi, l'accroissement du coût pour les parties, couplé à la possibilité de contrariété de décisions, est accru par ce choix de l'indifférence, que l'on pourrait qualifier de « *politique de l'autruche* ». C'est ce que ne manque pas d'ailleurs de mettre en évidence la recommandation sur la litispendance précitée, édictant de nombreuses exceptions à cette règle « [...] *afin d'éviter des décisions contradictoires, de prévenir la multiplication coûteuse des procédures ou encore de protéger les parties contre les tactiques oppressives* ». On ajoutera simplement que cette solution nuit à l'économie procédurale, plusieurs juridictions étant saisies d'un même litige : le coût sera supporté soit par les parties, soit par la collectivité lorsque les juridictions publiques sont saisies.

Toutefois, la solution d'indifférence présente sans doute un avantage incontestable : elle laisse le tribunal arbitral libre de statuer sur sa compétence. Elle constitue un moindre mal face à l'absence de règles transnationales concernant la coordination des différentes

¹ CA Paris, 23 oct. 2003, *Société Kocak Ilac Fabrikasi AS et autre c. SA Laboratoires Besins International*, *op. cit.*

² 4^e recommandation de l'ILA sur la litispendance en arbitrage.

³ 5^e recommandation de l'ILA sur la litispendance en arbitrage.

⁴ *Cf. supra*, n° 547.

juridictions, et elle présente au moins l'avantage de préserver l'autonomie du tribunal arbitral, en limitant l'intervention des juridictions étatiques au cours de l'instance arbitrale. Seule en effet une convention internationale ou pourquoi pas une harmonisation spontanée, pourrait apporter une solution à cette difficulté. Comme l'expliquait fort justement un auteur à propos des limites de la solution retenue par le droit suisse, « ces difficultés dépassent, en tout état de cause, la compétence et les moyens d'un législateur national »¹. Sauf si l'ensemble des États reconnaissait l'effet négatif du principe compétence-compétence.

2).- L'absence d'obligation du tribunal arbitral de surseoir à statuer dans l'attente du recours en annulation formé contre la sentence incidente de compétence

568. Seconde règle découlant de l'effet positif de la compétence-compétence, le tribunal arbitral peut poursuivre l'instance sur le fond du litige en dépit du recours formé contre la sentence incidente de compétence devant les juridictions d'État². L'exercice d'une voie de recours à l'encontre de la sentence incidente de compétence avant la reddition de la sentence finale, de même que le délai pour l'exercer, ne suspendent pas le déroulement de la procédure arbitrale³. Il s'agit d'une règle bénéficiant d'une large reconnaissance en droit comparé⁴. Dernière marque de déférence de l'ordre étatique envers l'ordre arbitral, les tribunaux arbitraux peuvent poursuivre les opérations d'arbitrage bien que la sentence incidente de compétence soit frappée d'un recours ou susceptible de l'être⁵ ; il revient au seul tribunal arbitral de décider en dépit du recours formé contre la sentence partielle, de poursuivre ou de suspendre les opérations d'arbitrage. L'exercice d'un recours contre la sentence incidente de compétence, de même que le délai pour l'exercer, n'ont pas d'effet suspensif de l'instance arbitrale. La décision prise par le tribunal arbitral par une ordonnance

¹ D. BAIZEAU, « Modification de l'article 186 de la LDIP suisse : procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence *Fomento* », *op. cit.*, p. 23.

² La doctrine française : R. PERROT, « Les recours devant la cour d'appel empêchent-ils l'arbitre de poursuivre sa mission ? », *Rev. arb.*, 1987.101, p. 114, n° 7. Mettant en évidence la possibilité de subordonner l'exécution provisoire à la remise d'une garantie bancaire au bénéfice de la défenderesse correspondant au montant de la condamnation sur le fond, sentence finale CCI n° 9119 rendue en 1998, rapportée par E. JOLIVET, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : quelques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage », *Gaz. pal.*, 14 déc. 2006, n° 348, p. 16.

³ CA Paris, 7 juill. 1987, *Rev. arb.*, 1988.649, note E. MEZGER ; CA Paris, 17 déc. 1991, *Société Gatoil c. National Iranian Oil Company*, *Rev. arb.*, 1993.281, note H. SYNDET ; CA Paris, 9 juillet 1992, *Société Industrialexport-Import c. société GECI et GFC*, *Rev. arb.*, 1993.303, note Ch. JARROSSON : « l'effet suspensif du recours en annulation concerne l'exécution de la sentence arbitrale et n'a pas pour conséquence de suspendre la procédure arbitrale, les arbitres, autonomes dans le règlement de cette procédure, ayant le pouvoir de la poursuivre conformément à la mission donnée par les parties, sur le fondement de la convention d'arbitrage que, juges de leur propre investiture, ils ont déclaré valable ». Plus récemment : Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *Bull. civ.*, 2002.I.94 ; *JCP G*, 2003.I.105, n°13, obs. J. ORTSCHIEDT : « cet article prescrit la suspension de l'exécution de la sentence objet du recours et s'impose au juge étatique qui en est saisi, mais n'a pas pour effet de suspendre la procédure arbitrale ».

⁴ Parmi de nombreux ex. : art. 16(3) de la loi type CNUDCI ; art. 592 al. 3 CPC autrichien ; droit polonais (art. 1180(3) CPC résultant de la loi du 28 juill. 2005, limitant le délai de recours devant les juridictions polonaises à deux semaines à compter de la réception de l'ordonnance, cf. M. HAUSER-MOREL, « L'arbitrage en Pologne après la réforme de 2005 », *op. cit.*, spéc. p. 424). Concernant les sources privées du droit de l'arbitrage : art. 23(3) du Règlement d'arbitrage CNUDCI version révisée en 2010.

⁵ Pour un exemple de sentence rejetant la demande de sursis à statuer en raison du recours en annulation formé contre la sentence partielle d'incompétence devant les juridictions françaises, sur le fondement même du droit français : sentence finale CCI n° 9119 rendue en 1998, *op. cit.*

de procédure devrait être insusceptible de recours indépendamment de la sentence sur le fond¹.

On signalera simplement que la solution a été heureusement rappelée par le juge des référés, saisi sur le fondement des articles 808 et 809 CPC, afin de refuser de prononcer une injonction visant à suspendre la procédure arbitrale dans l'attente des suites du recours en annulation contre la sentence incidente de compétence devant la cour d'appel de Paris². L'autonomie de la procédure arbitrale est soutenue par ce qu'un auteur a pu qualifié de « *principe de non-interférence* »³. Il suffit de retenir que *l'effet suspensif d'exécution de la sentence* produit par les recours, ou le délai pour l'exercer, en matière d'arbitrage interne⁴, expressément exclu aujourd'hui en matière d'arbitrage international⁵, doit être distingué de *l'effet suspensif de l'instance arbitrale*. Comme le relève justement un éminent processualiste, « [I] *exercice d'un recours, de même que le délai pour l'exercer, ne suspendent pas n'importe quoi* »⁶.

§2.- La décision d'une autre juridiction sur la compétence juridictionnelle générale

569. Lorsqu'un tribunal arbitral statue sur sa propre compétence, est-il tenu de prendre en compte la décision d'une autre juridiction – étatique ou arbitrale – qui, saisie du même litige que le tribunal arbitral, a vu sa compétence contestée au profit de notre tribunal arbitral ? De prime abord, la réponse est évidente. L'autorité de la chose jugée, dans ses effets positif et négatif, est un principe général de droit processuel reconnu par tous les systèmes juridiques : le droit international public, qui l'érige en principe général de droit au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ, tout comme de nombreux droits étatiques – aussi bien de *common law* que les droits d'origine romano-germanique, même si sous des formes quelque peu différentes –⁷. L'autorité de chose jugée est attachée aux décisions ou sentences statuant sur la compétence⁸. En droit judiciaire français, la règle est spécifiquement posée pour le

¹ Cf. par ex. CA Paris, 4 avril 2002, *National Company for Fishing and Marketing c. Foster Wheeler Trading Company AG.*, *Rev. arb.*, 2003.143, note D. BENSANDE.

² TGI Paris (réf.), 29 mars 2010, *République de Guinée Equatoriale c. Société Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd et autres*, *Rev. arb.*, 2011.499 ; *Cah. Arb.*, 2010.853, L. DEGOS : « *si le juge des référés peut ordonner une mesure conservatoire destinée à garantir l'exécution de la décision à venir du tribunal arbitral, il ne peut donner injonction à cette juridiction de suspendre la procédure arbitrale en cours* ».

³ L. DEGOS, « L'absence de pouvoir d'injonction du juge étatique envers l'arbitre en application d'un principe de non-interférence », *op. cit.*

⁴ Art. 1496 CPC : « [I]e *délai pour exercer l'appel ou le recours en annulation ainsi que l'appel ou le recours exercé dans ce délai suspendent l'exécution de la sentence arbitrale à moins qu'elle soit assortie de l'exécution provisoire* ».

⁵ Art. 1526 al. 1^{er} CPC : « [I]e *recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs* ».

⁶ R. PERROT, « Les recours devant la cour d'appel empêchent-ils l'arbitre de poursuivre sa mission ? », *op. cit.*, p. 109, n° 3.

⁷ Sur la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée comme un « *principe général de droit international reconnu par les nations civilisées* », cf. B. HANOTIAU, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *Bull. CCI*, 2003, p. 45.

⁸ Pour le contentieux international public, J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 604 : « [I] *autorité s'attache à l'ensemble des actes juridictionnels, y compris les jugements avant-dire droit ; couvrant en particulier les décisions rendues sur les exceptions préliminaires [...]* ».

jugement statuant sur l'incident de compétence¹. Ce principe général de droit processuel est également admis en droit de l'arbitrage², et devrait être pris en compte par le tribunal arbitral spécifiquement concernant le contentieux de la compétence.

570. Il ne fait pas de doute, selon nous, qu'il y ait bien identité de « *question litigieuse* » – identité de parties, d'objet et de cause – lorsque, *saisis d'un litige identique sur le fond entre les mêmes parties*, le tribunal étatique se voit opposer une exception d'arbitrage et le tribunal arbitral une exception d'incompétence au profit de la justice publique. Pour le tribunal arbitral comme pour le tribunal étatique, il s'agit bien de juger de la même question : le litige relève-t-il de la compétence arbitrale ou de la compétence étatique ? Il en sera de même de l'exception d'incompétence présentée devant un autre tribunal arbitral préalablement saisi : le litige relève-t-il de ce tribunal arbitral ou de l'autre tribunal arbitral³ ? En présence d'une contestation de la convention d'arbitrage portée à titre principal devant les juridictions d'État, il y aura tout au moins identité partielle de matière litigieuse.

571. Certes, il semble que le tribunal arbitral ne soit pas tenu de soulever d'office le moyen tiré de l'autorité de chose jugée, car, comme en matière interne⁴, elle serait simplement d'intérêt privé⁵, bien que l'économie procédurale, nouvel objectif de politique juridique, tende à modifier les termes du débat⁶. L'exception de chose jugée, simple question de recevabilité, ne peut en principe être contrôlée en droit français⁷. Mais elle peut l'être par les juridictions d'autres États⁸. Même en droit français, une voie étroite reste ouverte par le biais de l'ordre

¹ Art. 480 al. 1 CPC ; art. 775 CPC (rappelant spécifiquement que l'autorité de la chose jugée est attachée aux ordonnances que prend le juge de la mise en état qui statue sur les exceptions de procédure, concernant la procédure se déroulant devant le tribunal de grande instance).

² En ce sens, B. HANOTIAU, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *op. cit.* ; Ch. JARROSSON, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *op. cit.*

³ L'hypothèse est envisagée par la résolution 1/2006 de l'*International Law Association* (ILA) adoptée lors de la 72^{ème} conférence tenue à Toronto (Canada) du 4 au 8 juin 2006 prononçant des recommandations sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage, admettant dans sa troisième recommandation qu'« [u]ne sentence arbitrale bénéficie, dans le cadre d'une procédure arbitrale ultérieure, des effets positifs et négatifs de l'autorité de la chose jugée », sous réserves de conditions, cumulatives. On ne s'attardera pas dans ces développements sur ce point, centralisant nos développements sur les rapports entre un tribunal arbitral et une juridiction d'État. En ce sens également, J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 425, n° 477 (lorsque deux tribunaux arbitraux ont leur siège en Suisse, la décision du premier tribunal arbitral lie le second tribunal arbitral ; la solution vaudrait également entre un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse et un tribunal arbitral siégeant à l'étranger, la décision rendue par ce dernier liant le tribunal arbitral siégeant en Suisse, mais « *seulement après avoir été reconnue dans l'État du siège de celui-ci* » en application de la Convention de New York de 1958).

⁴ Art. 125 CPC.

⁵ Cf. la septième recommandation sur l'autorité de la chose jugée résultant de la résolution 1/2006 de l'*International Law Association* (ILA), selon laquelle « [l']effet négatif de l'autorité de la chose jugée attachée à une sentence arbitrale n'a pas à être soulevé d'office par le tribunal arbitral. Si il n'a pas été renoncé à cet effet négatif, celui-ci devrait être soulevé dès que possible par la partie qui s'en prévaut ».

⁶ Le caractère d'intérêt privé de l'exception de chose jugée est cependant aujourd'hui discuté compte tenu de la possibilité reconnue au juge de relever d'office cette exception.

⁷ Plus récemment, CA Paris, 9 sept. 2010, en somm. *Rev. arb.*, 2010.963. P. MAYER, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », *op. cit.*, spéc. p. 195 : la plupart des États ne prévoyant pas « *une disposition sanctionnant la sentence rendue au mépris d'une irrecevabilité, le juge étatique requis d'exercer son contrôle sur la sentence serait désarmé devant un refus de l'arbitre de faire droit à l'exception* ».

⁸ Cf. notamment en droit suisse (Tribunal fédéral suisse, *Club Atlético de Madrid SAD c. Sport Lisboa E Benfica – Futebol SAD*, 13 avril 2010).

public international spécifiquement en cas d'inconciliabilité¹. La solution devrait valoir en cas d'inconciliabilité des jugements d'incompétence². En outre, le non-respect de l'autorité de chose jugée par le tribunal arbitral concernant spécifiquement la compétence devrait pouvoir être contrôlé par les juridictions d'État à travers le contrôle de la compétence³. Aussi est-il souhaitable que le tribunal arbitral s'y conforme, sous peine de voir sa décision sur la compétence écartée par l'État requis, sous un grief ou un autre.

572. Distinguons selon que la décision émane d'une juridiction d'État (A) ou d'un autre tribunal arbitral (B).

A.- La décision émanant d'une juridiction d'État

573. Occasionnellement, les tribunaux arbitraux jugent de leur compétence en se référant au jugement prononcé par une juridiction d'État⁴. On observera que dans certaines de ces affaires, la référence au jugement est un moyen surabondant, le tribunal arbitral tranchant lui-même au préalable l'incident de compétence⁵.

574. Certains droits étatiques requièrent que les tribunaux arbitraux jugent de leur compétence en tenant compte de l'autorité de chose jugée attachée à une décision étatique rendue préalablement. Le droit suisse se prononce en ce sens⁶. Le Tribunal fédéral retient plus particulièrement que le jugement sur la compétence prononcé par une juridiction d'État a autorité de chose jugée sur le tribunal arbitral siégeant en Suisse, tenu de suivre ce jugement⁷. La même solution est affirmée pour tout jugement étranger, à la condition qu'il soit reconnu ou susceptible de l'être en Suisse : « *l'arbitre siégeant en Suisse est lié par cette décision* »⁸. La même solution prévaut en droit français lorsque la sentence en cause méconnaît un jugement français⁹. En revanche, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'une sentence prenant le

¹ En ce sens, B. HANOTIAU, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *op. cit.*, p. 50, n° 30 ; S. BOLLÉE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2007, *République du Congo c. GAT*, *Rev. arb.*, 2007.805, pp. 815 à 820.

² En ce sens, J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, pp. 757-758, n° 38. *Contra*, V. CHANTEBOUT, note sous CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie*, *Rev. arb.*, 2010.525, spéc. n° 10.

³ P. SCHLOSSER, « Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage », *op. cit.*, p. 374.

⁴ Sentence CCI rendue à Paris le 23 sept. 1982, *Dow chemical*, *Rev. arb.*, 1984.137 ; sentence CCI n° 6142 rendue en 1990, *op. cit.* ; sentence CCI n° 6535 rendue en 1992, *JDI*, 1993.1024 ; sentence CCI n° 9163 rendue le 5 fév. 2001, *op. cit.*

⁵ Sentence CCI n° 6142 rendue en 1990, *op. cit.* ; sentence CCI n° 9163 rendue le 5 fév. 2001, *op. cit.* : « [s]'il en était besoin, le prononcé de l'ordonnance du juge-commissaire du 31 mai 2000 lève les dernières hésitations [...]. En se déclarant incompétent et en renvoyant les parties devant le tribunal arbitral, le juge-commissaire ne fait évidemment que constater la pleine efficacité de la convention d'arbitrage ».

⁶ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*

⁷ Tribunal fédéral suisse, 13 sept. 2004, consid. 7.3. 4P.114/2004, rapporté par A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, *op. cit.* p. 407, n° 777.

⁸ Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279, *op. cit.* : « si un tribunal étranger a admis sa compétence par un jugement qui doit être reconnu en Suisse, l'arbitre siégeant en Suisse est lié par cette décision ». Pour un exemple dans lequel l'accueil du jugement étranger en Suisse était impossible car méconnaissant la Convention de New York, le Tribunal fédéral juge alors que le tribunal arbitral n'est pas lié par ce jugement : Tribunal fédéral suisse, 19 déc. 1997, *Cia Minera Condesa SA et Cia de Minas Buenaventuras SA c. BRGM Pérou SAS*, ATF 124 III 83, *op. cit.*

⁹ Pour des exemples d'annulation de sentence en droit français compte tenu de la méconnaissance par le tribunal arbitral de l'autorité de la chose jugée d'un jugement français ayant statué sur la compétence : CA Paris, 7 juin 1984, *Société Belin c. Société d'Aide Technique et de Coopération SATEC*, *op. cit.*, p. 508 ; CA Paris, 18 nov. 2004, *Ess Food c. Société Caviartrade*, *Rev. arb.*, 2006.755, obs. P. DUPREY.

contrepied d'un jugement étranger puisse être accueillie en France à la condition que le juge français du contrôle se prononce dans le même sens que le tribunal arbitral sur le contentieux de la compétence¹. Sous réserve des instruments de circulation des jugements intra-européens, le juge français pourra s'opposer en toutes circonstances à l'accueil d'un jugement étranger statuant sur la compétence arbitrale, puisque l'effet négatif du principe compétence-compétence a été élevé au rang de condition de régularité des jugements étrangers, ne pouvant être méconnu en France². On rappellera qu'il importe peu que ce jugement étranger non respecté par le tribunal arbitral émane de l'État du siège de l'arbitrage et que la sentence ait été ensuite annulée par les juridictions de ce dernier. L'État français ne verra pas d'obstacles à accueillir une sentence annulée dans l'État du siège, si le juge du contrôle estime quant à lui que le tribunal arbitral s'est reconnu à juste titre compétent ou incompétent. La question ne s'est jamais précisément posée concernant le contentieux de la compétence, mais on ne voit pas quel motif pourrait faire obstacle à l'application de la jurisprudence *Hilmarton/Putrabali* à ce contentieux.

575. Le raisonnement voulant que la décision de la juridiction de l'État du siège sur la compétence s'impose *ipso facto* au tribunal arbitral vaut principalement si l'on adhère à une vision localisée de l'arbitrage, le tribunal arbitral étant un organe de jugement comme un autre de l'État du siège de l'arbitrage. La décision sur la compétence juridictionnelle générale prononcée par les juridictions du siège s'imposera telle quelle au tribunal arbitral, sans que ce dernier ne puisse apprécier ce jugement. L'autorité de chose jugée devrait jouer pleinement.

Au contraire, si l'on adhère à une vision délocalisée de l'arbitrage, cette conception ne prévaut pas nécessairement. Entre ordres juridiques, l'autorité de chose jugée d'une décision ne s'impose pas telle quelle. Un contrôle de la régularité de la décision étrangère au regard des normes fondamentales par l'ordre juridique requis, même succinct, est en principe exigé. L'État français par exemple, comme la plupart des États, accueille un jugement étranger ou une sentence arbitrale par le biais des procédures de reconnaissance et d'exequatur des décisions étrangères ou des sentences arbitrales. Ces procédures peuvent être perçues comme des mécanismes de relevance. Or, on observe que systématiquement, ces procédures prévoient le contrôle de la compétence de la juridiction émanant d'un autre ordre juridique – juridiction d'État à travers le contrôle de la compétence internationale indirecte, tribunal arbitral sur le fondement des articles 1492 1° et 1520 1° CPC –. On le constate : dès qu'il y a reconnaissance ou exequatur, procédure de relevance entre ordres juridiques, un contrôle de la compétence de la juridiction d'origine, même succinct, est opéré. Il semble donc qu'entre

¹ CA Paris, 24 fév. 1994, *Ministère tunisien de l'Équipement c. Société Bec Frères*, *Rev. arb.*, 1995.275, obs. Y. GAUDEMET. Le ministère tunisien de l'Équipement prétendait au soutien de son recours en annulation contre la sentence arbitrale devant les juridictions étatiques françaises « *que la clause compromissoire a été annulée par une décision de la juridiction étatique tunisienne qui a autorité de la chose jugée en France en application de la convention franco-tunisienne du 28 juin 1972* ». La cour d'appel écarte cette prétention au visa de l'effet positif du principe de compétence-compétence, du principe d'autonomie de la clause compromissoire et de la règle de l'aptitude des États à compromettre. En présence de contrats internationaux, « *le ministère de l'équipement ne peut donc – au regard de l'ordre public international – invoquer ni les prohibitions de son droit interne, ni les décisions rendues par les juridictions tunisiennes au regard du droit interne pour se soustraire à l'application des clauses compromissoires qu'il a lui-même introduites dans les contrats* ».

² Cf. *supra*, n° 72.

systèmes juridiques, la décision sur la compétence ne soit pas automatiquement accueillie, sans aucun droit de regard¹.

576. Ainsi, dès lors que l'on adhère à l'existence d'un ordre arbitral autonome, il nous semble que les arbitres ne devraient pas nécessairement s'estimer liés par un jugement étranger ou une sentence arbitrale appréciant leur compétence, qu'ils ne devraient pas nécessairement s'y conformer. Les multiples points de contact du litige avec les différents ordres juridiques étatiques conduisent à relativiser l'impact d'un jugement d'État sur la compétence juridictionnelle générale. Bien évidemment, l'ordre juridique étatique dont émane la décision aura plus ou moins d'impact selon les liens qu'il entretient avec l'arbitrage. Un tribunal arbitral sera ainsi sans doute fortement poussé à prendre en compte la décision émanant de l'État du siège ou d'un État où les parties détiennent le principal de leurs actifs, sous peine de voir sa sentence annulée ou son exequatur refusée dans les États dont il a méconnu le jugement². Au contraire, un tribunal arbitral écartera plus facilement une décision émanant d'un ordre juridique étatique avec lequel l'arbitrage n'entretient que peu ou pas de lien, notamment lorsque la sentence peut être exécutée dans d'autres États.

Allant plus loin, pourquoi ne pas imaginer que les tribunaux arbitraux opèrent d'eux-mêmes un test de régularité du jugement présenté au regard des règles transnationales de l'arbitrage ? Le manque de structure de l'ordre arbitral, ordre inachevé, conduit à ce qu'il n'existe pas encore devant les arbitres un contrôle type, à l'image de la procédure de reconnaissance permettant l'accueil d'un jugement étatique selon des normes précises. Pourtant, ce contrôle serait fort utile. Il permettrait à un tribunal arbitral de définir si un jugement émanant d'une juridiction étrangère est ou non relevant pour l'ordre arbitral. Les arbitres pourraient ainsi vérifier que le jugement étranger a respecté les règles transnationales – fondamentales – de l'arbitrage régissant la convention d'arbitrage qui peuvent être aisément identifiées : autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, aptitude des États à compromettre, principe d'arbitrabilité des litiges du commerce international, liberté de renonciation à la convention d'arbitrage, respect des droits de la défense dans le procès sur la compétence, etc. Si c'est le cas, ils pourraient alors s'y conformer ; à défaut, ils devraient l'écarter, apprécier leur compétence sans aucunement tenir compte de cette décision.

¹ C'est pourquoi inversement, le droit judiciaire français opère une distinction à l'article 96 CPC, entre les juridictions de l'ordre judiciaire, et les autres juridictions émanant d'un autre ordre juridictionnel (pénal, administratif, arbitral ou étranger). L'al. 2nd de cette disposition permet, ou plus exactement oblige une juridiction de l'ordre judiciaire qui se juge incompétente à désigner l'autre juridiction qu'elle estime compétente lorsque celle-ci appartient au même ordre de juridictions (ce sera nécessairement une juridiction judiciaire civile française). Au contraire, l'al. 1^{er} prescrit à la juridiction de l'ordre judiciaire de renvoyer les parties à mieux se pourvoir lorsqu'est en cause un autre ordre de juridictions (pénal, administratif, étranger, ou arbitral). Ainsi, la précaution prise par cet article conduit à ce que la décision du premier juge saisi qui se juge incompétent s'impose seulement au sein du même ordre juridictionnel, mais qu'elle ne s'impose pas aux juridictions d'un autre ordre, sans doute par déférence envers les autres ordres juridictionnels. C'est d'ailleurs, concernant spécifiquement les juridictions étrangères, la justification qui est retenue : « *cette solution s'explique par le fait que le respect des souverainetés étatiques étrangères interdit aux juridictions françaises de prendre une décision d'autorité qui s'imposerait au juge étranger* » (L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 175, n° 282).

² En ce sens, cf. par ex. P. MAYER, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 202, note n° 44, selon lequel : « [s]i le tribunal étatique qui a statué est celui du siège de l'arbitre, l'arbitre devra en général s'estimer incompétent pour éviter l'annulation de sa sentence ».

Certes, les tribunaux arbitraux tentent toujours de tout mettre en œuvre pour que leur sentence puisse être susceptible de sanction légale par les États au regard des contrôles *a posteriori* exercés sur la sentence. Mais, c'est parfois impossible. Aussi observe-t-on en pratique que certains tribunaux arbitraux n'hésitent pas à méconnaître les décisions émanant des juridictions d'État, qu'elles relèvent ou non du siège de l'arbitrage. Mieux, certains tribunaux arbitraux n'hésitent pas à braver les juridictions, qu'elles relèvent ou non de l'État du siège, en refusant d'obtempérer à une injonction *anti-suit*, se jugeant compétents pour connaître du fond de l'affaire. D'ailleurs, on observera qu'une injonction *anti-suit*, alors qu'existe tout au moins l'apparence d'une convention d'arbitrage, ne sera sans doute pas accueillie par les juridictions françaises. Les conditions posées par l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation le 14 octobre 2009 sont en ce sens, puisque la Haute juridiction requiert, pour que l'injonction *anti-suit* soit jugée exécutoire, que cette décision ne conduise pas à priver du droit d'accès au juge dès lors qu'elle a, notamment, « *pour finalité de faire respecter la convention attributive de compétence souscrite par les parties* ». Ainsi, si la Cour affirme que « *n'est pas contraire à l'ordre public international l'"anti suit injunction" dont [...] l'objet consiste seulement, comme en l'espèce, à sanctionner la violation d'une obligation contractuelle préexistante* »¹, cela laisse présager qu'une injonction *anti-suit* rendue en méconnaissance de l'apparence d'une convention d'arbitrage sera sans doute elle, *a contrario*, écartée de notre ordre juridique pour violation de l'ordre public international.

B.- La décision émanant d'un autre tribunal arbitral

577. Une sentence arbitrale jugeant de la compétence doit-elle être prise en considération par un autre tribunal arbitral dont la compétence est contestée ?

De manière générale, l'autorité de chose jugée s'impose-t-elle de sentence à sentence ? Les recommandations de l'*International Law Association* sur l'autorité de chose jugée en arbitrage préconisent au tribunal arbitral saisi dans le cadre d'une procédure arbitrale ultérieure d'accepter qu'une sentence arbitrale antérieure puisse produire les effets positif et négatif de chose jugée. Les conditions dans lesquelles une sentence arbitrale peut bénéficier des effets positif et négatif de l'autorité de la chose jugée dans le cadre d'une procédure arbitrale ultérieure sont détaillées à l'article 3, reprenant la règle de la triple identité, bien qu'elles soient quelque peu restrictives et rattachées à une conception par trop localisée de l'arbitrage, puisque la sentence ne bénéficierait de l'autorité de chose jugée que si elle « *est devenue définitive dans son pays d'origine et qu'il n'existe aucun obstacle à sa reconnaissance dans le pays du lieu de l'arbitrage ultérieur* ». Aussi a-t-on pu en déduire qu'un tribunal arbitral saisi en second devrait respecter une sentence préalablement rendue², que cette sentence juge de la compétence juridictionnelle générale – répartition de la compétence entre justice publique et justice privée –, ou de la compétence arbitrale spéciale³. A défaut, elle pourrait être « *considérée comme inconciliable avec une précédente sentence sur la compétence. Il pourrait en résulter une violation de l'ordre public international* »⁴.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 2009, *In Beverage International c. In Zone Brands Inc.*, *op. cit.*

² J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 754, n° 35, concernant spécifiquement la sentence d'incompétence.

³ *Ibid.*, p. 755, n° 36.

⁴ *Ibid.*, p. 758, n° 38.

Les juridictions françaises ont été saisies de la question dans le cadre du recours en annulation formé contre une sentence, au motif qu'elle n'aurait pas respecté une sentence préalable¹. En l'espèce, dans la première sentence, le tribunal arbitral avait jugé d'un litige opposant la société Papillon et la République Arabe de Syrie. Cette dernière contestait la compétence arbitrale au motif qu'elle n'était pas liée par le contrat principal et ainsi par la clause compromissoire, ce dernier ayant été signé par un organisme public indépendant. Ce tribunal arbitral saisi s'est jugé compétent à l'égard de la République syrienne. Saisi d'une nouvelle action par la société Papillon à l'égard de la République Arabe de Syrie et d'autres parties, le second tribunal arbitral saisi se jugera au contraire incompétent à l'égard de la République syrienne. Le recours en annulation formé contre la seconde sentence soutenait que cette dernière était contraire à l'ordre public international au regard de la contradiction avec la première sentence ; le second tribunal arbitral aurait méconnu l'autorité de la chose jugée de la première sentence, cette dernière étant par ailleurs passée en force de chose jugée puisqu'un recours en annulation formé à son encontre a été rejeté. Constatant l'absence d'identité de matière litigieuse entre les deux procédures arbitrales car les parties n'étaient pas toutes identiques dans les deux instances, la cour d'appel refusera de faire jouer l'autorité de chose jugée de la première sentence sur la seconde.

578. En toute hypothèse, quelles que soient les conséquences qu'en tirent les juridictions françaises, cette affaire révèle que dans le cadre d'une procédure arbitrale ultérieure, les tribunaux arbitraux ne sont pas nécessairement enclins à se conformer à une sentence antérieure. Au-delà des particularités de l'espèce, et même si on peut estimer qu'il y avait bien identité de matière litigieuse, une partie de la doctrine écarte toute possibilité du jeu de l'autorité de la chose arbitrée entre sentences concernant la compétence au regard de l'effet positif de la compétence-compétence. Cette règle devrait permettre en toutes circonstances à un tribunal arbitral d'apprécier lui-même sa compétence, sans aucun égard pour une sentence arbitrale préalable². En ce sens, M. Chantebout retient que l'autorité positive de chose jugée ne peut valoir que dans un ordre juridique cohérent, ce qui n'est pas le cas « *en matière arbitrale* », car « *un tel ordre juridictionnel fait défaut, chaque arbitre devrait pouvoir se prévaloir de la même liberté d'appréciation que l'arbitre saisi avant lui et rien ne lui impose de tenir pour vraies les conclusions de son prédécesseur [..]* »³. Si le propos peut nous sembler excessif au regard de l'inexistence d'un ordre arbitral, on conviendra que cet ordre juridictionnel n'est ni unitaire, ni hiérarchisé. Mais il est en voie de structuration.

En ce sens, les acteurs du monde de l'arbitrage peuvent travailler ensemble pour assurer un minimum de cohérence. On encouragera donc la prise en compte de l'autorité de chose arbitrée entre tribunaux arbitraux, sous réserve que le premier tribunal arbitral saisi n'ait pas méconnu une règle transnationale de l'arbitrage fondamentale régissant la convention d'arbitrage.

¹ CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie*, *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2009, n° 199, p. 43 ; *Rev. arb.*, 2009.434, somm. 2009-24 ; *Rev. arb.*, 2010.525, note V. CHANTEBOUT.

² V. CHANTEBOUT, CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie*, *op. cit.*, p. 538 : « *il n'en va pas de même pour les questions d'investiture : chaque arbitre est évidemment jugé de sa propre compétence et ne saurait être tenu par ce qui a été tranché par quiconque sur ce point* ».

³ *Ibid.*

Conclusion

579. En conclusion, on retiendra que le procès arbitral sur la compétence navigue entre deux eaux.

D'un côté, il est original sur nombre d'aspects. Le tribunal arbitral n'est pas tenu de suivre les règles du droit judiciaire privé. Cette spécificité est particulièrement marquée en ce qui concerne la prise en compte des instances ou des décisions sur la compétence par les autres juridictions. La nécessaire autonomie du tribunal arbitral – qui se manifeste également ici dans l'appréciation de sa propre compétence – conduit à des solutions complexes et nuancées, loin des mécanismes traditionnels, de l'automatisme de la litispendance ou de l'autorité de la chose jugée. L'effet positif de la compétence-compétence trouve même son prolongement naturel dans deux règles garantissant l'absence d'interférence des juridictions étatiques le temps du procès arbitral : l'absence de dessaisissement pour juger de sa compétence lorsqu'il est confronté à une action concurrente d'une part, et l'absence d'obligation de surseoir à statuer dans l'attente du recours en annulation formé contre la sentence incidente de compétence d'autre part.

D'un autre côté, il est globalement assez classique concernant les autres conditions procédurales d'exercice de l'effet positif du principe de compétence-compétence, et s'aligne d'ailleurs dans l'ensemble sur les mêmes règles posées en procédure civile bien qu'elles ne soient pas directement applicables à l'arbitrage. Il s'agit pour le tribunal arbitral, comme pour toute juridiction, saisi d'un déclinatoire ou d'office, de procéder à l'examen juridictionnel de sa compétence : un contrôle en fait et en droit, qui respecte les principes fondamentaux du procès.

580. Cet élément pratique vient au renfort de notre hypothèse : le tribunal arbitral examine sa compétence selon une procédure *juridictionnelle* encadrée par des règles, que l'on peut dégager du droit transnational, attestant que le tribunal arbitral juge, dit le droit, sur sa compétence. On rejoint ici le second critère formel de l'acte juridictionnel, à savoir le critère procédural : « *est juridictionnel l'acte qui émane d'une autorité, mais selon une procédure, une organisation donnée* »¹. Ces éléments convergents ne se heurtent-ils pas à un dernier obstacle : le tribunal arbitral peut-il émettre un jugement sur sa compétence ?

¹ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op. cit., p. 33, n° 48.

Chapitre 3.- La décision arbitrale sur la compétence

581. Quelle est la nature de la décision que rend le tribunal arbitral sur sa propre compétence ? Est-ce qu'elle constitue une sentence – une décision juridictionnelle –, ou une « *simple opinion* », un avis personnel que le tribunal arbitral émet sur sa propre compétence ?

Il est sans cesse rappelé, voire martelé, et ce, par toutes les sources du droit, et sous toutes les formes, que la décision que rend le tribunal arbitral sur sa compétence n'est pas définitive¹. La décision sur la compétence que rend le tribunal arbitral paraît donc spécifique. Ainsi, on a pu nier son caractère même de sentence, d'acte juridictionnel, et ainsi remettre en cause le fait que cette décision bénéficie des mêmes attributs que toute sentence arbitrale. C'est ainsi, indirectement, dénier la juridicité de la norme émise par le tribunal arbitral sur sa compétence, remettre en cause le caractère pluraliste du principe compétence-compétence.

On rejoint ici le troisième critère formel permettant de considérer qu'un acte est juridictionnel : « *l'acte juridictionnel produit un effet qui lui est propre* : l'autorité de chose jugée »².

Aujourd'hui, incontestablement, il est admis que la décision par laquelle le tribunal arbitral juge de sa compétence revêt d'une part, la qualification de sentence (section 1) et d'autre part, les attributs de toute sentence (section 2).

Section 1.- La qualification de sentence

582. Si dans une première analyse, la qualification de sentence a été rejetée (§1), il est aujourd'hui au contraire admis que la décision du tribunal arbitral sur sa compétence revêt un caractère juridictionnel (§2).

§1.- Le rejet de la qualification

583. Le rejet de la qualification de sentence vise aussi bien la décision par laquelle le tribunal arbitral se juge compétent (A), que la décision par laquelle le tribunal arbitral se juge incompétent (B).

A.- La décision de compétence

584. Selon une partie de la doctrine, la décision par laquelle le tribunal arbitral se juge compétent, en totalité ou en partie, serait une simple opinion. Sans en faire un inventaire exhaustif, quelques-unes des formules employées illustrent notre propos : le tribunal arbitral n'a pas « *le dernier mot* », il prononcerait une décision provisoire, « *une simple constatation qui ne lierait – au plus – que lui* »³. L'auteur insiste d'ailleurs sur l'absence de caractère juridictionnel de cette décision, lui refusant les effets de plein droit qui y sont attachés, en particulier l'autorité de la chose jugée⁴. L'analyse faite de la nature de la décision que rend le

¹ J.-F. POUURET et S. BESSON, *Comparative law of international arbitration*, op. cit., p. 384, n° 457.

² Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op. cit., p. 34, n° 52.

³ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », op. cit., p. 339, n° 10.

⁴ *Ibid.*, spéc. p. 351, n° 21 : « *il ne s'agit pas [...] d'une norme revêtue de l'autorité de la chose jugée, ni même d'un véritable acte juridique* »

tribunal arbitral sur sa compétence est d'ailleurs parfaitement cohérente avec la qualification que M. Mayer retient de l'effet positif, considérant que cette règle « *ne suppose ni un pouvoir, ni une compétence* »¹, mais la simple possibilité pour le tribunal arbitral de ne pas surseoir à statuer dans l'attente du contrôle *a posteriori* de la compétence arbitrale par les juridictions étatiques, « *appréciation [...] destinée à l'emporter* » et qui « *est la seule à constituer une véritable décision* »².

585. Dans le système d'arbitrage CIRDI, on peut également observer que la décision par laquelle le tribunal arbitral se déclare compétent est désignée sous le terme de « *décision* » et non de « *sentence* », seule la décision d'incompétence bénéficiant de cette qualification³. Cependant, l'objectif n'est pas de dénier la nature juridictionnelle de la décision prise par les tribunaux arbitraux CIRDI. Il est simplement d'exclure le recours immédiat contre la décision incidente de compétence, pour le reporter avec la sentence sur le fond. C'est pourquoi on considère que la décision incidente de compétence s'intègre dans la sentence sur le fond⁴.

B.- La décision d'incompétence

586. La décision par laquelle le tribunal arbitral se juge totalement incompétent est rare⁵. Mais les exemples d'incompétence partielle sont nombreux⁶. Les analyses les plus anciennes refusent à cette décision la qualification de sentence. La sentence d'incompétence serait une « *totale absurdité* »⁷. Pire, un déni de justice, un refus de juger⁸, « *une démission suspecte* »⁹. « *Voilà une personne qui considère elle-même que la volonté des parties ne lui a pas conféré un quelconque pouvoir de juger : il serait donc contradictoire qu'elle prétende prendre une décision juridictionnelle, serait-ce pour dire que le litige n'est pas couvert par la convention d'arbitrage ; elle n'exprime en fait qu'une opinion dénuée de toute autorité, et qui notamment ne saurait s'imposer à un tiers que les parties ou l'organisme d'arbitrage désigneraient par la suite comme nouvel arbitre* »¹⁰. Un autre auteur approuve d'ailleurs cette

¹ *Ibid.*, spéc. p. 334, n° 13.

² *Ibid.*, spéc. p. 346, n° 14.

³ E. GAILLARD, obs. sous la sentence sur la compétence du 6 août 2004, *Joy Mining Machinery Ltd c. République arabe d'Égypte*, *JDI*, 2005.163, p. 177 ; C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, p. 535, n° 69.

⁴ Comité *ad hoc* CIRDI, 18 janvier 2006, *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, extraits publiés au *JDI*, 2007.260 ; in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. II)*, *op. cit.*, p. 268, n° 227.

⁵ J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 730, n° 1 ; N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 355, n° 5.122.

⁶ E. JOLIVET, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : l'incompétence de l'arbitre », *Gaz. pal.*, 21-22 avril 2006, p. 38. Cf. par ex., le recours ayant été rejeté par le Tribunal fédéral suisse, 19 août 2008, décision 4A_128/2008, *X. Ltd. c. Y et Z. S.p.A.*, *Rev. arb.*, 2009.842 sur lequel P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH, « Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse », *Rev. arb.*, 2009.827.

⁷ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, spéc. p. 353, n° 23.

⁸ J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, p. 234, n° 349 : les arbitres « *doivent, non pas rendre une décision d'incompétence, qui n'aurait aucune valeur, puisqu'il en pourrait s'agir que d'un acte émanant de simples particuliers, mais refuser de juger* ».

⁹ E. MEZGER, CA Paris, 7 juin 1984, *Société Belin c. Société d'Aide Technique et de Coopération SATEC*, *op. cit.*, p. 511.

¹⁰ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, spéc. p. 353, n° 23.

analyse, en des termes plus nuancés, retenant que « [l]es arbitres qui se déclarent incompétents ne peuvent rendre une « décision d'incompétence ». Ils ne peuvent que refuser de juger. En raison de la composante contractuelle de l'arbitrage, l'arbitre qui se déclare incompétent n'a pas de pouvoir juridictionnel. Agissant non plus comme un juge, mais comme un simple particulier, sa « sentence » d'incompétence ne peut pas être considérée comme un acte juridictionnel »¹. Les auteurs tempèrent cependant leur propos afin d'écartier les inconvénients pratiques majeurs de cette solution² : voir dans la décision d'incompétence une simple opinion conduirait d'une part, à la fermeture des voies de recours contre la décision d'incompétence des tribunaux arbitraux, et d'autre part, à la possibilité pour les parties de provoquer, sans limite, la constitution de tribunaux arbitraux jusqu'à ce que l'un d'eux accepte de se juger compétent – cet avis étant dépourvu d'autorité de chose jugée –.

Cette analyse est encore aujourd'hui retenue par certains droits, mais à titre seulement exceptionnel. C'est notamment le cas du droit néerlandais³. L'analyse aurait également prévalu lors des travaux sur la loi type CNUDCI de 1985 sur l'arbitrage commercial international, à l'origine du « *mutisme de la loi type* »⁴.

587. Que le tribunal arbitral se juge compétent ou incompétent, les arguments avancés au soutien du rejet de la qualification de sentence sont discutables.

L'argument principal développé à l'appui de cette théorie est le suivant : ce qui est justement contesté à l'arbitre, c'est sa qualité d'arbitre, de juge, sa qualité d'organe juridictionnel. Il ne peut donc pas prendre une décision juridictionnelle sur sa compétence, puisqu'il n'est pas même établi qu'il soit un juge⁵. C'est ce que traduit d'ailleurs parfaitement la célèbre formule qui a été reprise maintes fois : « *il n'est pas davantage possible à un individu de se conférer par sa propre décision le titre d'arbitre, qu'il ne lui serait donné de s'élever au-dessus du sol en se tirant par les cheveux* »⁶. Ces démonstrations ne sont pas décisives en ce qu'elles opèrent une confusion, classique et entretenue à cette époque, entre compétence du tribunal arbitral et investiture de l'arbitre. Mais on sait, comme cela a d'ailleurs été démontré préalablement⁷, que le fait pour l'une des parties de contester la compétence du tribunal arbitral – la possibilité de juger de ce litige déterminé, survenu entre ces parties – ne conduit pas à remettre nécessairement en cause la qualité d'arbitre, de juge, des membres du tribunal arbitral, ni d'ailleurs la qualité d'organe juridictionnel du tribunal arbitral. Ce sont des questions distinctes : la compétence relève de la convention d'arbitrage,

¹ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n^{os} 86 et s.

² P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, spéc. p. 354, n^o 24 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, p. 234, n^o 349.

³ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 430, n^o 481 ; art. 1052(5) WBR.

⁴ J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 737, n^o 11.

⁵ *Ibid.*, p. 341, n^o 11 : « *tant que la contestation par une des parties de la validité ou de la portée de l'accord qui l'institue n'a pas été jugée mal fondée, il n'est pas établi qu'il soit un véritable arbitre à l'égard de tous les aspects du litige ; et comme c'est seulement en cette qualité qu'il pourrait – à défaut d'accord exprès distinct de la convention d'arbitrage – prendre une décision quelconque, reconnaître la décision par laquelle il se déclare compétent supposerait que l'on ait d'abord vérifié qu'il était effectivement compétent – ce qui rendrait sans objet la reconnaissance* ».

⁶ *Ibid.*, p. 342, n^o 11.

⁷ *Cf. supra*, spécialement la distinction entre compétence et investiture n^{os} 360 et s.

l'investiture du contrat d'arbitre¹. L'apparence vraisemblable de compétence arbitrale suffit à conduire à la constitution du tribunal arbitral, et à l'investir de cette parcelle minimum du pouvoir juridictionnel : le pouvoir de juger de sa compétence.

Le second argument implicite sur lequel s'appuie cette analyse est que la décision du tribunal arbitral n'est pas définitive, puisqu'elle est susceptible d'un contrôle *a posteriori* par les juridictions étatiques : « *l'appréciation du juge étatique est destinée à l'emporter, [...] elle est la seule à constituer une véritable décision* »². Cet argument n'est pas plus probant et peut être facilement écarté. De nombreuses juridictions statuent sous réserve du recours postérieur formé contre leur décision, sans que pour autant la nature juridictionnelle de leur décision soit niée, remise en cause. Par exemple, le fait que la décision sur sa compétence d'une juridiction de première instance puisse être frappée d'un contredit de compétence devant la cour d'appel, conduit-il à considérer que cette décision sur la compétence ne constitue pas un véritable acte juridictionnel, mais une simple opinion ?

§2.- L'admission de la qualification

588. Une analyse renouvelée, majoritaire aujourd'hui, admet que la décision par laquelle le tribunal arbitral juge de sa compétence – qu'il se retienne compétent ou incompétent – peut être qualifiée de sentence ; mieux, elle est traitée comme une sentence. Premier argument théorique, la décision du tribunal arbitral sur sa compétence est incluse tout simplement dans la définition générique de la sentence (A). Second argument plus technique, outre qu'il soit admis que la décision sur la compétence produit les mêmes effets que la sentence³, les juridictions d'État jugent recevables contre la sentence jugeant de la compétence les recours ouverts contre toute sentence (B).

A.- La définition générique de la sentence

589. Une tendance se dessine en droit de l'arbitrage visant à inclure dans la définition générique de la sentence la décision par laquelle le tribunal arbitral juge de la compétence.

Ainsi, en droit français, il suffit de relire la définition de la sentence arbitrale régulièrement rappelée par la jurisprudence⁴, et parfaitement reçue par la doctrine⁵. Constituent une sentence arbitrale « *les décisions des arbitres qui tranchent d'une manière définitive, en tout ou partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la*

¹ Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*

² P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, spéc. p. 346, n° 14.

³ Cf. *infra*, n° 592.

⁴ CA Paris, 25 mars 1994, *Société Sardisud et autre c. société Technip et autre*, *Rev. arb.*, 1994.391, note Ch. JARROSSON : « *les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance* » ; cf. également CA Paris, 26 oct. 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 200, 3^e esp., obs. ? : « *seules peuvent faire l'objet d'un recours en annulation les sentences arbitrale, c'est-à-dire les décisions des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance* » ; CA Paris, 11 avril 2002, *Rev. arb.*, 2003.143, 2^e esp., note D. BENSUAUDE.

⁵ Sur la notion de sentence, cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 748, n° 1349.

compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance »¹. La décision par laquelle le tribunal arbitral statue sur sa compétence est systématiquement intégrée dans la définition générique donnée de la sentence. Mieux, la solution a été posée alors que le tribunal arbitral avait qualifié la décision par laquelle il avait statué sur sa compétence d'ordonnance de procédure. Dans cette hypothèse, la cour d'appel de Paris n'a pas hésité à requalifier l'acte en cause de sentence arbitrale, admettant alors la recevabilité du recours en annulation contre cet acte, en jugeant que « *ces ordonnances [la première ayant statué notamment sur la compétence] ont ainsi tranché des questions de procédure litigieuses entre les parties, et constituent des décisions de nature juridictionnelle exprimant le pouvoir reconnu aux arbitres pour décider de leur propre compétence et régler de manière autonome la procédure arbitrale ; qu'elles ont donc le caractère de sentences arbitrales* »². Les juges du contrôle n'hésitent pas à requalifier l'acte qui leur est présenté au vu de leurs propres critères de l'existence d'une sentence, reprise des critères de l'arbitrage : « *existence d'un litige, mission juridictionnelle* »³. La décision par laquelle le tribunal arbitral juge de sa compétence « *tranche définitivement une contestation* »⁴, qu'il s'agisse d'une sentence incidente de compétence ou d'une sentence d'incompétence.

C'est ici un critère matériel central de l'acte juridictionnel que l'on retrouve, tiré de l'existence d'une contestation ou d'un litige. C'est peut-être *in fine* le plus convaincant : « *l'acte juridictionnel est un acte juridique composé d'une constatation portant sur une contestation soulevée et d'une décision qui tranche définitivement la contestation* »⁵.

La même analyse s'impose en droit comparé. La sentence arbitrale fait l'objet de définitions divergentes. Pour cette raison, la Convention de New York n'a pas pris le soin véritablement de la définir. Bien qu'elle n'ait pas été retenue, on peut observer que la définition de sentence proposée par le projet de loi type CNUDCI qualifie de sentence arbitrale « *une sentence finale qui tranche toutes les questions soumises au Tribunal arbitral*

¹ CA Paris, 25 mars 1994, *Société Sardisud et autre c. société Technip et autre*, *op. cit.* ; CA Paris, 10 nov. 1995, *Verbièse*, *Rev. arb.*, 1997.596, obs. J. PELLERIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, *Société française de rentes et de financement Crédirente c. Compagnie générale de garantie et autre*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009. 654 : « *une décision se prononçant sur le montant et la répartition d'un solde d'honoraires dus à l'expert ne tranche en aucune manière tout ou partie du litige au fond qui oppose les parties, ou encore la compétence ou bien un incident de procédure qui met fin à l'instance ; que la cour en a exactement déduit que cette décision ne constituait pas une sentence au sens des articles 1482 et suivants du code de procédure civile et, partant, que l'appel de la société Crédirente était irrecevable* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 oct. 2011, *Groupe Antoine Tabet c. République du Congo*, n° 09-72439 : « *après avoir énoncé à bon droit que seules peuvent faire l'objet d'un recours en annulation les véritables sentences arbitrales, c'est-à-dire les actes qui tranchent de manière définitive, en tout ou partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance [...]* ».

² CA Paris, 9 juillet 1992, *Société Industrialexport-Import c. société GECI et GFC*, *Rev. arb.*, 1993.303, note Ch. JARROSSON. Cf. également en droit suisse, un cas de requalification d'une prétendue ordonnance de procédure, signée par son seul président et non motivée qui excluait de l'arbitrage une partie à la procédure, en sentence par la cour d'appel du Canton de Genève, citée par S. JARVIN, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev. arb.*, 1998.611, p. 619, note n° 13.

³ Ch. JARROSSON, note sous CA Paris, 25 mars 1994, *Société Sardisud et autre c. société Technip et autre*, *op. cit.*, p. 308, n° 5.

⁴ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 85.

⁵ BONNARD, *Précis de droit public*, 1940, p. 70, rapporté par Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.* Sur les critères matériels de l'acte juridictionnel, cf. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, pp. 36 à 38.

ainsi que toute décision par laquelle le Tribunal arbitral statue sur une question de fond, une question relative à sa compétence ou toute autre question de procédure mais uniquement, dans ce dernier cas, si le Tribunal arbitral confère à sa décision le nom de sentence »¹. On le constate encore une fois : la définition proposée inclut la décision des arbitres sur leur compétence.

590. Bien évidemment, les tribunaux arbitraux peuvent prendre de véritables ordonnances de procédure concernant le déroulement du procès spécifiquement sur les questions de compétence. Par exemple, ce peut être une ordonnance de procédure qui fixe le moment où le tribunal arbitral statuera sur sa compétence, ou encore la décision de l'arbitre de poursuivre la procédure arbitrale alors que la sentence incidente sur la compétence fait l'objet d'un recours devant une autorité compétente². Celles-ci généralement ne tranchent pas définitivement un litige entre les parties, mais portent sur « la marche de la procédure »³, ou « police de l'instance »⁴ : la simple organisation de la procédure arbitrale. Elles « participent seulement de l'instruction du litige sans préjuger de son règlement »⁵, « régi[ssent] les étapes formelles d'une instance, la forme, la façon et l'ordre dans lequel une instance doit être conduite »⁶, bénéficiant alors d'un régime juridique distinct de la sentence arbitrale : elles ne dessaisissent pas le tribunal arbitral, qui peut lui-même la modifier après débat, et « ne peuvent faire l'objet d'un recours distinct de celui exercé contre la sentence »⁷.

B.- L'admission de l'ouverture des voies de recours admises contre toute sentence

591. Seules les sentences peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou d'une procédure d'exequatur. On peut observer que le droit positif français se prononce incontestablement en faveur de la qualification de sentence de la décision par laquelle le tribunal arbitral juge de sa compétence, puisque les voies de recours ouvertes contre cette décision sont celles ouvertes contre toute sentence. La décision de compétence ou d'incompétence est susceptible d'être frappée d'un recours en annulation. En la matière, la sentence incidente de compétence est particulièrement révélatrice de cette analyse : elle est considérée comme une sentence, susceptible de recours en annulation immédiat⁸.

Le droit comparé est également en ce sens⁹. De manière plus originale, le droit italien ouvre le contredit de compétence, assimilant en toute hypothèse la décision du tribunal arbitral à un véritable jugement¹.

¹ S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, op. cit., p. 289, n° 48.

² Visée par S. JARVIN, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », op. cit., pp. 630-361.

³ Ch. JARROSSON, note sous CA Paris, 9 juillet 1992, *Société Industrialexport-Import c. société GECEI et GFC*, op. cit., p. 310, n°s 12 et 13.

⁴ Ch. JARROSSON, note sous CA Paris, 25 mars 1994, *Société Sardisud et autre c. société Technip et autre*, op. cit.

⁵ CA Paris, 25 mars 1994, *Société Sardisud et autre c. société Technip et autre*, op. cit.

⁶ S. JARVIN, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », op. cit., p. 614.

⁷ *Ibid.*

⁸ E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », op. cit., n° 85.

⁹ Ouvrant les voies de recours contre la sentence de compétence ou d'incompétence : art. 190(21)(b) LDIP ; art. 1697(3) du Code judiciaire belge ; art. 67 de l'*Arbitration Act* anglais 1996 ; art. 548.2 et 611.1 CPC autrichien.

Section 2.- Les attributs de la sentence

592. Quels attributs revêt la décision par laquelle le tribunal arbitral statue sur sa compétence² ? Dès lors que l'on admet qu'il s'agit d'une sentence arbitrale, d'un acte juridictionnel, la décision sur la compétence doit bénéficier des attributs identiques à ceux de toute sentence définitive statuant sur le fond du litige. En la matière, il suffit donc de se référer aux effets de plein droit que produit toute sentence arbitrale. Ils sont énumérés aux articles 1484 al.1^{er} et 1485 al. 1^{er} CPC, applicables à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506 4^o CPC, et sont applicables à la sentence sur la compétence. Tout d'abord, « [l]a sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche » (§1). Ensuite, la sentence sur la compétence « a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche »³ (§2).

§1.- Le dessaisissement du tribunal arbitral de la compétence

593. La règle de dessaisissement posée par l'article 1485 al. 1^{er} CPC⁴ vaut pour le litige sur la compétence. Que le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une sentence incidente, ou qu'il statue sur sa compétence dans la décision finale, il ne peut plus revenir sur ce qu'il a jugé, modifier sa décision sur la compétence et pourquoi pas se prononcer en sens contraire. La solution est identique à celle du droit judiciaire, posée par l'article 481 CPC, qui reprend une règle ancienne, de droit processuel, connue déjà en droit romain et qui a traversé les siècles sous la formule latine suivante : « *lata sententia iudex desinit esse iudex* » : « la sentence une fois rendue, le juge cesse d'être juge »⁵. La solution est généralement justifiée de la manière suivante : « [e]n prononçant son jugement, le juge a totalement épuisé son pouvoir de juridiction »⁶. En droit judiciaire, la solution a d'ailleurs pu être appliquée spécifiquement au contentieux de la compétence. Ainsi, il a été jugé qu'« un juge qui s'est déclaré compétent dans un premier jugement ne peut ensuite se déclarer incompétent pour connaître de la demande »⁷. La solution doit être identique en droit de l'arbitrage. A défaut, la nouvelle décision prise par le tribunal arbitral devrait être susceptible d'un recours pour violation de l'ordre public. La solution semble confirmer par un arrêt de la cour d'appel de

¹ Article 819 ter. du Code de procédure italien tel qu'il résulte de la réforme de la loi du 2 fév. 2006 (sur lequel, cf. Ch. GIOVANNUCCI-ORLANDI, « La nouvelle réglementation italienne de l'arbitrage après la loi du 2 fév. 2006 », *op. cit.*, p. 23).

² La problématique a été parfaitement posée avant nous. Cf. J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.* ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 422 ; B. MOREAU, « Le prononcé de la sentence entraîne-t-il le dessaisissement des arbitres ? », *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET*, *op. cit.*, p. 453.

³ On ajoutera que la force probante d'un acte authentique est également attribué à la sentence arbitrale par la jurisprudence (solution ancienne et constante : Cass. req., 7 janv. 1857, *DP*, 1857.1.406 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 déc. 1990, *Rev. arb.*, 1991.317, note Ph. THÉRY ; CA Paris, 24 mars 2005, *JCP*, 2005.I.179, n^o 7, obs. ORTSCHIEDT) et ainsi, elle fait foi jusqu'à inscription de faux (pour tout ce que le juge accomplit lui-même ou les éléments qui ont lieu en sa présence). Les attributs de la sentence sont donc presque identiques à ceux d'un jugement interne, à l'exception bien évidemment de la force exécutoire.

⁴ Pour une application récente, Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2009, n^o 08-17984, inédit : « les juges ou les arbitres, saisis d'une contestation relative à l'interprétation d'une précédente décision, ne peuvent, sous prétexte d'en déterminer le sens, apporter une modification quelconque aux dispositions précises de celle-ci, fussent-elles erronées ».

⁵ N. FRICERO, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 149.

⁶ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 459, n^o 719.

⁷ Cass. soc., 29 octobre 1986, *Bull.*, 1986.V.497 ; Cass. civ. 2^{ème}, 27 janvier 1988, *Bull. civ.*, 1988.II.29.

Paris du 10 septembre 2009. Parmi les divers griefs invoqués au soutien de son recours en annulation, le demandeur invoquait notamment la violation de l'ordre public procédural par la sentence finale au motif que « *le tribunal arbitral a dénié sa compétence pour statuer sur sa demande reconventionnelle alors que la sentence intermédiaire du 10 octobre 2007 il s'était au contraire déclaré compétent pour statuer sur la demande* ». La cour d'appel, visant spécifiquement les dispositions de sentence qui énoncent que la demande reconventionnelle est rejetée, retient que « *le tribunal arbitral n'a pas dénié sa compétence et qu'il n'est pas démontré de contradiction incompatible avec l'ordre public international de procédure entre la sentence partielle et la sentence attaquée* »¹.

Cet élément nous permet de prendre la mesure des inconvénients pratiques de la théorie écartée préalablement selon laquelle le tribunal arbitral ne prendrait pas une décision juridictionnelle sur sa compétence. A défaut du caractère juridictionnel de la décision par laquelle le tribunal arbitral statue sur sa compétence, ce dernier pourrait ainsi statuer dans un sens, puis changer d'avis selon son bon gré. Reconnaître ainsi le caractère juridictionnel de cette décision contribue à la sécurité juridique et à la cohérence du procès.

594. La règle du dessaisissement connaît principalement deux limites.

La première classique, commune au droit de l'arbitrage et au droit judiciaire, résulte de l'article 1485 al. 2 CPC. Cette disposition reconnaît au tribunal arbitral la possibilité d'« *interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande* ». Ainsi, concernant le contentieux de la compétence, le tribunal arbitral pourrait, pourquoi pas, statuer sur un chef d'incompétence opposé par l'une des parties auquel il n'avait pas répondu, sa sentence n'encourant pas alors l'annulation pour avoir statué *infra petita*². L'article 1485 CPC ne devrait pas permettre comme l'article 58(1)(d) de la loi d'arbitrage péruvienne résultant du Décret législatif No. 1071 de 2008 la possibilité d'un recours en « *exclusion* » en matière de compétence et d'arbitrabilité contre la sentence permettant, une fois la sentence rendue, que « *les arbitres puissent éliminer de la sentence toute question qui tomberait en dehors de leur compétence ou serait non arbitrable* ». Si une telle voie de recours vise à préserver la sentence arbitrale, pour la part juger pour lequel le tribunal arbitral s'était justement jugé compétent, la règle nous semble contraire à la sécurité juridique et à la prévisibilité pour les parties au litige. Elle est contraire au principe de dessaisissement et à la valeur de sentence de la décision du tribunal arbitral. Mais surtout, cette nouvelle voie de recours nous semble inutile puisque le juge de l'annulation en présence d'une sentence divisible peut annuler uniquement la partie de la sentence pour laquelle le tribunal arbitral a excédé sa compétence. La règle est d'ailleurs expressément reconnue en droit péruvien à l'article 63(3) pour les cas de dépassement de compétence arbitrale³.

¹ CA Paris, 10 sept. 2009, *Société M Schneider Schaltgerätebau und Elektroinstallationen GmbH c. société CPL Industries Limited*, *Rev. arb.*, 2010.548.

² De man. gén., cf. Cass. civ. 2^{ème}, 7 janv. 1999, *Sté Syca*, *Bull., civ.*, 1999.II.1 ; *Procédures*, 1999, n° 58, obs. R. PERROT ; *Rev. arb.*, 1999.272, note Ph. FOUSSARD : « [l']omission par l'arbitre de statuer sur un chef de demande peut être réparée par l'arbitre et ne constitue pas un cas d'ouverture du recours en annulation ».

³ L'article 63(3) de la loi d'arbitrage péruvienne résultant du Décret législatif No. 1071 de 2008 : « [t]ratandose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulacion afectara solamente a

La seconde, plus originale, résulte de la faculté pour le tribunal arbitral dessaisi d'être à nouveau réuni afin de pouvoir rétracter une sentence arbitrale en cas de fraude, et d'en prononcer une autre. On retrouve naturellement le recours en révision admis en cas de fraude depuis l'arrêt *Fougerolle*¹. La règle, récemment rappelée en droit français par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 17 juin 2010², peut-elle trouvée à s'appliquer spécifiquement concernant la compétence d'un tribunal arbitral ? S'il nous semble que les manœuvres frauduleuses ont principalement vocation à porter sur le fond du litige, on ne peut écarter que l'imagination de certains plaideurs les conduise à tenter d'établir la compétence d'un tribunal arbitral par des manœuvres frauduleuses, dans l'espoir d'une autre justice, de l'application d'un autre droit. Dans cette hypothèse, qui devrait rester un cas d'école, il nous semble que le tribunal arbitral devrait pouvoir en cas de fraude, même dessaisi par la reddition d'une sentence de compétence, être à nouveau saisi et réuni afin de rétracter la sentence arbitrale de compétence, au profit d'une sentence d'incompétence.

595. L'une des conséquences principales de la règle de dessaisissement est l'obligation consécutive pour le tribunal arbitral de juger du fond de l'affaire pour laquelle il s'est jugé compétent, sous peine de commettre un déni de justice.

§2.- L'autorité de chose jugée de la sentence jugeant de la compétence

596. En application de l'article 1484 al. 1^{er} CPC, la sentence « *a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* ». Dans le cadre d'une procédure juridictionnelle postérieure, les juridictions françaises sont tenues au respect de la sentence antérieure jugeant du principal, sous peine de voir leur jugement censuré pour méconnaissance des articles 1351 et 1484 al. 1^{er} CPC³. Il devrait en être de même pour la sentence sur la compétence, que le tribunal arbitral retienne ou décline sa compétence⁴, que la sentence porte sur ce seul point⁵ ou tranche également le fond du litige. Il ne fait pas de doute que la décision sur la compétence en bénéficie puisque, comme l'expose la doctrine la plus autorisée, « *toute sentence, à partir du moment où elle mérite cette*

los materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás ; en caso contrario, la anulacion sera total».

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *Rev. arb.*, 1993.91 ; sur lequel cf. M. DE BOISSÉSON, « L'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt *Fougerolle* rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992) », *Rev. arb.*, 1993.3.

² CA Paris, 17 juin 2010, *SARL African Petroleum Consultants (APC) c. société Nationale de Raffinage (Sonara)*, *Rev. arb.*, 2010.844, note S. BOLLÉE : « *il résulte des principes généraux du droit en matière de fraude que la rétractation d'une sentence arbitrale rendue en matière d'arbitrage international doit être admise en cas de fraude lorsque le tribunal arbitral peut être à nouveau réuni après le prononcé de la sentence* ».

³ Cass. com., 26 mai 2009, 08-11588 ; CA Paris, 13 fév. 2003, *Granger Apperce c. Hess*, *Gaz. Pal.*, 31 mai 2003, n° 151, p. 19 : « *[u]ne sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. Elle confère en conséquence à son bénéficiaire, comme un jugement, une créance qui paraît fondée en son principe, même si la sentence a fait l'objet d'un appel, et même si elle n'est pas exécutoire* ».

⁴ Cf. spécifiquement pour la sentence d'incompétence, Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2004, *Sté Spie Batignolles TP c. Société RET-SER engineering agency* (n° 02-18317) et *Sté Spie Batignolles TP et autres c. Sté COFACE* (n° 00-15070), *Gaz. Pal.*, 15 janv. 2005, n° 15, p. 33, note F.-X. TRAIN.

⁵ La solution est identique au droit commun, cf. art. 480 al. 1^{er} CPC : « *[l]e jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche* ».

qualification, a l'autorité de chose jugée »¹. La solution est d'ailleurs identique en procédure civile concernant spécifiquement le jugement qui tranche la compétence. Nous présenterons quelques généralités (A), puis les effets de l'« *autorité de chose arbitrée* » (B).

A.- Généralités

597. Reconnaître l'autorité de chose jugée à la sentence jugeant de la compétence, est-ce admettre que le tribunal arbitral détient la compétence-compétence définitive ? Il ne fait pas de doute que dès sa reddition, la sentence qui tranche la question de la compétence, est « *définitive* » au sens procédural du terme, ce terme étant « *réserve aux décisions de justice dotées de l'autorité de la chose jugée dès leur prononcé et indépendamment des voies de recours ouvertes* »². C'est incontestablement le cas de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence. Elle a l'autorité de la chose jugée et lie les parties³. En revanche, le caractère définitif de la sentence arbitrale ne se confond pas avec la force de la chose jugée ou le caractère irrévocable d'un jugement : la sentence tranchant la question de la compétence peut faire l'objet d'un recours. L'autorité de la chose jugée n'est que « *provisoire* » et ce n'est qu'une fois les recours contre la sentence épuisés ou les délais de recours expirés que la décision sur la compétence prise par le tribunal arbitral deviendra définitive au sens commun du terme et passera en « *force de chose jugée* ». Le dernier mot revient donc aux juridictions étatiques. La décision du tribunal arbitral n'est pas « *définitive* » au sens du droit commun. Pourquoi alors a-t-on pu tant insister sur le caractère non définitif de cette décision ? Peut-être dans un but purement didactique, afin de convaincre la faction la plus hostile à la reconnaissance de l'effet positif de la compétence-compétence.

Cette précision faite sur le sens de l'autorité de la chose jugée, il faut encore définir les conditions d'accueil de l'autorité de la chose jugée de la sentence sur la compétence par les juridictions étatiques, certaines sûres et classiques (1), d'autres plus controversées et spécifiques à l'arbitrage (2).

1).- Les conditions classiques de l'accueil de l'autorité de chose jugée d'une sentence

598. L'accueil de l'exception tirée de la chose jugée de la sentence sur la compétence est bien évidemment soumis à des conditions identiques au droit commun : il s'agit de la fameuse règle de la triple identité qui impose une identité de parties, de cause et d'objet, ou, autrement dit, « *entre les intéressés, de la même question* »⁴. Si l'identité de parties ne soulève pas de difficultés particulières, ce n'est pas le cas de la cause et de l'objet.

599. Tout d'abord, concernant l'identité de « *chose demandée* », objet de la demande, deux situations doivent être évoquées.

¹ Ch. JARROSSON, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *op. cit.*, p. 31, n° 18.

² « Fiche méthodologique en matière civile – L'autorité de chose jugée des jugements civils », *BICC*, 15 fév. 2008, n° 676.

³ En ce sens, N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 353, n° 5.117 : « [a]n award on jurisdiction made by an arbitral tribunal, wheter as an interim or final award, is binding on the parties of the arbitration ».

⁴ La formule est de M. JEOL, concl. sous Cass. Ass. plén., 3 juin 1994, *D.*, 1994,395 ; *RTD civ.*, 1995.177 obs. J. NORMAND.

La première situation ne pose pas de difficultés particulières. C'est celle dans laquelle le juge étatique est saisi au fond du même litige que le tribunal arbitral qui a précédemment statué sur sa compétence et que l'un des litigants oppose une exception d'incompétence au profit du tribunal arbitral qui a déjà eu à statuer sur sa compétence. Indépendamment du fond du litige, il y a incontestablement identité d'objet du litige concernant la compétence. Dans les deux cas, le juge étatique et le tribunal arbitral sont saisis d'une question litigieuse identique : déterminer si le litige relève de la justice arbitrale ou de la justice étatique. Apportons une précision : l'exception de chose jugée ne pourra être opposée que si c'est une exception d'arbitrage qui est présentée devant la juridiction étatique, et non pas une autre exception d'incompétence, touchant par exemple aux questions de la compétence juridictionnelle internationale de la juridiction étatique, ou aux répartitions de compétence propres au droit interne.

La seconde situation est plus problématique. Peut-on considérer qu'il y ait identité d'objet lorsqu'une juridiction étatique a été saisie à titre principal d'une demande tendant à voir prononcer la nullité de la convention d'arbitrage ? La demande principale en nullité de la convention d'arbitrage est interdite en droit français, mais acceptée dans d'autres pays. La réponse dépend sans doute de l'exception d'incompétence qui a été présentée devant le tribunal arbitral. Si l'une des parties a contesté uniquement l'étendue de la convention d'arbitrage, l'objet du litige n'est pas nécessairement identique à une action principale tendant à voir prononcer la nullité de la convention d'arbitrage.

600. Ensuite, concernant l'identité de cause de la demande, on doit prendre en considération la récente consécration en droit judiciaire, puis en droit de l'arbitrage, de la règle de la concentration des moyens, règle que l'on approuve pleinement en ce qu'elle est un outil essentiel de « *régulation des flux du contentieux* »¹. La dissociation aujourd'hui faite entre la cause de la demande et le fondement juridique invoqué au soutien de la demande impose également selon nous que l'autorité de la chose jugée puisse être opposée même à une demande au fond présentée devant un autre tribunal arbitral ou une juridiction publique menée sur un fondement juridique distinct de la première instance arbitrale.

2).- Les conditions spécifiques aux sentences arbitrales

601. A côté des classiques conditions rappelées, il reste à identifier si la sentence doit, pour que son autorité de chose jugée s'impose aux juridictions étatiques, avoir été accueillie dans l'ordre juridique français. A l'instar du droit judiciaire reconnaissant à l'article 480 al. 1^{er} CPC l'autorité de la chose jugée au jugement « *dès son prononcé* » et ce, même concernant spécifiquement le jugement qui statue sur une exception de procédure, et donc l'exception d'incompétence, on doit admettre que la sentence par laquelle le tribunal arbitral tranche sa compétence a dès sa reddition l'autorité de la chose jugée. L'article 1484 al. 1^{er} édicte la solution de manière générale, et doit selon nous, sans aucune difficulté, s'appliquer aux questions de compétence.

602. La difficulté est de déterminer si l'autorité de la chose jugée de la sentence s'impose telle quelle, aux juridictions françaises, dès sa reddition, ou si l'ordre juridique

¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 267, n° 225.

français doit d'abord en faire réception, par l'une des voies de recours ouvertes contre la sentence arbitrale : annulation, reconnaissance ou exequatur. La sentence émanant d'un tribunal arbitral, qui n'est pas une juridiction de l'État français, ne doit-elle pas nécessairement passer par une procédure d'accueil, un mécanisme de relevance ?

Certains auteurs admettent que les juridictions de l'État du siège sont liées par la sentence rendue par le tribunal arbitral sur la compétence¹, sans qu'il soit besoin de passer par une procédure de reconnaissance. Cependant, leur analyse prévaut dans la représentation de l'arbitrage adoptée : le tribunal arbitral est intégré dans l'ordre juridique du siège de l'arbitrage.

La question s'est posée, tout au moins indirectement, à la première chambre civile, dans l'affaire *Batignolles*². L'une des parties se prévalant de l'autorité positive de la chose jugée de la sentence d'incompétence rendue dans le cadre d'un arbitrage internationale dont le siège était à l'étranger – en l'espèce Taïwan – afin de justifier la compétence internationale étatique française selon les règles de droit international privé, il aurait été intéressant de connaître le sort de cette sentence : s'imposait-elle aux juridictions françaises *ipso facto*, indépendamment du sort de cette sentence, que son autorité de chose jugée soit définitive ou seulement provisoire, ou fallait-il que la sentence soit intégrée dans notre ordre juridique par le biais de la procédure de reconnaissance – à titre principal ou incident, peu importe – ou d'exequatur, acquérant ainsi une autorité de chose jugée définitive pour l'ordre juridique français ? Il est regrettable que la décision n'ait pas abordé cette question centrale. Comme le souligne un auteur, « *l'influence du contrôle étatique des sentences arbitrales ne devrait pas être négligée : on ne peut sans doute pas appréhender l'autorité de chose jugée d'une sentence de la même façon selon qu'elle fait ou non l'objet d'un recours devant une juridiction étatique, selon que ce recours est porté devant les juridictions du siège de l'arbitrage ou dans un autre État, selon que ce recours est pendant ou épuisé, et dans ce dernier cas, selon qu'il s'est traduit par l'annulation ou le refus d'exequatur de la sentence ou au contraire par sa validation ou son caractère exécutoire* »³. Les deux décisions rendues par la Cour de cassation – l'une portant sur l'autorité de la chose jugée, l'autre sur l'opposabilité de la sentence aux tiers – restent complètement silencieuses concernant les conditions dans lesquelles une sentence arbitrale rendue à l'étranger s'impose aux juridictions étatiques françaises. Mais, en toute hypothèse, la question n'était pas directement posée.

Certains éléments nous conduisent à nous demander si la juridiction d'État saisie n'opère pas elle-même, et ce, même succinctement, un contrôle superficiel de la compétence, similaire

¹ En ce sens, J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 424. Spécifiquement sur la sentence d'incompétence, cf. M^{me} DIMOLITSA, qui se prononce dans le même sens concernant spécifiquement la sentence d'incompétence, retenant que la juridiction étatique saisie du même litige devra écarter toute exception d'incompétence en faveur de l'arbitrage si le tribunal arbitral s'est jugé incompétent : « [i]l en découle que les tribunaux de l'État du siège, à l'exception de l'autorité de recours, sont liés par la sentence rendue au sujet de la compétence » (A. DIMOLITSA, « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », *op. cit.*).

² Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2004, *Sté Spie Batignolles TP c. Société RET-SER engineering agency* (n° 02-18317), *op. cit.*,

³ F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2004, *Sté Spie Batignolles TP c. Société RET-SER engineering agency* (n° 02-18317) et *Sté Spie Batignolles TP et autres c. Sté COFACE* (n° 00-15070), *op. cit.*

à une procédure de reconnaissance incidente¹. En effet, dans l'arrêt du 20 janvier 2004, la Cour de cassation censure la cour d'appel pour ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses propres constatations alors que cette dernière avait « *précisé que le tribunal arbitral avait constaté que "la société RET-SER n'avait pas donné son accord à la reprise par la société Spie Batignolles TP du contrat et qu'il en avait déduit que les deux parties n'avaient pas d'accord d'arbitrage avec effet juridique et caractère obligatoire"* ». On ne sait s'il s'agit simplement de rapporter le contenu de la sentence arbitrale d'incompétence et ainsi de tenir « *pour acquise la solution retenue par la sentence arbitrale d'incompétence* »², ou d'une vérification sommaire du raisonnement du tribunal arbitral qui aboutit à l'incompétence.

Certes, l'effet d'autorité de chose jugée est de plein droit. Mais l'autorité de chose jugée d'une sentence arbitrale peut-elle s'imposer aux juridictions françaises, alors que cet acte juridictionnel opposé aux juridictions d'État émane d'un autre ordre juridique ? L'autorité de la chose jugée de la sentence ne devrait-elle pas, pour pouvoir être opposée au juge français, passer par la procédure de reconnaissance ? En ce sens, ne serait-il pas opportun de reconnaître la possibilité pour le juge étatique saisi du fond du litige auquel est opposée l'autorité de la chose jugée d'une sentence statuant sur la compétence d'évaluer lui-même la probabilité de reconnaissance de cette sentence dans son propre ordre juridique ? En un mot, admettre le jeu d'une procédure de reconnaissance incidente conditionnant le respect de l'autorité de la chose jugée de la sentence par les juridictions françaises³. Ce contrôle serait restreint aux conditions posées par l'article 1514 CPC : l'existence de la sentence « *est établie par celui qui s'en prévaut* » et « *cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international* ». Seule la sentence jugeant d'une matière inarbitrable *per se* pourrait ainsi être écartée dans le cadre de la procédure de reconnaissance incidente. Il nous semble en effet que les juridictions françaises ne devraient pas s'estimer liées par une sentence rendue par un tribunal arbitral, siégeant en France ou à l'étranger, tant que cette sentence n'est pas intégrée dans leur propre ordre juridique par les procédures de reconnaissance ou d'exequatur. C'est la raison même de l'existence de la Convention de New York.

B.- Effets

603. Comme toute décision de justice, la sentence jugeant de la compétence est susceptible de produire des effets, un effet négatif (1) et un effet positif (2) de chose jugée.

1).- Effet négatif de la chose jugée

604. Les juridictions françaises peuvent se voir opposer par les parties l'autorité de chose jugée de la sentence de compétence afin qu'il ne soit pas à nouveau statué sur la même prétention, en l'occurrence la répartition de la compétence entre la justice publique et la justice privée : c'est l'exception de chose jugée, classique fin de non-recevoir admise de manière générale aussi bien en droit judiciaire qu'en droit de l'arbitrage. En effet, il est admis,

¹ Cette procédure a été utilisée par une juridiction française concernant l'autorité positive de chose jugée : cf. tribunal de commerce de Nanterre, 5 sept. 2001, *société Technip France*, *Rev. arb.*, 2002.455, note D. BUREAU.

² F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2004, *Sté Spie Batignolles TP c. Société RET-SER engineering agency* (n° 02-18317) et *Sté Spie Batignolles TP et autres c. Sté COFACE* (n° 00-15070), *op. cit.*

³ Trib. com. Nanterre, 5 sept. 2001, *Technip France*, *Rev. arb.*, 2002.455, note D. BUREAU.

de manière générale, qu'à l'exclusion des juridictions du contrôle *a posteriori*, l'autorité de la chose jugée attachée à la sentence arbitrale, que reconnaissent la plupart des législations modernes, s'oppose à ce qu'une juridiction étatique statue sur la même question litigieuse. Cela vaut pour le fond du litige¹, et devrait également valoir pour les questions de compétence, comme c'est le cas en droit commun aux termes de l'article 480 al. 1^{er} CPC. Ainsi, « *si la sentence sur la compétence est rendue la première, l'autorité de la chose jugée [...] devrait faire échec à une décision étatique ayant le même objet* »².

Concrètement, la décision arbitrale sur la compétence devrait donc pouvoir être opposée à un nouveau procès si devant la nouvelle juridiction saisie la compétence du tribunal arbitral est opposée. Le tribunal étatique, saisi d'un même litige, dès lors que les parties opposent cette exception ou d'office en vertu de l'article 125 al. 2 CPC, devrait juger la demande irrecevable et être tenu de se conformer à la décision du tribunal arbitral : se juger incompetent si le tribunal arbitral s'est jugé compétent, ou, au contraire, se juger compétent si le tribunal arbitral s'est jugé incompetent.

Dans le même sens, l'autorité de la chose jugée de la sentence émise par un tribunal arbitral devrait s'imposer à un autre tribunal arbitral saisi. L'autorité de chose arbitrée s'impose de sentence à sentence³.

2).- Effet positif de la chose jugée

605. L'autorité positive de chose jugée permet « *d'importer dans une décision nouvelle, sans qu'on puisse les contester, des éléments (faits ou qualification de ces faits) tirés des motifs du précédent jugement et qui ont déterminé la précédente décision* »⁴. Bien qu'elle fasse l'objet de vifs débats en droit judiciaire français, l'autorité positive de chose jugée de la sentence d'incompétence est pleinement prise en compte par la première chambre civile, qui juge que le litigant de nationalité française peut se prévaloir d'une sentence arbitrale d'incompétence afin de justifier la compétence internationale des juridictions françaises⁵. Il est en effet admis que la conclusion d'une convention d'arbitrage entraîne renonciation au privilège de juridiction de l'article 14 du code civil⁶. Ainsi, au contraire, en l'absence d'engagement des parties à une convention d'arbitrage, ce que prouve positivement la sentence arbitrale d'incompétence, le privilège de juridiction dont bénéficie la personne française renaît⁷. Les juridictions étatiques sont donc tenues de tirer les conséquences directes et indirectes des énonciations de la sentence d'incompétence.

¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 791, n° 1419. Dès le prononcé de la sentence, la même cause entre les mêmes parties ne peut être portée devant les tribunaux étatiques.

² J. LINSMEAU, « Arbitres et juridictions étatiques. Saisines parallèles et concurrentes », *op. cit.*, p. 323, spéc. p. 329, n° 9.

³ Cf. *supra*, n° 577.

⁴ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p., n° 221.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2004, *Sté Spie Batignolles TP c. Société RET-SER engineering agency* (n° 02-18317), *op. cit.*

⁶ La solution est ancienne: Cass. civ., 21 nov. 1860, S., 1861, I. p. 331.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2004, *Sté Spie Batignolles TP c. Société RET-SER engineering agency* (n° 02-18317), *op. cit.* L'arrêt de la cour d'appel de Versailles est cassé au motif suivant : « *pour déclarer la société Spie Batignolles TP irrecevable en son action devant les juridictions françaises et la renvoyer à mieux se pourvoir,*

606. Les juridictions françaises devraient également se voir opposer l'autorité de la chose jugée d'une sentence de compétence au soutien d'une autre prétention. Par exemple, le juge d'appui saisi d'une demande d'assistance à l'arbitrage devrait être tenu de se conformer à la sentence ; il ne peut donc contrôler lui-même la nullité ou l'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage. En cas de sentence d'incompétence, il sera tenu de refuser son concours pour la constitution du tribunal arbitral, par définition incompétent.

Conclusion

607. En définitive, loin d'émettre une simple « *opinion* », le tribunal arbitral rend une sentence sur la compétence, revêtu des attributs classiques de tout jugement. On rejoint ici le troisième critère formel permettant de considérer qu'un acte est juridictionnel : « *l'acte juridictionnel produit un effet qui lui est propre : l'autorité de chose jugée* »¹.

608. Aussi, chemin faisant, au fil de l'étude pratique de la mise en œuvre procédurale de l'effet positif de la compétence-compétence, nous avons glané peu à peu les indices permettant d'établir que l'effet positif de la compétence-compétence répond à « *la définition théorique de l'acte juridictionnel parfait* »² proposée par Jean de Soto, certes trop restrictive³, mais qui se réalise dans notre hypothèse : « *[o]n pourrait donner de l'acte juridictionnel « parfait » la définition suivante : c'est un acte émanant d'une autorité spéciale ou autorité juridictionnelle, destiné à mettre définitivement fin à un trouble juridique, en fonction d'arguments purement juridiques, et à la suite d'une procédure garantissant tous les intérêts en présence* »⁴. Nous sommes incontestablement en présence d'une sentence arbitrale émanant du tribunal arbitral, destinée à trancher le contentieux de la compétence, à la suite d'une procédure arbitrale.

l'arrêt relève que le tribunal arbitral ne s'est aucunement déclaré incompétent, de sorte que la société française est mal fondée à soutenir que la renonciation explicite au bénéfice de l'article 14 du Code civil aurait cessé de produire ses effets ; qu'en statuant ainsi, après avoir précisé que le tribunal arbitral avait constaté que "la société RET-SER n'avait pas donné son accord à la reprise par la société Spie Batignolles TP du contrat et qu'il en avait déduit que les deux parties n'avaient pas d'accord d'arbitrage avec effet juridique et caractère obligatoire", la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi le texte susvisé ».

¹ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op. cit., p. 34, n° 52.

² *Ibid.*, p. 40, n° 68.

³ Pour une acception large de la notion d'acte juridictionnel, cf. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op. cit., pp. 69 et s., spéc. p. 73 n° 1378 : « l'existence d'un litige n'est pas de l'essence de l'acte juridictionnel. On retrouve ici l'idée exprimée plus haut selon laquelle dire le droit n'est pas forcément trancher un litige ».

⁴ J. de SOTO, « La notion de juridiction », *D.*, 1956, chr. 46.

609. Au terme de ces développements, l'effet positif de la compétence-compétence apparaît bien être une règle du droit transnational de l'arbitrage, puisant au-delà ses sources en droit processuel. Au fil de l'étude de l'effet positif de la compétence-compétence, la source juridictionnelle a été pas à pas consolidée.

Tout d'abord, sur le plan théorique, si l'on pouvait éprouver quelques hésitations sur l'aspect de la nature hybride de l'arbitrage auquel l'effet positif doit être rattaché, une analyse renouvelée permet, sans trop d'hésitations, de pencher pour son aspect juridictionnel, à l'exclusion de son aspect contractuel. Seule cette analyse permet de dépasser l'argument du cercle vicieux, selon lequel il serait impossible pour un tribunal arbitral de juger de la convention d'arbitrage, en vertu d'une compétence qui prendrait sa source même dans la convention contestée. De manière théorique, la compétence-compétence reconnaît au tribunal arbitral le *pouvoir* de statuer sur la compétence, élément constitutif de la *jurisdictio*, pouvoir inhérent à toute juridiction dès lors qu'elle est saisie, peu importe qu'elle soit ou non compétente. Aussi l'expression *compétence* de la compétence apparaît-elle bien mal nommée.

Ensuite, sur un plan plus pratique, la qualification de pouvoir conserve toute sa pertinence. En correspondance avec la définition donnée de l'acte juridictionnel parfait, il apparaît que le *tribunal arbitral* – seul organe juridictionnel du monde arbitral – juge de *sa compétence* au terme d'un *procès arbitral* aboutissant à une *sentence*.

Ainsi, il apparaît que le tribunal arbitral est apte à émettre sur sa propre compétence une norme de droit, et non pas du sous-droit ou du non-droit, et non une quelconque opinion. Le tribunal arbitral n'est pas un ersatz de juridiction. En vertu de l'effet positif de la compétence-compétence, on peut considérer qu'il est conforme à une utilisation juridique du langage juridique de considérer que le tribunal arbitral juge de sa *compétence*, si l'on en retient une conception assouplie par rapport à celle admise en droit judiciaire privé, définie comme *l'aptitude d'un tribunal arbitral à connaître d'un litige déterminé de préférence à la justice étatique interne ou internationale (compétence arbitrale générale), ou de préférence à un autre tribunal arbitral (compétence arbitrale spéciale)*.

Ces multiples éléments nous permettent d'établir une part du caractère pluraliste du principe compétence-compétence. L'effet positif de la compétence-compétence permet au tribunal arbitral d'émettre une *norme de droit* sur la compétence juridictionnelle générale – répartition des litiges entre la justice publique et la justice privée –. Le tribunal arbitral est pleinement associé à ce processus. Cependant, ce n'est qu'une part du caractère pluraliste de ce mécanisme. Le principe compétence-compétence, principe funambule, doit rétablir, par un mouvement de balancier, un équilibre au profit des juridictions publiques une fois la sentence rendue, au stade post-arbitral. Or, jusqu'ici, les juridictions publiques se sont vues complètement écartées du tracé de la frontière délimitant les terres de la justice publique des terres de la justice privée par l'effet négatif de la compétence-compétence. Est-on tombé dans le monisme arbitral dans le tracé de la frontière entre justice publique et justice privée ? Le tribunal arbitral est-il autonome, ou au final indépendant dans l'appréciation de sa compétence ? C'est ce que nous devons vérifier, en examinant si les juridictions publiques retrouvent *in fine* le pouvoir de juger de leur compétence. Ce deuxième rouage doit être suivi d'un dialogue avec la justice publique sur la frontière commune qu'elles partagent. Troisième

et dernier acte de cette scène, la parole revient en dernier aux juridictions étatiques du contrôle.

TROISIEME PARTIE.- L'EFFET POSITIF DE LA COMPETENCE- COMPETENCE DES JURIDICTIONS ETATIQUES

(ARTICLES 1491/1492-1519/1520/1525 CPC)

610. Troisième étape, en aval du procès arbitral, les juridictions d'État retrouvent le pouvoir de statuer sur la compétence juridictionnelle générale lors de l'exercice des voies de recours ouvertes contre la sentence arbitrale.

Cette règle latente en droit positif constitue le troisième pilier du principe compétence-compétence, sans lequel le mécanisme bascule dans le monisme arbitral. Nous nous proposons de le désigner sous l'expression d'*effet positif de la compétence-compétence des juridictions étatiques*. On concédera que l'on peut débattre de l'utilité de consacrer une nouvelle expression. En effet, d'une part, cette règle est simplement la mise en œuvre du contrôle, légitime, des juridictions étatiques sur la sentence afin d'y donner force exécutoire sur leur territoire de l'État dont elles relèvent. D'autre part, cette règle est simplement l'application générale du principe de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence, que les juridictions publiques retrouvent à ce stade. Cependant, cette désignation, qui rattache clairement la règle au principe compétence-compétence, nous est apparue indispensable afin de mettre en exergue le mécanisme composite et complexe mis en place par le principe compétence-compétence. Règle de conflit pluraliste entre la justice publique et la justice privée, encore faut-il que la justice publique puisse participer à la définition de la compétence juridictionnelle générale. C'est cette condition d'équilibre que rétablit cette dernière étape, formalisée par cette troisième règle ainsi désignée.

611. Conséquence première du report du contrôle étatique de la compétence juridictionnelle générale au stade post-arbitral pour l'organisation judiciaire française, seul le juge du contrôle de la sentence est compétent pour connaître de la compétence juridictionnelle générale pour l'État français avec plein pouvoir de juridiction. Sa décision s'impose aux autres juridictions françaises, juge d'appui ou juge du fond saisi d'un litige à titre principal, privées de ce pouvoir en vertu de l'effet négatif du principe compétence-compétence, ou tout au moins restreintes à un contrôle sommaire, proche du pouvoir de juridiction provisoire. Le contentieux de la compétence juridictionnelle générale est ainsi soumis à un régime de contestation profondément original par sa centralisation devant des juridictions spécialisées dans le contentieux post-arbitral, contribuant à une centralisation souhaitable du contentieux arbitral au sein de l'État français¹.

¹ E. GAILLARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping, navire Tag Heuer*, op. cit., pp. 531-532 : « [l]es juridictions de première instance qui, en l'absence de convention d'arbitrage, seraient compétentes pour connaître du fond du litige pourraient en effet statuer sur

612. Ce troisième pilier porte en lui deux fonctions distinctes dans le mécanisme d'ensemble mis en place par le principe compétence-compétence, alliant *coordination* et *hiérarchie*.

Tout d'abord, la règle ici étudiée participe à la *coordination* mise en place par le principe compétence-compétence puisque c'est à ce stade que les juridictions étatiques retrouvent le pouvoir de statuer sur la compétence juridictionnelle générale, pouvoir qui était paralysé en amont et le temps de l'instance arbitrale par la règle de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Le tracé de cette frontière commune à l'ordre arbitral et l'ordre étatique – définir si la compétence revient à la justice arbitrale ou à la justice publique – est ainsi réalisé de manière coordonnée par les deux ordres concernés. Bien que souvent négligée, la troisième règle ici étudiée est la condition du caractère pluraliste du principe compétence-compétence. A défaut d'admettre cette troisième règle, le tracé de la frontière commune aux deux ordres juridictionnels serait le fait du seul tribunal arbitral. Ce serait accepter un monisme arbitral, les juridictions publiques dépouillées de la possibilité d'apprécier leur propre compétence. Ainsi, nous en revenons encore à notre interrogation initiale : le principe compétence-compétence est-il véritablement un mécanisme pluraliste du tracé de la frontière entre justice publique et justice privée ?

Ensuite, ce troisième pilier du principe de compétence-compétence serait un retour à la *hiérarchie* en ce qu'il est communément affirmé que les juridictions étatiques détiennent le « *dernier mot* »¹ ; si les juridictions étatiques du contrôle ont laissé la priorité au tribunal arbitral afin de délimiter le tracé de la frontière entre justice publique et justice arbitrale, elles auraient le bénéfice de pouvoir imposer au final leur propre vue, l'appréciation du tribunal arbitral n'étant que provisoire. Ce retour à la hiérarchie ne s'opère pas par la procédure de contredit – procédure spécifique à l'organisation judiciaire française, inapplicable à la sentence des arbitres² –, mais par l'exercice des classiques voies de recours ouvertes contre la sentence. Ainsi, une partie de la doctrine retient que « [l]a véritable décision sur la compétence des arbitres dépend donc du juge de l'annulation »³.

Cependant, une telle affirmation porte en elle le risque que le caractère pluraliste du principe compétence-compétence ne soit qu'une simple « *façade* »⁴, maquillage pluraliste d'un mécanisme en réalité moniste, l'ordre étatique étant le seul véritable maître du tracé de la frontière entre la compétence de la justice publique et la compétence de la justice arbitrale. Par ce retour à la hiérarchie de l'ordre étatique sur l'ordre arbitral, on en reviendrait alors à un

les questions de validité et de portée des conventions d'arbitrage qui leur sont opposées, tandis que la cour d'appel chargée de connaître, en application des articles 1502-1° et 1504 du nouveau Code de procédure civile, de l'exécution ou de la validité de la sentence rendue sur leur compétence par les arbitres serait invitée à se prononcer sur les mêmes questions ».

¹ N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op. cit.*, p. 351, n° 5.111 : “[a]ny decision given by an arbitral tribunal as to its jurisdiction is subject to control by the courts of law, which in this respect have the final word”.

² Sur l'historique et les raisons du rejet de cette procédure, J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, p. 184-186, n°s 257-260 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*

³ J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 815, n° 1051.

⁴ La formule est de D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *op. cit.*,

monisme étatique. Le principe compétence-compétence peut-il se frayer un chemin entre ces deux écueils, le monisme arbitral et le monisme étatique ?

613. L'existence du pouvoir des juridictions publiques françaises de statuer sur leur compétence en tant que justice publique apparaît comme une évidence. Une éminente comparatiste retient ainsi qu'« [à] la seule exception de Clive Schmitthoff qui était favorable à une compétence quasi définitive des arbitres, la compétence-compétence fut toujours conçue comme une concession de la part des ordres juridiques nationaux aux arbitres pour que ceux-ci puissent statuer sur leur compétence, étant entendu que leur décision pourrait toujours être soumise au contrôle des juges étatiques »¹. A ce stade, la « prévalence de la justice étatique sur la justice arbitrale »² est indiscutée en droit français comme en droit étranger³.

Cependant, alors que l'arbitrage n'a de cesse de s'émanciper de la tutelle étatique, l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques n'a plus que les apparences de l'évidence. Outre le fait que fréquemment les voies de recours ne sont pas exercées, la sentence étant spontanément exécutée, de plus en plus de droits admettent la possibilité de renoncer de manière anticipée à l'exercice des voies de recours. Même ouverts, les contrôles étatiques sont de plus en plus restreints, le principe de non-révision au fond de la sentence s'imposant avec force⁴. Même exercés, ces contrôles ne sont pas toujours pris en compte par les tribunaux arbitraux. Cette règle est-elle une réalité ou un mirage, masquant la priorité et l'exclusivité du tribunal arbitral pour juger de sa compétence, la justice arbitrale indépendante dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale ?

Aussi contre toute attente, l'existence (titre 1) tout comme la réalité (titre 2) du pouvoir des juridictions publiques de juger de la compétence juridictionnelle doivent-elles faire l'objet d'un examen minutieux.

¹ A. DIMOLITSA, « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », *op. cit.*, p. 321, n° 17.

² L'expression est de J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 801, n° 1033.

³ D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 337, n° 14-28.

⁴ V. CHANTEBOUT, *Le principe de non-révision des sentences arbitrales*, thèse, Paris II, 2007.

Titre 1.- L'existence du pouvoir des juridictions publiques de juger de la compétence juridictionnelle générale

614. L'objet de ces développements est, tout simplement, de vérifier l'existence de la troisième règle du principe compétence-compétence : le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur propre compétence en tant que justice publique au regard de la justice arbitrale.

Les juridictions d'État peuvent exercer le pouvoir de statuer sur leur compétence à travers le contrôle de la sentence (chapitre 1). Première assise du pouvoir des juridictions publiques de statuer sur la compétence juridictionnelle générale, cette condition est nécessaire, mais pas suffisante. Encore faut-il, à ce stade particulier – celui du contrôle de la sentence impliquant un droit de regard limité sur la sentence –, que les juridictions d'État puissent pleinement apprécier leur compétence. L'étude de l'étendue du contrôle de la sentence statuant sur la compétence (chapitre 2) révèle que les juridictions d'État contrôlent directement et de manière totale le litige primaire, la compétence juridictionnelle générale, sans se restreindre au litige secondaire, celui portant sur la sentence. Aussi l'existence de la règle de l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques apparaît-elle établie.

Chapitre 1.- L'existence du contrôle de la compétence à travers la sentence

615. L'existence du contrôle de la compétence à travers la sentence est une évidence. En effet, les parties à l'arbitrage disposent toujours de la faculté de porter le litige relatif à la compétence juridictionnelle générale devant les juridictions publiques dans le cadre du contrôle de la sentence, même si elles ne l'exercent pas. De droit, le contrôle étatique de la compétence est *potentiellement systématique* (section 1). La seule potentialité, la seule ombre qui plane sur le procès arbitral, que l'une des parties qui conteste régulièrement et loyalement la compétence juridictionnelle générale devant le tribunal arbitral puisse porter le litige sur la compétence devant les juridictions judiciaires en charge du contrôle de la sentence, contribue à assurer le caractère pluraliste du mécanisme.

Pour autant, on ne peut occulter la réalité sociologique : quotidiennement et dans la majorité des hypothèses, des tribunaux arbitraux statuent seuls sur leur propre compétence. Peu importe la raison : les recours ne sont pas exercés, jugés irrecevables ou, exceptionnellement, fermés. Les statistiques révèlent en effet que, bien souvent, la sentence est exécutée spontanément et qu'elle ne fait pas l'objet de recours devant les juridictions étatiques. De fait, le contrôle étatique de la compétence est *simplement éventuel* (section 2).

Section 1.- Un contrôle potentiellement systématique

616. Les juridictions étatiques du contrôle de la sentence doivent pouvoir être saisies de la question de la compétence juridictionnelle générale en toutes circonstances. Elles doivent pouvoir en être saisies, sans que, pour autant, elles en soient effectivement saisies. La seule possibilité de saisine du juge étatique du contrôle suffit à établir le caractère potentiellement pluraliste du principe compétence-compétence.

617. Différents éléments se combinent afin de conférer aux parties à l'arbitrage la possibilité de soumettre aux juridictions françaises du contrôle la question de l'attribution de la compétence juridictionnelle générale en toutes circonstances. Le premier est constitué tout simplement par une règle générale régissant le contrôle étatique de la sentence : son caractère impératif (§1). Le second élément, spécifique aux questions de compétence, réside dans la présence constante de griefs contre la sentence permettant le contrôle de la compétence juridictionnelle générale (§2). Quant au troisième élément, il consiste dans la totalité liberté d'appréciation de la compétence par les juridictions françaises au regard des juridictions publiques étrangères (§3). Ainsi, peu importe qu'elles soient saisies d'un recours en annulation ou d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur : les juridictions françaises pourront toujours opérer le contrôle de la compétence en toute liberté, sans être pieds et poings liés par l'appréciation réalisée par une autre autorité.

§1.- Le caractère d'ordre public du contrôle judiciaire de la sentence

618. Certaines règles régissant de manière générale le contrôle étatique de la sentence viennent consolider l'existence potentiellement systématique du pouvoir des juridictions françaises de statuer sur la compétence juridictionnelle générale. Le caractère d'ordre public du contrôle de la sentence y participe de manière déterminante.

L'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques serait entravé, réduit à néant, si les parties pouvaient librement disposer des voies de recours ouvertes contre la sentence. Par cette renonciation anticipée, les parties confieraient la compétence-compétence définitive au tribunal arbitral. C'est ce risque que vient contrecarrer le caractère d'ordre public des voies de recours ouvertes contre la sentence. En dehors de l'exception introduite par l'article 1522 CPC¹, il est impossible pour les parties à une convention d'arbitrage de renoncer au recours ouvert contre la sentence devant les juridictions françaises, recours en annulation pour l'arbitrage interne ou appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'arbitrage interne et international. Le contrôle étatique de la sentence est d'ordre public. Entendons-nous bien. Les parties ne sont pas tenues d'exercer les voies de recours et peuvent refuser de les exercer une fois la sentence rendue et notifiée. Mais avant l'expiration du délai pour exercer le recours, il leur est impossible de renoncer à cette voie de droit.

619. L'article 1491 al. 2 CPC édicte expressément la solution à propos du recours en annulation en matière d'arbitrage interne². La précision est bienvenue dans la mesure où le droit de l'arbitrage international réserve la possibilité d'une renonciation expresse des parties au recours en annulation ouvert contre la sentence internationale rendue en France à l'article 1522 al. 1 CPC ; la question de l'applicabilité de cette disposition à l'arbitrage interne se serait nécessairement posée. L'article 1491 al. 2 CPC évite ainsi toute imprécision autour du caractère impératif ou supplétif du recours en annulation pour l'arbitrage interne.

Concernant l'appel de l'ordonnance d'exequatur, l'absence de précision sur son caractère impératif ou supplétif, pour l'arbitrage interne comme international, ne signifie en aucun cas que les parties puissent renoncer à cette voie de recours. En effet, l'article 1522 al. 1^{er} CPC, s'il autorise la clause spéciale de renonciation au recours en annulation contre la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international, réserve aussitôt à son deuxième alinéa l'appel contre l'ordonnance d'exequatur. Aussi peut-on déduire de la lettre de cette disposition, *a contrario*, le caractère d'ordre public de cette voie de recours. La solution devrait naturellement valoir pour les sentences rendues à l'étranger et pour l'arbitrage interne.

Sous réserve du recours en annulation contre la sentence internationale rendue en France, le nouveau décret ne semble donc pas remettre en cause les solutions anciennes prononcées sous l'empire des anciens textes³, solutions qui avaient été spécifiquement appliquées au grief

¹ Cf. *infra*, n^{os} 685 et s.

² Art. 1491 CPC : « [l]a sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties. Toute stipulation contraire est réputée non écrite ».

³ J.-M. JACQUET, PH. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, n^o 1134, p. 823 : « le recours en annulation devant les tribunaux français présente un caractère d'ordre public. Il peut toujours être exercé même lorsque la convention ou le règlement d'arbitrage auquel se sont référés les parties exclut toute possibilité de recours ». En ce sens, *cf.*, pour l'arbitrage interne : CA Paris, 17 mai 1983, *Rev. arb.*, 1987.309 (2^{ème} esp.) ; CA Paris, 3 mai 1988, *Rev. arb.*, 1989.75 ; pour l'arbitrage international : CA Paris, 19 oct. 2000, 2 oct. 2003, 16 oct. 2003, 19 fév. 2004, *Rev. arb.*, 2004.859, note L. JAEGER ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *D.*, 2007.949, obs. X. DELPECH (concernant la faculté d'appel : « s'agissant d'un arbitrage international, les voies de recours ouvertes par l'article 1504 du nouveau code de procédure civile ont un caractère impératif qui exclut tout appel réformation de la sentence indépendamment de toute volonté contraire des parties » ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2007, *République du Congo c. société Groupe Antoine Tabet et autre*, *Rev. arb.*, 2008.441, note P. CALLÉ ; *D.*, 2007.2025, obs. X. DELPECH ; *JCP*, 2007.IV.2705 ; *JDI*, 2008.173, note S. SANA-CHAILLE DE NERE : « l'engagement d'exécuter la sentence pris en application de l'art. 28 du

d'incompétence¹. Aussi, en toutes circonstances, même en présence d'une clause en sens contraire, les litigants disposent toujours de la faculté de porter la sentence devant les juridictions judiciaires.

Remarquons que le caractère d'ordre public des voies de recours à l'encontre de la sentence trouve des origines historiques lointaines. La solution s'est affirmée avec de plus en plus de vigueur à mesure que l'emprise de la justice royale s'est accentuée sur la justice arbitrale. Elle culminera dans la doctrine de l'Ancien Régime, qui affirmait qu'il était impossible pour les parties de renoncer dans le compromis à l'appel de la sentence devant les juridictions royales².

La solution nous paraît devoir être pleinement approuvée : lorsqu'un État est sollicité pour prêter main forte à l'exécution forcée d'une sentence, il est logique qu'il puisse avoir un droit de regard, même limité, sur l'acte qu'on lui demande de faire exécuter. Il vérifiera ainsi, notamment, si la sentence respecte les valeurs essentielles qu'il entend défendre, mais aussi les limites à l'intervention de ses propres juridictions, c'est-à-dire leur compétence.

620. Cependant, la question s'est posée récemment de savoir si le caractère impératif du contrôle devait également être maintenu concernant les sentences rendues en matière d'investissement entre un État et un investisseur sur le fondement d'un BIT hors CIRDI³. Compte tenu de la nature mixte de cette forme d'arbitrage, mi-publique, mi-privée, l'impérativité du contrôle national des sentences arbitrales, notamment au regard du grief visant la compétence, mérite-t-elle d'être encore défendue ? Ne doit-elle pas céder face à d'autres exigences issues des règles de droit international public ? En ce sens, certains plaideurs ont invoqué l'absence de « *justiciabilité de la cause au regard de la nécessité d'interpréter un traité* »⁴. La question a été posée aux juridictions anglaises à propos d'un litige opposant *Occidental Petroleum*, société américaine, à la société nationale pétrolière de l'Équateur⁵. L'investisseur s'opposait au contrôle des juridictions étatiques au motif que « *le recours n'était pas justiciable des tribunaux anglais parce qu'il demandait que le juge interprète un traité auquel le Royaume-Uni n'est pas partie et que ceci empiétait sur la souveraineté des États parties au traité* ». L'argument sera écarté par les juridictions anglaises en première instance comme en appel aux motifs suivants : « *si le traité d'investissement crée effectivement des droits et des obligations pour les deux États, il confère également des droits à l'investisseur contre l'État et réciproquement, et que le droit personnel de l'investisseur est différent de celui de son État national. Autrement dit, le traité n'opère pas seulement au*

règlement de la CCI n'a pas pour effet de priver les parties d'un recours en annulation, toujours possible même lorsque le règlement d'arbitrage l'exclut, contre la sentence arbitrale rendue en France ».

¹ En ce sens, CA Paris, 12 juillet 1984, *Plateau des Pyramides*, *op. cit.*, p. 81 : « [q]u'il convient du reste de noter que le Règlement de la CCI vise dans son article 24 la renonciation par les parties à toutes les voies de recours auxquelles il est possible de renoncer, ce qui n'est évidemment pas le cas du recours présentement soumis à la Cour ». Recommandant cette solution spécifiquement dans l'hypothèse étudiée, Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 145, n° 249.

² J. HILAIRE, « L'arbitrage dans la période moderne (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Rev. arb.*, 2000.187, p. 202.

³ B. AUDIT, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales hors CIRDI », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, *op. cit.*, p. 247.

⁴ *Ibid.*, p. 250.

⁵ *Ibid.*

niveau du droit international : il confère aux investisseurs privés des droits susceptibles d'être sanctionnés en arbitrage contre un des États signataires »¹.

En droit français, le principe du contrôle étatique de la sentence de la compétence rendue sur le fondement d'un BIT hors CIRDI a été admis par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 25 septembre 2008 dans l'affaire *Nreka c. République Tchèque* : la sentence rendue peut être contrôlée, le moyen tiré de l'incompétence arbitrale pleinement examiné². La règle a été récemment confirmée concernant la sentence d'incompétence³.

621. En permettant aux litigants de saisir *en toutes circonstances* les juridictions du contrôle de la sentence, que l'arbitrage soit fondé sur une convention d'arbitrage classique ou sur un traité de protection des investissements hors CIRDI, le caractère d'ordre public du contrôle étatique de la sentence contribue à préserver le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence au regard des tribunaux arbitraux, garantie essentielle du caractère pluraliste du mécanisme mis en place par le principe compétence-compétence.

§2.- La présence constante de griefs contre la sentence permettant le contrôle de la compétence juridictionnelle générale

622. Le grief adressé à la sentence selon lequel le tribunal arbitral se serait jugé à tort compétent ou incompétent est une constante des voies de recours contre la sentence. Le contrôle de la compétence juridictionnelle générale – attribution du litige soit à la justice publique soit à la justice privée – est toujours possible, quelle que soit la voie de recours exercée contre la sentence (A), quel que soit le reproche adressé à la sentence sur la compétence (B).

A.- Toutes les voies de recours permettent le contrôle de la compétence juridictionnelle générale

623. Le grief selon lequel le tribunal arbitral se serait déclaré à tort compétent ou incompétent est une constante du recours en annulation ou de l'appel contre l'ordonnance accordant ou refusant la reconnaissance ou l'exequatur à la sentence (1). Allant plus loin, on peut s'interroger sur le fait de savoir si la compétence juridictionnelle générale ne pourrait pas être contrôlée préalablement, dès la demande de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence. Limite au contrôle de la compétence juridictionnelle générale (2), cette possibilité a justement été écartée.

1).- Généralités

624. Le grief tiré de l'incompétence ou de la compétence arbitrale – et corrélativement visant la compétence de la justice publique – est un cas d'ouverture du contrôle judiciaire national de la sentence spécialement édicté par les textes. Quel que soit le recours exercé – recours en annulation, appel contre l'ordonnance d'exequatur, appel pour

¹ *Ibid.*, p. 251.

² CA Paris, 25 sept. 2008, *République Tchèque c. Nreka*, *Rev. arb.*, 2009.337, note I. FADLALLAH ; *RGDIP*, 2008.954, note Y. NOUVEL ; *D.*, 2009.917, note M. AUDIT.

³ CA Paris, 18 nov. 2010, *Gouvernement de la région de Kaliningrad (Fédération de Russie) c. République de Lituanie*, en somm. in *Rev. arb.*, 2010.985.

l'arbitrage interne si les parties se sont réservées cette possibilité¹ –, que l'arbitrage soit interne ou international, rendu en droit ou en amiable composition², les rédacteurs du décret du 13 janvier 2011, et avant eux ceux des décrets n^{os} 80-354 du 14 mai 1980 et 81-500 du 12 mai 1981, ont prévu la possibilité pour les juridictions étatiques de contrôler la sentence du tribunal arbitral sur sa propre compétence³. C'est même, soulignons-le, le premier grief envisagé contre la sentence pour l'arbitrage interne comme international⁴. Le recours en annulation ou l'appel contre l'ordonnance d'exequatur est ouvert si « [l]e tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent », modifiant et clarifiant l'ancienne formule plus ambiguë selon laquelle « l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée »⁵.

Cette exigence est universelle, présente dans l'ensemble des législations étatiques internes⁶ et posée par les principales conventions internationales régissant la matière⁷, dont la principale à portée universelle, la Convention de New York de 1958⁸. Celle-ci permet au juge saisi de refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence pour incompétence. Cette condition d'accueil de la sentence est d'ailleurs même martelée. En effet, plusieurs de ses dispositions permettent au juge requis de refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence, sous différents aspects de l'incompétence : nullité de la convention d'arbitrage⁹,

¹ Art. 1489 CPC : « [l]a sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ».

² Sur la question, cf. E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, op. cit., p. 72, n^o 122.

³ Antérieurement, art. 1028 CPC de 1806 : « [i]l ne sera besoin de se pourvoir par appel ni requête civile dans les cas suivants : 1. Si le jugement a été rendu sans compromis, ou hors des termes du compromis ; 2. S'il l'a été sur compromis nul ou expiré [...] ».

⁴ Pour l'arbitrage interne : art. 1492 1^o CPC (recours en annulation) ; 1499 CPC (précisant que l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours, mais l'appel ou le recours en annulation de la sentence emportant recours contre l'ordonnance du juge de l'exequatur) ; 1500 CPC (appel contre l'ordonnance qui refuse l'exequatur). Pour l'arbitrage international : art. 1520 1^o CPC pour les sentences rendues en France (recours en annulation) ; art. 1525 CPC pour les sentences rendues à l'étranger (renvoyant à l'art. 1520 CPC).

⁵ Cf. les anciens art. 1484 1^o CPC (recours en annulation pour l'arbitrage interne), 1502 1^o CPC (appel contre l'ordonnance d'exequatur lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger) et 1504 CPC, renvoyant à l'article 1502 CPC (recours en annulation contre la sentence arbitrale lorsque le siège de l'arbitrage est en France).

⁶ Cf. par ex. art. 190 al. 2 let. b LDIP (sur cette disposition, cf. G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, op. cit., p. 331, n^o 809) ; art. 67 et 68(2) let. b de l'*Arbitration Act* anglais de 1996 ; art. 2 et 34 de la loi suédoise de 1999. Constatant ce consensus : N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op. cit., p. 343, n^o 5.90, p. 351, n^o 5.110, encore rappelé p. 594, n^o 10.30 ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, op. cit., p. 729, n^o 792 : “[w]hen examining the judicial control of the arbitrator's jurisdiction, we noted that all the laws considered here provide for a challenge of the decision of the arbitral tribunal admitting its jurisdiction even if such laws are not unanimous as to the moment when the challenge can be lodged” ; D. M. LEW, L. A. MISTELIS and S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 329, n^o 14-1 : « [t]he absence of jurisdiction is one of the few recognised reasons for a court to set aside or refuse recognition and enforcement of an award ».

⁷ Art. 26 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999 OHADA.

⁸ N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op. cit., pp. 645 à 647, concernant l'arbitrabilité, p. 655.

⁹ Article V(1)(a) de la Convention de New York : « [q]ue les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; ».

non-respect de l'étendue *ratione materiae* de la convention d'arbitrage¹, ou encore inarbitrabilité du litige².

625. La présence du contrôle étatique de la compétence à travers la sentence, quelle que soit l'époque et quel que soit le lieu, ne doit pas masquer la fonction et l'importance toute particulière que revêt aujourd'hui ce contrôle étatique post-arbitral. Compte tenu de la reconnaissance au profit du tribunal arbitral du principe compétence-compétence dans ses effets positif et négatif, le contrôle *a posteriori* de la compétence est le seul contrôle étatique qui subsiste, le seul cadre dans lequel les juridictions publiques peuvent apprécier leur compétence en tant que justice publique lorsque cette forme de compétence – la compétence juridictionnelle générale – est contestée. Aussi est-il essentiel que le tribunal étatique puisse se livrer à cette opération. Ce relief particulier que prend le contrôle étatique de la sentence est d'ailleurs souligné en droit international public, désigné comme « *contrepartie du principe compétence-compétence* »³, bien que l'on puisse débattre de la réalité et de l'opportunité du contrôle des sentences.

2).- *Limites*

626. Préalablement aux voies de recours ouvertes contre la sentence, il faut encore déterminer si la compétence juridictionnelle générale peut être contrôlée en amont, dès la demande de reconnaissance ou d'exequatur, première étape à laquelle doit se soumettre la partie qui entend se prévaloir dans l'ordre juridique français de l'autorité de la chose jugée d'une sentence rendue à l'étranger ou en obtenir l'exécution forcée. Pourquoi ne pas permettre le contrôle de la compétence dès ce premier stade ?

L'exequatur et la reconnaissance de la sentence dans l'ordre juridique français sont soumis à deux conditions, identiques pour ces deux procédures, que l'arbitrage présente un caractère interne⁴ ou international⁵ : premièrement, l'existence de la sentence doit être établie ; deuxièmement, la reconnaissance et l'exequatur de la sentence ne doivent pas être manifestement contraires à l'ordre public. La première condition, celle de la preuve de l'existence de la sentence, a posé difficulté. On s'est en effet demandé si le juge de l'exequatur ou de la reconnaissance devait procéder au contrôle manifeste de la compétence

¹ Article V(1)(c) de la Convention de New York : « [q]ue la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire [...] ».

² Article V(2)(a) de la Convention de New York : « [q]ue, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ».

³ P. REUTER, *Droit international public*, PUF, Thémis, 1993, 7^e éd., p. 446. En ce sens également, Q. D. NGYUEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 974, n° 533 « une interprétation irrégulière du compromis conduisant à une extension abusive des pouvoirs de l'arbitre est constitutive d'un excès de pouvoir » ; P.-M. DUPUY, *Droit international public, op. cit.*, p. 605, n° 534 : « toute interprétation abusive du compromis, tout examen non compris dans celui-ci, toute méconnaissance de ses dispositions quant aux règles à appliquer peuvent constituer un excès de pouvoir susceptible de frapper d'inexistence juridique la sentence intervenue dans de telles conditions ; il est en effet de jurisprudence internationale constante que l'arbitre qui excède sa compétence voit sa sentence dénuée de toute valeur juridique ».

⁴ Art. 1487 et 1488 CPC. Anciens art. 1477 CPC.

⁵ Art. 1514 et 1515 CPC. Ancien art. 1498 al. 1^{er} CPC : « [l]es sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international. Sous les mêmes conditions, elles sont déclarées exécutoires en France par le juge de l'exécution ».

arbitrale¹. Cette interrogation résulte tout simplement de la lettre des anciens articles 1477 al. 2 CPC² applicable à l'arbitrage interne et 1499 CPC³ applicable à l'arbitrage international, reprise par les nouveaux articles 1487 et 1514 CPC. Afin d'établir l'existence de la sentence, ces articles requièrent en effet, bien évidemment la production de la sentence arbitrale ou, depuis le nouveau décret, une « *copie de ce document réunissant les conditions requises pour son authenticité* » (comme le prévoit opportunément depuis plus de 50 ans la Convention de New York), mais également la production de la convention d'arbitrage elle-même. Cette dernière exigence afin d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est également requise par l'article IV(1)(b) de la Convention de New York⁴. L'objectif n'est-il pas de permettre un contrôle de l'apparence de la convention d'arbitrage ? C'est ce que certains auteurs ont légitimement pu envisager⁵. Néanmoins, la cour d'appel de Paris n'a pas suivi cette voie et, au contraire, a jugé que « *la production de la convention d'arbitrage n'est destinée qu'à mettre le juge de l'exequatur en mesure d'exercer le contrôle minimum qui lui est dévolu ; une absence de production de la convention ou une production incomplète de la convention, à la supposer établie, n'est pas sanctionnée en elle-même, et ne peut l'être, sur le fondement de l'art. 1502, que si elle a conduit le juge à accorder l'exequatur à une sentence rendue sans convention d'arbitrage ou sur convention expirée* »⁶.

627. L'interprétation retenue de ces dispositions doit être pleinement approuvée.

Tout d'abord, admettre un contrôle *prima facie* de la compétence juridictionnelle générale à ce stade serait inopportun : ce serait encore ajouter un degré de contrôle, et un contrôle de la seule apparence qui existe déjà en amont du procès arbitral par les exceptions admises à l'effet négatif du principe compétence-compétence, alors que les parties sont sur le point d'accéder à l'organe juridictionnel en charge du contrôle total de la compétence. Surtout, la procédure de reconnaissance ou d'exequatur demandée à titre principal n'étant pas contradictoire, il est préférable de permettre le débat entre les parties sur cette question centrale, celle de la compétence.

Ensuite, l'exigence de production de la convention d'arbitrage, original ou copie, est requise dans un seul but : vérifier l'existence apparente de la *sentence*. La lettre de l'article 1515 al. 1^{er} CPC est on ne peut plus claire : « [I]l'existence d'une sentence arbitrale est établie

¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 911-912, n° 1576.

² Art. 1477 CPC : « [I]a sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue. A cet effet, la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au secrétariat de la juridiction ».

³ Art. 1499 CPC : « [I]l'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Si ces pièces ne sont pas rédigées en langue française, la partie en produit une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts ».

⁴ Article IV(1)(b) de la Convention de New York de 1958 : « [p]our obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance l'exécution doit fournir, en même temps que la demande : [...] (b) l'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité ».

⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 911-912, n° 1576.

⁶ CA Paris, 23 nov. 2000, D., 2001.175 : et plus récemment, CA Paris, 18 mars 2004, *Rev. arb.*, 2004.917.

par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage [...] ». L'exigence de production de la convention d'arbitrage n'est donc requise qu'au titre d'élément de preuve de l'existence de la sentence, non de l'existence de la compétence : « *la question de compétence des arbitres [...], rationnellement, est parfaitement distincte de celle de l'existence de la sentence* ». Le contrôle étatique de la sentence au stade de la demande de reconnaissance ou d'exequatur tend à être limité au strict minimum en faveur d'une quasi libre circulation des sentences. Dans ce cadre, le contrôle de la compétence n'est pas primordial en comparaison par exemple du respect de l'ordre public.

Enfin, dernier argument, sans doute le plus déterminant, le rejet d'un tel contrôle de l'apparence participe à un objectif central du droit de l'arbitrage, présent dès la réforme de 1981 et persistant dans le nouveau décret : la centralisation du contentieux de la sentence devant les juridictions d'appel, compte tenu du « *caractère souvent délicat des questions de compétence* »¹.

La logique irriguant les voies de recours contre la sentence – faveur à l'arbitrage en limitant le contrôle opéré par le juge de l'exequatur, centralisation du contentieux – limite celle que l'on pourrait défendre en faveur du caractère pluraliste du principe compétence-compétence.

628. Reste un autre terrain, oublié, qui pourrait être habilement exploité : la seconde condition de reconnaissance et d'exequatur de la sentence qui prévoit que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public². On sait que les questions de compétence et d'ordre public peuvent occasionnellement se chevaucher. Le fait que le tribunal arbitral se soit jugé compétent en l'absence manifeste de convention d'arbitrage et donc de compétence arbitrale, n'est-ce pas là une violation manifeste de l'ordre public ? Nous ne le pensons pas. Les cas trop fréquents de transmission ou d'extension de la clause compromissoire plaident en ce sens. De plus, en quoi l'ordre public serait-il violé si un tribunal arbitral se retenait compétent même s'il ne l'était pas, dans une matière où l'ordre juridique français admet l'arbitrabilité des litiges ? On devine alors ce qui pourrait constituer un cas de violation manifeste de l'ordre public par la reconnaissance de la sentence, seule hypothèse dans laquelle le juge étatique contrôlerait *prima facie* la compétence arbitrale et pourrait écarter la sentence : le cas où le tribunal arbitral a statué dans une matière inarbitrable *per se*, telle que l'état et la capacité des personnes ou encore le droit pénal. Ce terrain de contrôle possible de la compétence par le juge de l'exequatur – l'arbitrabilité du litige – a également été entrevu par des auteurs suisses³. Pour notre part, nous n'avons pas croisé sur notre chemin une telle sentence. Autant dire que le juge de l'exequatur ou de la reconnaissance ne sera pas souvent conduit à opérer ce contrôle. Mais ce contrôle *prima facie*

¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 911 et 912, n° 1576.

² Art. 1488 al. 1^{er} CPC pour l'arbitrage interne (« [l]'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public ») ; art. 1514 CPC (« [l]es sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international »).

³ J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, pp. 906-907, n° 932 : « [a]u vu des liens étroits entre le concept d'arbitrabilité et l'ordre public en droit français de l'arbitrage international, nous considérons que ces deux notions peuvent être assimilées, ce qui permet au juge de contrôler d'office le respect du premier au stade de l'exequatur ».

existe et a le mérite de protéger certains domaines que les États n'entendent pas abandonner à la justice privée.

629. Le raisonnement mené concernant la demande d'exequatur faite à titre principal doit également valoir concernant la *demande de reconnaissance* de la sentence internationale faite à titre principal ou incident. La procédure de reconnaissance, lorsqu'elle est demandée à titre principal, est généralement considérée comme présentant *a priori* peu d'intérêt. Les litigants ont en effet tout intérêt à préférer la procédure d'exequatur qui conduira aussi bien à confirmer l'autorité de la chose jugée de la sentence, effet de la procédure de reconnaissance, qu'à permettre l'exécution forcée de la sentence. On soulignera simplement que la demande de reconnaissance à titre principal peut présenter un intérêt particulier pour la sentence statuant sur la seule compétence – sentence incidente de compétence ou sentence d'incompétence – dès lors que cette sentence est, tout comme la sentence de pur débouté¹, insusceptible d'exécution forcée².

B.- Tous les griefs relatifs à la compétence peuvent être formulés

630. Le pouvoir des juridictions publiques françaises de statuer sur la compétence juridictionnelle générale – pré-requis du caractère pluraliste du principe compétence-compétence – est préservé par la possibilité qui leur est offerte de contrôler la compétence en toutes circonstances, que les griefs adressés à la sentence visent la compétence arbitrale générale ou la compétence arbitrale spéciale (1), la compétence ou l'incompétence (2).

1).- Le contrôle de la sentence statuant sur la compétence arbitrale générale ou sur la compétence arbitrale spéciale

631. C'est sans aucun doute la *compétence arbitrale générale*, répartition du litige entre justice publique et justice privée, qui est visée par le premier cas d'ouverture du recours en annulation et de l'appel de l'ordonnance d'exequatur : « [l]e tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ». Ainsi, afin d'accueillir ou rejeter la sentence, le juge du contrôle vérifie si le litige relève de la justice arbitrale ou de la justice étatique. Par là même, il vérifie sa propre compétence en tant que juridiction de la justice publique pour l'ordre juridique français dans son ensemble. Il pourra ainsi contrôler aussi bien l'étendue de la compétence arbitrale, son existence ou encore sa validité, notamment à travers l'arbitrabilité du litige. Les juridictions ont eu l'occasion de l'affirmer à différentes reprises : le tribunal arbitral juge de sa compétence « sous le contrôle du juge de l'annulation, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige »³.

¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 904, n° 1567 ; D. BUREAU, note sous T. com. Nanterre, 5 sept. 2001, *Société Technip France*, *Rev. arb.*, 2002.455, p. 464, n° 5.

² On précisera cependant que l'exequatur pourrait être admis au lieu et place de la reconnaissance, dès lors que l'exequatur est admis « à toutes fins utiles », concernant les jugements étrangers, cf. Cass. civ. 1^{ère}, 3 janv. 1980, *Rev. crit. DIP*, 1980.597, note D. HOLLEAUX ; *JDI*, 1980.341, note A. HUET : « si l'objet principal de l'instance en exequatur est de permettre l'exécution forcée en France du jugement étranger, il n'est pas interdit de recourir à cette procédure en vue de faire établir, même préalablement à une autre instance, la régularité de ce jugement ».

³ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Rado c. société Painvewebber*, op. cit. ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, *G. El Assidi c. soc. Nest et autres*, op. cit.

632. Reste à déterminer si le juge du contrôle est également en mesure de contrôler la contestation de la compétence arbitrale alors que le recourant revendique que le litige relève non pas de la justice publique, mais d'un autre tribunal arbitral : la contestation de la compétence arbitrale spéciale. Existe-t-il des illustrations en droit positif de contestation de la compétence arbitrale spéciale portée devant le juge du contrôle ? Il en existe en effet. Mais c'est essentiellement le second cas d'ouverture qui a été utilisé par les recourants, ceux-ci invoquant une irrégularité de constitution du tribunal arbitral, le fait que ce soit *ce* tribunal-ci désigné par ce centre d'arbitrage ou dans ces conditions, qui ait statué sur le litige et non un autre tribunal arbitral composé autrement. On retrouve ici la difficulté que suscite cette notion, située à la frontière de la compétence et de la régularité de constitution du tribunal arbitral.

Cependant, si le premier cas d'ouverture n'envisage pas spécifiquement cette hypothèse, on ne voit pas ce qui pourrait faire obstacle à son utilisation. Compétence arbitrale générale et compétence arbitrale spéciale peuvent toutes deux très bien entrer dans le cas de figure visé par le premier cas d'ouverture. Le tribunal arbitral statuant sur un litige qui relève en principe d'un autre tribunal arbitral, ne se déclare-t-il pas « *à tort compétent* » comme le prévoit le premier cas d'ouverture du recours en annulation ou de l'appel de l'ordonnance d'exequatur, puisque la convention d'arbitrage ne le désigne pas lui mais un autre tribunal arbitral ? En ce sens, on retiendra que la possibilité de contrôle de la compétence arbitrale spéciale a été admise sous l'ancien droit de l'arbitrage au regard du premier cas d'ouverture. Bien que l'ancienne formulation du premier grief soit différente, c'est la même hypothèse qui est visée : permettre aux juridictions publiques d'apprécier la compétence arbitrale.

La possibilité de contrôle de la compétence arbitrale spéciale sur le fondement du premier cas d'ouverture a été retenue, notamment, par la cour d'appel de Paris par une décision du 1^{er} juin 1999¹. La Cour a accueilli le recours en annulation reprochant au tribunal arbitral CCI de s'être jugé à tort compétent, non pas au profit de la justice publique, mais au profit d'un tribunal arbitral constitué autrement, désigné par un centre d'arbitrage roumain. Le recours était fondé sur les deux cas d'ouverture : l'absence de convention d'arbitrage et la désignation irrégulière du tribunal arbitral. La demanderesse au recours en annulation prétendait « *que l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage fondant son investiture et que la sentence doit par suite être annulée par application des dispositions des articles 1504 et 1502 alinéas 1 et 2 du nouveau Code de procédure civile* ». La cour d'appel de Paris semble approuver ce fondement : « *aux termes de ces dispositions, la sentence rendue en France peut être annulée si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ou encore si l'arbitre unique a fait l'objet d'une désignation irrégulière telle celle qui résulterait d'une nomination intervenant sans respecter les termes de la convention d'arbitrage ou en l'absence d'une telle convention* ». C'est d'ailleurs sur ce fondement que la sentence de compétence sera annulée. Constatant l'absence d'applicabilité de la clause compromissoire CCI contenue à l'article 10 de l'Accord international de commerce et de paiement du 6 décembre 1990, la Cour juge que « *le dit arbitre aurait effectivement statué*

¹ CA Paris, 1^{er} juin 1999, *Société Tarom c. société Khayat Travel and Tourism*, *op. cit.* Préalablement, *cf.* par ex. CA Paris, 11 juin 1998, *Société Ferring AB c. société Debiopharm*, *Rev. arb.*, 2002.147, note P. ANCEL, « Arbitrage et novation », *ibid.*, p. 3. ; postérieurement : CA Paris, 28 oct. 1999, *Société Middle East Agricultural et Trading Cy Lts c. Société Avicola Bucuresti*, *Rev. arb.*, 2002.175, obs. Th. CLAY.

sans convention d'arbitrage et aurait donc par voie de conséquence été également irrégulièrement désigné ». La nouvelle formulation du second cas d'ouverture résultant du décret du 13 janvier 2011, retenu par les articles 1492 et 1520 CPC, ne modifiera pas la solution, puisque c'est en substance la même hypothèse qui est visée : la référence nouvelle à « *l'irrégularité de constitution du tribunal arbitral* » « *renvoie non seulement à l'irrégularité de composition du tribunal arbitral, mais aussi à celle de désignation des arbitres* »¹, ancienne formulation.

Plus récemment, une contestation de la compétence arbitrale spéciale pour consolidation erronée de procédures arbitrales a été examinée au seul regard du premier cas d'ouverture². Constatant les divergences de rédaction de la clause compromissoire, un premier contrat de prêt et un contrat de cession de droits comportant une clause compromissoire identique mais divergeant quant au siège de l'arbitrage³, la Cour annule la sentence statuant sur la compétence et consécutivement les dispositions de la sentence sur le fond en retenant que « *les arbitres ont statué [...] sans convention d'arbitrage* ». Aussi peut-on en déduire que le premier cas d'ouverture est suffisant pour ouvrir le contrôle de la compétence arbitrale spéciale. D'ailleurs, peu importe le cas d'ouverture utilisé. Le mauvais choix du cas d'ouverture est sans conséquence puisque la cour d'appel pourra le requalifier sans que cela n'entraîne l'irrecevabilité du recours.

633. Si incontestablement donc les fondements existent afin de permettre le contrôle de la compétence arbitrale spéciale – premier ou second cas d'ouverture –, c'est la question de la légitimité de ce contrôle qui doit être discutée.

En faveur du contrôle étatique de la compétence arbitrale spéciale, on évoquera tout d'abord la neutralité des juridictions d'État par rapport aux tribunaux arbitraux, puisque la compétence de la justice publique n'est pas en jeu, alors que chacun des tribunaux arbitraux entend sans doute défendre sa propre compétence – et les arbitres leur rémunération –. La neutralité des juridictions étatiques contribuera à l'obtention d'un jugement impartial et désintéressé en principe, gage de bonne justice, afin d'identifier quel tribunal arbitral doit être saisi. Cet argument est toutefois à double tranchant. Le risque ne peut être exclu que la juridiction d'État profite de ce contrôle pour juger la clause d'arbitrage manifestement inapplicable ou nulle et se saisisse du litige. L'arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence dans l'affaire *UOP* en atteste⁴. On pourra retenir ensuite, toujours en faveur du contrôle de la compétence arbitrale spéciale par le juge étatique, son utilité indéniable. D'une part, il permet de faire respecter la commune volonté des parties au regard de la forme particulière d'arbitrage qu'elles ont choisi. D'autre part, il contribue à mettre de l'ordre dans l'ordre arbitral lui-même en « *arbitrant* » les conflits entre juges privés.

634. Toutefois, ces derniers arguments ne sont pas déterminants : en quoi les tribunaux arbitraux seraient-ils moins bien placés que les juridictions étatiques du contrôle

¹ Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janv. 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF* n° 0011 du 14 janv. 2011, p. 773, texte 8.

² CA Paris, 16 nov. 2006, *Société Empresa de Telecomunicaciones de Cuba SA c. SA Telefonica Antillana et SNC Banco Nacional de Comercio Exterior*, *op. cit.*

³ Le premier contrat stipulait que le siège de l'arbitrage serait Paris, au contraire du second contrat, prévoyant que le siège de l'arbitrage serait Madrid.

⁴ CA Aix-en-Provence, 23 fév. 2006, *UOP c. BP France*, *op. cit.*

pour apprécier cette volonté commune des parties ? En quoi ce juge étatique, parmi de nombreux autres, serait-il mieux placé pour résoudre des conflits propres à l'ordre arbitral ? Un argument – déterminant – milite en effet pour l'abandon du contrôle de la compétence arbitrale spéciale par les juridictions étatiques nationales. Lorsque la compétence arbitrale spéciale est seule concernée – conflit propre à l'ordre arbitral –, la question de la compétence juridictionnelle générale – l'attribution du litige soit à la justice publique, soit à la justice privée – n'est pas en jeu. Or, jusqu'ici, c'est bien la mise en cause de la compétence de la justice publique qui a justifié que cette dernière puisse connaître pleinement au stade du contrôle de la sentence de la convention d'arbitrage, convention qui délimite à la fois positivement la compétence arbitrale et négativement leur propre compétence. Aussi, en présence d'une contestation de la compétence arbitrale spéciale, le contrôle étatique se trouve injustifié puisque la compétence des juridictions publiques n'est pas en jeu. On peut donc s'interroger sur la légitimité de la possibilité offerte au juge étatique au stade post-arbitral de vérifier si le litige relève de tel tribunal arbitral ou de tel autre. En quoi le juge étatique serait-il mieux placé que les tribunaux arbitraux pour statuer sur une question qui ne le concerne pas directement, s'agissant d'un conflit propre à l'ordre arbitral ? N'est-ce pas là encore admettre la suprématie de l'ordre étatique sur l'ordre arbitral, au détriment d'une vision pluraliste du droit ? Ainsi, par exemple, lorsque la contestation de la compétence arbitrale spéciale résulte de débats relatifs à l'interprétation d'une clause compromissoire pathologique au regard de la désignation défectueuse du centre d'arbitrage, les juridictions étatiques devraient se limiter au constat de l'existence d'une convention d'arbitrage et s'en tenir à l'interprétation faite par le tribunal arbitral. L'avis des juridictions étatiques ne devrait en effet pas prévaloir sur celui des tribunaux arbitraux, alors que des doutes subsisteront toujours sur la forme d'arbitrage choisie par les parties. Les juges étatiques ne seront pas mieux placés pour rechercher le sens réel d'une volonté des parties mal exprimée. Le contrôle opéré par les juridictions étatiques paraît alors inutile et inopportun.

635. Cependant, d'autres affaires mettent en exergue la nécessité du contrôle étatique de la compétence arbitrale spéciale. C'est notamment le cas lorsque le tribunal arbitral méconnaît la volonté claire et précise des parties, comme l'illustre l'affaire *Tarom*. En l'espèce, l'arbitre unique désigné par la CCI s'était jugé compétent sur le fondement d'un traité commercial bilatéral conclu entre les deux États dont relevaient les parties au litige alors que le contrat principal litigieux comportait une clause compromissoire désignant un centre d'arbitrage roumain.

Cet exemple atteste que le contrôle étatique n'est pas, en toutes circonstances, dépourvu d'intérêts. Au regard de ces différents arguments démontrant que le contrôle étatique n'est pas en toutes circonstances inutile, une solution d'équilibre pourrait être trouvée dans l'admission du contrôle de la compétence arbitrale spéciale, mais en limitant la censure lorsque l'interprétation de la convention d'arbitrage retenue par le tribunal arbitral n'est pas *soutenable* – même si ce n'est pas la meilleure selon le juge étatique –, hypothèse confinante à la dénaturaison de la convention d'arbitrage. Le fondement de ce contrôle sera différent de celui de la compétence arbitrale générale : ce n'est pas l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions étatiques qui fonde la solution, mais le respect de la commune volonté des parties à l'arbitrage qu'a en charge le tribunal étatique, charge qui lui incombe en principe lors du procès arbitral afin de prêter son assistance à la constitution du tribunal

arbitral, et ici, de manière plus originale, au stade post-arbitral. En cas de simple doute sur la compétence du tribunal arbitral, en raison de la pathologie de la clause par exemple, le tribunal étatique devrait se ranger à l'appréciation faite par le tribunal arbitral. Le choix de l'une des interprétations possibles de la convention d'arbitrage ne devrait pas être censuré au profit d'une autre.

2).- *Le contrôle de la sentence de compétence et de la sentence d'incompétence*

636. Les juridictions françaises peuvent aussi bien contrôler la sentence de compétence que la sentence d'incompétence. La sentence sera écartée de l'ordre français ou annulée si « [l]e tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ». La décision du tribunal arbitral peut donc être contrôlée dans ses deux versants, compétence et incompétence.

La nouvelle formule du décret est celle qui avait été retenue par l'article 1518 du projet de réforme proposé par le Comité français de l'arbitrage, reprenant lui-même mot pour mot l'article 190 al. 2 b) de la LDIP¹. Cette nouvelle mouture du premier cas d'ouverture ne change rien à la possibilité de contrôle de la sentence d'incompétence, qui était admise par le biais du troisième cas d'ouverture. Le rapport au premier ministre le souligne lui-même². Mais elle est bien plus heureuse que l'ancienne, en ce qu'elle a le mérite de la clarté et de la simplicité³, participant à une meilleure intelligibilité du droit français. Elle évite ainsi que les juges ne se livrent à des contorsions théoriques inutiles afin de permettre le contrôle de l'hypothèse où le tribunal arbitral se serait jugé à tort incompétent.

637. L'ancienne formulation du 1° des anciens articles 1484 et 1502 CPC souffrait, sans que le trait ne soit trop grossi, de déféctuosité, à deux égards.

Tout d'abord, le premier cas d'ouverture des voies de recours ouvertes contre la sentence à titre principal ne visait pas *que la compétence arbitrale*. Il permettait également au juge de contrôler le dépassement de la durée de l'instance arbitrale à travers « *la convention d'arbitrage expirée* ».

Ensuite, plus délicat et nous concernant directement car susceptible de limiter la connaissance par le juge national du contrôle de la sentence statuant sur la compétence, le premier cas d'ouverture ne visait pas *toutes les questions de compétence* : l'hypothèse dans laquelle il est reproché au tribunal arbitral de s'être jugé à tort incompétent n'était pas envisagée. Aucun des cas d'ouverture du recours en annulation ou de l'appel de l'ordonnance d'exequatur ne prévoyait la possibilité de contrôle de la sentence d'incompétence. On ne sait si ce motif de contrôle a été intentionnellement écarté. Il est plus probable que l'hypothèse n'ait pas été envisagée car elle est fort rare et qu'on redoute plus un empiètement de la justice arbitrale sur le champ de la justice étatique que l'inverse. Désirant opérer le contrôle de la

¹ Sur lequel, cf. J.-L. DELVOLLE, « Présentation du texte proposé par le Comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006.491.

² Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janv. 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF* n° 0011 du 14 janv. 2011, p. 773, texte 8. A propos de l'art. 1492 CPC, le rapport souligne qu'« *il convient de relever que de légères modifications rédactionnelles ont été apportées à l'ancien article 1484, sans pour autant en changer la substance* ».

³ En ce sens, Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 49, n° 71.

sentence d'incompétence – totale ou partielle –, la jurisprudence a su utiliser de manière assez astucieuse les potentialités du troisième cas d'ouverture, qui vise de manière assez large et imprécise le cas où « *l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée* » afin de permettre le contrôle de la sentence d'incompétence. La solution est ancienne et rappelée systématiquement dans les mêmes termes¹, que la sentence d'incompétence soit totale ou seulement partielle², quel que soit le grief adressé à la sentence d'incompétence – contestation de la portée *ratione materiae* ou *personae* de la convention d'arbitrage, de l'arbitrabilité du litige etc. –, quelle que soit la source de la convention d'arbitrage, clause compromissoire classique ou, plus originale, résultant d'un TBI³. Si une décision semblait avoir accueilli le contrôle de la sentence sur le fondement du premier cas d'ouverture⁴, la cour d'appel de Paris avait récemment réaffirmé que c'est sur le fondement du troisième et non du premier cas d'ouverture que le recours en annulation contre la sentence d'incompétence était possible⁵.

Quoi qu'il en soit, la nouvelle rédaction du premier cas d'ouverture du recours en annulation évite les rapprochements théoriques incertains entre compétence et objet du litige et permet que, dans le cadre du contrôle, le juge étatique puisse connaître pleinement de la compétence juridictionnelle générale dans ses deux versants par le contrôle de la sentence de compétence et de celle d'incompétence.

638. On remarquera que dans la quasi-totalité des hypothèses, les sentences soumises au contrôle des juridictions étatiques du contrôle sont des sentences de compétence. Les contestations de sentence d'incompétence, totale ou partielle, sont assez rares, voire exceptionnelles. Peut-être simplement car la sentence d'incompétence est « *un oiseau rare* »⁶.

Le contrôle de l'excès de compétence arbitrale est ancien et constant. Le motif d'annulation de la sentence ou de refus d'exequatur tirée de l'incompétence arbitrale, est attesté à différentes époques de l'histoire de l'arbitrage⁷. En l'absence de convention

¹ CA Paris, 16 juin 1988, *Swiss Oil*, *Rev. arb.*, 1989.309, note Ch. JARROSSON ; CA Paris, 21 juin 1990, *Honywell*, *Rev. arb.*, 1991.96, note J.-L. Delvolvé ; CA Paris, 7 juill. 1994, *Uzinexportimport Romanian*, *Rev. arb.*, 1995.107 ; CA Paris, 26 octobre 1995, *SNCFT*, *Rev. arb.*, 1997.553 : « *la convention des parties constituant le fondement légal de l'arbitrage, la décision du tribunal arbitral sur la compétence est nécessairement soumise au contrôle de la Cour par la voie du recours en annulation, ce contrôle portant, dans le cas où, comme en l'espèce, les arbitres se sont déclarés incompétents, sur le respect par eux de leur mission* » ; CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2009, n° 199, p. 13, note J.-B. RACINE, *Rev. arb.*, 2008.730, note F.-X. TRAIN ; maintenu par Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, *Abela*, *Rev. arb.*, 2010.813, note F.-X. TRAIN ; *Cah. Arb.*, avr. 2011, n° 2, p. 443, note J.-B. RACINE ; CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie*, *op. cit.*

² Exemple de contrôle de la sentence d'incompétence partielle : Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, *Abela*, *op. cit.*

³ CA Paris, 18 nov. 2010, *Gouvernement de la région de Kaliningrad (Fédération de Russie) c. République de Lituanie*, *op. cit.*

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *Rev. arb.*, 2006.653, note G. BOLARD.

⁵ CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.*, alors que le requérant invoquait principalement l'article 1502.1° et subsidiairement, l'article 1502.3° CPC, la recevabilité du recours sera admise sur le fondement subsidiaire.

⁶ J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 730, n° 1.

⁷ En droit romain, cf. le Digeste, D. 4, 8, 32, § 21, rappelé par A. LEFEBVRE-TEILLARD, « L'arbitrage en droit canonique », *Rev. arb.*, 2006.5, spéc. p. 17, n° 7, pour étendre la solution au droit canonique : « [I]es arbitres n'ont de pouvoirs que ceux que leur attribue le compromis. Ils ne peuvent en aucun cas aller au-delà des pouvoirs qui leur sont reconnus, les étendre, par exemple, à un problème annexe apparu au cours de la procédure ou accepter une demande reconventionnelle (décrétale *Quum dilectus*, X 1, 43, 6). Conformément au droit romain, tout dépassement entraîne en principe la nullité de l'arbitrage ainsi rendu (D. 4, 8, 32, §21) » ; S. DAUCHY, « Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique – Aux origines des articles

d'arbitrage, la sentence « *ne serait qu'un vain chiffon* »¹. A l'ancienneté du contrôle de l'excès de compétence et sa justification – l'arbitre agissant alors « *en usurpateurs* »² par un excès de témérité dans l'appréciation de sa compétence -, on opposera la relative nouveauté du contrôle de l'incompétence. Nouveauté, car on ne s'est jamais véritablement soucié de sanctionner la situation inverse : un excès de timidité du tribunal arbitral dans l'appréciation de sa compétence. Historiquement, on a toujours craint l'inverse. Les différentes conventions internationales le démontrent, visant uniquement à sanctionner l'excès de compétence arbitrale.

Si certains textes ne le prévoient pas expressément, les tribunaux ont parfois passé outre ce silence, au profit d'une interprétation créatrice de certaines dispositions, à l'image du droit français. C'est le cas par exemple pour l'arbitrage CIRDI. Les Comités *ad hoc* se sont saisis du moyen d'annulation tiré de l'excès de pouvoir manifeste du tribunal arbitral prévu à l'article 52(1)(b) afin d'admettre le contrôle de la sentence d'incompétence³. Le tribunal commettrait un « *excès de pouvoir négatif* » en refusant d'exercer une compétence qu'il détient. Ce sont pour la plupart des législations relativement récentes qui ont expressément prévu le contrôle de la sentence d'incompétence, comme l'illustre le droit suisse⁴, le droit belge⁵ ou encore le droit anglais⁶, différents États se réservant cette possibilité de contrôle bien que s'inspirant de la loi type CNUDCI⁷.

639. Le contrôle de la sentence d'incompétence, au regard de sa nouveauté, reste à justifier. Ce contrôle est-il nécessaire alors qu'il laisse la voie libre aux juridictions publiques, alors compétentes pour connaître du litige ? La réponse à cette interrogation n'est pas aisée, comme l'atteste le droit comparé, certains droits étrangers ayant délibérément écarté le contrôle de la sentence d'incompétence, d'autres le retenant de manière totale ou limitée⁸.

1481-1491 NCPC », *Rev. arb.*, 1999.763, spéc. pp. 771-772 ; MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v° « Arbitrage », p. 293 : « [I]e pouvoir des arbitres ne peut s'étendre que sur les choses énoncées au compris ; et que tout ce qu'ils feroient au-delà, demeurerait sans effet ».

¹ MERLIN, cité par G. BALLADORE-PALLIERI, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1935, t. 51, p. 287, spéc. p. 340.

² Discours de MALLARMÉ au Corps législatif, 29 avril 1806, LOCRÉ, *op. cit.*, t. XXIII, p. 443 : présentant le livre III du CPC achevé au corps législatif le 29 avril 1806, Mallarmé expose que « *les arbitres reçoivent des parties qui les choisissent un véritable mandat : ils doivent en observer les termes avec scrupule. S'ils les excèdent, ce n'est plus comme arbitres qu'ils agissent, c'est en usurpateurs. L'acte qu'ils qualifient jugement est une entreprise téméraire sur l'ordre des juridictions, une violation manifeste du contrat formé entre eux et les parties. Un tel acte est radicalement nul, et le juge ordinaire a naturellement l'autorité nécessaire pour en prononcer la nullité* ».

³ Comité *ad hoc* CIRDI, 3 juillet 2002, *Vivendi v. Argentine*, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, *op. cit.*, p. 719. Cf. plus récemment Comité *ad hoc* CIRDI, 5 septembre 2007, *Empresas Lucchetti c. Pérou*, n° ARB/03/4, *Rev. arb.*, 2007.896, note M. AUDIT ; extraits in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. II)*, p. 345.

⁴ Art. 190(2)(b), LDIP. La possibilité de contrôle de la sentence d'incompétence est ancienne, l'art. 36 (b) du Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969 prévoyant déjà ce motif d'annulation.

⁵ Art. 1697(3) du Code judiciaire belge.

⁶ Art. 67(1)(b) de l'*Arbitration Act* anglais de 1996.

⁷ On rappellera que la loi type ne prévoit pas le contrôle de la sentence d'incompétence, et que cette absence de précision résulte d'un choix explicite, car il aurait été « inapproprié » d'opérer un contrôle de cette sentence. Cf. le rapport de la CNUDCI de la 18^e session (Vienne, 3-21 juin 1985)(A/40/7), (1985) XVI UNCITRAL Yearbook 3, p. 22, § 163.

⁸ Concernant l'arbitrage CIRDI, les Comités *ad hoc* admettent le contrôle de la sentence d'incompétence à travers l'excès de pouvoir manifeste. Cf. par ex. Comité *ad hoc* CIRDI, 3 juillet 2002, *Vivendi v. Argentine*, in E.

Au soutien du contrôle de la sentence d'incompétence, le risque de déni de justice peut-il être véritablement invoqué ? On pourra toujours opposer qu'il ne peut l'être véritablement alors que la justice publique pourra reprendre le flambeau et connaître du fond du litige, sauf hypothèse exceptionnelle à l'image de l'affaire *Nioc*. Ce serait cependant occulter, en présence d'arbitrages internationaux, le besoin d'accès à une justice neutre à l'égard des parties au litige¹. La neutralité est aujourd'hui considérée comme l'un des principaux avantages du recours à l'arbitrage en présence d'un litige mettant en cause des parties de nationalités différentes². Or, au regard des règles de droit international privé, le demandeur devra saisir les juridictions de l'État dont relève son adversaire. Cette situation ne peut que susciter légitimement les réserves du demandeur, au regard des liens plus ou moins étroits existant entre la demanderesse, entreprise publique ou privée, et l'État dont elle relève. On peut alors craindre des juridictions publiques la défense d'un certain patriotisme économique³. C'est pourquoi sans doute une partie de la doctrine estime qu'une sentence d'incompétence infondée « porte atteinte au « droit à l'arbitre » reconnu par la Cour de cassation à toute partie à une convention d'arbitrage valable »⁴. De même, au-delà des questions de neutralité, d'indépendance et d'impartialité de la justice publique, le choix de l'arbitrage par les parties correspond au choix d'une forme de justice, l'arbitrage. Ce choix porte sur une autre façon de rendre la justice, tant au regard des règles de procédure qu'au regard des règles de fond. En toute hypothèse, le respect de la volonté des parties – le principe de force obligatoire des contrats⁵ ou *pacta sunt servanda*⁶ –, à lui seul, justifie le contrôle de la sentence d'incompétence. Il en va de l'efficacité de l'arbitrage⁷, l'admission du contrôle de la sentence d'incompétence constituant une illustration supplémentaire de la *favor arbitrandum*. Il en va également de la préservation du caractère pluraliste du tracé de la frontière entre justice arbitrale et justice publique en permettant aux juridictions étatiques du contrôle de connaître de leur propre compétence en tant que justice publique, l'incompétence n'étant que l'autre face du même phénomène, celui de la compétence.

§3.- La totale liberté d'appréciation de la compétence par les juridictions françaises au regard des juridictions publiques étrangères

640. En présence d'un arbitrage international, une multiplicité de juges étatiques peut être amenée à contrôler la sentence, et par son biais, la compétence juridictionnelle générale :

GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I), op. cit.*, p. 719, spéc. p. 742-743, n° 86 ; Comité *ad hoc* CIRDI, 18 janvier 2006, *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, *op. cit.* ; Comité *ad hoc* CIRDI, 5 septembre 2007, *Empresas Lucchetti c. Pérou*, n° ARB/03/4, *Rev. arb.*, 2007.896, obs. M. AUDIT ; extraits in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. II), op. cit.*, p. 408, n° 99 : « [w]here a tribunal assumes jurisdiction in a matter for which it lacks competence under the relevant BIT, it exceeds its powers. The same is true in the inverse case where a tribunal refuses or fails to exercise jurisdiction in a matter for which it is competent under the BIT. Ad hoc committee considers that these situations are analogous and should be assessed according to the same legal standards ».

¹ L'argument de la neutralité est également évoqué par J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 768, n° 49.

² E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, op. cit.*

³ Sur la notion, cf. « Champions nationaux et patriotisme économique », *Problèmes économiques*, n° 2.903, 5 juillet 2006, La Documentation française.

⁴ F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, *Abela, Rev. arb.*, 2010.813, pp. 818-819, n° 6.

⁵ Cf. également en ce sens, F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, *Abela, op. cit.*, p. 818, n° 6.

⁶ J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 768, n° 49.

⁷ J.-B. RACINE, note sous CA Paris, 22 mai 2008, *Abela, op. cit.*

les juridictions de l'État du siège de l'arbitrage, mais également les juridictions de tout État sollicité pour reconnaître la sentence ou lui apposer la formule exécutoire. La question se pose donc de déterminer si le juge français saisi du contrôle de la compétence à travers la sentence serait pieds et poings liés par l'appréciation réalisée par un jugement étranger. Autrement dit, un jugement étranger ayant contrôlé la sentence au regard de la compétence peut-il être reconnu dans l'ordre juridique français ?

De prime abord, la réponse serait indifférente pour notre sujet. Peu importe laquelle des juridictions publiques opérerait le contrôle de la compétence à travers la sentence : juge français ou un quelconque juge étranger. Le caractère pluraliste du principe compétence-compétence ne serait pas remis en cause car une juridiction publique quelconque *in fine* interviendrait.

C'est cependant aller un peu vite en besogne. L'autonomie de l'arbitrage, principe qui n'est que la traduction de la reconnaissance de la place à part entière de l'arbitrage comme forme de justice, irrigue en effet le mécanisme du principe compétence-compétence. Si le tribunal arbitral peut apprécier sa propre compétence, c'est qu'il est une juridiction, certes privée, mais une juridiction légitime. Il serait incohérent *in fine* de le réintégrer complètement à l'ordre juridique du siège de l'arbitrage, ce dernier étant alors perçu comme une infra-justice tolérée dans le territoire de cet État. C'est ce que l'on admettrait si la décision de contrôle par la juridiction du siège s'imposait *erga omnes* aux autres États. Les juridictions françaises ne pourraient plus en toutes circonstances opérer le contrôle de la compétence, parfois liées par un jugement de contrôle étranger ; pire, le tribunal arbitral ne disposerait plus de l'« *espace de liberté* »¹ dont il dispose au regard de la diversité des solutions internationales dans l'appréciation de sa compétence.

641. Le droit français n'a pas suivi cette voie. Les solutions sont cohérentes de bout en bout. Aussi, lorsque le juge français est sollicité pour connaître de la sentence, il est libre de statuer sur la compétence juridictionnelle générale à travers la sentence, sans être lié par une quelconque norme étrangère, jugement ou règle. On n'insistera pas sur l'indépendance des normes de contrôle de la compétence juridictionnelle générale qui sera ultérieurement évoquée². Les juridictions françaises opèrent le contrôle de la compétence au regard des seules règles matérielles de droit français, excluant la méthode des conflits de lois. Notre propos sera centré sur les effets en France des jugements rendus à l'étranger statuant indirectement sur la compétence juridictionnelle générale à travers le contrôle de la sentence.

On peut ainsi affirmer que les juridictions françaises peuvent de manière potentiellement systématique opérer le contrôle de la compétence juridictionnelle générale en toutes circonstances car le droit français écarte les jugements étrangers du contrôle, leur déniaient tout effet extraterritorial (A). La règle exposée, il restera à examiner sa conformité avec les conventions internationales (B).

¹ La formule est de P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*

² Cf. *infra*, chapitre 2 relatif à l'étendue du contrôle.

A.- Les jugements étrangers contrôlant la sentence ne produisent pas d'effets extraterritoriaux

642. De manière générale, on peut affirmer que la liberté des juridictions françaises pour se prononcer sur la convention d'arbitrage au regard des autres ordres étatiques est assurée par la non-reconnaissance du jugement étranger contrôlant la sentence. Le droit français exclut toute portée extraterritoriale à ces jugements. Plus précisément, il est nécessaire de distinguer trois situations, en prenant en compte la répartition internationale des compétences entre juridictions étatiques du contrôle qui s'opère de la façon suivante : le recours direct contre la sentence – en France, le recours en annulation sur le fondement de l'article 1520 CPC – ne peut être exercé que devant le juge de l'État du siège de l'arbitrage, au contraire du recours exercé lors de la demande d'exécution de la sentence, qui peut être exercé par tout État où l'exécution forcée de la sentence est demandée.

La première situation est celle dans laquelle la France est l'État du siège de l'arbitrage. Elle ne pose pas de difficultés. En effet, seul le juge français du contrôle de la sentence est compétent pour connaître du recours direct contre la sentence lorsque les parties n'y ont pas renoncé¹. Les jugements étrangers qui, lors de la demande de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence, ont contrôlé cette dernière, ne peuvent produire d'effets extraterritoriaux, puisque la règle « *exequatur sur exequatur ne vaut* » s'applique à ces jugements étrangers². La récente affaire *Dallah c. Pakistan* illustre ces discordances concernant la question de l'extension d'une clause compromissoire à un tiers – ou partie – non signataire : alors que la Cour suprême anglaise a refusé l'exequatur de la sentence pour incompetence, au motif que le défendeur était un tiers à la convention d'arbitrage, la cour d'appel de Paris a au contraire rejeté le recours en annulation et accueilli la sentence estimant au contraire que ce prétendu tiers était bien partie à la clause litigieuse³. La sentence rejetée de l'État anglais est accueillie par l'État français.

La solution est identique dans la seconde situation, lorsque l'État du siège de l'arbitrage n'est pas la France et les juridictions françaises saisies d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence. Le jugement étranger prononcé par un juge autre que celui du siège de l'arbitrage, également saisi d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur, ne peut s'imposer au juge français. La même règle selon laquelle « *exequatur sur exequatur ne vaut* » impose la solution.

643. Cette règle, utilisée dans les deux premières situations, est d'une telle évidence, qu'elle n'est pas discutée, ni d'ailleurs même évoquée⁴. On la rappellera tout de même dans la mesure où elle constitue l'un des éléments contribuant à préserver la liberté des juridictions françaises pour statuer sur la compétence juridictionnelle générale au regard des juridictions

¹ Art.1520 CPC.

² En ce sens également, P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 358, n° 31, l'auteur rappelle que le jugement de reconnaissance ou d'exequatur ne peut produire d'effet extraterritorial : « *les décisions relatives à la reconnaissance ou à l'exécution ont par nature une portée limitée au territoire : la situation est la même qu'en matière d'effet des jugements étrangers* ».

³ Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46, *Dallah c. Pakistan*, CA Paris, 17 fév. 2011, n° 09/28533, *Pakistan c. Dallah*, *JDI*, 2011, note I. MICHOU ; *Cah. Arb.*, 2011, n° 2, p. 433, note G. CUNIBERTI.

⁴ Cf. cependant Ch. SERAGLINI, note sous CA Paris, 29 sept. 2005, *Bechtel*, *JCP.2006.I.148*, n° 7 : « *une décision étrangère accordant l'exequatur à une sentence ne produi[t] aucun effet extraterritorial* ».

étrangères ayant eu à se prononcer sur la demande de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence arbitrale, c'est-à-dire potentiellement tous les États autres que celui du siège de l'arbitrage. C'est ce qui explique que certaines sentences puissent être exécutées dans un pays et rejetées dans d'autres. Dans ce cas, il n'y a aucune d'interférence possible. Le droit international public justifie la solution.

644. C'est donc uniquement la troisième configuration qui pose difficulté, et qui est largement controversée, celle dans laquelle les juridictions françaises – l'État français n'étant pas le siège de l'arbitrage – sont saisies d'une demande de reconnaissance ou d'exécution de la sentence arbitrale et que les juridictions du siège ont rendu un jugement lors du recours direct ouvert contre la sentence ou en sont saisies. Les juridictions françaises sont-elles tenues d'accueillir une sentence validée et de rejeter une sentence annulée ? Il s'agit de la question – devenue classique – des effets en France du jugement d'annulation ou de validation de la sentence prononcée par les juridictions de l'État du siège de l'arbitrage. L'enjeu pour notre sujet est essentiel : il consiste à déterminer qui peut trancher la question de la compétence juridictionnelle générale. Est-ce que l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale revient aux seules juridictions du siège de l'arbitrage, leur jugement validant ou annulant la sentence s'imposant aux juridictions françaises tenues de s'y conformer, ou est-ce que les juridictions françaises retrouvent ici leur liberté d'appréciation du tracé de la frontière entre la justice publique et la justice privée ?

645. Ce problème peut être aisément résolu par l'application à cette hypothèse spécifique, prise de ce que le tribunal arbitral se serait jugé à tort compétent ou incompétent, de la jurisprudence *Hilmarton*. Solution aujourd'hui bien assise, constante depuis l'arrêt *Norsolor* aux arrêts *Putrabali*¹, les juges français acceptent de reconnaître ou d'accorder l'exequatur à une sentence annulée par les juridictions de l'État du siège de l'arbitrage. L'un des arrêts rendus dans l'affaire *Putrabali* est venu préciser le fondement de la solution : « *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* »². On ne reviendra pas sur cette solution, aussi bien enracinée en droit français que controversée en droit comparé³,

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1984, *Norsolor*, *Rev. arb.*, 1985.431, note B. Goldman ; *JDI*, 1985.679, note Ph. KAHN ; *D.*, 1985, chron. 183, J. ROBERT ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Polish Ocean Line*, *JDI*, 1993.360, note Ph. KAHN ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, *Hilmarton*, *JDI*, 1994.701, note E. GAILLARD ; *Rev. arb.*, 1994.327, note Ch. JARROSSON ; CA Paris, 14 janv. 1997, *Chromalloy*, *JDI*, 1998.750, note E. GAILLARD ; *Rev. arb.*, 1997.395, note Ph. FOUCHARD ; CA Paris, 29 sept. 2005, *Bechtel*, *Rev. arb.*, 2006.695 ; *Rev. crit. DIP*, 2006.387, note A. SZEKELY ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding*, n° 05-18.053, *Rev. arb.*, 2007.507 (1^{ère} esp.), note E. GAILLARD ; *D.*, 2007.1969, note X. DELPECH ; *D.*, 2008.1429, note L. DEGOS ; *Bull. ASA*, 2007.826, note P.-Y. GUNTER ; *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2007, n° 326, p. 14, note Ph. PINSOLLE. Plus récemment, cf. CA Paris, 31 janv. 2008, n° 06/07787, *Société ivoirienne de raffinage c. Teekay Shipping Norway*, *LPA*, 2008, n° 199, note S. ADELL ; *D.*, 2009.2959 : « *la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, comme celle rendue dans le contexte du Traité OHADA, 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, que l'article 1502 du Code de procédure civile n'envisageant pas comme cause de refus d'exécution, l'annulation de la sentence à l'étranger, la décision à intervenir de la juridiction ivoirienne étant sans effet en France, la demande de sursis à statuer est rejetée* ».

² Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding*, n° 05-18.053, *op. cit.*

³ Sur l'isolement du droit français au regard du droit comparé, cf. A. MOURRE, « A propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine : où va-t-on après les arrêts *Termo Rio* et *Putrabali* ? », *Rev. arb.*, 2008.263.

qui est au cœur d'un problème juridique complexe dont la résolution requiert un positionnement philosophique, et notamment l'adhésion à la conception localisée ou délocalisée de l'arbitrage, et qui nous mènerait bien loin du cœur de notre sujet¹.

Aucun des jugements de la longue série jurisprudentielle, depuis l'affaire *Norsolor* à l'affaire *Putrabali*, n'a eu à statuer spécifiquement sur cette hypothèse, à savoir, le sort de la sentence annulée par les juridictions de l'État du siège de l'arbitrage motif pris que le tribunal arbitral se serait jugé à tort compétent ou incompétent. Néanmoins, on peut retenir que la règle posée par la jurisprudence *Hilmarton* bénéficie d'une *vocation générale*. Elle peut s'appliquer quelle que soit la cause d'annulation de la sentence dans l'État du siège. Il n'y a pas à distinguer là où les textes et la jurisprudence ne distinguent pas. La vocation générale de la jurisprudence *Hilmarton-Putrabali* postule « *l'indifférence des raisons pour lesquelles l'annulation de la première sentence a été prononcée* » : « *il n'y a pas lieu de distinguer, dans l'application de la jurisprudence Norsolor-Hilmarton, selon les raisons pour lesquelles l'annulation de la première sentence est intervenue au lieu du siège de l'arbitrage* »². Ainsi, il apparaît que si la sentence par laquelle le tribunal arbitral se juge compétent était annulée par les juridictions du siège de l'arbitrage, les juridictions françaises saisies d'une demande d'exequatur de la sentence ne seraient aucunement liées par ce jugement et pourraient au contraire accueillir la sentence annulée. La même liberté pour les juges français prévaudrait pour une sentence d'incompétence annulée, les juges étant libres de juger de la compétence juridictionnelle générale sans être tenus par le jugement pris par les juridictions du siège.

La solution appliquée à la sentence annulée devrait également s'étendre à la sentence *validée* par les autorités de contrôle du siège de l'arbitrage. Le juge français devrait pouvoir contrôler librement la compétence, sans être lié par les autorités du siège, et éventuellement écarter de notre ordonnancement juridique la sentence s'il estimait que le tribunal arbitral s'est jugé à tort compétent ou incompétent.

Le pouvoir des juridictions françaises de statuer sur leur compétence en sort préservé par rapport aux juridictions étrangères qui ne peuvent imposer leur propre tracé de la frontière entre justice privée et justice publique. Le contrôle de la sentence opéré par les juridictions françaises est donc bien potentiellement systématique, pouvant être opéré en toutes circonstances, peu importe que l'État français soit ou non le siège de l'arbitrage.

646. Si la solution est aujourd'hui acquise, elle n'en reste pas moins débattue³. Une partie de la doctrine française tente de la remettre en cause par une autre voie, en soutenant que le jugement d'annulation lui-même, prononcé par les juridictions du siège de l'arbitrage, aurait vocation à produire des effets extraterritoriaux et ainsi à faire l'objet d'une procédure

¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, *op. cit.*

² E. GAILLARD, « L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine », *JDI*, 1998.645, spéc. p. 656, n° 19.

³ Cf. notamment A. KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international – Le droit français en question*, Préface Paul LAGARDE, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2005, pp. 499 et s., qualifiée d'« *anomalie française* » ; *La réforme du droit de l'arbitrage international – Réflexions sur le texte proposé par le Comité français de l'arbitrage*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2008, pp. 174 et s.

de reconnaissance, faisant ainsi échec à la possible reconnaissance de la sentence annulée¹. Cet obstacle risquerait de ruiner toute chance de reconnaissance d'une sentence annulée. Certains requérants ont tenté, par le passé, d'opposer au juge français, saisi d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur, l'impossibilité de procéder lui-même au contrôle de la sentence. Il devrait s'en tenir au jugement rendu par le juge du siège de l'arbitrage qualifié de « *juge naturel de la validité de la sentence* »². La jurisprudence française, à l'instar des juridictions anglaises³, a pris le contrepied de cette analyse. Le droit français adopte une « *attitude de rejet systématique à l'encontre des décisions rendues par les juridictions étrangères à l'occasion du contrôle des sentences arbitrales* »⁴. Est dénié tout effet extraterritorial au jugement prononcé par les autorités de contrôle du siège de l'arbitrage, quel que soit le sens de ce jugement, qu'il valide⁵ ou qu'il procède à l'annulation de la sentence⁶.

La solution est souhaitable. En effet, elle préserve le pouvoir des juridictions françaises de statuer sur la compétence juridictionnelle générale, celles-ci n'étant pas liées par l'appréciation faite par le juge de l'État du siège de l'arbitrage.

B.- La conformité de la règle avec les conventions internationales

647. Opportune pour notre sujet, la solution est-elle pour autant conforme aux conventions internationales ? La règle posée par le droit français doit être confrontée d'une part à la Convention de New York de 1958 (a), et d'autre part au Règlement Bruxelles I (b).

1).- La convention de New York de 1958

648. Concernant la Convention de New York de 1958, il faut distinguer entre le jugement de validation et le jugement d'annulation.

649. Les juridictions d'États auxquelles est présentée une demande de reconnaissance ou d'exécution forcée de la sentence alors que celle-ci a été validée par les juridictions du siège – ces dernières estimant le tribunal arbitral bel et bien compétent – restent libres de contrôler, en vertu de l'article V de la Convention de New York, la compétence arbitrale et

¹ Cf. en particulier S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, op. cit. ; A. MOURRE, « A propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leurs pays d'origine : où va-t-on après les arrêts *Terma Rio* et *Putrabali* ? », op. cit.

² Prétention des consorts *Gesnouin* rapporté par la cour d'appel de Paris, 12 février 1993, *Société Unichips Finanziaria c. Gesnouin*, *Rev. arb.*, 1993.255 (3^e esp.), note D. HASCHER.

³ England and Wales Court of Appeal Civil Division, 13 nov. 2006, *Svenska petroleum Exploration AB v. Lithuania*, [2006] EWCA Civ. 1529, cassant l'analyse opposée retenue par la *High Court* du 4 nov. 2005.

⁴ S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, op. cit., p. 259, n^o 369.

⁵ CA Paris, 12 février 1993, *Société Unichips Finanziaria c. Gesnouin*, op. cit., p. 261 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003, *Gouvernement de la Fédération de Russie c. Noga*, *Rev. arb.*, 2004.337, note S. BOLLÉE ; *DMF*, mars 2004.260, note J.-P. REMERY. Anciennement, *contra*, Cass. civ. 1^{ère}, 11 janv. 1972, *CNFN*, *Rev. crit. DIP*, 1973.115, note Ph. FOUCHARD ; *Rev. arb.*, 1972.49 (2^e esp.), note E. MEZGER.

⁶ CA Paris, 29 septembre 2005, *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubaï c. Bechtel International Company LLC*, *Rev. crit. DIP*, 2006.387, note A. SZEKELY ; *JCP G*, 2006.I.148, note Ch. SERAGLINI, retenant que le jugement d'annulation prononcé par la juridiction de l'État du siège de l'arbitrage, en l'espèce la Cour de cassation de Dubaï « *ne peut faire l'objet d'une reconnaissance en France, que les décisions rendues à la suite d'une procédure d'annulation, à l'instar des décisions d'exequatur, ne produisent pas d'effets internationaux car elles ne concernent qu'une souveraineté déterminée sur le territoire où elle s'exerce, aucune appréciation ne pouvant être portée sur ces décisions émises par un juge étranger à l'occasion d'un procès indirect* ».

corrélativement la compétence de la justice publique, au regard de l'arbitrabilité du litige¹, de l'existence² et de l'étendue de la compétence arbitrale³. Ainsi, il revient à chaque État d'accorder ou de refuser l'exequatur à une sentence délimitant lui-même la frontière de la justice publique et de la justice privée, sans être tenu de suivre le jugement de validation prononcé par les juridictions françaises⁴. Ce pouvoir de contrôle, indépendant, du juge requis résulte tout simplement de la Convention de New York elle-même.

650. Les choses sont bien moins claires lorsque les juridictions du siège ont procédé à l'annulation de la sentence. La difficulté en la matière provient du fait que lorsque la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sont demandées sur le fondement de la Convention de New York de 1958, celle-ci prévoit, concernant spécifiquement le jugement d'*annulation* prononcé par les juridictions du siège de l'arbitrage, qu'il peut produire un effet extraterritorial. On rappellera les termes de l'article V(1)(e) : le juge requis refusera de reconnaître ou de donner force exécutoire à la sentence si cette dernière « *n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue* ».

Le risque est alors que le jugement prononcé par les juridictions du siège de l'arbitrage annulant la sentence au motif que le tribunal arbitral se serait jugé à tort compétent ou incompétent, s'impose aux juridictions saisies d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence. Ces dernières ne pourraient donc vérifier la compétence lorsque la sentence de compétence ou d'incompétence serait annulée.

Ce risque est neutralisé par la possibilité admise en France d'accueillir une sentence annulée à l'étranger sur le fondement du fameux article VII(1) de la Convention. Cette disposition est interprétée comme réservant l'application du droit national plus favorable à l'exequatur de la sentence⁵. L'ancien article 1502 CPC, « *ignor[ant] superbement l'éventuelle annulation ou suspension de la sentence au pays d'origine telle qu'elle fait l'objet de l'art. V, parag. 1, litt. a) de la Convention de New York* »⁶ comme cause de refus d'exequatur, la jurisprudence française a fait prévaloir systématiquement son droit national, plus favorable à la sentence. Tous les arrêts de la lignée *Norsolor* ont été rendus sous ce double fondement : l'article VII de la Convention de New York et l'ancien article 1502 CPC⁷. La solution devrait être maintenue puisque le nouvel article 1520 CPC persiste à ignorer cette cause d'annulation ou de refus d'exequatur. On soulignera que cette interprétation de la Convention est loin de

¹ Art. V(2)(a) de la Convention de New York de 1958.

² Article V(1)(a) de la Convention de New York de 1958.

³ Article V(1)(c) de la Convention de New York de 1958.

⁴ En ce sens en droit américain : J. PAULSSON, note sous US Court of Appeal, District of Columbia, 25 mai 2007, *Termo Rio c. Electrificador Dela Atlantico*, *Rev. arb.*, 2007.553, p. 561.

⁵ Art. VII(1) de la Convention de New York de 1958 : « [l]es dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ».

⁶ J. ROBERT, « Retour sur l'arrêt *Pabalk-Norsolor* », *D.*, 1985, chron. 183.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1984, *Norsolor*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Polish Ocean Line*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, *Hilmarton, JDI*, 1994.701, note E. GAILLARD ; CA Paris, 14 janv. 1997, *Chromalloy*, *op. cit.*, l'article 33 de la Convention de coopération judiciaire signée entre la France et l'Égypte le 15 mars 1982 renvoyant aux dispositions de la Convention de New York ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding*, n° 05-18.053, *op. cit.*

faire l'unanimité en droit comparé, les juridictions de deux États récemment confrontées à cette question ayant posé le principe inverse¹.

2).- *Le Règlement Bruxelles I*

651. Concernant ensuite le Règlement Bruxelles I, la version en vigueur ne contredit pas la règle française. En effet, le principe de rejet par l'État français requis du jugement d'annulation ou de validation prononcé par l'État du siège doit également valoir lorsque le jugement étranger présenté pour exequatur émane d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à la Convention de Lugano. Ces textes excluent de leur champ d'application la matière de l'arbitrage à l'article premier, alinéa 2, d). Les différentes interprétations de l'exclusion de l'arbitrage données par la CJCE elle-même dans l'affaire *Marc Rich*², par les rapports sur la Convention de Bruxelles³ ou encore par la doctrine majoritaire⁴, convergent toutes dans le même sens : le jugement étatique statuant sur le recours exercé contre une sentence a pour objet, pour matière litigieuse, l'arbitrage ; il doit donc être exclu des systèmes de circulation intra-européens, Règlement Bruxelles I, Convention de Bruxelles ou Convention de Lugano. Ils constituent, avec les sentences arbitrales, le « *noyau dur* »⁵ de l'exclusion de l'arbitrage. Le juge français restera donc libre de contrôler la compétence à travers la sentence, sans être lié par la juridiction du siège de l'arbitrage, fut-elle une juridiction membre de l'Union européenne.

¹ Il s'agit tout d'abord des juridictions états-uniennes qui, après avoir admis la possible reconnaissance d'un jugement annulé par un arrêt *Chromalloy*, ont fait depuis volte face dans les tout aussi célèbres arrêts *Baker Marine*, *Spier*, *Bechtel* et plus récemment *TermoRio* (US District Court, District of Columbia, 17 mars 2006, *TermoRio c. Electrificadora Dela Atlantico*, *Rev. arb.*, 2006.786, note J. PAULSSON ; US Court of Appeal, District of Columbia, 25 mai 2007, *Termo Rio c. Electrificadora Dela Atlantico*, *Rev. arb.*, 2007.553, note J. Paulsson). Dans ces affaires, les juridictions américaines ont refusé d'apposer la formule exécutoire sur la sentence pour la seule raison que cette dernière avait été annulée par les juridictions du siège.

Il s'agit ensuite de la cour d'appel d'Amsterdam (CA Amsterdam, 28 avril 2009, *Yukos Capital SARL c. OAO Rosneft*, *Rev. arb.*, 2009.557, note S. BOLLÉE), concernant un aspect peu connu de l'affaire *Yukos*. Bien que les juges aient accepté dans ce cas d'espèce de donner force exécutoire à la sentence pour des motifs que l'on examinera ultérieurement, les juridictions néerlandaises acceptent par principe, comme base de leur raisonnement, que le jugement d'annulation pris par les juridictions du siège de l'arbitrage puisse produire des effets extraterritoriaux. L'arrêt précédemment rendu par la Cour suprême des Pays-Bas ((Hoge Raad), 26 oct. 1973, *Société européenne d'études et d'entreprises c. République fédérale socialiste de Yougoslavie*, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1974, n° 361 ; *Netherlands Yearbook of International Law*, 1974, vol. V, p. 290 ; *Rev. arb.*, 1974, p. 311, note H. Batiffol) ne concernait pas directement un cas d'annulation de sentence arbitrale.

² CJCE, 25 juill. 1991, Aff. C-190/89, *Marc Rich c. Impianti*, *op. cit.*, cf. en particulier nos 17 et 18.

³ Rapport *Schlosser*, *op. cit.*, p. 93, n° 65 : « [l]a convention ne s'applique pas non plus aux procédures et décisions concernant les demandes d'annulation, de modification, de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales » ; Rapport *Evrigenis et Kerameus*, *op. cit.*, p. 10, n° 35, qui confirme encore également l'exclusion des « procédures qui concernent directement et à titre principal l'arbitrage », et notamment « l'annulation judiciaire, la constatation de la validité d'une sentence arbitrale ou de l'existence des vices qui l'entachent ».

⁴ B. AUDIT, « L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN*, Paris, Dalloz, 1994, p. 15, spéc. p. 23 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano – Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^e éd., LGDG, 1996, p. 228, n° 318 ; L. IDOT, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2000, *op. cit.*, p. 509 ; A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires (droit communautaire, droit comparé)*, *op. cit.*, p. 50, n° 64 ; J.-F. POUURET, « Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton* ? Réponse à Philippe Fouchard », *op. cit.*, p. 16, même si l'auteur émet le souhait contraire (J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 964, n° 1014).

⁵ L'expression est de S. BOLLÉE. En ce sens également, L. IDOT et Ch. JARROSSON, « Arbitrage », *op. cit.*, n° 4.

Une telle interprétation a été confirmée par la Cour de cassation dans l'affaire *Noga*¹. La Cour de cassation a jugé que « l'article 1^{er} de cette convention exclut de son champ d'application l'arbitrage en tant que matière dans son ensemble, de sorte qu'en sont écartées non seulement les sentences arbitrales, mais aussi les décisions des tribunaux étatiques statuant sur des recours contre la sentence ou sur une demande en exequatur ».

652. Cependant, l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement Bruxelles I a été remise en cause dans le cadre de la révision de ce texte initiée par la Commission européenne. Sur la base du Rapport « Hess »², le Livre vert de la Commission proposait initialement de supprimer l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du règlement dans le but d'« améliorer l'interface entre l'arbitrage et la procédure judiciaire »³. Il s'en infère bien évidemment que le jugement d'annulation⁴, et même plus largement le jugement de validation⁵, pourraient librement circuler dans l'Union européenne sur le fondement de ce nouvel instrument, les juridictions du siège imposant ainsi *erga omnes* leur conception d'une sentence nulle ou valable. Le juge français requis verrait alors son pouvoir d'apprécier la compétence juridictionnelle générale supprimé, le juge de l'État du siège ayant compétence exclusive pour opérer ce contrôle.

Si ces propositions ont le soutien d'éminents spécialistes du droit de l'arbitrage, tels M. Schlosser, qui en est à l'origine, ou encore M. Poudret⁶, ce dernier ayant lui-même ouvert la voie à cette idée, elles n'ont pas été favorablement accueillies dans l'Hexagone. Elles ont même suscité les plus vives oppositions de la doctrine⁷, tout comme l'inquiétude des praticiens⁸ et des institutions d'arbitrage⁹. C'est ce que confirme la lecture des réponses

¹ CA Paris, 22 mai 2001, *Gouvernement de la Fédération de Russie c. Noga*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003, *Gouvernement de la Fédération de Russie c. Noga*, *op. cit.*

² B. HESS, Th. PFEIFFER and P. SCHLOSSER, "Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States", Final Version September 2007, Study JLS/C4/2005/03, dit "Rapport Hess".

³ Livre vert sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 21 avril 2009. Disponible sur le site suivant : http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public.0002/green_paper_en.pdf

⁴ Livre vert sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 21 avril 2009, *op. cit.* : « la suppression de cette exclusion [...] pourrait également garantir la reconnaissance d'une décision annulant une sentence arbitrale. Cela pourrait éviter les procédures parallèles entre les juridictions et les tribunaux d'arbitrage lorsque la convention est jugée invalide dans un État membre et valide dans un autre ».

⁵ Livre vert sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 21 avril 2009, *op. cit.* : « [u]ne solution autre ou supplémentaire pourrait consister à donner à l'État membre où une sentence arbitrale a été rendue compétence exclusive pour certifier sa force exécutoire et son équité procédurale, après quoi cette sentence circulerait librement dans la Communauté ».

⁶ J.-F. POUDRET, « Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton* ? Réponse à Philippe Fouchard », *op. cit.*, pp. 14-15 : « tous les États parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano, dont les art. 26 à 29 assurent la libre circulation des jugements sans contrôle de la compétence ni du fond. N'est-il dès lors pas possible et raisonnable d'étendre ce régime aux décisions rendues par les tribunaux étatiques en matière d'arbitrage ? » L'auteur se fonde sur l'ancien art. 220 TCE de 1957 qui « engageait les États membres à négocier pour assurer notamment « la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales ». Or, seule la première partie de ce postulat a été réalisé par la Convention de Bruxelles », spéc. p. 15.

⁷ S. LAZAREFF, « Et ça continue ! Arbitre, entends-tu le vol noir de Bruxelles sur la plaine ? », *op. cit.*

⁸ O. SAUMON et J.-Y. GARAUD, « Barreau de Paris : rapport du conseil de l'Ordre et résolution sur le projet d'intégration de l'arbitrage dans le règlement n° 44/2001 », *op. cit.*

⁹ « Rapport du groupe de travail et résolution d'ICC-France sur l'application à l'arbitrage du rapport relatif à l'application du Règlement de Bruxelles I dans les États membres de l'Union européenne », *Gaz. Pal.*, 16 oct.

françaises au Livre vert, dont on rapportera un extrait concernant spécifiquement la possible circulation du jugement d'annulation au sein de l'Union européenne sur le fondement du Règlement Bruxelles I :

« [d]e manière générale, les autorités françaises considèrent que les suggestions proposées participent d'une vision contestable car trop restrictive de l'arbitrage. Elles conduiraient à ne concevoir celui-ci qu'en fonction d'une éventuelle décision de justice intervenant soit à son appui, soit à sa contestation, c'est-à-dire que l'arbitrage serait perçu comme devant nécessairement se rattacher à un ordre juridique étatique. Ainsi, la reconnaissance de la décision du juge d'un autre État membre déclarant nulle la convention d'arbitrage en vertu de son droit national, ou annulant une sentence arbitrale, interdirait de demander dans les autres États membres la reconnaissance de la sentence rendue par le tribunal arbitral désigné, au mépris des règles issues des deux Conventions précitées. Si la sentence en question n'est pas susceptible d'être annulée a posteriori ou ne heurte pas la conception de l'ordre public international dans l'État membre où sa reconnaissance et exécution sont demandées, il n'y a pas lieu de les refuser »¹.

C'est dans les mêmes termes que M. Gaillard a également condamné cette proposition². Mais il semble que le droit français ne soit pas si isolé. Aussi, le rapporteur du livre vert, M. le député européen Zwiefka, recommande dans son projet de résolution de ne pas supprimer, même partiellement, l'exclusion de l'arbitrage du Règlement Bruxelles I³ et de reporter l'examen de cette question compte tenu de la vivacité des oppositions doctrinales et étatiques.

2008, n° 290, p. 20. V. également les réponses formulées au livre vert de la Commission par le Comité français de l'arbitrage (qui n'est pas une institution d'arbitrage à proprement parler).

¹ Note de la délégation française – Réponses des Autorités françaises au Livre vert relatif à la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Disponible à l'adresse suivante :

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public.news_consulting_0002_en.htm

² *« I am convinced that the proposed measures would be highly detrimental to the future of arbitration in the European Union in the short and medium terms. They run counter to the legislation of EU countries that are most favourable to arbitration, could well deprive arbitration of its main attraction for the parties, and will probably create more problems than they solve. Of particular concern is the automatic recognition of judgements deciding on the validity of arbitration agreements or arbitral awards and the priority granted to the courts of the seat of arbitration to rule on the existence, validity and scope of the arbitration agreement ».* Disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public.news_consulting_0002_en.htm

³ Cf. le projet de résolution, Draft Report on the implementation and review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (2009/2140(INI)), rapporteur T. ZWIEFKA : le rapport *« maintains his opposition to the abolition of the exclusion of arbitration from the scope of the Regulation, but considers that much more thought needs to be given to the relationship between arbitral and judicial proceedings and that until such time a full review and thorough consultations have been carried out, the idea of an exclusive head of jurisdiction for court proceedings supporting arbitration in the civil courts of the Member States should not be pursued ».* Cette opinion est réitérée dans le second working document, paru plus récemment, le 12 mars 2010, au motif notamment de la complexité des questions posées, deux positions doctrinales opposées étant rapportées, la question devant être examinée ultérieurement et de manière spécifique : *« [t]his, together with the alarm which the Heidelberg proposals have – rightly or wrongly – engendered, leads the rapporteur to conclude (again only provisionally) that nothing should be done one way or the other in the forthcoming revision of the regulation. Having read all the submissions from authorities for whom the rapporteur has the greatest respect, the rapporteur takes the view that the question should be addressed in a separate review ».*

Cette opposition a été entendue par le Parlement européen, qui, dans une résolution adoptée le 7 septembre 2010 estime que l'arbitrage doit rester exclu du Règlement 44/2001¹.

653. Face à cette levée de boucliers, l'idée émise par le Rapport Hess n'a pas été suivie. La proposition de règlement du 14 décembre 2010 émise par la Commission maintient l'exclusion de l'arbitrage². Ainsi, notamment, serait ajouté dans le préambule du futur Règlement un considérant excluant spécifiquement les jugements du contrôle de la sentence : « [l]e présent règlement ne s'applique pas à l'arbitrage, en dehors des cas restreints qui y sont prévus. En particulier, il ne régit pas la forme, l'existence, la validité ni les effets des conventions d'arbitrage, les compétences des arbitres, la procédure devant les tribunaux d'arbitrage, ni la validité, l'annulation, et la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ». Le futur article 1^{er} d) maintiendrait donc l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement, « sous réserve des dispositions de l'article 29, paragraphe 4, et de l'article 33 ».

La conséquence directe pour notre sujet est que chaque État restera libre de statuer sur la compétence juridictionnelle générale au stade du contrôle de la sentence lors de la demande de reconnaissance ou d'exequatur. La décision de l'autorité de contrôle du siège de l'arbitrage ne pourra pas circuler librement sur le fondement du Règlement Bruxelles I. Aussi la liberté des juridictions françaises de statuer sur leur compétence par rapport aux autres ordres juridiques étatiques en sort-elle renforcée. Le contrôle français de la compétence est bien potentiellement systématique, peu importe que l'État français soit ou non le siège de l'arbitrage.

654. En toutes circonstances, quelle que soit la voie de recours exercée, quel que soit le grief invoqué à l'encontre de l'appréciation de sa compétence par le tribunal arbitral, témérité ou excès de prudence, les juridictions françaises peuvent connaître de la compétence juridictionnelle générale. Elles le peuvent en toute liberté, que le siège de l'arbitrage soit en France ou à l'étranger, sans être liées par un quelconque jugement étranger ayant déjà statué sur la question.

En droit, le contrôle de la compétence juridictionnelle générale peut toujours être opéré par le juge étatique par le biais du contrôle de la sentence. Le caractère pluraliste du principe compétence-compétence est donc avéré, même si ce n'est que de manière potentielle, par la seule possibilité de contrôle, ombre qui plane sur le procès arbitral. Néanmoins, *en fait*, le contrôle de la compétence juridictionnelle générale par le juge étatique est simplement éventuel.

Section 2.- Un contrôle simplement éventuel

655. Comme cela est fréquemment rappelé par les juridictions étatiques elles-mêmes dans la définition du principe compétence-compétence, le contrôle étatique de la compétence

¹ Résolution du Parlement européen adoptée le 7 septembre 2010. Cf. sa présentation par Ch. JARROSSON in *Rev. arb.*, 2010.697.

² Proposition de la Commission européenne de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles, 14 déc. 2010, COM (2010) 748 final, 2010/0383 (COD).

au stade de la sentence est simplement « *éventuel* ». Simple éventualité, le contrôle de la compétence par les juges d'État ne se concrétise donc pas en toutes circonstances.

En effet, la « *réalité* » du contrôle étatique de la compétence est « *aléatoire* »¹, en particulier en matière d'arbitrage international. Il est fort possible que le juge français, saisi du fond du litige et ayant fait application de l'effet négatif du principe compétence-compétence, ne puisse contrôler la compétence arbitrale au profit d'un autre juge d'État : juge du siège de l'arbitrage ou juge de l'exécution de la sentence. Le juge français, qui a été saisi au fond du litige porté devant l'arbitre, n'est pas nécessairement le juge du siège de l'arbitrage, ni celui de l'exécution possible de la sentence en l'absence d'actifs des parties sur le sol français. Le juge français ne pourra donc pas nécessairement contrôler la compétence à travers la sentence au profit d'un quelconque juge étranger. Cela a été souligné avant nous : « [à] *tout le moins, le juge qui se déclare provisoirement incompétent et le juge qui, selon la présentation classique, aura le « dernier mot » sur la compétence de l'arbitre, risquent fort de ne pas appartenir au même ordre juridique* »².

Allant plus loin dans le raisonnement, il nous semble qu'il n'est même pas sûr qu'un quelconque juge étatique opère ce contrôle, peu importe l'ordre étatique dont il émane ! Dans ce cas, le tribunal arbitral aura statué *par priorité*, mais aussi *seul* sur sa compétence. Deux sortes de limites, certaines d'ordre général (§1), d'autres spéciales (§2), conduisent à ce que, *dans la plupart des cas*, les tribunaux arbitraux statuent seuls et de manière définitive sur leur propre compétence et corrélativement sur la compétence de la justice publique.

§1.- Les limites générales

656. La première limite à l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques est d'ordre général. Elle résulte tout simplement du régime du contrôle de la sentence. En effet, les juridictions françaises ne peuvent connaître de la sentence, et à travers elle, de la compétence juridictionnelle générale, que si l'une des parties à l'arbitrage entend porter la question devant elles.

En toutes circonstances, le contrôle judiciaire de la sentence au stade post-arbitral est éventuel, purement aléatoire d'un double point de vue : tout d'abord, il n'est en aucun cas obligatoire (A) ; ensuite, il est soumis, même concernant le cas d'ouverture reprochant au tribunal arbitral de s'être jugé à tort compétent ou incompétent, aux classiques conditions de recevabilité des voies de recours et des griefs ouverts contre la sentence (B).

A.- L'absence de caractère obligatoire des voies de recours

657. Aucune disposition du Code de procédure civile ne prévoit que les voies de recours ouvertes directement contre la sentence ou contre l'ordonnance d'exequatur doivent être obligatoirement exercées. Certes, l'apposition de la formule exécutoire sur la sentence par le juge de l'exequatur est précédée d'un contrôle obligatoire, mais qui est restreint à son plus strict minimum pour l'arbitrage interne comme international : vérifier l'existence de la

¹ J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 937-946, p. 942, n° 2549.

² *Ibid.* ; Ch. SERAGLINI, Chronique « Droit de l'arbitrage », *JCP*, 2006.I.187, n° 11 ; O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 906, n° 19.

sentence et l'absence de violation manifeste de l'ordre public, interne ou international¹ ; mais aucune des parties n'est dans l'obligation de former un appel contre l'ordonnance d'exequatur.

658. D'ailleurs, la grande majorité des sentences n'est tout simplement pas portée à la connaissance des autorités étatiques, dès lors qu'une sentence arbitrale peut très bien faire l'objet d'une exécution spontanée. C'est ce qui semble être la très grande majorité des hypothèses, le chiffre généralement avancé étant de 80 à 90% d'exécution volontaire des sentences². Seul un faible pourcentage de sentences serait porté devant les juridictions étatiques ; ce chiffre est encore à minorer pour les contestations effectives des sentences arbitrales³. Si ces chiffres sont à prendre avec précaution au regard de l'une des tendances de la pratique arbitrale qui est d'aller vers plus de contentieux, et notamment plus de contestations *a posteriori* de la sentence devant les juridictions nationales du contrôle⁴, ils révèlent tout de même une tendance digne d'être prise en considération. Le contentieux post-arbitral apparaît bien comme une « *anomalie* »⁵.

659. Ainsi, lorsque la sentence est exécutée spontanément, ou, même si un recours est exercé, lorsque que le grief tiré du fait que le tribunal arbitral se serait jugé à tort compétent ou incompétent n'est pas invoqué, le tracé de la frontière entre la compétence arbitrale et la compétence de la justice d'État aura alors été réalisé par le seul tribunal arbitral, de manière unilatérale. A l'abri de toutes voies de recours, la décision sur la compétence pourra être qualifiée, selon les termes du droit commun, de décision « *passée en force de chose jugée* ». Le tribunal arbitral aura bien exercé de manière définitive l'effet positif du principe compétence-compétence⁶ et ainsi tracé seul les limites de sa compétence, à l'exclusion des juridictions publiques.

Que reste-t-il alors du caractère pluraliste du mécanisme mis en place par le principe compétence-compétence ? A première vue, pas grand-chose il est vrai. Mais à y regarder de

¹ Art. 1487 et 1488 CPC pour l'arbitrage interne ; art. 1514 CPC pour l'arbitrage international (d'autant plus restrictif que c'est « *la reconnaissance ou l'exécution* » de la sentence qui ne doit être manifestement contrairement à l'ordre public international).

² J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 414, n° 694. Cf. les chiffres avancés par Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 462-463, n° 644, démontrant que « *la très grande majorité des sentences sont exécutées spontanément par la partie qui a succombé* ».

³ S. CRÉPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français – Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, *op. cit.* Cf. *supra*, n° 154.

⁴ Pour une relativisation de ces chiffres, cf. S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *op. cit.*, p. 79, n° 108 : « *le volume du contentieux post-arbitral incite pour le moins à relativiser l'importance du phénomène* ». Cette augmentation du volume du contentieux post-arbitral est elle-même relativisée par C. KESSEDJIAN, « *Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage* », *op. cit.*, p. 710, n° 21 : « *même si l'on accepte que les procédures « à problème » sont en augmentation, celle-ci est probablement proportionnelle à l'essor de l'arbitrage comme mécanisme « normal » de règlement des différends* ».

⁵ R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 496, n° 403.

⁶ La sentence sur la compétence acquiert alors force de vérité légale, peu importe d'ailleurs si le tribunal arbitral était réellement compétent. Mais une question subsiste : *quid* si l'incompétence du tribunal arbitral était d'ordre public, et que, par exemple, le tribunal arbitral a statué sur une matière non arbitrale ? Est-ce la même solution qu'en droit judiciaire, selon laquelle le jugement est tout de même inattaquable et que le « *tribunal crée sa propre compétence* » ? Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, *op. cit.*, spéc. p. 269 : « *[l]’autorité qui accompagne les jugements est si forte qu’elle s’attache à tout jugement devenu inattaquable, même si le tribunal était incompétent d’une manière radicale, d’ordre public, ou s’il a commis une violation flagrante des formes* ».

plus près, cet élément ne remet pas complètement en cause le caractère pluraliste du mécanisme. En effet, si la partie condamnée a exécuté spontanément la sentence, c'est qu'elle est convaincue de la compétence arbitrale ; elle y a même acquiescé. L'absence de contestation de la sentence devant les juridictions publiques est donc sans nul doute la marque que les parties sont satisfaites du jugement prononcé par le tribunal arbitral sur la compétence juridictionnelle générale. On peut d'autant en être convaincu que la partie condamnée par le tribunal arbitral n'hésiterait sans doute pas à porter la sentence devant les juridictions étatiques du contrôle pour contester la compétence s'il existait un moyen d'obtenir son rejet ou son annulation pour incompétence, et consécutivement, voir la sentence sur le fond annulée ou écartée. L'« obligation morale pour la partie perdante d'exécuter volontairement la sentence »¹ et le risque de « perdre sa réputation commerciale »² ne sont pas nécessairement déterminants pour une partie si elle nourrit des doutes légitimes sur la compétence du tribunal arbitral. L'absence d'exercice des voies de recours contre la sentence par les parties, et en particulier par la partie condamnée, signifie simplement qu'il n'y a pas de contestation logiquement tenable, défendable, de la compétence arbitrale et que le litige revient bel et bien à la justice privée à l'exclusion de la justice publique.

B.- Les conditions classiques encadrant la recevabilité de contrôle de la sentence

660. Même dans le cas où les juridictions françaises ont été saisies du contrôle de la sentence par l'une des parties, il faut encore que le recours d'une part, et le grief lui-même visant la sentence sur la compétence d'autre part, soient jugés recevables.

661. Les conditions d'accueil du contrôle étatique de la sentence se sont durcies ces dernières années. La faveur à l'arbitrage s'étend en effet au stade post-arbitral. Or, ces conditions sont appliquées aux griefs adressés à la décision par laquelle le tribunal arbitral statue sur sa compétence, sans que soit prise en compte la nécessité de maintenir le contrôle étatique de la compétence en toutes circonstances alors que c'est uniquement à ce stade qu'il pourra être exercé. Des conditions de recevabilité encadrent aussi bien les voies de recours elles-mêmes (1), que le moyen d'annulation ou d'appel de l'ordonnance d'exequatur de la sentence tiré de la compétence ou de l'incompétence du tribunal arbitral (2). On évaluera tour à tour pour chacune de ces conditions si elles restreignent ou non la possibilité pour les juridictions étatiques de connaître du tracé de cette frontière commune qu'elles partagent avec la justice arbitrale.

1).- Les conditions d'ouverture des voies de recours

662. Les règles régissant le contrôle de la sentence ne posent pas *a priori* de difficultés ou de spécificités en présence d'une sentence statuant sur la compétence, que l'incident de compétence soit jugé seul ou joint à la sentence sur le fond du litige : le recours en annulation est ouvert contre toute sentence arbitrale. On rappellera simplement que le

¹ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 464, n° 645.

² *Ibid.*, p. 464, n° 646.

requérant doit respecter les classiques conditions de recevabilité de tout recours relatives aux formes, délais et compétence, et exercer ce droit de manière non abusive¹.

663. On s'attardera sur la condition classique de recevabilité des recours tenant aux délais. Bien que ces derniers soient ceux du droit commun, on peut identifier quelques éléments marquant une certaine souplesse quant à l'accueil du recours.

664. Ainsi, le contrôle de la compétence d'une sentence internationale rendue à l'étranger pourrait être perpétuel par le biais de la procédure incidente de reconnaissance. Conséquence de l'autonomie de l'ordre arbitral, il nous semble en effet que la partie qui entend s'opposer à une procédure engagée devant le juge français sur le fondement d'une fin de non-recevoir tirée d'une sentence préalablement rendue par un tribunal arbitral, siégeant en France ou à l'étranger, devrait passer par le biais d'une procédure de reconnaissance incidente. Le jugement de reconnaissance rendu en première instance devrait alors pouvoir être frappé d'appel et contrôlé notamment au regard du grief tiré de l'incompétence arbitrale. Le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur la compétence juridictionnelle générale en sortirait renforcé, le contrôle de la compétence potentiellement perpétuel.

665. De même, le régime de la recevabilité du recours à l'encontre de la sentence incidente de compétence est suffisamment souple pour permettre son accueil immédiatement² ou ultérieurement, lors du contrôle de la sentence sur le fond : l'absence d'exercice d'une voie de recours pendant l'instance arbitrale n'est pas assimilée en elle-même à un acquiescement à la sentence incidente ou à une renonciation au moyen d'annulation de la sentence³.

Cependant, la récente réforme marque encore toute sa faveur pour l'arbitrage en abrégant les délais dans lesquels le recours peut être exercé contre la sentence. Le décret du 13 janvier 2011, s'il ne modifie en rien l'état antérieur du droit concernant l'appel contre l'ordonnance de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence, recevable dans « *le délai d'un mois à compter de la signification de la décision* »⁴, a réduit les délais de recevabilité du recours en annulation. En matière d'arbitrage interne, le recours en annulation ou l'appel cessent d'être recevables « *s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la notification de la*

¹ H. LECUYER, « Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire », *Rev. arb.*, 2006.573.

² CA Paris, 7 juin 1984, *Société Belin c. Société d'Aide Technique et de Coopération SATEC*, *op. cit.* ; confirmé indirectement en matière de mesures provisoires et conservatoires par CA Paris, 7 oct. 2004, *Société Otor Participations et autres c. société Carlyle Holdings 1 et autre*, *Rev. arb.*, 2005.737, note E. JEULAND. Cette interprétation a été confirmée par le nouveau décret à l'art. 1495 CPC pour l'arbitrage interne (« [l]'appel et le recours en annulation sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1 ») et 1527 CPC pour l'arbitrage international (« [l]'appel de l'ordonnance ayant statué sur l'exequatur et le recours en annulation de la sentence sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1 »).

³ CA Paris, 4 mars 2004, *Société Nihon Plast Co. c. Société Takata-Petri Aktiengesellschaft*, *op. cit.* : « si aux termes des articles 409 et 410 du NCPC l'acquiescement à la sentence au jugement qui peut être exprès ou implicite emporte renonciation aux voies de recours, la circonstance qu'[une partie] qui dès l'origine a contesté la compétence de l'arbitre ait suivi la procédure au fond sans former de recours contre la sentence finale ne constitue aucunement un acquiescement à la décision « *intérimaire* », alors surtout que le recours contre cette décision n'aurait pas eu pour effet de suspendre le cours de l'arbitrage ». Cf. également CA Paris, 1er juin 1999, *Tarom*, *Rev. arb.*, 2000, p. 493, confirmé par Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *Tarom*, *op. cit.*

⁴ En matière d'arbitrage interne, pour l'appel contre l'ordonnance qui refuse l'exequatur : art. 1500 al. 1 CPC. En matière d'arbitrage internationale : art. 1525 al. 2 CPC pour l'appel contre l'ordonnance statuant sur la demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger.

sentence » aux termes de l'article 1494 al. 2 CPC, modifiant l'ancien article 1486 CPC qui faisait courir ce délai à compter de la signification de la sentence *revêtue de l'exequatur*. La même solution a été retenue en matière d'arbitrage international par l'article 1519 al. 2 CPC¹.

Ainsi, le pouvoir de contrôle des juridictions publiques de la compétence juridictionnelle générale, exercé uniquement à ce stade – le stade post-arbitral –, paraît peu à peu rongé par l'imposition de délais de recevabilité du contrôle de plus en plus bref dans l'objectif, avoué par le rapport, de « *permettre aux parties d'avoir le plus tôt possible une sentence définitive, sans attendre la délivrance d'un exequatur* ». Le fait que la sentence sur la compétence soit d'autant plus tôt définitive ne semble avoir suscité aucune réserve.

Conséquence directe, la souplesse permise pour la sentence incidente de compétence est remise en cause, même si les principes de solution restent les mêmes : dès que la sentence incidente de compétence est notifiée aux parties, *sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait été revêtue de la formule exécutoire*, celles-ci devront exercer les voies de recours dans le mois de la notification de la sentence ; à défaut, le recours sera jugé irrecevable s'il est exercé avec la sentence sur le fond. A la différence de l'ancien article 1505 CPC, il n'est plus nécessaire que la sentence signifiée ait été déclarée exécutoire. Aussi cet élément du régime général du contrôle de la sentence contribue-t-il à renforcer le caractère purement éventuel de l'exercice du pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence par un encadrement temporel de la recevabilité du recours en annulation toujours plus bref.

2).- Les conditions de recevabilité du moyen d'annulation ou d'appel

666. Les conditions de recevabilité du moyen d'annulation semblent quant à elles bien plus rigoureuses, obstruant alors la liberté des juridictions étatiques de participer au tracé de la frontière entre la compétence arbitrale et la compétence de la justice publique. Un premier état des lieux (a) révèle que les conditions de recevabilité du moyen d'annulation de la sentence ou de l'appel de l'ordonnance d'exequatur de la sentence tiré de l'incompétence arbitrale sont identiques aux autres moyens, sans que soit nécessairement prise en considération la spécificité de ce cas d'ouverture au regard du principe compétence-compétence – le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence étant paralysé en amont et durant le procès arbitral, il faudrait qu'il soit préservé en aval –. Les objectifs de rationalisation du comportement des plaideurs tout au long du procès arbitral et des procédures juridictionnelles antérieures et subséquentes semblent alors primer sur le caractère pluraliste du mécanisme de compétence-compétence.

Ceci n'est cependant qu'une première impression tirée d'une analyse formelle car une analyse substantielle (b) permet de percer à jour le contrôle opéré de la recevabilité du moyen d'incompétence par les juridictions étatiques du contrôle : c'est en réalité, même si indirectement, la compétence elle-même qui est ici contrôlée. Le caractère pluraliste du principe compétence-compétence est ainsi sauvegardé.

¹ Art. 1519 al. 2 CPC : « [c]e recours est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la notification de la sentence ».

a).-Le droit positif

667. Initialement de source prétorienne, la règle de renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure a été consacrée au nouvel article 1466 CPC : « [l]a partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». Les rédacteurs s'inscrivent ainsi dans la droite ligne d'un article fondateur de M. Cadiet¹, preuve parmi tant d'autres de ce que les règles du droit de l'arbitrage sont le fruit d'une co-écriture entre le juge, la doctrine et le pouvoir réglementaire². La règle a bien évidemment des répercussions au stade post-arbitral, mais elle vise avant toute chose à responsabiliser les litigants le temps de l'instance arbitrale. Il est donc bienvenu qu'elle ait été intégrée dans le chapitre consacré à l'instance arbitrale.

668. Doctrine et juges hésitent entre les fondements de cette règle³. La jurisprudence se réfère tantôt à un fondement subjectif, la règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure reposant sur une volonté implicite, l'acquiescement – « *qui ne dit mot, consent* » –, tantôt à un fondement plus objectif, l'*estoppel*⁴ – ce dernier faisant même l'objet d'une consécration en demi-teinte en droit judiciaire privé⁵ –, même si finalement l'article 1466 CPC semble préférer s'en référer au premier. Quoi qu'il en soit, ces deux règles sont une simple traduction de la loyauté processuelle⁶, expressément consacrée pour l'instance arbitrale par le nouvel article 1464 al. 3 CPC⁷, ou de la bonne foi procédurale⁸, principe général du droit.

¹ L. CADIET, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 1996.3, n° 8. L'auteur décrit de la façon suivante la règle : « *telle partie avait la possibilité de dénoncer l'irrégularité, elle ne l'a pas fait et a continué de participer aux opérations d'arbitrage sans mot dire ; de ce comportement, la cour d'appel saisie sur son recours déduit qu'elle a renoncé, implicitement, mais nécessairement, à se prévaloir de l'irrégularité qu'elle a ainsi couverte par son silence* ».

² E. SILVA ROMERO, « Les apports de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) », *op. cit.*

³ Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 28, n° 36, énumérant la renonciation à se prévaloir des griefs, la bonne foi, le principe de cohérence ou le concept d'*estoppel*.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2005, *Golshani*, *Bull. civ.* I, n° 302 ; *D.*, 2006, p. 1424, note E. AGOSTINI ; *RTD com.*, 2006. 309, obs. E. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2005.993, note P. PINSOLLE ; *Rev. crit. DIP*, 2006.602, note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.*, 24-25 févr. 2006, p. 18, obs. F.-X. TRAIN. L'*estoppel* a été appliqué à d'autres griefs : expiration du délai d'arbitrage (CA Paris, 7 fév. 2008, *Société français de rentes et de financement Crédirente c. Compagnie générale de garantie SA*, *Rev. arb.*, 2008, p. 501, note J.-B. RACINE), non-respect du principe de la contradiction (CA Paris, 28 février 2008, *D.*, 2008.1325), grief de la méconnaissance du principe de collégialité et de la nullité de l'acte de mission (CA Paris, 9 oct. 2008, *Rev. arb.*, 2009.360, note P. DUPREY, spéc. p. 363), irrégularité de la composition du tribunal arbitral (CA Paris, 10 avril 2008, en somm. in *Rev. arb.*, 2008.342) ou encore au grief tiré de l'irrégularité de la procédure en raison de l'absence du liquidateur, qui avait pourtant été dûment informé et mis en cause (Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, *Société MJA c. Société International Company For Commercial Exchanges Income*, *op. cit.*).

⁵ Cass. Ass. plén., 27 fév. 2009, *Bull. civ.*, 2009.AP.1, *D.*, 2010.169, obs. N. FRICERO ; *RTD civ.*, 459, note N. DUPONT ; *JCP*, 2009.II 1073, note P. CALLÉ.

⁶ Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 355, spéc. pp. 361-362.

⁷ Art. 1464 al. 3 CPC : « [l]es parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ».

⁸ Ch. JARROSSON, « La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales », in *L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Philippe FOUCHARD*, Paris, Pedone, 2006, p. 185, spéc. p. 201, n° 30. Visant de man. gén. l'*estoppel*, P. MAYER, « Le principe de bonne foi devant

Sans plonger dans une analyse détaillée des deux règles¹, la référence à la seule règle de renonciation a le mérite de la clarté et de la simplicité. Ces deux règles, bien que conceptuellement distinctes, tendaient à faire doublon dans notre domaine d'étude. La Cour de cassation l'avait elle-même admis alors même que le grief du non-respect du principe du contradictoire ne visait pas le tribunal arbitral, mais le juge d'annulation lui-même². Le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir violé le principe de la contribution en se référant à la règle de l'*estoppel* qui n'était pas spécifiquement visée par le défendeur au recours en annulation, sans inviter les parties à s'expliquer sur la règle. La Haute juridiction rejette le moyen puisque « dans ses écritures devant la cour d'appel, [la société défenderesse] faisait grief au liquidateur de s'être volontairement abstenu de participer à la procédure après en voir été pleinement informé et avoir été mis en cause, ce qui lui interdisant de s'en plaindre en appel, et en tirait la conclusion qu'il était censé avoir renoncé à se prévaloir des éventuelles irrégularités de la procédure ». Bref, la règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure était invoquée devant la cour d'appel ; peu importe la désignation formelle de la règle en cause « dès lors que les domaines d'application respectifs de la règle de l'*estoppel* et du principe de la renonciation peuvent, dans certains cas, être identiques et qu'il appartient au juge de l'annulation de faire respecter la loyauté procédurale des parties à l'arbitrage ».

Surtout, la référence à la seule règle de renonciation évite notamment tout débat autour de la condition particulière de mise en œuvre de l'*estoppel by representation*. Cette règle, qui prend ses origines dans la *common law*, bien connue du droit international public ou du droit transnational, présente une particularité ; elle implique, au contraire de la renonciation, l'appréciation du comportement des deux litigants puisqu'elle vise à sanctionner la trahison de la confiance légitime : le comportement incohérent du premier litigant doit avoir été pris en compte par le second litigant, au détriment de ce dernier³

669. Peu importe son fondement. Une solution unique s'impose selon laquelle « tout grief, pour être recevable devant le juge de l'annulation, doit avoir été soulevé devant le tribunal arbitral ». Cette règle est applicable à l'ensemble des griefs visant la sentence : délai de l'instance arbitrale, régularité de la désignation des arbitres, respect de leur mission⁴, ou

les arbitres du commerce international », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE*, op. cit., p. 543, spéc. p. 553.

¹ Sur leur distinction, cf. Ph. PINSOLLE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2005, *Golschani*, op. cit.

² Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, *Société MJA c. Société International Company For Commercial Exchanges Income*, op. cit. : « les domaines d'application respectifs de la règle de l'*estoppel* et du principe de la renonciation peuvent, dans certains cas, être identiques et qu'il appartient au juge de l'annulation de faire respecter la loyauté procédurale des parties à l'arbitrage ».

³ Ph. PINSOLLE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2005, *Golschani*, op. cit., pp. 1005 et 1006, n° 18. En ce sens, cf. également E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'*estoppel* dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. arb.*, 1985.241, qui définit l'*estoppel by representation* comme « l'interdiction faite à la personne qui, par ses déclarations, ses actes ou son attitude, c'est-à-dire par la « représentation » qu'elle a pu donner d'une situation donnée, a conduit une autre personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première, d'établir en justice un fait contraire à cette « représentation » initiale » : H. MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit privé français », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, op. cit., p. 303.

⁴ A propos de la jonction de procédures : CA Paris, 22 oct. 2009, *Société Globale Rückversicherungs AG c. SCP Brouard Daude*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009, p. 926 : « [e]n n'établissant pas qu'elle ait protesté contre la jonction de trois procédures arbitrales devant les arbitres, une partie ne peut plus en vertu de la règle de

encore à l'ordre public de protection, à l'exclusion de l'ordre public de direction¹ sous réserve du principe du contradictoire². Pour autant, le moyen tiré de l'incompétence arbitrale doit-il être aussi soumis à la règle de renonciation ? L'application de l'article 1466 CPC au moyen d'annulation³ tiré du fait que le tribunal arbitral se serait jugé à tort compétent ou incompétent pose question puisqu'il est essentiel de ne pas confier la compétence-compétence définitive au tribunal arbitral. Le risque est que les juridictions étatiques soient exclues du contrôle de la compétence par des conditions de recevabilité trop restrictives du moyen d'appel ou d'annulation.

La règle de renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure est en principe applicable au grief selon lequel le tribunal arbitral se serait déclaré à tort compétent ou incompétent (i), sauf exceptions (ii).

i).- Le principe : l'application de la règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure au grief selon lequel le tribunal arbitral se serait déclaré à tort compétent ou incompétent

670. L'article 1466 CPC ne pose aucune limite à son domaine application. Aussi la jurisprudence antérieure au décret du 13 janvier 2011 devrait-elle être maintenue. Pour être recevable devant le juge du contrôle de la sentence, le reproche fait au tribunal arbitral de s'être déclaré à tort compétent ou incompétent doit avoir été soulevé devant le tribunal arbitral lui-même.

De multiples illustrations nous sont fournies par la jurisprudence. Celle-ci applique systématiquement la règle au cas d'ouverture tiré de l'incompétence du tribunal arbitral. Tous les aspects de la convention d'arbitrage sont concernés : étendue⁴, existence⁵ et même

l'estoppel soulever le moyen tiré de la méconnaissance par les arbitres de leur mission à l'occasion du contentieux de l'annulation » ; réitéré dans des circonstances similaires, sur le fondement de la règle de l'estoppel par CA Paris, 5 nov. 2009, *Société Riverstone Insurance UK Limited c. SCP Brouard et Daude-Brouard*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009, p. 928.

¹ CA Paris, 22 oct. 2009, *Sté Linde Aktiengesellschaft et autres c. sté Halvourgiki-AE*, *Rev. arb.*, 2010.124, note F.-X. TRAIN : « certes, que s'agissant de la violation de l'ordre public international la cour n'est pas juge du procès mais de la sentence ; que seule la reconnaissance ou l'exécution de la décision arbitrale est examinée au regard de la compatibilité avec l'ordre public international ; qu'il est indifférent que la question n'ait pas été soulevée devant les arbitres, le principe de concentration des demandes imposant aux parties de faire connaître leurs prétentions devant les arbitres à peine d'irrecevabilité devant le juge du contrôle étant ici sans application, l'étendue du contrôle juridictionnel quant au respect de l'ordre public international auquel participent les règles impératives du droit communautaire n'étant pas conditionnée par l'attitude des parties ».

² Pour un ex. récent, où la règle de la renonciation a été appliquée aux griefs d'irrégularité de composition du tribunal arbitral, de non-respect de sa mission par le tribunal arbitral et de non-respect du principe de contradiction, CA Paris, 31 janv. 2008, *Société Thimonnier c. société Inner Mongolia Yili Industrial Group Co. Ltd*, *Rev. arb.*, 2008.487, note L.-M. PILLEBOUT.

³ Dans les développements qui suivent, on utilisera le seul terme de moyen d'annulation ou de recours d'annulation afin d'alléger la rédaction. Mais ces développements concernent tout autant le moyen d'appel du jugement accordant ou refusant la demande de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence.

⁴ CA Paris, 15 oct. 2009, *Société OAO NPO Saturn c. société Unimpex Entreprises Ltd.*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009.923.

⁵ CA Paris, 7 mars 2002, *Rev. arb.*, 2002.771 ; CA Paris, 16 janv. 2003, *Rev. arb.*, 2004.369, note L. JAEGER ; *Gaz. Pal.*, 30-31 mai 2003, p. 18 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 02-13252 (l'existence de la convention d'arbitrage était contestée au regard de l'inexistence du contrat qui la contient) ; CA Paris, 2 juill. 2009, *Floquet c. société Grains d'Oc*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009, p. 656 : « [p]our être recevable devant le juge de l'annulation, le grief formé à l'encontre d'une sentence arbitrale doit avoir été soulevé chaque fois que cela est possible devant le tribunal arbitral lui-même. Dès lors qu'une partie qui s'est bornée à se défendre sur le fond

validité¹. Ainsi, dès lors que l'une des parties participant à la procédure arbitrale n'a pas contesté la compétence du tribunal arbitral devant ce dernier, alors qu'elle aurait pu le faire, elle ne peut ensuite critiquer la sentence sur ce point qu'elle s'est abstenue de soulever devant le tribunal arbitral : sa demande sera jugée irrecevable par le juge de l'annulation ou de l'appel de l'ordonnance d'exequatur. C'est d'ailleurs, soulignons-le, l'un des premiers cas d'application de la règle de la renonciation. Dès 1961, l'article V(2) de la Convention de Genève édictait spécifiquement la règle de renonciation à l'exception d'incompétence².

671. On apportera quelques précisions relatives à l'application de la règle de renonciation au premier cas d'ouverture du contrôle de la sentence.

Tout d'abord, pour être recevable devant le juge du contrôle, l'exception d'incompétence doit elle-même avoir été jugée recevable par le tribunal arbitral. Aussi, en principe, l'exception d'incompétence doit avoir été soulevée *in limine litis* devant le tribunal arbitral. Si elle a été jugée irrecevable comme tardive par le tribunal arbitral, l'incompétence arbitrale ne pourra pas non plus être invoquée devant le juge du contrôle de la sentence³.

Ensuite, lorsqu'une partie traduite devant des juridictions étatiques a excipé de leur incompétence au motif de l'existence d'une convention d'arbitrage et que ces dernières ont accueilli l'exception d'arbitrage, elle ne peut plus contester devant le juge du contrôle la sentence résultant de la procédure arbitrale ensuite engagée par l'autre partie au motif de l'incompétence du tribunal arbitral. Les juridictions étatiques françaises jugent le grief d'incompétence irrecevable⁴. Doit-on étendre le raisonnement entre instances de contrôle ? Il pourrait également être retenu, à l'image d'une décision allemande, que « *le fait de ne pas avoir attaqué une sentence suisse devant le Tribunal fédéral pour invalidité de la convention d'arbitrage interdi[t] de faire valoir les griefs correspondants lors de l'exécution de la*

du litige, ne démontre pas qu'elle ait contesté la compétence du tribunal arbitral pour trancher les différends l'opposant à l'autre partie que ce soit au titre de l'inexistence de la clause compromissoire ou de l'incompétence de l'arbitre qui a de plus, lui-même relevé en sa délibération que sa compétence n'était pas contestée non plus que l'existence de la clause compromissoire, cette partie n'est plus recevable à soutenir devant le juge de l'annulation que la clause compromissoire était inexistante ».

¹ CA Paris, 19 oct. 1995, *Boisson et consorts*, *Rev. arb.*, 1996, p. 79 ; CA Paris, 14 déc. 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 471, 2^e esp., note J.-B. RACINE ; Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 2002, *Grommelle*, *Rev. arb.*, 2004.285 (2^{ème} esp.) (la clause compromissoire était insérée dans un prétendu acte mixte, qui était en substance commerciale dès lors que la cession d'actions faite par l'actionnaire majoritaire et dirigeant était en substance une cession de contrôle) ; CA Paris, 18 mars 2004, *Sarl Synergie c. Société SC Conect SA*, *Rev. arb.*, 2004.917, note J.-Y. GARAUD et R. ZIADE ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 04-13999 (contestation de la nullité de la convention d'arbitrage internationale tirée de la stipulation d'un appel) ; CA Paris, 15 oct. 2009, *Société OAO NPO Saturn c. société Unimpex Entreprises Ltd.*, *op. cit.*

² Article V(2) de la Convention de Genève de 1961 : « [I]es exceptions d'incompétence visées au paragraphe 1 ci-dessus et qui n'auraient pas été soulevées dans les délais fixés à ce paragraphe 1 ne pourront plus l'être dans la suite de la procédure arbitrale s'il s'agit d'exceptions qu'en vertu du droit applicable par l'arbitre les parties ont seules la faculté d'invoquer, ni au cours d'une procédure judiciaire ultérieure sur le fond ou l'exécution de la sentence s'il s'agit d'exceptions laissées à la faculté des parties en vertu de la loi déterminée par la règle de conflit du tribunal judiciaire saisi du fond ou de l'exécution de la sentence. Le Juge pourra toutefois contrôler la décision par laquelle l'arbitre aura constaté la tardiveté de l'exception ».

³ En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2006, *Gaz. Pal.*, 19 nov. 2006, n° 262, p. 14.

⁴ CA Paris, 20 sept. 2007, *Société Baste*, *JCP*, 2007.I.216, n° 4, obs. J. BÉGUIN ; *D.*, 2008, p. 180, note Th. CLAY ; *Rev. arb.*, 2008.325, note M. DANIS et B. SIINO.

sentence en Allemagne »¹. L'absence de recours contre la sentence de compétence, ou l'absence de grief formulé contre la compétence du tribunal arbitral dans une précédente instance devant des juridictions d'État étrangères contrôlant la sentence, pourrait ainsi être interprétée comme valant acquiescement à la compétence arbitrale.

Enfin, précisons l'étendue de la renonciation, compte tenu de la récente extension de l'obligation de concentration des moyens, reconnue en droit judiciaire privé², et qui semble avoir été étendue à l'arbitrage et transformée en obligation de concentration des demandes³ – définie comme l'obligation de « *présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause* », la cause étant entendue comme un ensemble de faits à l'origine du litige. Qu'est-ce qui doit plus précisément avoir été soulevé devant le tribunal arbitral ? L'exception d'incompétence de manière générale, la prétention, la demande, « *revendication d'un résultat économique ou social correspondant au bénéfice d'une règle de droit* »⁴, ou encore plus précisément les arguments des parties, les moyens de fait et de droit également invoqués au soutien du recours en annulation ? L'obligation de concentrer les moyens est-elle opposable à l'auteur de l'exception d'incompétence opposée au tribunal arbitral devant le juge de l'annulation ? Seule l'obligation de concentrer les moyens est pertinente en la matière, à l'exclusion de l'obligation de concentrer les demandes fondées sur la même cause, puisqu'il s'agit bien pour le litigant « *d'invoquer dans la même instance tous les moyens, c'est-à-dire tous les fondements juridiques d'une même demande* »⁵, l'exception d'incompétence. Afin de pouvoir être utilement invoqués devant le juge d'annulation, les moyens de fait ou de droit au soutien ou à l'encontre de l'exception d'incompétence doivent-ils avoir été utilisés devant le tribunal arbitral, pour être examinés devant le juge de l'annulation ?

La question a surgi devant la cour d'appel de Paris. L'une des parties prétendait, selon « *le jeu de la règle d'estoppel* », que, pour être recevables devant le juge de l'annulation, « *les arguments évoquées dans la procédure d'annulation concernant l'absence de convention d'arbitrage l'aient été devant les arbitres* ». La cour d'appel de Paris, se fondant sur « *l'examen indépendant, en fait et en droit, des moyens et arguments des parties* », a rejeté cet argument au motif suivant : « *à partir du moment où l'exception d'incompétence a été soulevée au cours de la procédure arbitrale, [...] il n'est pas possible d'induire du fait qu'un argument n'ait pas été précédemment évoqué devant les arbitres l'acceptation de leur compétence par la recourant* »⁶. Ainsi, dès lors que l'exception d'incompétence est formée et motivée devant le tribunal arbitral, il n'est pas indispensable que les motifs développés soient identiques à ceux présentés devant le juge du contrôle. La portée de la règle de la renonciation

¹ En ce sens, OLG Stuttgart. 1. Sch. 16/02 & 1. Sch. 16/03 du 14 octobre 2003, cité par G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, op. cit., p. 155, n° 425.

² Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, *Cesareo c. Cesareo*, op. cit.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, *G. et A. Distribution c. Prodim*, Bull. civ., 2006.I.153 ; D., 2008.1619, note X. DELPECH ; *RTD Civ.*, 2008.551, obs. R. PERROT ; *JCP G*, 2008.II.10170, note G. BOLARD ; *Rev. arb.*, 2008.461, note L. WEILLER ; *LPA*, 2008, n° 199, note J. MAIRE du POSET ; *JCP G*, 2008.I.164, n° 3, obs. J. BÉGUIN ; *Gaz. Pal.*, 21 fév. 2009, n° 52, p. 53, obs. F.-X. TRAIN. Récemment rappelé par CA Paris, 9 sept. 2010, *Marriott c. JNAH Développement*, *Cah. Arb.*, 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 413, note P. MAYER.

⁴ H. MUTULSKY, *Ecrits*, T. II, p. 6, n° 3.

⁵ E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes de l'arbitrage », op. cit., p. 204, n° 6.

⁶ CA Paris, 25 sept. 2008, *République Tchèque c. Nreka*, op. cit.

est donc limitée, de même que la règle de concentration des moyens. La règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure doit s'appliquer à la seule demande, et non pas aux moyens de fait ou de droit invoqués à son soutien.

On observera que cela confirme l'hypothèse selon laquelle le juge de l'annulation aurait la possibilité de rejurer spécifiquement le litige sur la compétence juridictionnelle générale – à l'exclusion du fond – se comportant comme une instance d'appel. Comme les juges du second degré, le juge de l'annulation n'est pas lié par l'obligation de concentrer les moyens, cette dernière devant « être comprise au sein du procès et non pas au sein d'une instance au procès »¹. En ce sens, on peut invoquer un argument tiré, par analogie, du droit judiciaire privé concernant l'appel, l'article 565 CPC posant qu'« une prétention n'est pas nouvelle si elle tend aux mêmes fins que celle soumise au premier juge, même si son fondement est différent ». Une solution identique a été posée en droit anglais par la Queen's Bench Division le 1^{er} novembre 2005, saisie d'un recours contre la sentence incidente sur la compétence². Un débat s'était ouvert afin de déterminer si le demandeur pouvait se prévaloir des nouveaux arguments non présentés au tribunal arbitral au soutien de sa prétention. La cour répondra que « si les arguments sont techniquement différents, ils viennent au soutien de la même objection ». Aussi, la règle de la renonciation ne devrait pas limiter les arguments, moyens de fait et de droit, que les requérants peuvent invoquer au soutien ou à l'encontre de la compétence arbitrale devant le juge étatique du contrôle ; il suffit que l'exception ait été opposée devant le tribunal arbitral, sans que le contenu de l'argumentation soit nécessairement identique.

ii).- Les exceptions

672. Trois hypothèses permettent au requérant de présenter un moyen d'annulation en dépit de l'absence de contestation de la compétence devant le tribunal arbitral. Le juge étatique retrouve alors la possibilité de statuer sur sa compétence et de participer au tracé de la frontière délimitant la compétence arbitrale et la compétence de la justice publique.

673. La première exception s'impose d'elle-même : il s'agit du défaut du défendeur. En effet, dans l'hypothèse de non-comparution devant le tribunal arbitral d'une partie à l'arbitrage, il est indispensable que la partie qui n'a pas comparu et qui se voit condamnée puisse tout de même contester la sentence devant les juridictions étatiques du contrôle, motif pris de l'incompétence arbitrale. Comme le remarque fort justement un auteur, « dans le contexte d'une procédure par défaut, une telle solution [NDA : la règle dite de « la renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale »] signifierait que la non-comparution à l'arbitrage d'une partie régulièrement appelée priverait celle-ci de tout moyen d'annulation contre la sentence – sous réserve des moyens non susceptibles de

¹ E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 207, n° 11.

² O. CACHARD, « L'étendue de la voie de recours contre une sentence intérimaire sur la compétence des arbitres », note sous *Queen's Bench Division (Commercial Court)*, 1^{er} nov. 2005, *Aikens J, DMF*, 681, 2007, p. 424, spéc. p. 428, n° 10.

renonciation »¹. Et, bien que ce ne soit pas une attitude à encourager, il est tout à fait possible que la partie fasse défaut car elle estime le tribunal arbitral incompétent.

Fort opportunément, la solution a été expressément posée par la cour d'appel de Paris le 21 janvier 2010². Elle juge que la partie qui conteste l'existence de la clause compromissoire à réception de la requête d'arbitrage, puis qui fait défaut, peut invoquer les griefs tirés des articles 1502 CPC devant le juge de l'annulation sans se voir opposer la règle de renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure. Selon nous, la solution devrait être étendue à l'hypothèse où la partie n'a pas même contesté la compétence arbitrale à réception de la requête d'arbitrage, lorsqu'elle n'y a tout simplement pas répondu. Le silence gardé à la réception de la requête d'arbitrage ne pourrait être interprété comme valant approbation de la compétence arbitrale. C'est au contraire une forme silencieuse de rejet.

674. La seconde exception est tout aussi évidente : elle réside dans les cas d'inarbitrabilité des litiges *per se*. La solution est admise en droit français³. S'il est admis que les moyens tirés de l'ordre public de protection, tout comme de l'ordre public de direction procédural dont le rôle se limite à « *assurer l'intangibilité des institutions judiciaires et du service public de la justice* »⁴, sont également soumis à l'obligation d'avoir été soulevés devant le tribunal arbitral, ce n'est pas le cas de l'ordre public qui porte sur la convention d'arbitrage dès lors que « [l]'ordre public de la justice étatique [...] vient se manifester ici d'abord en termes négatifs d'interdiction, pour réserver au juge d'État la connaissance de certaines matières, non arbitrables »⁵. De même que l'exception d'incompétence tirée d'une cause d'inarbitrabilité *per se* peut être soulevée par les parties en tout état de cause ou même d'office par le tribunal arbitral, le grief tiré de l'incompétence d'ordre public du tribunal arbitral pourra être formé et jugé recevable devant le juge de l'annulation même s'il n'a pas été présenté au tribunal arbitral⁶. Mais seule une cause de nullité de la convention tirée de l'ordre public de direction est concernée, à l'exception de l'ordre public de protection⁷.

Est-ce cette raison qui explique que la cour d'appel de Paris a refusé délibérément d'appliquer la règle de l'*estoppel* dans l'affaire *INSERM* ? L'*INSERM* prétendait en effet que le litige était inarbitrable en application de l'article 2060 du Code civil qui fait interdiction aux personnes morales de droit public, pour un contrat de nature administrative, de recourir à

¹ F.-X. TRAIN, note sous CA Paris, 13 sept. 2007, *Société Comptoir Commercial Blidéen c. Société L'Union Invivo*, *Rev. arb.*, 2008.313, p. 319

² CA Paris, 21 janv. 2010, *Société Inversiones Errazuriz Limitada SA c. société Kreditanstalt für Wiederaufbau*, *Rev. arb.*, 2010.339, note F.-X. TRAIN. Précédemment, de manière implicite : CA Paris, 13 sept. 2007, *Sté Comptoir Commercial Blidéen c. Sté l'Union Invivo*, *Rev. arb.*, 2008.313, note F.-X. TRAIN.

³ En ce sens, Ch. SERAGLINI, note sous Paris, 14 juin 2001, *Compagnie Commerciale André c. Tradigrain*, *Rev. arb.*, 2001.772, spéc. p. 793.

⁴ M. BRANDAC, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 11 juillet 2002, 21 nov. 2002, 10 juill. 2003, 20 nov. 2003, *Rev. arb.*, 2004.283, p. 299, n° 12. La règle est appliquée au principe du contradictoire, et de manière plus générale, aux droits de la défense, et au droit au procès équitable.

⁵ *Ibid.*, p. 300, n° 14.

⁶ *Ibid.* : « [i]l ne paraît pas douteux que le silence gardé devant les arbitres à propos de l'interdiction de l'article 2060 al. 1^{er} C. civ., ne saurait empêcher l'annulation d'une sentence rendue en matière d'état ou de capacité des personnes ou sur une contestation intéressant une personne publique ».

⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 2002, *op. cit.* : « la participation sans réserve [du recourant] à l'arbitrage valait de sa part renonciation au droit d'invoquer la nullité de la clause compromissoire en soutenant qu'elle était insérée dans un acte mixte ». Cependant, en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un acte mixte, mais bien d'un acte de nature commerciale.

l'arbitrage, ce qui était le cas en l'espèce puisque l'accord international en cause concernait la coopération scientifique entre deux instituts de recherche, l'un français, l'autre norvégien. Le défendeur opposait quant à lui l'irrecevabilité du moyen pris de l'incompétence arbitrale en vertu de la règle de l'*estoppel* dès lors que le demandeur avait lui-même pris l'initiative de la procédure arbitrale, et saisi le juge d'appui afin de constituer le tribunal arbitral, « *sans jamais contester la compétence de l'arbitre, sa capacité à compromettre ou encore l'arbitrabilité du litige* ». La cour d'appel n'a pas même répondu à ce moyen, examinant directement les griefs formulés à l'encontre de la sentence. Doit-on comprendre que la règle de l'*estoppel* ne s'appliquerait pas au moyen tiré de l'inarbitrabilité subjective du litige ? C'est ce que l'on pourrait retenir de cet arrêt ; mais il nous semble plus convaincant d'en retenir une tout autre interprétation. Si la cour d'appel ne déclare pas le moyen irrecevable, c'est qu'elle jugeait nécessaire de se prononcer sur la demande au fond, dès lors que le Conseil d'État était également saisi de la question. Dans la perspective d'une saisine ultérieure du Tribunal des conflits¹, il était en effet opportun que la cour d'appel justifie d'une part, pourquoi elle estimait l'ordre judiciaire compétent pour connaître d'une sentence arbitrale rendue sur le fondement d'une convention d'arbitrage contenue dans un contrat administratif international, et d'autre part, pourquoi elle estimait le litige arbitral. Le refus d'appliquer la règle de l'*estoppel* ne résultait donc pas d'un raisonnement juridique, fondé sur une exception bien délimitée, mais de l'opportunité de pouvoir prendre position sur des règles de fond capitales quant à l'avenir du droit de l'arbitrage en matière administrative². Au contraire, il nous semble qu'au regard de l'internationalité du litige, la règle de renonciation avait pleinement vocation à jouer puisque le principe n'est pas l'inarbitrabilité des litiges de droit public interne mais au contraire l'aptitude des États et entités publiques à compromettre.

675. La solution devrait-elle également valoir en présence de contrats conclus entre un professionnel et une partie faible? L'ordre public qui est édicté à leur encontre est un ordre public de protection. Aussi devrait-on admettre que les parties puissent valablement pouvoir renoncer à cette protection. Il en découlerait que la partie protégée, atraite devant le tribunal arbitral, devrait tout de même opposer une exception d'incompétence à ce dernier afin de pouvoir contester ensuite la sentence arbitrale devant les juges du contrôle. Cette

¹ T. confl., 17 mai 2010, *Inserm c. Fondation Saugstad*, D., 2010.2633, note S. LEMAIRE ; D., 2010.2944, obs. Th. CLAY ; RTD com., 2010.525, obs. E. LOQUIN ; JCP G, 2010.644.12, obs. J. ORTSCHIEDT ; AJDA, 2010.1564, note P. CASSIA : « *le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du code de procédure civile, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; qu'il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif* ».

² CA Paris, 13 nov. 2008, *INSERM c. Association Fondation Letten F. Saugstad*, Rev. arb., 2009, p. 389, note M. AUDIT ; D., 2009, Pan., p. 2384, spéc. 2390, obs. S. BOLLÉE ; CE, 31 juill. 2009, n° 309277, *INSERM*, Rev. arb., 2009. 539, note M. AUDIT ; Arbitrage-adr n° 1641, obs. R. DUPEYRE. La question a été tranchée par le Tribunal des conflits : T. confl., 17 mai 2010, *Inserm c. Fondation Saugstad*, op. cit.

irrecevabilité procédurale serait d'ailleurs en totale concordance avec les règles de fond qui régissent la validité de la convention d'arbitrage en la matière : en effet, la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail interne est nulle en application des articles L. 1411-4 et R. 1412-4 du Code du travail (anciens articles L. 511-1 et R. 517-1 du Code du travail) et 2061 du Code civil, mais il est tout à fait possible de compromettre une fois le litige né à l'expiration du contrat de travail¹ ; de même, en présence d'un contrat de travail international, la clause compromissoire n'est pas nulle et seulement inopposable au salarié, qui peut décider de s'y soumettre². Le même raisonnement vaudrait pour le contrat de consommation, interne ou internationale. La présomption de caractère abusif de la clause compromissoire, posée par les articles L. 132-1 et R. 132-2 10° du Code de la consommation³, considérés comme une loi de police⁴, devrait uniquement valoir pour la clause compromissoire à l'exclusion du compromis d'arbitrage qui s'est valablement formé devant le tribunal arbitral par la saisine du professionnel et la comparution sans réserve du consommateur.

Cependant, la CJCE semble avoir pris le contrepied de cette analyse⁵. Dans le secteur particulier de la téléphonie mobile, il est fréquent que les opérateurs espagnols intègrent des conventions d'arbitrage dans de simples contrats d'abonnement conclus par des particuliers. En l'espèce, M^{me} Mostaza Claro avait souscrit un contrat d'abonnement à une ligne de téléphonie mobile. Ce contrat stipulait une clause compromissoire soumettant tout litige relatif au contrat à l'arbitrage de l'AEADE. M^{me} Mostaza Claro, n'ayant pas respecté le délai minimal d'abonnement prévu, l'opérateur a engagé la procédure arbitrale, envoyant dans le même temps une lettre à la défenderesse, lui impartissant un délai de 10 jours pour refuser l'arbitrage, précisant qu'en cas de refus, la voie judiciaire restait ouverte. La consommatrice espagnole a activement participé à la procédure arbitrale en se défendant au fond, sans invoquer une quelconque nullité de la clause compromissoire tirée de son caractère abusif. La sentence l'ayant condamné, elle a formé un recours en annulation contre la sentence devant les juridictions madrilènes invoquant le caractère abusif de la clause compromissoire. La juridiction espagnole a considéré que le caractère abusif de la clause compromissoire, et la nullité de cette clause, étaient indiscutables au regard de la loi espagnole 26/184 relative à la protection des consommateurs et des usagers, telle que modifiée par la loi 7/1998 relative aux conditions générales des contrats ayant transposé la directive en cause. La question se posait cependant de savoir si le juge pouvait soulever le caractère abusif de la clause, alors que la

¹ Cass. soc., 5 nov. 1984, *Rev. arb.*, 1986.47, note B. MOREAU-BOURLES.

² Cass. soc., 16 fév. 1999, *Château Tour Saint Christophe c. Aström*, *op. cit.* ; Cass. soc., 4 mai 1999, *Picquet c. Sacinter*, *op. cit.* ; Cass. soc., 9 fév. 2001, *Kis c. Lopez-Alberdi*, *op. cit.* ; Cass. soc., 28 janv. 2005, *Taiphon c. Bobinet*, *Navire Nan Shan*, *op. cit.* ; Cass. soc., 12 mars 2008, n° 01-44654, *op. cit.* Pour une application récente à la convention d'élection de for stipulée dans un contrat de travail international, les dispositions de l'article R. 1412-1 du Code du travail considérés comme un loi de police dès lors que l'activité est exercée en France, Cass. soc., 29 sept. 2010, *JDI*, 2011, note J. BURDA.

³ Sur ces dispositions, cf. Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et clauses abusives », *Rev. arb.*, 1995.147.

⁴ Ch. SERAGLINI, *Lois et police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Paris, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 1106 et s.

⁵ CJCE, 26 oct. 2006, Aff. C-168/05, *Claro c. Centro Movil Milenium*, D., 2006.2910, obs. V. AVENAROBARDET ; *ibid.*, 3027, obs. T. CLAY ; *RTD civ.*, 2007.113, obs. J. MESTRE ET B. FAGES, et 633, obs. P. THÉRY ; *JDI*, 2007.581, note A. MOURRE ; *Rev. arb.*, 2007.109, note L. IDOT ; *JCP*, 2007.I.168, n° 1, obs. C. SERAGLINI ; *Gaz. Pal.*, 29 avr.-3 mai 2007, p. 17, obs. F.-X. TRAIN ; *Europe*, 2006, n° 378, p. 28, obs. L. IDOT ; *RDAL*, 2007, n° 14, p. 55, obs. C. NOURISSAT.

consommatrice n'avait pas invoqué ce moyen de défense devant le tribunal arbitral. La consommatrice a-t-elle pu valablement renoncer à la nullité de la convention d'arbitrage, le droit espagnol de l'arbitrage alors applicable exigeant que l'exception d'incompétence soit soulevée devant les arbitres ? Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de Justice a jugé par une décision du 26 avril 2006 que « *la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle implique qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive, alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation* ». La Haute juridiction européenne permet à un consommateur attiré à une procédure d'arbitrage de former un recours en annulation contre une sentence arbitrale sur le fondement de la nullité de la clause compromissoire au regard de son caractère abusif bien qu'il ait comparu devant le tribunal arbitral et n'ait pas soulevé ce grief devant ce dernier¹. Mieux, dans cette lignée, à nouveau interrogée par le juge espagnol, la CJCE a interprété la même directive comme autorisant les juridictions nationales saisies d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale définitive, rendue sans comparution du consommateur, à « *apprécier d'office le caractère abusif de la clause d'arbitrage contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans la mesure où, selon les règles de procédure nationales, elle peut procéder à une telle appréciation dans le cadre de recours similaires de nature interne* »². De ces deux décisions, il résulte que la règle de renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure doit être écartée aussi bien devant le juge saisi d'un recours en annulation contre la sentence que devant le juge saisi de l'exécution forcée de la sentence ; l'ordre public communautaire prévaut sur toute autre considération. Plus qu'une simple faculté, il s'agit d'ailleurs d'une obligation incombant au juge national : il est tenu de soulever d'office la nullité de la convention d'arbitrage au regard de son caractère abusif.

Ces arrêts ont été diversement appréciés par la doctrine – soit considérés comme nuisant à l'efficacité de l'arbitrage, soit critiqués au regard de l'intervention du droit communautaire dans le champ du droit de l'arbitrage³, soit considérés comme trop favorables au

¹ Les faits de l'espèce révélaient même la renonciation explicite de la consommatrice à l'exception d'incompétence, voir même la contradiction de comportement. L'AEADE, institution en charge de l'arbitrage, avait informé la consommatrice qu'elle disposait d'un délai de 10 jours pour refuser l'arbitrage, et qu'en cas de refus, la voie judiciaire restait ouverte. Elle ne contesta pas la compétence arbitrale, et, au contraire, conclut sur le fond devant l'arbitre.

² CJCE, 6 oct. 2009, Aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodriguez Nogueira*, *Rev. arb.*, 2009.813, note Ch. JARROSSON ; *Gaz. Pal.*, 18 fév. 2010, n° 49, p. 12, note G. Poissonnier, J.-Ph. Tricoit ; *CAPJA*, 2010, p. 471, note A. MUSELLA et P. PEDONE ; L. IDOT, « Clause abusive et arbitrage », *Europe*, déc. 2009, comm. 469 ; *D.*, 2009.2959, obs. Th. CLAY, qui estime que « *la directive 93/13 doit être interprétée en ce sens qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale ayant acquis la force de chose jugée, rendue sans comparution du consommateur, est tenue, dès qu'elle dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, d'apprécier d'office le caractère abusif de la clause d'arbitrage contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans la mesure où, selon les règles de procédure nationales, elle peut procéder à une telle appréciation dans le cadre de recours similaires de nature interne. Si tel est le cas, il incombe à cette juridiction de tirer toutes les conséquences qui en découlent selon le droit national afin de s'assurer que ce consommateur n'est pas lié par ladite clause* ».

³ Cette extension du champ d'application du droit communautaire sur l'étendue du contrôle des sentences arbitrales opérée par les juridictions étatiques s'est faite au nom du principe d'effectivité du droit

consommateur¹. Cependant, cette analyse ne nous est pas apparue si critiquable, notamment au regard de la faiblesse de ces parties et l'absence de représentation obligatoire par un avocat devant un tribunal arbitral. Le profane – consommateur, salarié ou assuré – peut en effet légitimement croire en la validité de la clause compromissoire contenue au contrat, et, ne suspectant pas le caractère abusif de telles clauses, s'y soumettre. Son ignorance peut tout simplement le conduire à conclure sur le fond sans penser à exciper de l'incompétence de cette justice imposée. Aussi apparaît-il opportun d'écarter la règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure pour les contrats de consommation, internes ou internationaux ; les tribunaux judiciaires devraient juger recevable en toutes circonstances le moyen tiré de l'incompétence du tribunal arbitral.

676. Sous réserve de ces exceptions, le pouvoir des juridictions étatiques de statuer sur leur compétence semble être supprimé lorsque les parties n'ont pas contesté la compétence du tribunal arbitral ou se sont contredites sur ce point. Consécutivement, cela entraîne la suppression du caractère pluraliste du mécanisme du principe compétence-compétence, le tribunal arbitral pouvant alors tracer seul, de manière unilatérale, la frontière entre justice arbitrale et justice publique. Doit-on pour autant s'y résoudre ?

b).- Appréciation

677. L'application de la règle de renonciation à la recevabilité du grief d'incompétence présente une utilité pratique indéniable : elle oblige les litigants à soulever dès l'instance arbitrale le moyen tiré de l'incompétence arbitrale, et permet ainsi d'éviter que l'une des parties ne se soit tentée de se réserver un moyen d'annulation au cas où le tribunal arbitral trancherait le litige en sa défaveur, « sorte de « Livret A » de la procédure arbitrale, épargne de précaution, utile pour lendemain difficile »². Le moyen d'incompétence ne peut donc être « épargné ».

Cependant, l'application de cette condition de recevabilité du grief tiré de l'incompétence arbitrale devant le juge étatique pose question eu égard au maintien du contrôle potentiellement systématique de la compétence juridictionnelle générale par les tribunaux étatiques. Qu'en reste-t-il ? Les conditions de recevabilité du moyen d'annulation de la sentence ou de l'appel de l'ordonnance d'exequatur de la sentence tiré de l'incompétence arbitrale sont identiques aux autres moyens, sans que soit nécessairement prise en considération la spécificité de ce cas d'ouverture au regard du principe compétence-compétence – le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence étant paralysé en amont et durant le procès arbitral, il faudrait qu'il soit préservé en aval –. L'exigence de rationalisation du comportement des plaideurs tout au long du procès arbitral et des procédures antérieures et subséquentes, l'exigence de cohérence des comportements des plaideurs en évitant que ces derniers « soufflent le chaud et le froid »³, par désespoir,

communautaire. Mais le principe d'effectivité peut-il permettre un élargissement du domaine d'intervention de l'UE ? Cf. sur ce point F.-X. TRAIN, note sous CJCE, 26 oct. 2006, Aff. C-168/05, *Claro c. Centro Movil Milenium*, *op. cit.*

¹ Ch. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *op. cit.*, n° 19 et n° 22.

² L. CADIET, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *op. cit.*, p. 6, n° 2.

³ L'expression est de L. CADIET.

mauvaise intention ou négligence, prévalent au détriment de la logique du principe de compétence-compétence.

678. Est-il seulement possible d'invoquer le tracé pluraliste de la frontière entre justice publique et justice privée, alors que le tribunal arbitral n'a pas pu apprécier lui-même la contestation de sa compétence, puisque par définition, les parties au litige n'ont pas contesté la compétence au cours du procès arbitral ? La règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure ne poserait aucune difficulté puisque le tribunal arbitral lui-même n'a pas statué sur sa compétence. Comme l'observe M^{me} Rivier, « [l]a règle conforte le principe de la compétence-compétence : c'est devant le tribunal arbitral que doivent être exposées les controverses relatives à tous les aspects de la régularité de la justice arbitrale, qu'il s'agisse de la validité de la convention d'arbitrage, de la composition du tribunal arbitral, ou du déroulement de l'instance »¹. Le tribunal arbitral n'ayant pu connaître de la question, il n'y a alors aucun pluralisme à rétablir au profit des juridictions publiques, la n'ayant pas été directement posée au tribunal arbitral.

Quoi qu'il en soit, si la question n'a pas été directement posée, une réponse indirecte du tribunal arbitral résulte de sa seule sentence sur le fond : il s'est implicitement jugé compétent. Aussi, pourquoi ne pas reconnaître aux juridictions du contrôle de la sentence, en aval de la procédure arbitrale, le pouvoir automatique de vérifier la compétence arbitrale et corrélativement leur propre compétence en tant que juridiction publique, que la compétence ait été ou non contestée devant le tribunal arbitral, que la compétence ait été ou non contestée devant elles ? Au stade post-arbitral, le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence devrait-il être réactivé par la reconnaissance en toutes circonstances de l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques ?

679. A bien y regarder, nous ne pensons pas que la règle de renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure soit un obstacle au caractère pluraliste du principe compétence-compétence. Portant notre regard au-delà d'une analyse simplement formelle, la règle de renonciation n'empêche pas réellement le juge étatique de connaître de la compétence juridictionnelle générale lors du contrôle de la sentence. L'analyse substantielle révèle que le contrôle de *la seule recevabilité* du moyen de compétence aboutit à opérer un contrôle *au fond* de la compétence. Le caractère pluraliste du principe compétence-compétence est ainsi sauvegardé en toute hypothèse.

Formellement, il est vrai, il apparaît que les juridictions ne contrôleront pas la compétence arbitrale si celle-ci n'a pas été contestée ou contestée tardivement devant le tribunal arbitral lui-même. Formellement donc, les juridictions étatiques sont alors dépouillées du pouvoir de statuer sur leur compétence juridictionnelle générale.

En substance cependant, il nous semble que, dans le cadre du contrôle des conditions de *recevabilité même du grief d'incompétence* contre la sentence, les juridictions étatiques opèrent en réalité bel et bien un contrôle de la compétence elle-même, par la vérification du processus de formation de l'accord des parties sur la compétence arbitrale. En effet, hors

¹ M.-C. RIVIER, « Justice étatique, Justice arbitrale - L'exigence de loyauté procédurale, entre diligence, cohérence et compétence », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 837, spéc. p. 840.

hypothèses d'incompétence d'ordre public, l'absence de contestation de la compétence arbitrale d'une part, et la participation au procès arbitral d'autre part, valent compromis. Aussi, en constatant que le recourant n'a pas contesté la compétence arbitrale devant le tribunal arbitral et qu'il n'a pas fait défaut, ou encore que le recourant avait au préalable devant d'autres juridictions judiciaires revendiqué la compétence arbitrale, les juridictions du contrôle établissent ainsi l'existence d'une volonté réelle des parties de recourir à l'arbitrage, fondement nécessaire et suffisant à la compétence arbitrale ; corrélativement, les juridictions du contrôle établissent donc leur incompétence, celle de la justice publique.

680. La source conventionnelle de l'arbitrage explique la solution. Ainsi, tout d'abord, une partie qui a participé à l'arbitrage sans exprimer aucune contestation relativement à la compétence arbitrale ou en l'exprimant tardivement après avoir conclu au fond, est considérée avoir accepté la compétence arbitrale. Son comportement atteste sans aucune ambiguïté de sa volonté réelle d'accepter la compétence arbitrale ; il suffit à constituer une convention d'arbitrage valable. Le même raisonnement vaut lorsque la partie attraitée devant une juridiction étatique oppose une exception d'arbitrage à laquelle il a été fait droit. Le fait pour la partie adverse de saisir ensuite le tribunal arbitral confirme son acceptation de la compétence arbitrale. Une convention d'arbitrage est ainsi formée par ce seul jeu du moyen de défense opposé aux juridictions étatiques saisies au fond du litige par l'une des parties et de la demande d'arbitrage formée par la partie adverse qui avait saisi préalablement la juridiction d'État.

Substantiellement, le contrôle des conditions de recevabilité du grief d'incompétence permet la vérification même de la compétence arbitrale par les juridictions du contrôle de la sentence. Substantiellement donc, les conditions d'ouverture du moyen d'incompétence arbitrale ne font pas obstacle au caractère pluraliste du principe compétence-compétence.

681. Comment expliquer alors ce détour par les conditions de recevabilité du moyen d'incompétence arbitrale – règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale – alors que l'examen au fond du grief conduirait au rejet sur le fond de la prétention¹ ? Ce détour s'explique sans doute par la politique jurisprudentielle développée afin de rationaliser les comportements des plaideurs. L'exigence de loyauté, quelles que soient les formes qu'elle revêt – règle de renonciation, *estoppel* –, évite que les procès ne se transforment en champs de bataille où tous les coups sont permis. Alors que l'arbitrage est de moins en moins perçu comme une justice conciliatrice, il est heureux qu'il soit rappelé que le principe de loyauté processuelle innerve aussi l'arbitrage.

682. En définitive, ces limites générales à l'existence du pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence, qui se rencontrent pour tout arbitrage, restreignent plus ou moins fortement, plus ou moins réellement, le caractère pluraliste du tracé de la frontière entre justice privée et justice publique au profit des seuls tribunaux arbitraux. D'autres limites, particulières, peuvent aller jusqu'à complètement supprimer ce pouvoir.

¹ Mis en évidence par J. PAULSSON, note sous CA Paris, 28 juin 2001, *Golshani, Rev. arb.*, 2002.163.

§2.- Les limites spéciales

683. Ces limites sont dites spéciales car elles ne se rencontrent pas pour tout arbitrage. Elles conduisent à la suppression pure et simple de la possibilité pour les juridictions françaises de statuer sur la compétence juridictionnelle générale. Le contrôle étatique de la compétence n'est plus éventuel ; il est alors inexistant. La première limite résulte de la possibilité ouverte aux parties à un arbitrage international depuis le décret du 13 janvier 2011 de renoncer préalablement à l'exercice du recours en annulation (A). Cependant, cette limite est elle-même à relativiser dans la mesure où les juridictions françaises pourront toujours exercer le contrôle de la compétence par le biais de l'appel de l'ordonnance d'exequatur en parallèle des recours formés devant les autres juridictions du lieu d'exécution de la sentence. Au contraire, la seconde limite est bien réelle. L'arbitrage CIRDI (B) offre une illustration indiscutable dans laquelle le tribunal arbitral détient la compétence-compétence définitive ; les juridictions étatiques du contrôle sont totalement exclues du processus de délimitation des compétences de la justice publique et de la justice privée, en amont de l'instance arbitrale, comme en aval. Certes, l'arbitrage CIRDI est une forme d'arbitrage présentant une irréductible spécificité et un besoin aigu d'autonomie, voire d'indépendance. Mais il n'en reste pas moins que quotidiennement, des tribunaux arbitraux statuent seuls sur leur propre compétence et corrélativement sur la compétence de la justice publique, sans que cette dernière n'ait son mot à dire.

A.- La convention spéciale de renonciation au recours en annulation

684. Aujourd'hui, alors que l'emprise de la justice étatique sur la justice arbitrale ne cesse de reculer, un pas de plus a été franchi vers l'indépendance de l'arbitrage international par le décret du 13 janvier 2011 ouvrant la possibilité de renonciation anticipée aux voies de recours.

685. Le recours en annulation est la seule voie de recours admise directement contre la sentence internationale rendue en France. La solution admise sous l'ancien décret a été reprise par l'article 1518 CPC. Dans cette hypothèse particulière, celle d'une *sentence internationale rendue en France*, le décret admet la possibilité de renoncer expressément au recours en annulation. L'article 1522 al. 1^{er} CPC dispose que « [p]ar convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation »¹. C'est une innovation majeure du nouveau décret car les voies de recours sont en principe indisponibles. Sous l'empire du décret du 12 mai 1981, il était en effet admis que l'ancien article 1504 CPC revêtait un caractère impératif. La solution était constante depuis un arrêt de la Cour de Paris du 16 février 1989², rappelée plus récemment par la première chambre civile de la Cour de cassation³.

L'apport essentiel de la nouvelle disposition est de préciser que cette renonciation au recours en annulation peut être faite « à tout moment » : avant, pendant ou après l'instance

¹ Sur cette disposition, Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, pp. 70-72, n° 104.

² CA Paris, 16 févr. 1989, *Rev. arb.*, 1989.711, note L. Idot : « [I]a sentence rendue en France en matière d'arbitrage international est susceptible du recours en annulation nonobstant toute clause contraire ».

³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2007, *op. cit.*

arbitrale. On n'insistera pas sur le champ d'application de cette disposition – la renonciation anticipée à l'appel contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence étrangère étant impossible –, ni sur la nécessité d'une « *convention spéciale* », doublée d'une renonciation « *expresse* », sans doute inspirée de l'article 192 de la LDIP, qui semble exclure les dispositions des règlements d'arbitrage stipulant, de manière générale, que « *sont réputées avoir renoncé aux voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer* »¹². En ce sens, les juges français pourraient s'inspirer de la jurisprudence suisse, le Tribunal fédéral retenant que la renonciation résultant du renvoi à un règlement d'arbitrage prévoyant la renonciation aux voies de recours n'est pas une renonciation expresse³.

686. Par cette innovation, le droit français participe au mouvement observé en droit comparé de l'arbitrage, pour les législations les plus libérales, permettant aux parties de renoncer à tout moment aux voies de recours contre la sentence⁴. Si les législations diffèrent sur les modalités de renonciation, le droit suisse requérant que les parties n'aient ni domicile, ni résidence habituelle ni établissement en Suisse⁵, on observera que le droit français s'est globalement aligné sur la solution panaméenne⁶. Plus qu'une simple autonomie, l'arbitrage est alors complètement indépendant des ordres étatiques par le truchement de l'autonomie de la volonté des parties. Par ce contrat de renonciation préalable aux voies de recours étatiques contre la sentence, les parties font alors un acte de foi total et aveugle dans la justice arbitrale.

¹ Art. 28(6) du règlement d'arbitrage CCI : « [t]oute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leur différend au présent Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer » ; repris à l'identique par l'art. 34 (6) du règlement d'arbitrage CCI dans sa version de 2012.

² En ce sens, Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 711, n° 104. Cf. la définition proposée en droit suisse : la renonciation « *doit figurer en termes clairs dans la convention d'arbitrage elle-même ou dans un accord spécial conclu ultérieurement en la forme écrite* » (G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 316, n° 752) ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 829, n° 839.

³ ATF 116 II 639, 641 JdT 1991 I 376, consid. 2c, rapporté par G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 316, n° 756. De même, ne constitue pas une renonciation valable à tout recours contre une sentence arbitrale au sens du droit suisse de l'arbitrage international, la stipulation d'un BIT qui prévoit que la décision du tribunal arbitral est finale et obligatoire pour les parties (Tribunal fédéral suisse, 7 sept. 2006, cité par P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH, « Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse », *Rev. arb.*, 2007.864, spéc. p. 873). Pour un ex. récent de renonciation valable, la clause compromissaire stipulant que « [l]es parties renoncent à entreprendre toute sentence à venir par un moyen de droit ordinaire ou extraordinaire », cf. P.-Y. TSCHANZ, I. FELLRATH, « Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse », *Rev. arb.*, 2009.827, spéc. p. 834 (Tribunal fédéral suisse, décision 4A_368/2009, 13 oct. 2009, n. 12, consid. 2).

⁴ Art. 1717 al. 4 du Code judiciaire belge (cette possibilité avait été admis par la loi du 27 mars 1985, modifiée en 1998) ; art. 192 LDIP ; art. 51 de la loi suédoise de 1999 ; art. 63(8) de la loi d'arbitrage péruvienne résultant du Décret législatif No. 1071 de 2008 ; droit panaméen depuis 1999 (art. 36 du Décret législatif n° 5 de juillet 1999). La loi panaméenne est disponible à l'adresse suivante :

<http://www.legalinfo-panama.com/legislacion/comercial/dl051999.pdf>

⁵ G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 314 et s. ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 828, n° 839. En ce sens également, art. 63(8) de la loi d'arbitrage péruvienne résultant du Décret législatif n° 1071 de 2008.

⁶ Art. 36 du Décret législatif du Décret législatif n° 5 de juillet 1999. On observera toutefois une différence. La renonciation n'est pas nécessairement expresse, les parties pouvant y renoncer par la seule référence à un règlement d'arbitrage.

687. S'il est heureux que le droit français s'inscrive dans cette ligne qui est celle d'un pluralisme juridictionnel « *décomplexé* » – une totale confiance étant faite dans la justice arbitrale –, la possibilité de renonciation au recours en annulation combiné à l'effet négatif du principe compétence-compétence revient à confier la « *compétence-compétence définitive* » au tribunal arbitral, et à priver de ce pouvoir les tribunaux étatiques alors que leur compétence est également en jeu¹. Le principe compétence-compétence à la française bascule alors vers la *Kompetenz-Kompetenz* allemande : le tribunal arbitral est alors seul juge de sa compétence en vertu de cette clause qualifiée de « *jurisdiction on jurisdiction clause* », procédé autrefois admis en droit allemand², depuis explicitement écarté³.

Notre hypothèse de départ, celle que le principe compétence-compétence assurerait un tracé pluraliste de la frontière entre justice arbitrale et justice étatique, se trouve alors anéantie au profit d'un tracé réalisé par les seuls arbitres. Le troisième pilier du principe compétence-compétence, contrepartie nécessaire des deux premiers, serait un simple mirage.

688. Cependant, ce raisonnement doit être relativisé. En effet, en toute hypothèse, il appartient aux juridictions d'État de contrôler la clause de renonciation au recours en annulation⁴. Surtout, cette analyse occulte l'alinéa 2 de l'article 1522 CPC. Ce dernier réserve aux parties la possibilité d'interjeter appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus par le recours en annulation⁵. La renonciation au recours en annulation ne supprime pas la nécessité d'obtenir l'exequatur de la sentence pour obtenir son exécution forcée sur le territoire français, ni la possibilité d'interjeter appel de l'ordonnance d'exequatur. La même solution vaut en droit suisse⁶ ou en droit suédois⁷. Si ainsi, on pouvait craindre au regard du premier alinéa de l'article 1522 CPC que les juridictions publiques soient dépouillées de la possibilité de juger la compétence juridictionnelle générale, le second alinéa rétablit l'équilibre par le maintien du caractère pluraliste du tracé de la frontière entre justice publique et justice privée.

Comme le souligne le rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, l'exception posée par l'article 1522 al. 2 CPC « *préserve le droit des parties à un recours effectif* ». On ajoutera qu'elle préserve également le pouvoir des juridictions françaises de statuer sur la compétence juridictionnelle générale, paralysé en amont, contrôle légitime et utile lorsqu'il leur est demandé de prêter main forte à l'exécution de la sentence. L'effet positif de la compétence-compétence des juridictions

¹ Deux auteurs soulignent ce risque spécialement concernant le contrôle de la compétence : J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 407, n° 457 et p. 411, n° 462.

² Un arrêt relativement ancien de la Cour suprême allemande avait admis la validité de ce procédé, qualifié de « *Kompetenz-Kompetenz-Klausel* » (BGH, 5 Mai 1977, III ZR 177/74. Reported in 68 BGHZ 356, at 358, confirmé par BGH III ZR 68/90. See BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1991, 2215 sur lesquels voir Peter Schlosser, « The Competence of Arbitrators and of Courts », *Arb. Int.*, 1992, p. 189.

³ BGH, Urteil 13 Januar 2005, III ZR 265/03. Sur l'évolution du droit allemand, W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, pp. 93-101.

⁴ Soulignant la nécessité du contrôle étatique W. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *op. cit.*, p. 24 : « *The arbitrator gets the last word as well as the first. However, such a result requires that judges first determine that the parties did in fact agree to such finality* ».

⁵ Art. 1522 al. 2 CPC : « [d]ans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520 ».

⁶ G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 315, n° 747.

⁷ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 832, n° 841.

publiques est préservé en cas de demande d'exequatur de la sentence, seule hypothèse dans laquelle l'ordre juridique français est véritablement concerné, puisque mis à contribution pour prêter son bras armé à la sentence.

Ce faisant, le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur la compétence juridictionnelle générale ne sort donc que peu altéré par la possibilité de renonciation au recours en annulation contre la sentence arbitrale internationale rendue en France. Certes, un tribunal arbitral siégeant en France pourra se voir confier la compétence-compétence définitive par les parties tant que les juridictions françaises ne seront pas sollicitées pour donner force exécutoire à la sentence. Si c'est le cas, ces dernières retrouveront alors le pouvoir de statuer sur leur compétence. En présence d'une clause de renonciation, et même si la sentence ne fait pas l'objet d'une exécution forcée en France, le contrôle étatique de la compétence sera toujours possible devant les juridictions du lieu d'exécution de la sentence. Si le juge *français* est exclu du processus de répartition des compétences, le caractère pluraliste du principe compétence-compétence est maintenu au profit d'une autre juridiction étatique, celle du lieu d'exécution de la sentence.

689. L'article 1522 CPC, plus que permettre la totale indépendance de l'arbitrage, marque en réalité la vision théorique française de l'arbitrage international, justice internationale pleinement indépendante *tant que l'ordre étatique n'est pas sollicité*. Le Rapport au Premier ministre l'expose parfaitement : la possibilité de renonciation « *apparaît utile lorsque des parties étrangères recourent à la place de Paris pour trancher leur différend, sans que pour autant l'exécution de la sentence soit recherchée en France* ». Ainsi, comme le rappelle M. Gaillard, l'article 1522 CPC est « *de nature à marquer de manière claire le fait que le principal contrôle de la régularité de la sentence internationale s'effectue au lieu où celle-ci a vocation à être exécutée* »¹.

690. La convention spéciale de renonciation évite un contrôle que l'on peut juger presque inutile, le recours en annulation, au profit du seul contrôle nécessaire, l'appel de l'ordonnance d'exequatur de la sentence. Sans doute les penseurs d'une future réforme prendront acte de la pratique qui sera faite de cette convention : deviendra-t-elle une clause de style dans les conventions d'arbitrage international à l'image de la renonciation à la voie de l'appel pour l'arbitrage interne ? La fréquence de l'utilisation de la convention spéciale de renonciation conditionnera sans doute une future évolution vers l'éventuelle suppression pure et simple du recours en annulation, à l'image de l'évolution qu'a connue la voie de l'appel en matière d'arbitrage interne, autrefois de droit, aujourd'hui relayée au second plan au profit du recours en annulation².

B.- L'arbitrage CIRDI

691. L'arbitrage CIRDI nous fournit un exemple incontesté dans lequel le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence de manière définitive. L'impossibilité pour les juridictions publiques de participer à la détermination de la compétence juridictionnelle générale résulte du principe de l'interdiction du contrôle étatique des sentences CIRDI (1).

¹ E. GAILLARD et P. DE LAPASSE P., « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *op. cit.*

² Art. 1489 et 1491 CPC.

Les éventuelles limites (2) qui pourraient être opposées à cette confiance aveugle faite dans les tribunaux arbitraux CIRDI pour juger de leur compétence ne sont pas déterminantes. Dans le système d'arbitrage CIRDI, les tribunaux arbitraux ont bien le premier et le dernier mot pour statuer sur leur compétence.

On pourra opposer que cela est indifférent, l'arbitrage CIRDI relevant du droit international public. La solution serait en conformité avec l'arbitrage international public¹. Mais ce serait occulter la nature mixte de cette forme d'arbitrage, mi-public certes, mais aussi mi-privé. Il peut occasionnellement arriver, en effet, que la compétence d'un tribunal arbitral CIRDI fasse obstacle, pour partie, à la compétence d'une juridiction étatique interne. L'hypothèse est d'autant plus fondée que la distinction entre les réclamations fondées sur le traité et les réclamations fondées sur le contrat d'investissement s'étirole. On peut tout à fait imaginer que pour un contrat d'investissement opéré en France, les juridictions françaises soient saisies d'un litige en application d'une convention d'élection de for incluse dans le contrat, et qu'en parallèle, l'investisseur saisisse le CIRDI sur le fondement d'un des multiples TBI que la France a conclus.

1).- Le principe de l'interdiction du contrôle étatique de la sentence CIRDI

692. Outre les recours en interprétation² ou en révision de la sentence³ qui peuvent être portés en principe devant le même tribunal arbitral, un recours en annulation contre les sentences rendues par les tribunaux arbitraux CIRDI est organisé par l'article 52 de la Convention devant un Comité *ad hoc*. Au travers du grief de l'« *excès de pouvoir manifeste du Tribunal* » posé par l'article 52 al. 1 b), le Comité *ad hoc* peut ainsi connaître des contestations visant la compétence⁴. Sans s'attarder à ce stade sur le débat entourant la question de l'étendue du contrôle de la compétence – restreint à son caractère manifeste⁵ –, on constate qu'un recours est ouvert contre la sentence permettant le contrôle de la compétence.

Cependant, ce Comité n'est autre qu'un second tribunal arbitral, composé de trois arbitres dans les conditions fixées par l'article 52 al. 3. Le contrôle de la sentence reste donc propre à l'ordre arbitral lui-même. En effet, il n'y a pas de contrôle étatique possible de la sentence, et donc de la compétence juridictionnelle en application des articles 53 al. 1^{er} et 54 de la Convention. L'article 53 al. 1^{er} de la Convention pose que « *la sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de*

¹ Si le principe affirmé est que les sentences peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (Q. D. NGYUEN (†), P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 983, n° 537), il est rare en pratique qu'une sentence puisse faire l'objet d'un recours devant une juridiction internationale compte tenu du caractère « *fortement lacunaire* » du système juridictionnel international (P.-M. DUPUY, *in La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux, op. cit.*, spéc. p. 320 : « *il n'y a pas de possibilité de contrôle juridique par une instance supérieure. Pendant longtemps, il n'existait pas de cour mondiale et même aujourd'hui il n'y a pas de recours possible à la CIJ. contre les sentences arbitrales. Il y a eu quelques exceptions où un État a contesté une sentence auprès de la CIJ mais ces recours n'ont pas abouti* »).

² Art. 50 de la Convention de Washington.

³ Art. 51 de la Convention de Washington.

⁴ E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I), op. cit.*, p. 192 : « [l]a convention de Washington, de manière passablement maladroite, n'a pas fait de l'incompétence du tribunal arbitral un chef spécifique d'annulation de la sentence. Aussi l'incompétence du tribunal ne peut être sanctionnée par le Comité *ad hoc* qu'en application du grief d'« *excès de pouvoir manifeste du Tribunal* », qui est susceptible d'englober d'autres vices que celui d'incompétence (article 52 (1)(b) de la Convention) ».

⁵ Cf. *infra*, n° 745.

ceux prévus à la présente Convention ». Le recours en annulation et l'appel contre l'ordonnance d'exequatur semblent bien relever de ces « *autre[s] recours* » qui sont exclus. La doctrine la plus autorisée interprète ces dispositions en ce sens : « *les sentences rendues à l'issue d'un arbitrage CIRDI se voient reconnaître une efficacité toute particulière puisqu'elles ne sont susceptibles d'aucun recours devant une quelconque juridiction étatique [...] et qu'en ratifiant la Convention de Washington, les États s'engagent à reconnaître ces sentences comme obligatoires et à assumer l'exécution sur leur territoire des obligations pécuniaires qu'elles imposent comme s'il s'agissait de jugements définitifs de leur propres juridictions, sous la seule réserve du jeu ordinaire de l'immunité d'exécution des États* »¹. D'ailleurs, confirmant l'idée d'un droit profondément original, la procédure d'exequatur des sentences CIRDI décrite à l'article 54 al. 2 de la Convention est elle-même dérogoratoire du droit commun. Cette exclusion du contrôle étatique s'applique aussi bien à la sentence rendue par le tribunal arbitral CIRDI, qu'à celle du tribunal arbitral de contrôle, le Comité *ad hoc* pouvant apprécier sa compétence en application de l'article 52 al. 4 de la Convention, renvoyant à l'article 41 de la Convention.

Aussi peut-on déduire de ces dispositions que les tribunaux arbitraux CIRDI détiennent la compétence-compétence définitive, les juridictions étatiques étant exclues dans leur ensemble du tracé de la frontière entre compétence de la justice publique et compétence de la justice privée². Cette interprétation est confortée par l'autonomie des tribunaux arbitraux CIRDI dans l'appréciation de leur propre compétence expressément posée à l'égard de la CIJ³.

2).- Les limites au principe de l'interdiction

693. Deux éléments conduisent à s'interroger sur la réalité de l'absence de possibilité d'intervention des juridictions publiques dans la délimitation de la compétence entre justice publique et justice privée dans le système CIRDI.

Tout d'abord, si l'effet négatif du principe compétence-compétence est reconnu en droit français de l'arbitrage commercial, il n'est pas certain que la règle s'impose à l'égard d'un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI. L'arbitrage CIRDI a une nature mixte. Les règles de l'arbitrage commercial international ne sont pas nécessairement toutes transposables à l'arbitrage public international, ou à un arbitrage de nature mixte. Or, la lecture de la

¹ E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, *op. cit.*, p. 12. Dans le même sens : Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 168-169, n° 302 : « *si [NDLA : les sentences CIRDI] peuvent faire l'objet d'une instance en annulation devant un comité ad hoc [...], elles ne sont pas, en revanche, susceptibles d'un recours judiciaire devant les tribunaux nationaux* ». Spécifiquement concernant la sentence de compétence : C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, p. 523, n°s 22 et 23 (« *decisions on jurisdiction and competence by ICSID tribunals enjoy the status of awards for purposes of their binding force for domestic courts* ») et p. 1139, n° 81 : « *[t]he system of review under the Convention is self-contained and does not permit any external review. This principle also extends to the stage of recognition and enforcement of ICSID awards [...]. It may not re-examine the ICSID tribunal's jurisdiction* ».

² En ce sens également, cf. W. W. PARK, « *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction* », *op. cit.*, p. 57.

³ Art. 64 de la Convention, confirmé par l'art. 45 du Rapport des administrateurs de la Convention (« *cette disposition n'a pas pour effet de conférer à la Cour compétence pour réviser les décisions d'une Commission de conciliation ou d'un Tribunal arbitral relatives à leur propre compétence à l'occasion d'un différend qui leur est soumis* »).

Convention de Washington ou du règlement d'arbitrage CIRDI ne révèle aucune trace de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Ces textes admettent que le tribunal arbitral peut statuer sur sa compétence, sans imposer que ce pouvoir soit exercé de manière prioritaire. L'effet positif de la compétence-compétence du tribunal arbitral y est seul expressément édicté. Toutefois, cette argumentation suscite des réserves. Les tribunaux arbitraux CIRDI ne s'estiment pas liés par un jugement national appréciant leur compétence. Sur le fondement de l'autonomie du système d'arbitrage CIRDI et de son caractère international, la jurisprudence arbitrale CIRDI défend sa totale liberté, voire sa priorité, pour juger de sa compétence¹.

Ensuite, on peut s'interroger sur la réalité de l'absence de contrôle étatique de la sentence CIRDI lors de son accueil dans un ordre étatique. Un État peut-il accepter de prêter son bras armé à l'exécution d'une sentence, même émanant du CIRDI, sans aucun contrôle ? Tout au moins, la réserve tirée de l'absence de violation manifeste de l'ordre public international par l'exécution de la sentence ne devrait-elle pas subsister ? La question de l'existence d'un contrôle étatique résiduel mérite d'être posée. Rares sont les sentences CIRDI ayant été portées devant le juge de l'exécution français². Cependant, même sous cette réserve, le seul fait pour un tribunal arbitral de juger d'un litige en dépit de son incompétence ne nous semble pas pouvoir relever d'une violation manifeste de l'ordre public international. Et, plus fondamentalement, les dispositions de la Convention de Washington posant le principe d'interdiction du contrôle étatique devrait prévaloir sur les dispositions des articles 1525 et s. CPC. La supériorité des traités internationaux sur les lois impose en effet la solution³.

694. En conclusion, les réserves au pouvoir des arbitres CIRDI de statuer définitivement sur leur compétence sont pratiquement réduites à néant. L'arbitrage CIRDI nous fournit incontestablement une illustration de monisme arbitral dans le tracé de la frontière entre compétence de la justice publique et compétence de la justice privée puisqu'il est en principe impossible pour les juges français, comme pour toute autre juridiction étrangère, de contrôler leur compétence. Le contrôle étatique n'est plus simplement éventuel. Il disparaît alors complètement au profit des arbitres, seuls juges de leur compétence.

On pourra toujours relativiser cette limitation du contrôle, acceptée par les États parties à la Convention de Washington. L'arbitrage CIRDI est une forme d'arbitrage mixte, en partie publique, ce qui justifie ce besoin accru d'« *autosuffisance* »⁴ au regard des États qui ne peuvent être juges et parties. Néanmoins, l'arbitrage CIRDI ne peut-il être un modèle pour une réforme future de l'arbitrage commercial international ? L'esquisse ainsi tracée devant nos yeux laisse l'observateur deviner les formes que pourrait prendre ce tableau encore inachevé : imaginer que les États restreignent le contrôle de la compétence juridictionnelle générale par les juridictions publiques pour toute forme d'arbitrage.

¹ Cf. *supra*, n° 52.

² Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *SOABI c. Senegal*, *JDI*, 1991.1005. Précédemment, cf. A. GIARDINA, « L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Rev. crit. DIP*, 1982.273

³ J. BARBET et P. ROSHER, « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *op. cit.*

⁴ Les termes sont de A. GIARDINA, « Conclusions », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, *op. cit.*, p. 329, spéc. p. 330, n° 4.

Conclusion

695. Le résultat des premières investigations que nous avons menées est essentiel. Il nous permet d'établir le socle de l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques. Ces dernières peuvent, potentiellement ou concrètement, en toutes circonstances, être saisies par les litigants de la compétence juridictionnelle générale lors du recours contre la sentence arbitrale. Potentiellement systématique, le contrôle de la compétence par les juridictions étatiques n'est simplement qu'éventuel. Aussi l'existence du contrôle doit-elle être relativisée et nuancée. L'idée rêvée d'un tracé pluraliste de la frontière entre justice privée et justice publique devrait-elle être alors balayée, au profit d'un monisme arbitral, la seule justice arbitrale saisie sur apparence d'une convention d'arbitrage pouvant juger de la compétence juridictionnelle générale ? La question mérite d'être posée. Le tracé de la frontière entre la justice arbitrale et la justice publique est parfois pluraliste lorsque les voies de recours sont exercées, parfois unilatéral – réalisé par le seul tribunal arbitral – lorsque les voies de recours ne sont pas exercées. Aussi le principe compétence-compétence oscille-t-il entre pluralisme et monisme arbitral.

Mais on remarquera que finalement, en pratique, le tribunal arbitral statuera seul sur les contestations de sa compétence qui ne donnent pas lieu à débat. Ce n'est généralement qu'en cas de doute persistant sur la répartition de la compétence entre justice publique et justice privée que les litigants porteront le litige devant le juge étatique, exerçant les voies de recours contre la sentence. Au final, l'intervention du juge étatique se fera dans les seules hypothèses où le dialogue entre juges et arbitres est indispensable, lorsque le tracé de la frontière entre justice publique et justice privée est malaisé. Le principe compétence-compétence assure donc sa fonction en permettant un dialogue entre juges et arbitres pour les contestations qui le nécessitent, c'est-à-dire, les contestations persistantes, les plus vives.

696. Il reste à déterminer si l'étendue du contrôle de la sentence opéré par les juridictions françaises leur permet de connaître pleinement de la compétence juridictionnelle générale. L'enjeu est de taille. A défaut, s'il ne s'agissait que d'un contrôle formel, le tribunal arbitral serait en substance seul maître du tracé de la frontière entre compétence de la justice arbitrale et compétence de la justice publique.

Chapitre 2.- L'étendue du contrôle de la sentence statuant sur la compétence

697. Une fois les juridictions françaises saisies dans le cadre du contrôle de la sentence de la contestation visant la compétence juridictionnelle générale, il faut encore s'interroger sur la possibilité qui leur est offerte d'opérer un véritable contrôle. L'étude de l'étendue du contrôle de la sentence statuant sur la compétence permet de répondre à la question. Rappelons que nous nous situons à ce stade particulier, le contrôle étatique de la sentence, et que ce dernier est soumis à diverses règles spécifiques, notamment le principe de non-révision au fond, interdisant au juge étatique de réviser la sentence¹. Deux logiques contradictoires s'affrontent alors : d'une part, le principe compétence-compétence qui requiert un contrôle total de la compétence afin que les juridictions publiques retrouvent le pouvoir de statuer sur leur compétence, paralysé en amont et en parallèle de l'instance arbitrale ; d'autre part, le régime juridique du contrôle de la sentence, qui tend en principe à restreindre le contrôle des juridictions publiques sur la sentence, contrôle qui semble aujourd'hui limité à ce qui « *crève les yeux* ». Au premier abord, un *contrôle total de la compétence* par les juridictions publiques au stade du *contrôle de la sentence* semble alors impossible².

698. Dans ce cadre particulier, celui du contrôle de la sentence, les juges publics peuvent-ils connaître sans entrave de tous les éléments afin de juger de la compétence juridictionnelle générale ? La réponse à la question est centrale. Elle nous permettra d'établir, ou non, l'existence de l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques. En effet, si le contrôle de la compétence se révélait restreint, c'est l'existence même du pouvoir des juridictions publiques de statuer sur la compétence juridictionnelle générale qui serait remis en cause. Le tribunal arbitral aurait alors le dernier mot pour juger de sa compétence, « *compréhension perverse de la règle selon laquelle les arbitres sont « juges de leur propre compétence* » »³. Au contraire, en présence d'un contrôle total, l'existence de l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques serait confirmée et avec notre hypothèse de départ, le caractère pluraliste du principe compétence-compétence, juges et arbitres étant associés dans le tracé de la frontière qui délimite leur compétence. La question se pose en droit français, comme en droit comparé : “*Is the court to have a de novo hearing, considering the jurisdiction question afresh ; or is it merely to review the tribunal's decision applying a presumption that this decision is correct ?*”⁴.

699. Au rebours du vaste mouvement de libéralisation des conditions de contrôle de la sentence, le contrôle de la compétence juridictionnelle générale se révèle dans toute son altérité. Le juge judiciaire dispose des pouvoirs les plus étendus pour contrôler la compétence arbitrale et corrélativement sa propre compétence. L'intensité du contrôle de la compétence

¹ De man. gén., cf. V. CHANTEBOUT, *Le principe de non-révision des sentences arbitrales*, op. cit.

² J. ROBERT et B. MOREAU, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, op. cit., p. 135, n° 159 : « *parce que le juge du contrôle n'est pas un juge d'appel, et qu'il ne doit pas connaître du fait, le pouvoir attribué à l'arbitre quant à sa compétence pouvait apparaître comme dangeereusement sans limite, son appréciant quant à la compétence reposant pratiquement sur des conditions de fait. Le contrôle de la jruisdiction n'apparaît-il donc pas comme illusoire ?* ».

³ L'expression est d'E. GAILLARD.

⁴ N. BLACKABY and C. PARTASIDES with A. REDFERN and M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op. cit., p. 358, n° 5.128.

par le juge est maximale. En droit positif, la compétence juridictionnelle générale est l'objet d'un contrôle total (section 1). Au stade du contrôle, les juges ne sont pas dépouillés du pouvoir d'apprécier la répartition des litiges entre justice publique et justice privée.

La solution doit-elle pour autant être approuvée ? Si peu de voix s'élèvent afin de contester l'intensité du contrôle de la compétence¹, la politique de faveur à l'arbitrage pourrait bien avoir raison d'un tel contrôle. Il peut paraître incongru de défendre un contrôle total de la compétence alors que la conformité de la sentence à l'ordre public, quintessence des intérêts fondamentaux de l'État, n'est plus que superficiellement vérifiée. L'emprise croissante du principe de faveur à l'arbitrage, étendu au stade post-arbitral, conduit à se demander si le contrôle étatique ne devrait pas être limité à la seule incompétence arbitrale qui « *crève les yeux* ». Le droit prospectif peut-il s'orienter vers un contrôle restreint (section 2) ?

Section 1.- Droit positif : un contrôle total

700. Bien évidemment, lorsque les parties se réservent la possibilité de former un appel contre la sentence en matière d'arbitrage interne, la cour d'appel saisie pourra examiner la compétence en contrôlant les faits et le droit en cause au regard de l'effet dévolutif de l'appel². Mais, en dehors de cette hypothèse marginale en pratique et marginalisée par le nouvel article 1489 CPC, qu'en est-il lorsque le juge du contrôle est saisi dans le cadre d'un recours en annulation contre la sentence ou de l'appel de l'ordonnance d'exequatur ?

Au rebours de la politique jurisprudentielle d'assouplissement du contrôle des sentences arbitrales, le principe est celui d'un contrôle total (§1) de la compétence par le juge étatique. Il importe peu que ce contrôle soit exercé au stade des voies de recours contre la sentence. Reste à préciser le sens de ce contrôle total (§2). On définira ce qui fait réellement l'objet de ce contrôle étendu, s'il s'agit des *motifs de la sentence* relatifs à la compétence ou *de la compétence juridictionnelle générale elle-même*, les juges étatiques se livrant directement à l'appréciation de leur propre compétence en tant que juges publics.

§1.- Le principe du contrôle total

701. Le contrôle total de la compétence est une constante de notre droit positif tout d'abord dans le temps, la solution étant assise en ce sens depuis plus de vingt ans (A), et ensuite, quel que soit le cas d'ouverture du recours en annulation ou de l'appel de l'ordonnance accueillant ou rejetant la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence (B).

A.- Permanence de la solution dans le temps

702. *Permanence de la solution dans le temps*, le principe d'un contrôle total a été admis par les premiers arrêts rendus consécutivement à la réforme des voies de recours réalisées par les décrets de 1980 et 1981. Si le premier arrêt rendu sur la question avait pu

¹ Cf. toutefois J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, pp. 766 à 770 ; F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, *op. cit.*, p. 823, n° 13 ; précédemment, note sous CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.*, pp. 746-747, n° 13.

² En ce sens, de man. gén., Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *op. cit.*, p. 47, n° 68.

retenir que l'appréciation faite par le tribunal arbitral était souveraine¹, il restera isolé et la cour d'appel de Paris en prendra le contrepied dans la célèbre affaire du *plateau des Pyramides*². Le défendeur au recours en annulation prétendait, outre que le tribunal arbitral avait la compétence-compétence définitive, que les constatations du tribunal arbitral sur sa compétence étaient souveraines, et concernant l'interprétation des documents permettant de fonder la compétence du tribunal arbitral, que le juge du recours en annulation était lié par l'interprétation des faits telle que réalisée par le tribunal arbitral³. La cour d'appel a rejeté cette thèse en retenant qu'« *il est erroné de prétendre que ce tribunal avait le pouvoir d'apprécier souverainement la validité de sa saisine et que la cour d'appel ne peut qu'entériner l'interprétation de la volonté des parties déduite par lui des éléments débattus à sa barre ; que si les arbitres dont la saisine est contestée ont le pouvoir de statuer sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage, il n'en demeure pas moins certain qu'ils ne décident que sous réserve de l'appréciation qui sera faite par le juge du recours en annulation prévu par l'article 1504 du N.C.P.C., observation étant faite que ce recours est ouvert « si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée (article 1502-1°) »* »⁴. L'arrêt sera frappé de pourvoi au motif que le juge de l'annulation « *ne pouvait contrôler que la violation ouverte ou la dénaturation de [la] convention [d'arbitrage], la juridiction arbitrale restant souveraine pour interpréter celle-ci, et que ladite Cour d'appel ne pouvait donc remettre en cause cette interprétation pour apprécier elle-même s'il avait été statué hors compromis* ». Le pourvoi sera rejeté par la première chambre civile de la Cour de cassation aux motifs que « *si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du NCPC, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ; qu'en particulier, il lui appartient d'interpréter le contrat pour apprécier elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage* »⁵. Depuis cet arrêt fondateur, la règle est constante. Le principe du contrôle total de la compétence est régulièrement rappelé par la jurisprudence⁶. La doctrine s'en fait l'écho¹ et l'approuve. Il n'y a aucune raison que le nouveau décret vienne remettre en cause cette solution.

¹ CA Paris, 21 oct. 1983, *Rev. arb.*, 1984.98, note CHAPELLE, restreignant le contrôle de la rectitude du raisonnement juridique à la vérification du caractère pertinent et non contradictoire de la motivation.

² CA Paris, 12 juillet 1984, *Affaire du Plateau des Pyramides*, *Rev. arb.*, 1986.75 ; *JDI*, 1985.129, note B. GOLDMAN.

³ *Ibid.*, p. 78 : « [les défenderesses] précisent que pour déterminer si la R.A.E. [NDLA : République Arabe d'Egypte] était effectivement liée, à raison notamment de la signature du ministre du Tourisme, par la convention complémentaire du 12 décembre 1974, les arbitres se sont livrés à une interprétation « souveraine » échappant, même dans le cas d'une dénaturation, au contrôle de la cour d'appel ».

⁴ *Ibid.*, pp. 80 et 81.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1987, *Plateau des Pyramides*, *Rev. arb.*, 1987.469, note Ph. LEBOULANGER.

⁶ CA Paris, 26 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991.456, note H. GAUDEMET-TALLON : « *saisie de la question de la compétence des arbitres [...], la Cour doit examiner et interpréter le contrat pour rechercher s'il est justifié de l'existence d'une convention d'arbitrage, sans avoir à se référer à la loi applicable au contrat* » ; CA Paris, 28 octobre 1999, *Société Fretal c. SA ITM Entreprises*, *Rev. arb.*, 2000.299 (contrôle total, en fait en et droit, afin de déterminer l'existence même d'une convention d'arbitrage, le débat portant sur la question de savoir si la convention de procédure en cause était ou non une convention d'arbitrage) ; CA Paris, 22 mai 2003, *Ess Food c. Caviar Trade*, *Rev. arb.*, 2003. 252 ; CA Paris, 23 oct. 2003, *Société Kocak Ilac Fabrikasi AS et autre c. SA Laboratoires Besins International*, *Rev. arb.*, 2006.149 : « *si la mission de la cour d'appel saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée aux pouvoirs du juge de l'annulation de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question, qu'en particulier il appartient à la cour d'appel d'apprécier*

703. La même solution semble s'imposer en droit comparé. Ainsi, un auteur retient que “*in reality, the reviewability of the merits of jurisdictional decisions (as opposed to decisions concerning the merits of the claim) is widely accepted today, at least with respect to decisions in which arbitrators assert jurisdiction and thus dismiss an objection to their jurisdiction*”². Par exemple, il est admis en droit suisse que le recours exercé contre les sentences arbitrales devant le Tribunal fédéral suisse sur le fondement de la LDIP revêt un « caractère purement cassatoire » : « [e]n raison de la nature extraordinaire du recours, le Tribunal fédéral s'estime lié par les constatations de faits retenus par le tribunal arbitral »³. La règle connaît une exception, « pour le cas de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, dans lequel le Tribunal fédéral décide directement de la compétence (ou de l'incompétence) du tribunal arbitral »⁴. Le principe du contrôle total de la compétence juridictionnelle générale est ainsi également posé en droit suisse⁵. Une solution identique vaut également en droit anglais. La récente affaire *Dallah c. Pakistan* le confirme : bien qu'aboutissant à des solutions opposées en application du droit français, les juridictions anglaises comme françaises ont opéré un contrôle total de la compétence, en fait et en droit⁶. Devant les juridictions anglaises, Dallah prétendait que le juge anglais de l'exécution ne pouvait procéder à un contrôle total, seul le juge du siège saisi d'un recours en annulation y étant habilité⁷. Examinant de manière détaillée cet argument, la Cour suprême l'écarte dans les termes suivants : « [...] *the English*

par elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage » ; CA Paris, 15 mai 2008, *Rev. arb.*, 2008.344 ; CA Paris, 25 sept. 2008, *République Tchèque c. Nreka*, *Rev. arb.*, 2009.337, note I. FADLALLAH : « la Cour, au titre de son appréciation du sens et de la portée de la convention d'arbitrage, constituée par les dispositions ci-dessus du TBI, conduit un examen indépendant, en fait et en droit, des moyens et arguments des parties [...] » ; CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie*, *op. cit.*

¹ Parmi de nombreux exemples, cf. C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit.*, p. 200, n° 425 : « [d]ans le but de ne pas nuire au bon déroulement de l'arbitrage, on autorise seulement l'arbitre à porter une première appréciation sur sa compétence. Mais son appréciation reste soumise à un contrôle ultérieur strict » ; I. FADLALLAH, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *op. cit.*, n° 5 : « [l]e risque existe donc que le juge étatique contredise ultérieurement la compétence arbitrale qu'il avait initialement réservée, et ce d'autant plus que le juge du contrôle n'est lié, sur la compétence, ni par les constatations de fait, ni par les affirmations de droit de l'arbitrage [...] ».

² F. BACHAND, “Kompetenz-Kompetenz, Canadian-Style”, *op. cit.*, p. 431.

³ G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 321, n° 775.

⁴ G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 322, n° 779 (ATF 117 II 94, 95-97).

⁵ Tribunal fédéral suisse, 28 avril 1992, *Société G c. société V.*, *Rev. arb.*, 1993.124, note L. IDOT, p. 125, cons. 5 a) : « [l]a disposition invoquée ouvre la voie du recours lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent. Le Tribunal fédéral examine librement non seulement si tel est le cas, mais aussi d'éventuelles questions préjudicielles de droit matériel qui pourraient être résolues pour statuer sur la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral ».

⁶ Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46, *Dallah c. Pakistan*, CA Paris, 17 fév. 2011, n° 09/28533, *Pakistan c. Dallah*, *op. cit.*

⁷ Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46, *Dallah c. Pakistan*, *op. cit.*, spéc. n° 21 : « [i]n Miss Heilbron's submission, any enforcing court (other than the court of the seat of the arbitration) should adopt a different approach. It should do no more than “review” the tribunal's jurisdiction and the precedent question whether there was ever any arbitration agreement binding on the Government. The nature of the suggested review should be “flexible and nuanced” according to the circumstances. Here, Miss Heilbron argues that the answer to question (d) militates in favour of a limited review ». She submits that the tribunal had power to consider and rule on its own jurisdiction (Kompetenz-Kompetenz or compétencecompétence), that it did so after full and close examination, and that its first partial award on jurisdiction should be given strong “evidential” effect. In these circumstances, she submits, a court should refuse to become further involved, at least when the tribunal's conclusions could be regarded on their face as plausible or “reasonably supportable” ».

court is entitled (and indeed bound) to revisit the question of the tribunal's decision on jurisdiction if the party resisting enforcement seeks to prove that there was no arbitration agreement binding upon it under the law of the country where the award was made »¹.

B.- Constance de la solution indépendamment du cas d'ouverture utilisé par les plaideurs

704. *Constance de la solution indépendamment du cas d'ouverture utilisé par les plaideurs*, le contrôle total est réalisé dès lors que la compétence juridictionnelle générale est en jeu, peu importe le cas d'ouverture utilisé – premier, second, troisième ou cinquième –. On sait en effet que le flou des contours de la notion de compétence – conséquence des liens qu'elle entretient avec des notions voisines –, et les défauts de l'ancienne rédaction du premier cas d'ouverture, – qui ne permettaient pas le contrôle de la sentence d'incompétence –, peuvent conduire les parties à demander le contrôle de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence sur le fondement de différents moyens d'annulation. Le contrôle opéré au visa d'un autre cas d'ouverture que le premier sera également total. Peu importe que, traditionnellement, le grief utilisé ne permette pas un contrôle total de la sentence.

Cela se vérifie tout d'abord lors du contrôle de la sentence d'incompétence, totale ou partielle, qui était réalisé jusqu'à la réforme du 13 janvier 2011 sous le troisième cas d'ouverture. On sait que le juge du contrôle se limite à un contrôle restreint lors de l'examen du respect de sa mission par l'arbitre. La rédaction imprécise de ce moyen d'annulation a toujours fait craindre en effet qu'elle ne soit la porte ouverte à la révision au fond². Cependant, par contraste, lorsque ce grief est utilisé afin de contrôler que le tribunal arbitral ne se soit pas jugé à tort incompetent, il a toujours été admis, et ce depuis l'affaire *Swiss Oil*, premier cas dans lequel les juridictions étatiques ont eu à connaître d'un recours en annulation contre une sentence d'incompétence, que le contrôle de la sentence d'incompétence doit être total³. La solution est constante⁴. Elle a encore été réitérée dans la foulée de la cour d'appel de Paris par la première chambre civile de la Cour de cassation par un arrêt du 6 octobre 2010 dans le cadre de la saga *Abela*⁵. Par la première branche de l'unique moyen, les recourants ont tenté de remettre en cause le contrôle total de la compétence au regard du principe de non

¹ Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46, *Dallah c. Pakistan*, *op. cit.*, spéc. n° 104.

² F. JEANTET, « L'accueil des sentences étrangères ou internationales dans l'ordre juridique français », *Rev. arb.*, 1981.516.

³ CA Paris, 16 juin 1988, *Société Swiss oil c. société Petrogab et République du Gabon*, *op. cit.* : « si le tribunal arbitral était tenu en vertu de l'acte de mission, de se prononcer sur sa compétence [...], l'appréciation par lui fait de son pouvoir juridictionnel n'est pas souveraine, elle est soumise au contrôle de la Cour saisie d'un recours en annulation ; Qu'un tel pouvoir de contrôle reconnu à la Cour en application des dispositions de l'article 1502.1° du NCPC dans l'hypothèse où les arbitres retiennent leur compétence, ne saurait à peine de déséquilibre des garanties offertes aux plaideurs, lui être refusé dans le cas présent où les arbitres se sont déclarés incompetents ; Que pour exercer ce contrôle, la Cour se trouve tenue de rechercher tous les éléments de droit et de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur la conformité de la mission conférée au tribunal arbitral ».

⁴ CA Paris, 26 oct. 1995, *SNCFT c. société Voith*, *op. cit.*, p. 555 : « pour exercer son contrôle, la Cour doit rechercher tous les éléments de droit et de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage » ; CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie*, *op. cit.* : « le juge de l'annulation doit contrôler la décision du tribunal arbitral sur sa compétence en recherchant tous les éléments de droit et de fait tels qu'ils résultent du dossier permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres ».

⁵ CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.*

révision au fond de la sentence, qui serait applicable aussi bien à la procédure qu'au fond. La Haute juridiction rejette l'argument en retenant que « *le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence en recherchant tous les éléments de droit et de fait tels qu'ils résultent du dossier permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres* ». Peu importe que le contrôle du respect de sa mission par le tribunal arbitral soit en principe limité à un contrôle extrinsèque de la sentence et qu'un contrôle total du respect de sa mission par le tribunal arbitral soit prohibé sous peine de conduire à une révision au fond de la sentence : « *le régime procédural du contrôle exercé sur la sentence d'incompétence est celui en vigueur dans le cadre du 1° et non celui en vigueur dans le cadre du 3° en matière de respect par l'arbitre de sa mission* »¹. On ne peut qu'approuver la solution. La nouvelle formulation du premier cas d'ouverture, autorisant aussi bien le contrôle de la sentence de compétence que d'incompétence, devrait limiter ces hésitations.

Cela se vérifie ensuite à l'occasion du contrôle de l'arbitrabilité du litige, notion qui sacre les noces de la compétence et de l'ordre public. Le contrôle de l'arbitrabilité peut être réalisé sous le cinquième cas d'ouverture. Le seul fait que les parties se fondent sur la violation de l'ordre public ne limite pas nécessairement l'étendue du contrôle. On sait en effet que le contrôle de la contrariété de la sentence à l'ordre public a été fortement restreint ces dernières années, et qu'il se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation. Cependant, spécifiquement lorsque l'arbitrabilité est en cause, le contrôle devrait être total, ne se limitant pas aux cas d'inarbitrabilité flagrante, effective et concrète. Peut-être cette raison explique-t-elle l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 11 février 2009², rendu dans le cadre de la célèbre affaire des *frégates de Taïwan*. Bien que ce ne soit pas le sens majoritairement retenu par la doctrine de cet arrêt, celui-ci a pu être critiqué en ce qu'il remettrait en cause le caractère limité du contrôle de l'ordre public par les juridictions étatiques. La Cour de cassation a censuré la cour d'appel pour insuffisance de motivation au visa de l'article 455 CPC. Il était donc reproché à la cour d'appel « *de n'avoir pas suffisamment contrôlé la motivation de la sentence arbitrale. Il invite ainsi à un contrôle de la part du juge du recours, non pas seulement de l'existence des motifs, mais surtout de leur contenu* ». On pourra voir dans cet arrêt une simple « *censure « disciplinaire » sanctionn[ant] un vice de forme de la décision* »³ : l'absence de justification en fait et en droit de la décision rendue. Mais en toute hypothèse, cet arrêt peut paraître difficilement conciliable avec les multiples décisions qui limitent le contrôle de la violation de l'ordre public par la sentence

¹ F.-X. TRAIN, note sous CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.*, p. 744, n° 11.

² Cass. civ. 1^{ère}, 11 fév. 2009, *Société Thalès et autre c. société Marine de la République de Chine à Taïwan et autres*, *Rev. arb.*, 2009.517, note Ch. JARROSSON ; *D.*, 2009, p. 557, note X. DELPECH ; *JCP G*, 2009, act. 104, note G. Chabot ; *JCP E*, 2009, p. 1781, n° 11, note J. ORTSCHIEDT ; *JDI*, 2009, p. 1275, note J.-B. RACINE. *Contra*, J.-B. RACINE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 fév. 2009, *Thalès c. société Marine de la République de Chine à Taïwan*, *JDI*, 2009.1275.1279 : « [o]n pourrait penser que, l'arbitrabilité étant en jeu, c'est le contrôle total (c'est-à-dire en droit et en fait) de la compétence arbitrale qui justifie la solution [références omises]. A supposer cette interprétation plausible [...], remarquons que la sentence était aussi attaquée devant la cour d'appel pour contrariété à l'ordre public international, ce qui exclut tout contrôle total sur ce chef [...]. C'est bien plutôt une maladresse de rédaction qui nous paraît expliquer le passage de l'arrêt en question ».

³ Ch. JARROSSON, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 fév. 2009, *Thalès c. société Marine de la République de Chine à Taïwan*, *op. cit.*

arbitrale. En effet, la Cour de cassation requiert de la cour d'appel une « *motivation précise* » qui doit s'appuyer explicitement sur « *les motifs des arbitres dont elle estim[e] le raisonnement pertinent* ». C'est donc à un contrôle approfondi de la sentence par le juge du contrôle de la sentence qu'engage la Cour de cassation, en exigeant que la cour d'appel examine la pertinence même des motifs de fait et de droit utilisés par le tribunal arbitral au soutien de sa décision. On glisse ainsi lentement vers le contrôle du bien-fondé de la solution adoptée par les arbitres. Cependant, il est indispensable de mettre en évidence la spécificité de la question posée : était en cause notamment l'arbitrabilité d'un litige dans lequel est invoqué le secret-défense, c'est-à-dire corrélativement la compétence arbitrale. On ne peut donc se satisfaire d'un contrôle restreint.

Cela se vérifie enfin lors du contrôle de la compétence arbitrale spéciale, généralement contrôlée au visa du second cas d'ouverture. La décision par laquelle le tribunal arbitral statue sur une exception d'incompétence opposée au profit d'un autre tribunal arbitral fait l'objet d'un contrôle total, en fait et en droit¹. La solution ne posera aucune difficulté d'autant qu'il est admis depuis un arrêt *Gas del Estado* que le respect de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral est également soumis à un contrôle total².

705. Si le contrôle total de la compétence est établi, règle constante et incontestée, appliquée quel que soit le cas d'ouverture utilisé, il reste encore à définir le sens de ce principe : qu'implique pour le juge étatique le pouvoir d'exercer un contrôle total ?

§2.- Le sens du contrôle total

706. Premier élément, le contrôle total implique, comme cela est souvent formulé par la jurisprudence, un contrôle « *en fait et en droit* ». Mais plus précisément, quel est l'objet de ce contrôle total ? Le contrôle total porte-t-il sur la seule décision du tribunal arbitral sur sa compétence, le litige secondaire, ou directement sur la compétence juridictionnelle générale, c'est-à-dire le litige primaire ?

En faveur d'un contrôle de la sentence elle-même, litige secondaire, on peut retenir que le juge du contrôle procède à l'examen, en premier lieu, des motifs de fait et de droit retenus par le tribunal arbitral dans la sentence. Cependant, un rapide examen des jugements de la cour d'appel en charge du contrôle du premier cas d'ouverture révèle que le juge du contrôle va bien au-delà de la sentence. On constate dans le contentieux post-arbitral que la compétence juridictionnelle générale lorsqu'elle est contestée est soumise à « *un réexamen complet des données factuelles et juridiques du litige primaire* »³. L'autorité de contrôle juge à nouveau le litige entre les parties relatif à l'attribution de l'affaire à la justice d'État ou à la justice arbitrale. C'est ce qu'un auteur a pu qualifier d'« *indépendance du contrôle* »⁴. Le juge

¹ CA Paris, 1^{er} juin 1999, *Société Tarom c. société Khayat Travel and Tourism*, *op. cit.* ; CA Paris, 7 fév. 2002, *SA Alfac c. société Irmac Importacao, comércia et industria Ltda*, *op. cit.*

² Cass. civ. 1^{ère}, 4 déc. 1990, *Ecofisa et ETPM c. Gas del Estado*, *Rev. arb.*, 1991.91, note Ph. FOUCHARD.

³ L.-C. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.*, 2007.177, p. 203, n° 34.

⁴ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, spéc. p. 355. Dans le même sens, cf. N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, pp. 27 à 32, l'auteur soutenant notamment que « *l'ordre étatique jouit d'une indépendance de principe dans son examen de la convention d'arbitrage. Aussi, même si les États reconnaissent généralement à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa compétence et dès lors d'apprécier la*

étatique ne contrôle pas la seule sentence sur la compétence, litige secondaire, mais bel et bien directement la compétence juridictionnelle générale, litige primaire, tel qu'il a déjà été porté devant les arbitres. Le juge met en œuvre un contrôle que certains qualifient d'«*extrinsèque*» en ce qu'il est «*étendu aux éléments extérieurs de la décision*» contrôlée¹. Cela se vérifie aussi bien dans l'examen des faits (A) que dans le choix du droit applicable (B).

A.- Les faits : leur réexamen

707. L'examen du contrôle des faits tel qu'opéré par le juge du contrôle contribue à renforcer notre hypothèse selon laquelle l'objet du contrôle total est la compétence juridictionnelle générale elle-même.

708. Certes, le juge du contrôle pourra s'appuyer sur les motifs de fait rapportés par la sentence arbitrale. La sentence constitue indéniablement pour le juge du contrôle un premier appui permettant de tirer les premiers éléments pour pouvoir juger la compétence juridictionnelle générale, éléments dans lesquels il peut avoir toute confiance. Il s'agit des constatations de fait de la sentence, indépendamment des appréciations de droit qu'en a tirées le tribunal arbitral². Ces faits rapportés dans la sentence bénéficient d'une protection particulière découlant de la valeur spécifique de la sentence – acte juridictionnel – au regard de la règle selon laquelle les inscriptions de la sentence font foi jusqu'à inscription de faux. Cette règle de droit commun reconnue applicable à la sentence³ a une vocation générale et devrait également s'appliquer aux constatations personnelles faites par les arbitres dans la sentence concernant spécifiquement la compétence arbitrale. Ainsi, toutes les constatations de fait sur lesquelles le tribunal arbitral fonde sa compétence pourront bénéficier de cette force particulière – la force authentique – qui borne l'étendue du contrôle de la compétence par le juge de l'annulation, lié par les constatations personnelles du tribunal arbitral relativement au déroulement de la procédure.

Ainsi, par exemple, on ne voit aucune raison qui ferait obstacle à ce que les énonciations relatives aux prétentions et moyens des parties dans le cadre d'un rappel fait de la procédure arbitrale⁴, les énonciations tenant à l'audition de tiers⁵, l'exactitude de la production d'un document au tribunal arbitral par l'une des parties⁶, l'absence de production d'un mémoire en

convention d'arbitrage, cela ne signifie nullement qu'ils soient ensuite liés par ce qui aura été décidé sur ce point dans l'ordre arbitral » ; «*l'ordre étatique procède [...] de manière totalement indépendante et souveraine à son appréciation de la convention d'arbitrage* ».

¹ V. CHANTEBOUT, note sous CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie et autres*, *op. cit.*, p. 542.

² En ce sens, P. MAYER, «*L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence* », *op. cit.*, p. 356-357, n° 28. Bien que l'auteur rejette la nature de sentence de la décision prise par le tribunal arbitral sur sa compétence, il considère également que le juge du contrôle peut s'appuyer sur la sentence : «*[i]l ne me paraît pas contradictoire avec ces principes de permettre au juge de s'appuyer sur des éléments de preuve rapportés dans la sentence* » ; «*si la personne désignée comme arbitre ne dispose, on l'a vu, d'aucune autorité pour décider de sa compétence, ses constatations, consignées par écrit, doivent se voir accorder le même crédit que celles de tout individu* ».

³ Cass. civ. 2^{ème}, 12 déc. 1990, *Rev. arb.*, 1991.317, note Ph. THÉRY ; CA Paris, 24 mars 2005, *JCP*, n° 42, 19 oct. 2005, I, p. 179.

⁴ CA Paris, 30 mai 1995, *Rev. arb.*, 1996.533, obs. L. KIFFER.

⁵ CA Paris, 28 nov. 2002, *Voith Turbo GMBH AG et CO c. SNCFT*, *Rev. arb.*, 2003.445, note C. BELLOC.

⁶ CA Paris, 25 févr. 1994, *Billot c. Société TFN*, *Rev. arb.*, 1995.129, obs. P. VERON.

duplique en dépit des injonctions de l'arbitre¹, l'existence d'un délibéré², ou tout autre constatation personnelle concernant le procès sur la compétence, ne puissent bénéficier de la force probante d'un acte authentique que leur confère la règle précitée. L'une de ces affaires a permis d'ailleurs d'illustrer une application de la règle au contentieux de la compétence. Afin de faire juger que la clause compromissoire était nulle pour insuffisance, constituant ainsi une clause blanche car elle ne désignait pas les arbitres ou les modalités de leur désignation, l'auteur du recours en annulation soutenait que « *le document, signé mais non daté, présenté aux arbitres comme étant la « clause compromissoire jointe aux présentes », n'était pas en réalité le document auquel renvoyait l'article de l'acte de garantie de bilan prévoyant de façon générale le recours à l'arbitrage* ». L'argument est écarté par la cour d'appel au motif que les énonciations des arbitres font foi jusqu'à inscription de faux.

De même, la constatation faite par le tribunal arbitral que le défendeur n'a pas contesté la compétence arbitrale et qu'il a participé à la procédure arbitrale en concluant sur le fond bénéficie de cette force particulière. Elle sera la preuve pour les juridictions du contrôle de l'acceptation tacite de la compétence arbitrale, alors dans l'impossibilité totale de vérifier ces données factuelles. On touche ici à l'intérêt pratique de cette règle : « *éviter les arguties des plaideurs désireux de remettre en cause les constatations de fait des arbitres* »³. Une réserve subsiste : s'il est reconnu ou établi judiciairement que l'une des énonciations de la sentence est fautive dans le cadre de la procédure d'inscription de faux.

709. Mais, une fois dépassé ce premier constat, le juge retrouve tout d'abord l'entière liberté d'interpréter ces données factuelles. C'est donc bien à un contrôle des faits que se livre le juge⁴.

Premier élément, le juge du contrôle est libre d'examiner les faits qui sont à l'origine du litige, d'interpréter la convention d'arbitrage, le contrat principal tout comme les différents documents soumis au tribunal arbitral⁵ ou les comportements des parties rapportés par le tribunal arbitral. Les éléments de fait rapportés au tribunal arbitral et que celui-ci a retenus pour apprécier la compétence pourront être exploités. Cependant, le juge du contrôle retrouve l'entière liberté de les apprécier ou de les qualifier juridiquement, sans être tenu de suivre la propre appréciation ou interprétation du tribunal arbitral, ni d'avoir besoin d'invoquer pour opérer ce contrôle une quelconque dénaturation des documents. Ainsi, par exemple, une convention de procédure qualifiée de convention d'arbitrage pourra être requalifiée en convention de règlement amiable. De même, un comportement que le tribunal arbitral a estimé valoir acceptation de la compétence arbitrale pourra être analysé autrement par le juge

¹ CA Paris, 28 fév. 2008, *Rev. arb.*, 2009.168, note T. AZZI.

² CA Paris, 19 janv. 1967, *Rev. arb.*, 1967.72.

³ CA Paris, 25 fév. 1994, *Billot c. Société TFN*, *op. cit.*.

⁴ En ce sens, cf. V. CHANTEBOUT, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, *op. cit.*, p. 209, n° 216 : « [I]l'existence d'un consentement ou des vices dont il serait affecté étant des questions mêlées de fait, c'est par le biais d'un contrôle étendu aux faits que le juge déterminera la réalité et la validité du consentement des parties à l'arbitrage ».

⁵ Expressément affirmé par Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1987, *Plateau des Pyramides*, *op. cit.* : « [...] il lui appartient d'apprécier le contrat pour apprécier elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ». La question en cause était de savoir si la signature du contrat par le ministre égyptien du tourisme, aux côtés de celles des parties, précédée de la mention « *approved, agreed and ratified* » valait consentement au contrat et à la clause compromissoire ou si cette signature n'était intervenue qu'en tant qu'autorité de tutelle devant autoriser un investissement étranger. Le tribunal arbitral retiendra la première interprétation, la cour d'appel la seconde.

du contrôle. D'ailleurs, on signalera que le pouvoir souverain d'interprétation des conventions de procédure de l'autorité de contrôle est rappelé spécifiquement dans le cadre de l'arbitrage CIRDI, par la doctrine autorisée : « *il va de soi que pour apprécier l'existence de cet éventuel excès de pouvoir manifeste, le Comité ad hoc a le pouvoir – et le devoir – d'examiner la teneur des conventions litigieuses sans s'en tenir à l'interprétation qu'aura pu en donner le tribunal* »¹.

Second élément, le juge de l'annulation doit opérer le contrôle de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence « *en recherchant tous les éléments de droit et de fait tels qu'ils résultent du dossier* »². La question se pose de savoir si le juge du contrôle, pour juger de la compétence juridictionnelle générale, peut se fonder sur l'ensemble du « *dossier contentieux* »³, que le juge du contrôle reprend, ou s'il ne peut se prononcer que sur le dossier tel que transmis aux arbitres, voire sur les seules pièces déclarées recevables par les arbitres. C'est ce qu'a récemment suggéré la cour d'appel de Paris, refusant de prendre en compte une convention conclue entre les parties en cause au motif que « *le tribunal arbitral l'a écartée, pour des raisons tirées de l'administration de la preuve [...]* ». La Cour retient ainsi « *que sauf à opérer une révision de la sentence interdite au juge de l'annulation, la société Papillon Group Corporation ne peut pas invoquer ce prétendu accord du 25 novembre 1987 pour soutenir qu'il engage la République Arabe de Syrie, étant observé que, dans les pièces communiquées, ne figure toujours que la même photocopie sur laquelle les arbitres se sont prononcés* »⁴. Ainsi, « *d'après la cour d'appel, il n'est permis de réexaminer le raisonnement des arbitres qu'au vu des seules pièces que ceux-ci ont déclarées recevables* ». L'argument n'est pas convaincant. En effet, le principe de non-révision au fond des sentences est inapplicable à la compétence⁵. Il nous semble que la cour d'appel s'est peut-être tout simplement méprise sur la règle qu'elle voulait invoquer. Plutôt que la règle de révision, la cour d'appel ne voulait-elle pas se référer à la règle selon laquelle les énonciations de la sentence font foi jusqu'à inscription de faux ? Si l'arbitre a écarté une convention susceptible de justifier de l'adhésion de la République de Syrie à la convention d'arbitrage, c'est au motif que le demandeur n'avait produit qu'une photocopie de cette convention et non l'original. La cour d'appel reprend alors pour son propre compte la même analyse, le recourant ne produisant toujours pas l'original du contrat invoqué devant elle : la recourante « *ne peut pas invoquer ce prétendu accord du 25 novembre 1987 pour soutenir qu'il engage [le défendeur], étant observé que, dans les pièces communiquées, ne figure toujours que la même photocopie sur laquelle les arbitres se sont prononcés* ». La cour d'appel se refuse donc à remettre en question la parole des arbitres affirmant ne jamais avoir eu en leur possession l'original de la convention invoquée à titre de preuve du consentement de la République Arabe de Syrie à l'arbitrage. Mais il ne fait guère de doute selon nous que si l'original de la convention invoquée prouvant le consentement du défendeur à l'arbitrage avait été produit, le juge de l'annulation aurait dû le prendre en compte.

¹ E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I), op. cit.*, p. 189.

² CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie et autres*, *op. cit.*, spéc. p. 529.

³ Th. CLAY, « Panorama », *D.*, 2008.1311.

⁴ CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie et autres*, *Rev. arb.*, 2010, p. 525.

⁵ Cf. *infra*, n° 758.

710. La restriction du contrôle du juge aux seules pièces retenues par l'arbitre ainsi exclue, la seconde restriction qui voudrait que le juge du contrôle ne puisse apprécier la compétence juridictionnelle générale uniquement au regard des éléments dont l'arbitre a pu connaître laisse tout autant perplexe¹. Elle peut d'ailleurs apparaître, dans certaines circonstances, quelque peu illogique. La cour d'appel devrait pouvoir prendre en compte le comportement d'une partie en aval de l'instance arbitrale. Ainsi, le comportement d'une partie marquant son acquiescement à la sentence devrait-il être ignoré ? De même, imaginons que la partie entende se prévaloir du contrat principal, exigeant son exécution au fond, ou de la clause compromissoire elle-même en cause, initiant une instance arbitrale pour d'autres motifs. La cour d'appel devrait-elle ignorer ces éléments de fait prouvant la volonté de la partie de se comporter comme une partie à la convention en cause, alors que devant le tribunal arbitral, elle se prétend tiers ?

Le juge du contrôle doit pouvoir se fonder sur des faits qui ne sont pas rapportés par la sentence arbitrale. Ce n'est pas la seule sentence mais l'ensemble du « dossier contentieux »² qui doit être repris. Aussi préférera-t-on la formule de la Cour de cassation, excluant la référence à un quelconque dossier, source de confusion inutile : « le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage [...] »³. Les éléments de fait et de droit n'ont pas nécessairement besoin d'avoir été retenus ou soumis au tribunal arbitral. Le juge du contrôle pourra prendre en compte par exemple d'autres documents utiles au dossier, le simple comportement d'une partie en dehors de l'instance arbitrale, en amont de l'instance arbitrale et non rapporté par la sentence, ou en aval de l'instance arbitrale – ce dernier nécessairement non pris en compte par le tribunal arbitral –. Le juge du contrôle pourra encore se fonder sur un élément de fait rapporté par une autre procédure juridictionnelle, antérieure ou postérieure à la sentence arbitrale non rapportée par le tribunal arbitral. Le juge du contrôle devrait ainsi accepter de prendre en compte tous les éléments de fait rapportés par les parties, peu importe qu'ils aient été soumis ou non au tribunal arbitral.

La cour d'appel de Paris a eu l'occasion de l'affirmer avec netteté dans l'affaire *République Tchèque c/ Nreka*. Elle admet expressément que de nouveaux motifs, de fait et de droit, puissent être invoqués par les parties lors du recours en annulation contre la sentence⁴.

¹ Cf. en ce sens, V. CHANTEBOUT, note sous CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie et autres*, *op. cit.*, p. 545, n° 29 : « [o]n ne comprend pas pourquoi la cour d'appel restreindrait son contrôle aux seuls éléments de preuve retenus par l'arbitre [...]. Dès lors qu'en matière de compétence, le contrôle auquel se livre le juge remet en question la chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et droit sur ce point, la cohérence du contrôle réclame qu'il donne lieu à l'admission de preuve nouvelles ».

² Th. CLAY, « Panorama », *D.*, 2008, p. 1311.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, *Abela*, *op. cit.*

⁴ CA Paris, 25 sept. 2008, *République Tchèque c. Nreka*, *op. cit.*, p. 339 : « la Cour, au titre de son appréciation du sens et de la portée de la convention d'arbitrage constituée par les dispositions ci-dessus du TBI, conduit un examen indépendant, en fait et en droit, des moyens et arguments des parties, qu'il importe peu à cet égard, contrairement à ce que plaident [les litigants] sur le jeu de la règle d'estoppel, que les arguments évoqués dans la procédure d'annulation concernant l'absence de convention d'arbitrage l'aient été devant les arbitres à partir du moment où l'exception d'incompétence a été soulevée au cours de la procédure arbitrale, car il n'est pas possible d'induire du fait qu'un argument n'ait pas été précédemment évoqué devant les arbitres l'acceptation de leur compétence par la recourante ».

La référence aux « *arguments* » renvoie tout simplement aux motifs : dès lors que la prétention – l’exception d’incompétence – a été soulevée devant les arbitres et est recevable pour avoir été soulevée *in limine litis*, il est possible devant le juge du recours ouvert contre la sentence que de nouveaux « *arguments* », c’est-à-dire des motifs nouveaux, lui soient soumis. Ainsi, le juge du contrôle peut retenir d’autres motifs de fait et de droit à l’appui ou à l’encontre de la compétence arbitrale, non retenus par le tribunal arbitral.

711. Bref, le contrôle des faits n’est pas réduit au contrôle des données factuelles rapportées par la sentence ou pire, uniquement à ceux retenus par l’arbitre. Le juge du contrôle accepte devant lui tout argument de fait dès lors qu’il est en mesure de contribuer à résoudre le litige porté devant lui, savoir si le litige relève de la compétence des juges publics ou de la compétence des juges privés.

B.- Le droit : le recours à la *lex fori*

712. Renforçant l’idée que les juges du contrôle se livrent à un nouveau procès sur la compétence, sans se limiter à un contrôle de la sentence sur la compétence, il apparaît que le juge du contrôle applique ses propres règles de droit, les règles de droit français de l’arbitrage, sans aucun égard pour les règles appliquées par le tribunal arbitral, leur bon ou mauvais choix, leur bonne ou mauvaise application.

713. Deux éléments confortent cette idée. Premier élément, le juge du contrôle ne vérifie en aucun cas les motifs de droit retenus par le tribunal arbitral. Ainsi, par exemple, en présence d’un arbitrage international, le juge du contrôle ne vérifie pas la méthode que le tribunal arbitral a utilisée afin de définir le droit applicable à la convention d’arbitrage : *méthode des conflits de lois* que le tribunal arbitral aurait directement choisie sur le fondement de critères particuliers, *méthode dite de la voie directe*, le tribunal arbitral choisissant lui-même un droit national ou, pourquoi pas, un droit anational, *méthode cumulative*, le tribunal arbitral appliquant plusieurs droits intéressés au litige, législations nationales seules, ou combinaison des législations nationales et d’un droit transnational. Second élément, si le tribunal arbitral a recouru à une méthode particulière, les juridictions du contrôle ne vérifieront pas non plus la bonne ou mauvaise application du droit choisi. Bref, les juridictions françaises du contrôle ne vérifient pas la pertinence des motifs de droit, ni leur origine ; elles ne se soucient aucunement du droit choisi par le tribunal arbitral. Elles ne s’embarrassent pas de cette question.

714. Si le juge français ne contrôle pas les éléments de droit selon lesquels le tribunal arbitral a statué sur sa compétence, selon quelles normes juridiques vérifie-t-il la compétence ? Comme cela a été observé, « *l’article 1502 1° du NCPC ne précise pas au regard de quelles normes la cour d’appel doit procéder à la vérification de l’existence, de la validité et du caractère non expiré de la convention d’arbitrage sur le fondement de laquelle la sentence a été rendue* »¹. La même remarque vaut pour le nouveau droit français de l’arbitrage, interne ou international.

¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 944, n° 1609.

En présence d'une sentence étrangère présentée pour exequatur en France, la Convention de New York de 1958 fournit des éléments de réponses : mais ils donnent lieu à des interprétations divergentes. On sait que la jurisprudence française ne s'embarrasse pas de ces dispositions. Elle applique directement ses propres règles, règles matérielles françaises, à toute convention d'arbitrage internationale en se fondant sur la clause de la réserve du droit national plus favorable édictée à l'article VII de la Convention de New York, disposition que les juridictions françaises jugent applicables aussi bien à la sentence arbitrale qu'à la convention d'arbitrage¹.

715. Cette attitude des juridictions françaises, consistant à apprécier en toutes circonstances la compétence juridictionnelle générale au regard des seules règles matérielles françaises édictées pour l'arbitrage international, a été fortement critiquée par la doctrine comparatiste : « [c]e serait manifester un impérialisme juridique déplacé que de trancher, au regard des seules conceptions de source française, la question de l'existence et de la validité d'une convention d'arbitrage entre lybiens et danois, comme dans l'affaire *Dalico* par exemple »². Néanmoins, l'argument d'impérialisme juridique est quelque peu excessif à plusieurs égards.

716. Tout d'abord, la Convention de New York elle-même peut être interprétée comme réservant un droit national plus favorable. L'objectif de cette Convention a été la promotion de l'arbitrage. La Convention de New York ne doit pas se transformer en obstacle à l'arbitrage, d'autant moins qu'une disposition peut être exploitée comme soupape de sécurité. Aussi l'interprétation évolutive, quelque peu créatrice, retenue par les juridictions françaises de l'article VII(1) de la Convention de New York n'est-elle pas choquante alors que la matière a considérablement évolué depuis plus de 50 ans. Cette interprétation bénéficie d'ailleurs d'un appui de taille : la CNUDCI elle-même l'a approuvée par une recommandation de 2006³.

717. Ensuite, même en menant une analyse selon les méthodes classiques de droit international privé, le reproche d'impérialisme juridique fait à l'adresse du droit français n'est pas totalement fondé. Il occulte la nature hybride de la convention d'arbitrage. Certes, la convention d'arbitrage est un contrat, ce qui explique le rattachement à la méthode des conflits de lois. Mais, au regard de son objet processuel – consistant à créer la compétence arbitrale et à écarter la compétence de la justice publique –, la convention d'arbitrage peut également être rattachée à la méthode des conflits de juridiction. Quel rattachement devrait prévaloir ? Le débat est bien connu, engagé depuis des décennies. Certains privilégient sa dimension contractuelle, d'autres sa dimension processuelle, l'objet de la convention d'arbitrage étant alors considéré comme prépondérant⁴. La dimension processuelle de la convention permet de relativiser le grief d'impérialisme juridique adressé au droit français. En

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, *Dalico*, *Rev. arb.*, 1994.116, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Rev. crit. DIP*, 1994.663, note P. MAYER ; *JDI*, 1994.432, note E. GAILLARD ; *RTD com.*, 1994.254, note J.-Cl. DUBARRY et E. LOQUIN ; *JDI*, 1994.690, note E. LOQUIN.

² Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*

³ *Cf. supra*, n° 105.

⁴ N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *op. cit.* En ce sens également, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 946, n° 1611 ; E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *op. cit.*

effet, deux éléments permettent de justifier le recours systématique aux règles matérielles de droit français par les juridictions françaises du contrôle.

Premier élément, lorsque la demande d'exequatur de la sentence est portée devant les juridictions françaises, il est normal qu'elle puisse en contrôler la régularité au regard de leurs propres normes. La règle est identique en droit international privé lorsqu'un jugement étranger est présenté pour être accueilli dans l'ordre juridique français : la compétence internationale de la juridiction étrangère est contrôlée par les juges français. Même si c'est au regard de règles de compétence internationale *indirecte*, c'est bien au regard des règles de compétence *françaises* que la compétence internationale de l'autorité étrangère est contrôlée. L'application des règles françaises de compétence internationale résulte d'une règle de droit international public, selon laquelle l'État à qui est demandé de prêter son bras armé pour donner force exécutoire à un jugement étranger est seul compétent pour apprécier la régularité du jugement, et notamment apprécier la compétence de l'organe dont il émane, au regard de ses propres règles. C'est pourquoi il est admis que la *lex fori* est applicable dans le domaine des conflits de juridictions. Cette analyse conduit à considérer que le recours aux règles matérielles du droit français « *paraît parfaitement justifié s'agissant de déterminer les conditions de l'admission de la sentence dans l'ordre juridique français* »¹.

Deuxième élément, il nous semble que les juridictions françaises devraient pouvoir apprécier la convention d'arbitrage au regard de leurs propres règles car la convention d'arbitrage délimite non seulement la compétence arbitrale mais également leur propre compétence. Leur propre compétence en tant que juridiction de la justice publique est en jeu. Or, n'est-il pas admis en droit international privé que lorsque la compétence d'une juridiction est en cause, elle doit être appréciée selon les règles émanant de l'ordre étatique dont elle relève, en application de la *lex fori*, les États détenant une compétence exclusive du point de vue du droit international public concernant leur propre organisation ? Cette explication est retenue par une partie de la doctrine². Il est donc légitime que les juridictions publiques saisies de la sentence vérifient que l'acte juridictionnel qui leur est présenté ne heurte pas leurs propres règles de compétence. Si les juridictions françaises peuvent appliquer d'office leurs propres règles applicables à la compétence juridictionnelle générale, c'est en vertu de l'effet positif du principe compétence-compétence des juridictions publiques.

718. Enfin, allant au-delà des méthodes traditionnelles du droit international privé, le grief d'impérialisme juridique nous semble mal approprié au regard d'un dernier élément : les règles matérielles françaises régissant la convention d'arbitrage internationale ne constituent-elles pas, à bien y regarder, des règles de droit transnational ? La question est ancienne. Elle est posée, tout au moins, depuis l'arrêt *Dalico*, la Haute juridiction faisant application selon

¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 946, n° 1611 et p. 251, n° 442.

² N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, n° 34 : « [I] indépendance de l'ordre étatique dans l'appréciation de la convention d'arbitrage est due au fait que celle-ci soulève une question relative à la juridiction du juge. Comme ce problème fait intervenir des considérations juridictionnelles relevant du système de compétence du for, on estimera avec M. Lagarde qu'il faut consentir à l'ordre juridique étatique « un pouvoir exclusif de détermination de la validité de la clause d'arbitrage qui prive précisément le juge étatique de la juridiction qu'il aurait eue sans elle ». Certes cela n'exclut pas la faculté pour l'arbitre de se prononcer sur ce point, mais sa décision ne produira d'effet que dans l'ordre arbitral ».

ses propres termes d'« *une règle matérielle du droit international de l'arbitrage* »¹, et non pas au droit français de l'arbitrage international². Loin d'un prétendu impérialisme juridique, les juridictions françaises pourraient se situer dans un courant universaliste, participant à l'édification d'un régime transnational de la convention d'arbitrage international tel qu'il se dessine depuis des décennies : que l'existence et l'efficacité de l'arbitrage s'apprécient au regard de la commune volonté des parties sous réserve de l'ordre public international³.

719. La recherche qui s'achève confirme notre hypothèse de départ. Les juges du contrôle de la sentence, en opérant un contrôle total en fait et en droit, rejugent le litige portant sur la compétence juridictionnelle générale. Les juridictions étatiques ne sont pas limitées dans l'étendue du contrôle ; elles peuvent véritablement connaître de la compétence arbitrale et ainsi de leur propre compétence en tant que juridictions publiques. Il ne s'agit donc pas d'un litige secondaire, visant à apprécier le procès arbitral sur la compétence, mais d'un *litige primaire*, consistant à refaire le procès sur la compétence. Un nouveau procès portant directement sur la compétence juridictionnelle générale a alors lieu.

L'existence incontestée du contrôle total de la sentence sur la compétence confirme l'existence de l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques. Les contraintes imposées par le principe compétence-compétence sont prises en compte : si le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence est paralysé en amont de l'instance arbitrale, il est rétabli en aval du procès arbitral. Au stade post-arbitral, les juridictions françaises peuvent vérifier leur compétence en tant que juridictions de source publique.

720. Si le caractère pluraliste du principe compétence-compétence en sort préservé, la légitimité d'un tel contrôle total doit être discutée. N'est-ce pas là le signe d'une méfiance persistante des États à l'égard de l'arbitrage ? Peut-on envisager de s'orienter vers un contrôle restreint ?

Section 2.- Droit prospectif : un contrôle restreint ?

721. Si le contrôle étatique de la compétence au stade des recours exercés contre la sentence est encore total aujourd'hui, on peut toutefois s'interroger sur la possibilité que, dans un futur proche, ce contrôle ne soit restreint. Pourrait-on imaginer la suppression totale du contrôle, le tribunal arbitral indépendant dans l'appréciation de sa compétence et corrélativement celle de la justice publique ? En matière internationale, la question d'une possible confiance aveugle dans l'arbitrage n'est peut-être pas si absurde alors que l'arbitrage est devenu le mode de règlement des différends du commerce international, 90% des contrats internationaux stipulant une telle clause, et qu'il existe en la matière un principe de validité de la convention d'arbitrage dans les contrats du commerce international. Pourquoi ne pas imaginer que ce « *juge international privé de la mondialisation* »⁴ qu'est l'arbitre puisse définir seul son champ de compétence, à l'exclusion des juridictions étatiques ? On invoquera

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, *Dalico*, *op. cit.*

² Pour une critique de cette formule, J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 872, n° 2467.

³ La question est posée de manière récurrente en doctrine : cf. notamment Ph. FOUCHARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *op. cit.*

⁴ Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », *op. cit.*, p. 483, n° 37.

sans doute le respect de la volonté des parties : “[a]n arbitrator cannot self-proclaim himself a judge and, alternatively, cannot refuse in an arbitrary manner to carry out the task which has been entrusted to him”¹. La source conventionnelle de l’arbitrage, la volonté des parties de recourir à l’arbitrage ou de ne pas y recourir est ainsi invoquée ; le juge public en assurerait le respect. Néanmoins, on a du mal à percevoir en quoi les juridictions publiques seraient mieux à même d’interpréter la volonté des parties que les juridictions privées. Quelle est la légitimité des juridictions étatiques à statuer sur ce point ? Il y en a bien une : de la compétence arbitrale dépend la propre compétence des juridictions étatiques françaises en tant que justice publique. Et si l’État est sollicité afin de prêter son bras armé pour que la sentence arbitrale soit exécutée, il est légitime qu’il opère un contrôle de la régularité de ce jugement². Aussi la suppression complète du contrôle doit-elle être écartée du débat.

722. Mais sans aller jusqu’à cette extrémité, pourquoi ne pas imaginer, dans l’esprit de faveur pour l’arbitrage, une restriction du contrôle de la compétence ? L’éventuelle restriction du contrôle de la compétence par les juges étatiques au stade de la sentence est rarement débattue. La question peut-elle même être posée alors que jurisprudence et doctrine paraissent acquises sans discussion à un contrôle total de la compétence ? Consciente de naviguer à contre-courant, mais précédée par une partie de la doctrine³, il nous semble pourtant que l’idée d’un contrôle restreint de la compétence pourrait émerger alors que la faveur pour l’arbitrage ne cesse de s’étendre, irriguant aujourd’hui cette phase pourtant jusque-là relativement épargnée : le contrôle étatique de la sentence.

Après avoir présenté les arguments en faveur de la restriction possible du contrôle de la compétence (§1), nous rechercherons les voies qui pourraient être employées pour y parvenir (§2).

§1.- L’opportunité de la restriction du contrôle

723. Différents arguments plaident pour la restriction du contrôle de l’incompétence ou de la compétence arbitrale.

724. Tout d’abord, la cohérence du régime général du contrôle étatique de la sentence peut être invoquée en ce sens. En effet, n’y a-t-il pas quelque incohérence à vouloir maintenir un contrôle total de la décision par laquelle le tribunal arbitral juge de sa compétence alors que le contrôle de *l’ordre public*, bastion des intérêts vitaux de l’État, subit lui-même des restrictions ? Cette contradiction est surprenante : les juges paraissent plus soucieux de vérifier la compétence arbitrale – et corrélativement de vérifier leur propre compétence – qu’ils contrôlent en fait et en droit, que de préserver les valeurs fondamentales de l’ordre juridique qui les a investis, valeurs qu’ils contrôlent sans examen des motifs de fait et de droit retenus par les arbitres. Le contrôle total de la compétence ne serait-il pas en effet le dernier signe de « *méfiance envers l’arbitrage* » ?

¹ J.-B. RACINE, “Review of Arbitrator’s Jurisdiction under French Law: the Lessons of the Abela Case”, *Cah. Arb.*, avr. 2011, n° 2, p. 443.

² Sur la légitimité de ce contrôle, L.-C. DELANOY, « Le contrôle de l’ordre public au fond par le juge de l’annulation : trois constats, trois propositions », *op. cit.*, p. 184, n° 7.

³ J.-B. RACINE, « La sentence d’incompétence », *op. cit.* ; note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, *Abela*, *op. cit.* ; F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, *Abela*, *op. cit.* ; précédemment, note sous CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.*, pp. 746-747, n° 13.

725. Ensuite, la rareté du refus d'accueil des sentences pour incompétence plaide également dans le sens d'une limitation de l'étendue du contrôle de la compétence. En effet, les règles substantielles applicables à la convention d'arbitrage en France sont favorables à la compétence arbitrale. En effet, sans trop exagérer, on peut observer que dès lors qu'une convention d'arbitrage se profile, elle sera jugée applicable et valable dans 80% à 90% des cas¹. Les annulations ou rejets de notre ordre juridique des sentences par lesquelles le tribunal arbitral se juge compétent sont marginaux, exceptionnels. Aussi, n'est-il pas absurde de vouloir maintenir un contrôle pointilleux, tatillon de la compétence alors que dans la très grande majorité des cas, la compétence arbitrale sera validée et qu'un contrôle rapide, un survol de la sentence suffirait à débusquer les cas d'incompétence ou de compétence manifestes ?

Si le libéralisme des règles substantielles applicables à la convention d'arbitrage justifie que les pouvoirs du juge de l'annulation soient restreints, il nous semble, inversement, que ce libéralisme peut également justifier un contrôle restreint de la sentence d'incompétence. En effet, la jurisprudence française se démarque au regard de certains droits par sa faveur pour la convention d'arbitrage. Il suffit de songer, par exemple, à la transmission de la clause compromissoire dans une chaîne, homogène ou hétérogène, translatrice de propriété. L'absence de convergence des différents droits étatiques sur la question pourrait amener un tribunal arbitral, en matière d'arbitrage international, à faire preuve de prudence, de « *modération* »², et refuser de se juger compétent. L'annulation d'une sentence d'incompétence dans cette hypothèse peut paraître excessive, alors qu'il n'existe pas de règle transnationale claire en la matière. Ainsi, au regard du libéralisme français à l'égard de l'arbitrage, un auteur souligne le risque que le contrôle étendu de la sentence d'incompétence ne « *devienne l'instrument d'arbitrages forcés* »³. Si le propos est peut-être excessif, il a le mérite de mettre en exergue qu'il peut être exagéré de reprocher au tribunal arbitral de ne pas avoir apprécié sa compétence selon l'une des lois étatiques intéressées au litige, la plus libérale, la plus favorable à la compétence arbitrale.

726. En outre, consacrer un contrôle restreint de la compétence contribuerait à la convergence de l'accueil des jugements, sentences ou jugement étrangers. Afin d'accueillir un jugement étranger, le contrôle de la compétence internationale indirecte par le juge français est certes systématique, mais restreint à son minimum. La compétence internationale indirecte est en effet établie tout d'abord, en l'absence de compétence exclusive, ensuite, en présence

¹ Pour la période 1981-1990, cf. les chiffres fournis par l'étude de S. CREPIN, « Le contrôle des sentences arbitrales par la cour d'appel de Paris depuis les réformes de 1980 et 1981 », *Rev. arb.*, 1991.521 :

- pour l'arbitrage interne : 20% de taux de censure pour la convention nulle, 17,8% pour l'absence de convention ;
- pour l'arbitrage international : 14.3% de taux de censure pour la convention nulle, et de même, 14.3% pour l'absence de convention.

On remarquera en outre que ces taux devraient être inférieurs aujourd'hui compte tenu du mouvement de faveur pour l'arbitrage qui ne s'est pas démenti. Aussi, certaines des hypothèses de nullité de la convention d'arbitrage retenues dans les affaires examinées par l'auteur ont-elles été abandonnées. On pense notamment aux conventions d'arbitrage qui prévoient un appel en matière internationale (*ibid.*, spéc. n° 67 ; une telle disposition est simplement jugée non écrite) ou encore aux clauses compromissoires insérées dans un acte mixte, alors que les deux parties sont des professionnelles (*ibid.*, spéc. n° 68 ; réforme de l'article 2061 C. civ.).

² V. CHANTEBOUT, note sous CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie et autres*, *op. cit.*, spéc. p. 547, n° 31.

³ *Ibid.*, p. 545, n° 30.

d'un lien caractérisé avec le litige et enfin, en l'absence de fraude¹. Pourquoi le même chemin ne devrait-il pas être suivi pour l'accueil des sentences arbitrales ? La vérification totale de la compétence directe du tribunal arbitral est ainsi discutable. Ne peut-on imaginer que les juges procèdent à la distinction, dans la lignée du droit international privé, entre le contrôle de la compétence juridictionnelle générale directe et le contrôle de la compétence juridictionnelle générale indirecte ?

727. Enfin, l'admission d'un contrôle restreint de la compétence juridictionnelle générale par le juge du contrôle est la conséquence logique ultime de l'admission du pluralisme des justices. Les tribunaux arbitraux, s'ils sont perçus comme une véritable justice à part entière, ne doivent pas être sous une tutelle étatique plus qu'étroite. Or, le contrôle total de la compétence est encore le signe que la justice arbitrale n'offrirait pas assez de garanties, que les arbitres ne seraient pas assez fiables pour prendre un bon jugement sur leur compétence.

728. D'ailleurs, on observera que la délimitation de la compétence arbitrale, au regard de sa source consensuelle, soulève des difficultés de tracé parfois insurmontables. Or, la justice publique et la justice privée sont parfois confrontées à des rédactions défectueuses de conventions d'arbitrage ou, plus fréquemment encore, à des contentieux particulièrement complexes. Dans ces hypothèses, la recherche de la volonté réelle des parties est susceptible de donner lieu à des débats sans fin aussi bien devant le tribunal arbitral, que devant le juge public. Par exemple, lorsqu'une convention d'arbitrage désigne une institution d'arbitrage inexistante, ou mieux, deux institutions d'arbitrage distinctes, il paraît impossible de trancher et de découvrir la volonté réelle des parties, sinon celle de recourir à l'arbitrage ; il en est de même lorsqu'un même contrat comporte une convention d'arbitrage et une convention d'élection de for. Confronté à ces contestations, les juges étatiques du contrôle opèrent un contrôle total qui peut prêter à discussion : pourquoi privilégier par exemple l'arbitrage CCI lorsque la clause compromissoire pathologique désigne « *the Arbitration Court of the International Chamber Of Commerce of Zürich in Lugano* », plutôt que les chambres de commerce de Lugano et de Zürich ? Sur ce point, le Tribunal fédéral suisse a élaboré une méthode d'interprétation précise des clauses compromissoires pathologiques, privilégiant l'interprétation subjective de la convention d'arbitrage pathologique, et à défaut, l'interprétation objective². Mais n'y a-t-il pas toujours une part d'arbitraire ? Aussi, lors du contrôle de la sentence, serait-il opportun que le juge étatique ne refuse pas d'accueillir une sentence arbitrale au motif qu'il estime, au regard de ses propres règles d'interprétation, qu'une autre institution d'arbitrage était mieux placée qu'une autre ; ou qu'il lui semble que l'interprétation de cette convention d'arbitrage ne lui permettait pas de couvrir la matière du litige qui lui a été soumise. Ainsi que le retient une partie de la doctrine, « *l'appréciation est la plupart du temps très casuistique* »³. Il n'est donc pas si absurde de proposer une restriction du contrôle de la compétence.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 1985, *Simitch*, *op. cit.*

² Tribunal fédéral suisse, 5 déc. 2008, 4A_376/2008, *Rev. arb.*, 2009.849, note P.-Y. TSCHANZ ; I. FELLRATH.

³ J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, pp. 769-770, n° 50.

On ira même plus loin : l'appréciation de la convention d'arbitrage, son « *interprétation* », est nécessairement arbitraire, la subjectivité de l'interprète étant une donnée avec laquelle il faut toujours compter. Selon la théorie réaliste de l'interprétation, l'interprète n'est-il pas celui-là même qui « *produit la norme qu'il est censé appliquer* » ? « *Tout énoncé est doté non pas d'une, mais de plusieurs significations entre lesquelles il s'agit de choisir. Ce choix ne correspond pas à une réalité objective, mais traduit seulement les préférences de celui qui l'exprime. C'est une décision. Aussi, le produit de l'interprétation en peut-il être ni vrai ni faux et le débat sur la signification d'un texte peut-il se poursuivre à l'infini* »¹. On ne saurait mieux dire. Bien que cette théorie de l'interprétation soit discutée, il nous semble qu'il y a autant d'« *imprévisibilité* » et de subjectivité dans l'interprétation de la convention d'arbitrage réalisée par le tribunal arbitral que dans celle réalisée par le juge étatique du contrôle, sauf hypothèse exceptionnelle de dénaturation.

L'affaire *Dallah c/ Pakistan* illustre notre propos. Les juridictions anglaises saisies d'une demande d'exécution d'une sentence et les juridictions françaises saisies d'un recours en annulation sont arrivées à des conclusions opposées sur la compétence du tribunal arbitral, alors même que ces juridictions opéraient toutes deux un contrôle total, selon les mêmes normes de contrôle : le droit français de l'arbitrage international. Le problème se posait de savoir si la clause d'arbitrage pouvait être étendue au Gouvernement pakistanais non signataire, le contrat litigieux stipulant la convention d'arbitrage ayant été signé par la société Dallah et une autre entité étatique, un trust. Les faits de l'affaire complexes doivent être présentés. En l'espèce, le président de la République du Pakistan et la société saoudienne Dallah ont signé le 24 juillet 1995 un Memorandum of understanding (« MOU »), protocole d'accord visant à encadrer les négociations contractuelles en vue de l'achat de terrains dans la ville de la Mecque et de la construction des logements pour les pèlerins destinés à être loués au Gouvernement du Pakistan pour une durée de 99 ans. Ce dernier devenu caduc en raison de l'absence d'approbation de la proposition financière de la société Dallah, les négociations entre cette dernière et le Gouvernement du Pakistan se sont poursuivies et ont abouti à la conclusion d'un contrat stipulant une clause d'arbitrage CCI le 10 septembre 1996, conclu entre Dallah et un Trust, créé préalablement par une ordonnance présidentielle pour une durée légale de 4 mois ayant essentiellement pour objet de mobilier l'épargne des pèlerins et financer les dépenses du pèlerinage. Suite à un changement de gouvernement au Pakistan en novembre 2006, le Trust a pris fin ; puis, un haut fonctionnaire du Ministère de affaires religieuses, également secrétaire du Conseil des trustees, a signifié à Dallah par un papier à en-tête du Ministère, son acceptation de la résiliation du contrat suite à une violation de ses obligations contractuelles. Puis, le même secrétaire a engagé au nom du Trust une procédure devant les juridictions pakistanaises notamment pour faire constater la défaillance de Dallah et obtenir la résiliation du contrat. La société Dallah a alors engagé une procédure d'arbitrage CCI à l'encontre du Ministère des affaires religieuses, et ainsi du Gouvernement du Pakistan,

¹ V° « *Interprétation* », par M. TROPPER, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, soulignant le rôle particulier de l'interprétation au regard de la délimitation de la compétence des juridictions constitutionnelles (la cour constitutionnelle « *est est mesure de déterminer ses propres compétences, le plus souvent pour les étendre* »). Du même auteur, « *La liberté de l'interprète* », in *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 28, spéc. p. 29 : « [s]i l'interprète peut déterminer la signification d'un texte et si la norme n'est pas autre chose qu'une signification, il faut considérer que c'est l'interprète qui est lui-même l'auteur de la norme qu'il est chargé d'appliquer ».

sur le fondement de la clause d'arbitrage CCI stipulée au contrat conclu avec le Trust. Le Gouvernement pakistanais a opposé l'incompétence du tribunal arbitral. Par une première sentence rendue en juin 2001, le tribunal arbitral s'est jugé compétent, suivie de deux sentences, l'une retenant la responsabilité du Gouvernement pakistanais, l'autre fixant le montant de l'indemnité et les frais de procédure.

729. De cette situation de faits relativement complexes, la cour d'appel de Paris et les juridictions anglaises ont tiré des conclusions diamétralement opposées concernant la compétence du tribunal arbitral à l'égard de l'État pakistanais.

Les juridictions anglaises, de manière quelque peu « *statique* », se sont principalement concentrées sur le contrat et le statut de l'entité cocontractante, le Trust, bénéficiant d'une indépendance juridique et financière. Par la création d'une entité dotée de la personnalité morale, distincte de l'État, le Gouvernement pakistanais aurait donc voulu se « *distancier de toute implication directe contractuelle* »¹. Par cet élément, sorte de rupture temporelle, les juridictions anglaises insistent alors sur « *la différence formelle entre les deux périodes* »² : d'un côté, les négociations, menées par le seul État Pakistanais ; d'un autre côté, à compter de la création du Trust, la signature d'un autre contrat, seul objet du litige, auquel le Pakistan n'est pas parti.

A l'opposé, la cour d'appel de Paris s'est aussi bien appuyée sur le contrat principal, mais aussi, de manière plus « *dynamique* », sur la « *vie* » de ce contrat. Or, il apparaît incontestablement que le Gouvernement du Pakistan et le Ministère des affaires religieuses, d'une part, ont connaissance de l'existence de la convention d'arbitrage au contrat conclu entre Dallah et le Trust – puisqu'ils l'ont eux-même négociés –, et d'autre part, sont directement impliqués à tous les stades de vie du contrat : sa négociation, son exécution et son extinction. Cela justifie l'extension de la convention d'arbitrage à ce prétendu tiers. La cour d'appel pouvait ainsi conclure que le Gouvernement pakistanais « *s'est comporté comme la véritable partie pakistanaise lors de l'opération économique* ». Au stade de la négociation du contrat, et notamment la phase précontractuelle, de nombreux indices démontrent l'implication directe et constante du Gouvernement du Pakistan, aussi bien au regard du MOU, conclu directement par le Pakistan et la société Dallah, mais aussi postérieurement ; une fois le MOU caduc, l'interlocuteur exclusif de Dallah concernant la phase précontractuelle de négociation du plan de financement a été le Gouvernement, comme le souligne la cour d'appel, « *jusqu'à la veille de la signature du contrat* ». Au stade de l'exécution du contrat, certains fonctionnaires du Ministère n'ayant aucune qualité au sein du Trust ont adressé directement des lettres à la société saoudienne relativement « *aux plans d'épargne qui devaient être proposés aux pèlerins* », ou encore « *à l'annonce de la campagne d'information publicitaire* », etc. Autant d'indices qui démontrent l'implication directe du Gouvernement pakistanais dans cette phase. Au stade de l'extinction du contrat, dernier acte

¹ Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46, *Dallah c. Pakistan*, *op. cit.*, n° 43 : “[...] *the structure of the Agreement made clear that the Government was distancing itself from any direct contractual involvement: see per Aikens J, para 129 and Moore-Bick LJ, para 32. The Government's only role under the Agreement (in the absence of any assignment or transfer under clause 27) was to guarantee the Trust's loan obligations and to receive a counter-guarantee from the Trust and its trustee bank [...]*”.

² G. CUNIBERTI, « Divergences d'appréciation entre juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention d'arbitrage », *Cah. Arb.*, 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 433.

de cette confusion la plus totale, la lettre de résiliation du contrat a été envoyée par le secrétaire des trustees ; mais ce dernier était également fonctionnaire de l'État pakistanais et agissait comme tel, en envoyant une lettre à l'en-tête du Ministère des affaires religieuses.

Il est vrai que chacune des interprétations de la portée de la convention d'arbitrage peut être soutenue par différents arguments. Comme l'observe M. CUNIBERTI, « *les faits de l'espèce étaient contradictoires, et aucune des deux décisions ne parvient d'ailleurs à proposer une explication cohérente et globale satisfaisante* »¹.

On ne saurait mieux illustrer la capacité créatrice de l'interprète. Adoptant une interprétation « *statique* », la Cour suprême anglaise écarte la sentence ; le tribunal arbitral se serait jugé à tort compétent. Adoptant à l'opposé une interprétation « *dynamique* » que certains qualifient d'« *objective* »², la cour d'appel de Paris accueille la sentence ; le tribunal arbitral se serait jugé à raison compétent. Les deux interprétations sont « *soutenables* » au regard des faits complexes et contradictoires ; aucune n'apparaît plus arbitraire l'une que l'autre.

730. De ces développements, peut-être aura-t-on convaincu le lecteur que la possibilité d'une restriction du contrôle de la compétence *a posteriori* n'est pas totalement saugrenue. Encore faut-il identifier s'il existe des moyens pour restreindre le contrôle de la compétence par le juge du contrôle.

§2.- Les voies de la restriction du contrôle

731. Deux voies peuvent être envisagées. La première, discutable, réside dans la restriction du contrôle lui-même (A). La seconde, seule opportune, consiste dans la restriction des hypothèses de censure (B).

A.- La restriction du contrôle lui-même

732. Peut-être existe-t-il en droit positif des moyens de restreindre le contrôle de la compétence, sans passer par une éventuelle réforme du Code de procédure civile.

Comme nous l'avons précédemment démontré, si les motifs de fait et de droit de la sentence sont examinés par les juges étatiques, ce n'est pas dans l'objectif d'opérer un contentieux secondaire, distinct, portant sur la décision rendue par le tribunal arbitral sur la compétence³. Ici, au contraire, les juridictions étatiques statuent à nouveau en fait et en droit afin de vérifier si elles aboutissent à un résultat parfaitement identique à celui auquel est parvenu le tribunal arbitral. L'expression de « *contrôle total, en fait et en droit* » ne cache-t-elle pas la révision au fond⁴ ? En effet, on peut s'interroger sur ce qui distingue ce contrôle total, exercé par le juge sur la compétence lors du contrôle de la sentence, du recours en révision, voire du recours en réformation alors que par exemple, tout comme l'appel dévolutif, les parties peuvent invoquer « *des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces*

¹ *Ibid.*

² I. MICHOU, note sous Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46, *Dallah c. Pakistan*, CA Paris, 17 fév. 2011, n° 09/28533, *Pakistan c. Dallah*, *op. cit.*

³ Cf. *supra*, n°s 707 et s.

⁴ F.-X. TRAIN, note sous CA Paris, 22 mai 2008, *op. cit.*, pp. 746-747, n° 13. Cf. également J.-L. DELVOLVE, « Essai sur la motivation des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1989.149, p. 151 : « *le juge de l'exequatur ou de la validité s'estime compétent sans restriction pour réviser les motifs des arbitres touchant à leur propre investiture, eu égard aux dispositions de l'article 1502-1° NCPC* ».

ou proposer de nouvelles preuves »¹. On observe une similitude surprenante entre le contrôle de la compétence par le juge en charge du contrôle de la sentence et le contrôle opéré en droit judiciaire privé par n'importe quelle cour d'appel saisie d'un contredit ou de l'appel d'un jugement. En droit judiciaire privé tout comme en droit de l'arbitrage, de nouveaux moyens de fait ou de droit peuvent être invoqués devant le juge du recours à l'appui ou à l'encontre de l'exception d'incompétence dès lors que l'exception d'incompétence a été opposée au juge de première instance, pour le droit judiciaire privé, ou au tribunal arbitral, en droit de l'arbitrage. L'obligation de soulever l'exception d'incompétence *in limine litis* ne contraint pas les parties de soulever *in limine litis* tous les moyens pouvant être invoqués à l'appui du déclinatoire de compétence, ni en droit judiciaire privé², ni en droit de l'arbitrage.

Cette convergence des contrôles entre le droit judiciaire privé et le droit de l'arbitrage est alors dérangement, signe d'une « *dérive de l'instance en annulation vers une instance d'appel* »³ spécifiquement concernant les questions de compétence. Concernant la compétence, le juge du contrôle se livre en effet à cette forme de révision, la « *révision-procès nouveau* »⁴, comparable à l'appel réformation. Il rejuge le litige primaire – « *remet en cause l'entière question de la compétence elle-même* »⁵ - ne se cantonnant pas à l'examen de la sentence, litige secondaire.

La permanence du contrôle total de la compétence étonne, surtout lorsqu'elle est remise en perspective au regard de la promotion dont bénéficie ces dernières années le principe de non-révision au fond. Le principe de non-révision au fond ne doit-il pas conduire à la limitation du contrôle étatique à la seule incompétence « *qui crève les yeux* » ?

733. Ce moyen de restreindre le contrôle de la compétence nous paraît inopportun. En effet, la restriction du contrôle lui-même par le principe de non-révision équivaudrait à sa suppression pure et simple (1). Fort heureusement, le principe de non-révision au fond est, en toute hypothèse, inapplicable à la compétence (2).

1).- La restriction du contrôle équivalente à sa suppression pure et simple

734. L'application du principe de non-révision au fond à la sentence de compétence, interdisant au juge étatique d'examiner un contrôle en fait et en droit, est généralement écartée d'un revers de main au regard d'un argument principal, de poids : la *restriction* du contrôle de la compétence équivaudrait à admettre *de facto* la *suppression* pure et simple du contrôle

¹ Art. 563 CPC.

² En ce sens, cf. Cass. soc., 8 fév. 1972, *Bull. civ.*, 1972.V.106 : la cour d'appel saisie dans le cadre d'un contredit de compétence « *a l'obligation de tenir compte de tous les éléments de nature à influencer sur la compétence, et de les apprécier dans cette mesure* ». La cour d'appel s'était refusé à prendre en considération une attestation, nouvel argument de fait sur lequel s'appuyait le requérant, au motif « *qu'il n'apparaissait pas qu'elle eut été produite devant le conseil de prud'hommes* ». La cour d'appel exigeait donc que les moyens qui sont présentés à l'appui du contredit aient été soumis au juge de première instance afin de pouvoir être recevable devant la cour d'appel. La Cour de cassation censure la cour d'appel au motif « *qu'en se déterminant par ce seul motif, alors que cette production en pouvait être tenue pour une demande nouvelle qui, seule, aurait été irrecevable, et qu'ils devaient, au contraire, statuer en tenant compte de tous les éléments de la contestation susceptibles d'entraîner leur décision sur la compétence* ».

³ L'expression est de F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2008, *Gaz. Pal.*, 21 fév. 2009, n° 52, p. 32, utilisée concernant le contrôle par le juge judiciaire de la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public.

⁴ V. CHANTEBOUT, note sous CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group c. République Arabe de Syrie et autres*, *op. cit.*, spéc. p. 544, n° 28.

⁵ *Ibid.*

de la compétence, au rebours d'une interprétation utile des articles 1492 et 1520 1° CPC. Refuser la possibilité d'un contrôle total des griefs ouverts contre la sentence, en fait et en droit, conduirait inéluctablement à ce que ce contrôle soit réduit à une parodie de contrôle, à « *un simulacre trompeur* »¹, à ce que ce contrôle soit « *seulement simulé ou feint* »², à un leurre en violation des textes mêmes.

L'argument a été expressément invoqué par la cour d'appel dans l'affaire du *Plateau des Pyramides*. La Cour justifie le rejet de la limitation du contrôle de la convention d'arbitrage en retenant que cela « *aurait cet effet paradoxal de supprimer complètement ce pouvoir reconnu à la Cour sans restriction et qui n'est que la contrepartie de la compétence accordée aux arbitres pour connaître de la validité de leur saisine* »³. C'est cet argument, pris du critère profondément factuel de la source de la compétence arbitrale, consistant dans la volonté des parties, qui implique que le contrôle total, en fait et en droit, soit une « *nécessité* »⁴.

En effet, la définition de la compétence arbitrale et corrélativement celle de la compétence juridictionnelle publique dépendent d'éléments factuels : interprétations de documents, de comportements. La remarque vaut d'autant plus aujourd'hui que le cœur des difficultés porte, non pas sur la validité de la convention d'arbitrage, pleinement admise dans les relations commerciales internationales entre professionnels, mais sur l'étendue, l'applicabilité de cette convention au regard des cas de transmission et d'extension qui brouillent véritablement les cartes. Aussi, en limitant le contrôle de la compétence arbitrale à l'examen extrinsèque de la sentence au motif que le juge « *n'est pas le juge du procès, mais de la sentence* », en interdisant au juge du contrôle de procéder à la recherche en droit et en fait des éléments qui permettent d'établir la compétence ou l'incompétence arbitrale, on supprime tout simplement le contrôle des juridictions étatiques. Les juridictions du contrôle, liées par les motifs de fait et de droit retenus par le tribunal arbitral, seraient alors privées de la possibilité d'apprécier elles-mêmes les faits, démunies du pouvoir d'interpréter des conventions et documents produits ou comportements constatés afin de fonder la compétence ou l'incompétence arbitrale. Le contrôle de la compétence arbitrale opéré par la cour d'appel serait une pure formalité, le tribunal arbitral souverain dans l'appréciation de sa compétence et ainsi, du tracé de la frontière entre la justice arbitrale et la justice publique. Ce serait réduire cette possibilité de contrôle à néant, au risque que le premier cas d'ouverture des articles 1492 et 1520 CPC reste lettre-morte.

735. On rappellera simplement que la même question se pose avec acuité concernant le contrôle de l'ordre public. Dès 1993, la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Westman* s'était prononcée en faveur d'un contrôle total, avançant qu'« *en décider autrement aboutirait, en effet, à priver le contrôle du juge de l'annulation de toute efficacité et, partant, de sa raison*

¹ L.-C. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.*, 2007, p. 177, spéc. p. 178.

² *Ibid.*, p. 185, n° 8.

³ Dans le même sens, CA Paris, 16 juin 1988, *Société Swiss oil c. société Petrogab et République du Gabon*, *op. cit.* : « *si le tribunal arbitral était tenu en vertu de l'acte de mission, de se prononcer sur sa compétence [...], l'appréciation par lui fait de son pouvoir juridictionnel n'est pas souveraine, elle est soumise au contrôle de la Cour saisie d'un recours en annulation* ».

⁴ F.-X. TRAIN, note sous CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.*, pp. 744 et s., n° 12.

d'être »¹. On sait depuis que la jurisprudence a opéré un revirement. On rappellera simplement que les arguments avancés par la doctrine aujourd'hui minoritaire, en faveur d'un contrôle plus poussé de l'ordre public au stade de la sentence, sont identiques à ceux avancés en faveur d'un contrôle total de la sentence de compétence : « [l]e juge de l'annulation ayant été ravalé au rang de juge « des évidences en matière d'ordre public », ce volet du contrôle se trouve vidé de l'essentiel de sa substance, dès lors que dans l'immense majorité des cas, un simple survol de la sentence ne permet pas de déceler la violation de dispositions censément protégées par la réserve de l'ordre public. Cela est particulièrement évident lorsque l'on raisonne sur la matière du droit de la concurrence [...] qui appelle fréquemment des investigations économiques et juridiques complexes »². Ainsi, par exemple, la corruption revêt souvent, formellement, les habits de la licéité, par le biais de montages contractuels complexes que seul un contrôle total, en droit et en fait, aboutissant à des requalifications juridiques, permet de débusquer.

736. Aussi, les arguments invoqués à l'encontre de la restriction du contrôle de compétence sont ceux-là même invoqués contre sa suppression pure et simple.

Tout d'abord, bien évidemment, la restriction du contrôle de la compétence reviendrait à confier la compétence-compétence définitive au tribunal arbitral. Cela conduirait à remettre en cause la troisième règle que nous tentons d'établir, le pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence au stade post-arbitral, qui n'est que la contrepartie des deux autres effets du principe compétence-compétence. Seul un contrôle total de la compétence par les juridictions publiques rétablit l'équilibre mis en place par le principe compétence-compétence entre juges et arbitres, en permettant aux juridictions publiques de participer à l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale au stade des voies de recours contre la sentence. Retenir une autre solution – par la suppression ou la restriction de ce contrôle total de la compétence juridictionnelle générale – reviendrait à dépouiller les juridictions étatiques du

¹ CA Paris, 30 septembre 1993, *Société European Gas Turbines SA c. société Westman International Ltd*, Rev. arb., 1994.359, note D. BUREAU ; Rev. crit. DIP, 1994.349, note V. HEUZÉ. Dans le même sens d'un contrôle total, CA Paris, 10 septembre 1998, *SA Thomson CSF c. Société Brunner Sociedade Civil de Administracao Limitada et Société Frontier AG Bern*, Rev. arb. 2001, p. 583 (1^{re} esp.), note J.-B. RACINE : « le pouvoir reconnu en matière d'arbitrage international à l'arbitre d'apprécier la licéité d'un contrat au regard des règles relevant de l'ordre public international et d'en sanctionner l'illicéité en prononçant en particulier sa nullité, implique, dans le cadre du contrôle exercé par le juge de l'annulation ou de l'exequatur et fondé sur la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale à l'ordre public international, la faculté pour celui-ci de porter une appréciation en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application de la règle d'ordre public international et, dans l'affirmative, de mesurer au regard de celle-ci la licéité du contrat ».

² S. BOLLÉE, « Chronique de jurisprudence française », op. cit., pp. 107-108, n° 6. Cf. également J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 427, n° 713 ; E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage », op. cit. : « [l]a suppression de tout contrôle à l'issue du processus dès lors que la violation de l'ordre public n'est pas « flagrante » revient en pratique à supprimer le contrôle étatique du respect de l'ordre public ». Plus anciennement : Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 939, n° 1605 ; E. LOQUIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, *Sté Rivers c. Fabre*, RTD com., 2000.336 : « [s]i, comme nous le pensons, le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public implique un examen de tous les éléments de fait et de droit dont dépendent l'application de la règle d'ordre public (Cf. notre note, ss Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1998, Rev. arb. 1999.71), ce contrôle ne peut être opéré qu'à travers la motivation de la décision des arbitres » ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 547, n° 961 : « [s]i le contrôle de l'ordre public devait se limiter au seul dispositif de la sentence, il serait largement inefficace ».

pouvoir de statuer sur leur compétence, en confiant au tribunal arbitral le pouvoir de statuer sur sa compétence de manière définitive¹.

Ensuite, le contrôle total de la compétence par les juridictions publiques est le seul à même de jouer un rôle régulateur du comportement des arbitres, que l'on peut percevoir, dans une analyse économique sans doute excessive, comme des « *marchands de justice* »². On ne peut en effet méconnaître le fait que la seule éventualité du contrôle juridique du respect d'une règle, la seule virtualité de sanction de la méconnaissance d'une règle juridique, joue un rôle régulateur des comportements humains³. Certains arbitres l'invoquent d'ailleurs eux-mêmes. On rapportera les propos d'un arbitre, éminent professeur de droit : « [e]n tant qu'arbitre, je pense qu'il est bon et sain de savoir que l'on court le risque de voir sa décision examinée, rectifiée ou annulée par d'autres »⁴. En l'absence d'un contrôle total, on peut craindre en effet que ceux-ci aient tendance à apprécier leur compétence très largement, peut-être trop. Certes, l'arbitre est rémunéré en toute hypothèse pour ses services, même pour se juger incompetent. Cependant, la rémunération est nettement supérieure – et plus attrayante – s'il tranche le principal. Au regard de cet intérêt financier sous-jacent – l'arbitre sera d'autant mieux rémunéré s'il se juge compétent –, la restriction du contrôle de la compétence arbitrale serait ainsi dangereuse. Sans aller aussi loin, le contrôle total de la compétence apparaît aux yeux de la doctrine véritablement « *indispensable* » afin « *de canaliser la tendance naturelle à persévérer dans l'être* »⁵. L'éventualité du contrôle étatique total de la compétence juridictionnelle générale, cette ombre qui plane sur le procès arbitral, véritable épée de Damoclès, contribue à la rigueur des tribunaux arbitraux dans l'appréciation de leur compétence⁶.

Enfin, la vérification par le tribunal étatique de l'existence d'une convention d'arbitrage à l'origine de la procédure arbitrale et de la sentence arbitrale est la condition même de la

¹ Dans le même sens, Ph. LÉBOULANGER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1987, *Plateau des Pyramides*, *op. cit.*, p. 474 : « le principe de la non-révision de la sentence trouve sa limite dans la faculté qu'a le juge étatique de réviser ce qui, dans la sentence, a trait à la compétence de l'arbitre [...]. La règle est justifiée car l'évolution du droit de l'arbitrage vers plus d'efficacité (et en particulier la reconnaissance de la *Kompetenz-Kompetenz* de l'arbitre) ne saurait conduire à une décision souveraine de l'arbitre sur sa propre compétence ».

² J.-B. RACINE, « La marchandisation du règlement des différends : le cas de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 323.

³ Souligné par S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *op. cit.*

⁴ P. LALIVE, propos rapportés par L.-C. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *op. cit.*, p. 221. Dans le même sens, E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, *op. cit.*, p. 189 : « [i]l est sain [...] que les arbitres, limités par l'existence d'un contrôle quelconque, ne puissent être tentés par l'ivresse de la toute puissance que serait susceptible d'engendrer la suppression de tout contrôle » ; G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, *op. cit.*, p. 319, n° 769 : « la possibilité même d'un recours, aussi limité soit-il, est susceptible d'inciter les arbitres à faire preuve de plus d'attention et de rigueur » ; W. W. PARK, « Why Courts Review Arbitral Awards », in *Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert : Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Cologne, 2001, p. 596.

⁵ E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, *op. cit.*, p. 189.

⁶ Cet argument a également été identifié concernant le contrôle de l'ordre public par L.-C. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *op. cit.*, p. 221 : « une épée de Damoclès ne peut avoir d'effets positifs sur les arbitres ou les parties, quelque bien imitée qu'elle soit, si les uns et les autres savent qu'elle est en carton-pâte : il y faut du fer ou du bronze, ou il n'en faut point », et par C. SERAGLINI, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Gaz. Pal.*, 21 mars 2009 n° 80, p. 5, qui parle des « *vertus dissuasives de la « peur du gendarme* » ».

légitimité de l'arbitrage. Le principe du recours à l'arbitrage repose sur cette base conventionnelle : la convention d'arbitrage¹.

2).- *L'inapplicabilité du principe de non-révision au fond à la compétence*

737. Fort heureusement, le principe de non-révision au fond de la sentence ne s'applique pas à la sentence de compétence.

Outre le fait de limiter les griefs contre la sentence à la liste légale des causes d'annulation, le principe de la prohibition de la révision au fond limiterait l'*étendue même* du contrôle des cas d'ouverture du recours en annulation, quoique cette conception maximaliste du principe de non-révision soit discutée par la doctrine² ou, exceptionnellement, assouplie par les juges³. Il interdirait d'« examiner la valeur du dispositif sous le double rapport de l'appréciation des faits et de l'application des règles de droit »⁴. Le principe de non-révision au fond impose une interprétation restrictive du troisième cas d'ouverture, afin de ne pas permettre au juge du contrôle d'apprécier le bien ou le mal jugé – le contenu de la motivation – sous couvert de vérifier que l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée. Gagnant toujours plus de terrain, le principe de non-révision au fond a alors été invoqué afin de limiter l'étendue du contrôle opéré par le juge de la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public. Ce mouvement, amorcé dans le courant des années 1990⁵, n'a fait que s'amplifier dans la dernière décennie. Depuis l'arrêt *Thalès*⁶, dont l'analyse a été confirmée par la Haute juridiction par l'arrêt *SNF c. Cytec*⁷, le contrôle de la violation de

¹ Cf. notamment en ce sens, P.-M. DUPUY dans le cadre de la table ronde présidée par E. GAILLARD, « Des arbitres sans contrôle ? De la légitimité des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, op. cit., p. 315, spéc. p. 316 : « [s]i, par exemple, on définit la légitimité de l'arbitre comme son aptitude à s'acquitter de la tâche qui lui est confiée par les parties [...] on se rend compte qu'on tourne un peu en rond et qu'en réalité on est là quelque part très proche des critères qui définissent la légalité, c'est-à-dire en fait la compétence des arbitres eux-mêmes ».

² L.-C. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », op. cit., pp. 195 et s. En ce sens également, C. SERAGLINI, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », op. cit., spéc. n° 16 (« le principe d'interdiction de la révision au fond de la sentence arbitrale est hors de propos dans le cadre des griefs visés à l'article 1502 du Code de procédure civile ») ; S. BOLLÉE, « Chronique de jurisprudence française », *Rev. arb.*, 2007.97, pp. 102-106, n° 2 à 4.

³ CA Paris, 22 oct. 2009, *Sté Linde Aktiengesellschaft et autres c. sté Halvourgiki-AE*, *Rev. arb.*, 2010.124, note F.-X. TRAIN, admettant que le juge de l'annulation « peut porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle ». Spécifiquement en cas de fraude procédurale : CA Paris, 1^{er} juill. 2010, *Société Thalès c. société Brunner Sociedad Civil de Administracao Ltda et autres*, *Rev. arb.*, 2010.856, note B. AUDIT : « il appartient au juge de l'exequatur d'examiner l'ensemble des circonstances susceptibles de caractériser la fraude alléguée, sans que puisse être utilement opposé le moyen tiré de la prohibition de la révision au fond des sentences, dès lors que la contestation porte précisément sur l'altération, par les manœuvres des parties, de l'appréciation des faits à laquelle se sont livrés les arbitres ».

⁴ Définition de la révision au fond donnée sous le commentaire de l'arrêt *Munzer* par B. ANCEL et Y. LEQUETTE, G.A., p. 369, n° 18.

⁵ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 541, n° 947.

⁶ CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès Air Défense c. Euromissile*, *Gaz. Pal.*, 21-22 oct. 2005, p. 5, note C. SERAGLINI ; *Rev. arb.*, 2005.752 et 529, note RADICATI ET BROZOLO ; *RTD com.*, 2005.263, obs. E. LOQUIN ; *JCP*, 2005.I.676, obs. C. SERAGLINI.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2008, *SNF c. Cytec*, *Bull. civ.*, I, n° 162 ; *D.*, 2008.1684, obs. X. DELPECH ; *ibid.*, 2560, obs. S. BOLLÉE ; *ibid.*, 3111, obs. T. CLAY ; *JCP*, 2008.I.164, n° 8, obs. Ch. SERAGLINI ; *JCP E*, 2008.1900, note J. ORTSCHIEDT ; *RTD com.*, 2008.518, obs. E. LOQUIN ; *Gaz. Pal.*, 20-21 févr. 2009, p. 32, note F.-X. TRAIN ; *Rev. arb.*, 2008.473, note I. FADLALLAH. Plus récemment, cf. CA Paris, 10 sept. 2009, *Société M Schneider Schaltergeratebau und Elektroinstallationen GmbH c. société CPC Industries Limited*, en somm. in *Rev.*

l'ordre public international par la sentence est limité « *au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée* ». Le juge du contrôle, « *qui n'est pas le juge du procès, mais de la sentence* », se voit interdire de pouvoir procéder à la « *recherch[e] en droit et en fait et sans aucune limitation, [de] tous les éléments concernant l'existence* » d'une violation de l'ordre public international par la sentence. Le juge du contrôle s'est vu ainsi limiter à exercer sur la sentence « *un contrôle extrinsèque* »¹, contrôle restreint au seul dispositif de la sentence à l'exclusion de ses motifs. Aussi est-il exclu que le cas d'ouverture soit utilisé afin de « *remettre en question le fond du litige* », de vérifier que les motifs soient fondés en fait et en droit, ou encore, permettre un contrôle de la dénaturation des conventions et documents soumis aux arbitres. Les juges du contrôle ne peuvent donc « *porter une appréciation sur l'interprétation ou la qualification du contrat par les arbitres, lors même qu'une erreur d'interprétation ou de qualification aurait conduit ces derniers à écarter une règle d'ordre public applicable ou à la contrarier par une mauvaise application, et que cette erreur aurait eu une incidence directe sur la solution donnée au litige* »².

738. En faveur de l'applicabilité du principe de non-révision au fond au grief d'incompétence, on pourrait se prévaloir du fait que le principe s'impose au moyen d'annulation tiré de la violation de l'ordre public. Le principe de non-révision est appliqué à l'ordre public, c'est-à-dire l'hypothèse de rejet de la sentence la plus grave : la violation des intérêts fondamentaux de l'État. Dès lors, comment peut-on justifier l'absence d'application du principe de non-révision au fond au cas où le tribunal arbitral s'est décidé à tort compétent ou incompétent ? La compétence des juridictions publiques mériterait-elle plus de protection que les intérêts fondamentaux de l'État ? On peut en douter.

739. Cependant, un examen plus attentif du principe de non-révision nous oblige à conclure à l'impossibilité d'application à la compétence. En effet, le principe de non-révision au fond est généralement considéré comme inapplicable au contrôle de la compétence opéré par le juge étatique. Récemment, la question de l'applicabilité du principe de non-révision à la compétence a été spécifiquement posée à la première chambre civile de la Cour de cassation le 6 octobre 2010 dans le cadre de la saga *Abela*. Le pourvoi prétendait étendre le principe de non-révision au fond, au moyen tiré du fait que le tribunal arbitral se serait jugé à tort incompétent. Dans la première branche du moyen unique, le requérant soutenait qu'« *en matière d'arbitrage international, une sentence ne peut être annulée pour non-respect par les arbitres de leur mission qu'en cas de violation d'obligations résultant de clauses expresses et*

arb., 2009.920 : « [s]’agissant de la violation de l’ordre public international, seule la reconnaissance ou l’exécution de la sentence est examinée par le juge de l’annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ». La solution a récemment été étendue à la fraude : CA Paris, 10 sept. 2009, n° 08/11757, *Sté M Schneider Schaltgerätebau aun Elektroninstallationen GmbH*, *Rev. arb.* 2010.548, note L.-C. DELANOY ; *D.*, 2010.2933, note Th. CLAY.

¹ CA Paris, 23 mars 2006, *Cytec*, *op. cit.* : « *s’il est exact qu’au titre de l’article 1502 du Code de procédure civile, la cour d’appel exerce son pouvoir de contrôle sur les griefs énumérés par cet article en recherchant en droit et en fait et sans aucune limitation, tous les éléments concernant l’existence des cas d’ouverture, s’agissant de la violation de l’ordre public international, la Cour, qui n’est pas le juge du procès, mais de la sentence, n’exerce cette fois sur celle-ci qu’un contrôle extrinsèque puisque seule sa reconnaissance ou son exécution est examinée au regard de la compatibilité avec l’ordre public international au moment de sa présentation au juge* ».

² L.-C. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *op. cit.*, p. 189, n° 14.

précises de la convention d'arbitrage ; qu'il n'appartient pas au juge étatique saisi d'un recours en annulation de procéder à la révision au fond de la correcte application de la loi de procédure ou de celle applicable au fond du litige ». La cour d'appel, en rejetant l'interprétation faite par le tribunal arbitral de la convention d'arbitrage, annulant la sentence d'incompétence, aurait procédé « *à la révision de cette interprétation et de l'application faite par les arbitres du droit français applicable à l'arbitrage* ». Ce faisant, le pourvoi attaquait directement la possibilité pour le juge étatique d'opérer un contrôle total de la compétence, au profit d'un contrôle restreint. Sans doute, les parties ont joué de l'ambiguïté du contrôle de la sentence d'incompétence, contrôlé au regard du troisième grief, soumis au principe de révision. Malgré la faveur dont jouit le principe de non-révision au fond concernant d'autres griefs, la Haute juridiction persiste dans sa jurisprudence, constante depuis plus de 20 ans : « *le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres* ». Le régime dérogatoire dont jouit le premier cas d'annulation de la sentence est ici confirmé. Le principe de non-révision au fond est inapplicable à la compétence.

740. En réalité, l'inapplicabilité du principe de non-révision au fond des sentences s'explique par la logique même de ce principe, son soubassement théorique.

Avec le spécialiste de la question, il faut distinguer le *fond de la sentence* du *fond du litige*. Le contrôle total de la compétence par le juge public implique l'examen au fond de la sentence, non pas l'examen au fond du litige. Or, le principe de non-révision au fond s'applique, par définition, *au seul fond du litige* : « *c'est la rectitude du dispositif, c'est-à-dire la solution au regard des droits substantiels des parties qui fait l'objet de la révision au fond* »¹. Le principe de non-révision interdit au juge du contrôle de vérifier l'appréciation faite par les arbitres du fond du litige. Il ne s'applique pas donc pas toujours *au fond de la sentence* lorsque celle-ci porte sur des aspects procéduraux, en particulier au contentieux de la compétence² : « *la compétence des arbitres n'est pas incluse dans le périmètre de la révision*

¹ V. CHANTEBOUT, note sous CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie et autres*, *op. cit.*, p. 544, n° 28.

² V. CHANTEBOUT, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, *op. cit.*, de manière générale, p. 2, n° 2, rappelé également spécifiquement concernant la compétence arbitrale p. 213, n° 220 : « *[q]ue la décision de l'arbitre aboutisse à retenir ou à écarter sa compétence, la faculté, ou même le devoir, de procéder à un contrôle en droit et en fait, étendu à l'examen de la validité de l'interprétation du contrat pourrait sembler une exception au principe de non révision* » qui trouve sa limite dans la faculté qu'a le juge étatique de réviser ce qui, dans la sentence, a trait à la compétence de l'arbitre ». On doit cependant noter que quelle que soit l'intensité du contrôle, l'examen « *en droit et en fait* » de la compétence de l'arbitre, porte certes éventuellement sur le fond de la sentence, mais qu'il ne touche en rien au fond du litige. Il ne s'agit donc pas d'une révision à proprement parler. Cette solution, qui n'admet aucune limite aux pouvoirs du juge, doit être pleinement approuvée. Nous l'avons vu, la règle de non révision découle notamment du fait que la clause compromissoire dessaisit du litige le juge normalement compétent » ; pp. 236-237, n° 245 : « *quelle que soit l'étendue du contrôle du juge sur la sentence ou sur ses conditions de validité, et quels que soient les effets d'un tel examen, il convient d'observer qu'il ne peut pas donner lieu à un empiètement réel des juridictions étatiques sur le fond du litige puisque l'examen ne porte jamais que sur des questions de procédure arbitrale - validité de la convention d'arbitrage, régularité de la composition du tribunal, respect du contradictoire - qui ne permettent pas au juge de se prononcer sur les droits des parties* ».

prohibée »¹. Pourquoi ? Il suffit tout simplement de rappeler ce qui fonde le principe de non-révision : « *la règle de non-révision découle notamment du fait que la clause compromissoire dessaisit du litige le juge normalement compétent* »². Le juge du contrôle aurait donc justement tout pouvoir afin de déterminer quel juge est compétent, juge public ou juge privé, la compétence arbitrale justifiant ainsi l'application du principe de non-révision. Ce faisant, statuant sur les seules « *questions de procédure arbitrale* », il n'empièterait aucunement sur le fond du litige.

Ce raisonnement justifie parfaitement la divergence d'intensité du contrôle entre la compétence et l'ordre public. Le principe de non-révision au fond aurait vocation à s'appliquer à l'ordre public substantiel puisque l'appréciation faite par les arbitres du *fond du litige* est en cause. La compétence arbitrale sur le fond et l'incompétence corrélative de la justice publique expliqueraient ainsi la solution.

Le tribunal arbitral, dont la compétence sur le litige au principal est admise, est en principe seul compétent pour apprécier le litige et sa compatibilité avec les règles d'ordre public. Le juge étatique est incompétent sur le fond du litige et devra donc faire une certaine confiance au tribunal arbitral dans la prise en charge de l'ordre public. L'incompétence sur le fond du litige implique une restriction du contrôle, restriction imposée par le principe de non-révision. La solution est toute différente concernant la compétence : il y a une compétence concurrente entre juges et arbitres pour statuer sur leur compétence juridictionnelle générale, une compétence concurrente mais différée. Pour l'ordre étatique, c'est le juge du contrôle qui exerce ce pouvoir, celui de statuer sur la compétence de la justice publique par rapport à celle de la justice privée. Cette différence essentielle est la clef de la compréhension de la différence d'étendue du contrôle de la sentence concernant ces griefs.

D'ailleurs, une telle explication de l'exclusion du principe de non-révision n'est pas nouvelle. On en trouve les traces dans la doctrine, dans les premières analyses faites sur la solution. Ainsi, M. Leboulanger, commentant *l'affaire du Plateau des Pyramides*, retient que le contrôle total de la compétence « *ne signifie assurément pas une remise en cause du principe selon lequel le juge étatique ne peut réviser au fond la sentence. Mais il n'est pas lié par la décision de l'arbitre quant à sa propre compétence [...]. En ce domaine, la décision de l'arbitre ne peut être définitive. Elle est soumise au contrôle du juge étatique et ce contrôle en saurait se limiter, comme sur le fond du litige, à la conformité à l'ordre public international et à la constatation de l'existence, de la suffisance, de la pertinence et de la contradiction de motifs sans que le bien-fondé de ceux-ci puisse être apprécié par le juge* »³. L'argument convainc aujourd'hui la doctrine la plus autorisée⁴.

¹ V. CHANTEBOUT, note sous CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie et autres*, *op. cit.*, pp. 544-545, n° 28.

² V. CHANTEBOUT, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, *op. cit.*, p. 213, n° 220.

³ Ph. LÉBOULANGER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1987, *Plateau des Pyramides*, *Rev. arb.*, 1987.468, spéc. p. 474.

⁴ J.-B. RACINE, "Review of Arbitrator's Jurisdiction under French Law: the Lessons of the Abela Case", *op. cit.* : "the issue of jurisdiction is logically distinct from the merits of the disput. In other words, the ban on court review of award concerns only the arbitrators' assessment of the merits of the case and not their evaluation of their own jurisdiction".

Ce raisonnement trouve cependant une limite : l'impossibilité parfois à tracer clairement la frontière entre la compétence et le fond, en particulier lorsque l'analyse des juridictions du contrôle porte sur l'éventuelle extension de la convention d'arbitrage ; elle requiert par là-même l'analyse de l'extension des conventions. Ainsi, dans l'affaire Abela, M. Clay observe que « *le contrôle intrusif sur la compétence, s'il n'est pas nouveau en jurisprudence, prend une dimension particulière lorsque, comme dans l'affaire Abela, la solution au fond du litige est intimement liée à celle sur la compétence. Ainsi en est-il lorsqu'on cherche à déterminer si les parties sont liées par une clause compromissoire qui figure dans un pacte sociétaire. Comment prétendre que la réponse du juge du contrôle de la sentence sur la clause compromissoire n'a pas d'impact sur la détermination des parties liées au pacte sociétaire dès lors que c'est le même lien contractuel* »¹ ?

741. En définitive, il y a donc une impossibilité naturelle à vouloir appliquer le principe de non-révision à la compétence : la compétence arbitrale est le fondement du principe de non-révision au fond du litige jugé par le tribunal arbitral.

B.- La restriction des hypothèses de censure

742. Tout en maintenant un contrôle total, on peut imaginer le modérer, en restreignant les hypothèses de censure aux seuls cas où le tribunal arbitral a *de manière incontestable* dépassé sa compétence ou, au contraire, fait preuve d'excès de timidité.

L'idée a été proposée avant nous. Par exemple, M. Train propose que « *le contrôle complet [...] des sentences relatives à la compétence [...] ne se traduise pas nécessairement par l'annulation de la sentence à chaque fois que le juge ne parvient pas exactement à la même conclusion que l'arbitre. En d'autres termes, à un contrôle approfondi ferait suite une sanction mesurée, c'est-à-dire limitée aux violations les plus significatives des règles applicables à l'existence, à la validité et à la portée de la convention d'arbitrage* »².

743. On peut cependant s'interroger sur les modalités de sa mise en œuvre de ce contrôle restreint de la compétence juridictionnelle générale, qui ne permettrait le rejet d'une sentence que si le tribunal arbitral s'est jugé incontestablement à tort compétent ou incompétent.

Il faut écarter le contrôle *prima facie* réalisé par le juge étatique en amont et le temps de l'instance arbitrale. En effet, l'effet négatif de la compétence-compétence implique une restriction *du contrôle* lui-même, de la possibilité de connaître des faits et du droit, puisque le tribunal étatique doit s'en tenir à l'apparence vraisemblable de compétence arbitrale. Au contraire, dans l'hypothèse envisagée au stade post-arbitral, le contrôle de la compétence doit selon nous être total, pouvoir être opéré en fait et en droit. C'est uniquement dans l'hypothèse où le tribunal arbitral s'est jugé à tort compétent ou incompétent de manière indiscutable que les juridictions étatiques devraient rejeter la sentence. Bref, la restriction du contrôle ne devrait pas viser l'étendue du contrôle, mais les seules hypothèses de censure.

¹ Th. CLAY, *D.*, 2010.2933.

² F.-X. TRAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, *Abela*, *op. cit.* p. 823, n° 13. En ce sens également, J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, pp. 769-770, n° 50.

En effet, on peut imaginer que soit admis une « *marge arbitrale d'appréciation* » dans l'appréciation de sa compétence. Ceci est particulièrement nécessaire pour ce qui concerne par exemple l'interprétation de la convention d'arbitrage – en présence d'une clause compromissoire pathologique –, ou encore sa portée *ratione materiae* et *personae* pour ce qui concerne la transmission ou l'extension de la clause compromissoire. Au terme d'un contrôle total en fait et en droit, les juridictions d'État ne devraient rejeter la sentence de compétence ou d'incompétence uniquement s'il s'avère que l'interprétation de la convention d'arbitrage proposée est « *insoutenable* » ou « *arbitraire* », proche de la dénaturation. Au contraire, lorsque l'interprétation proposée par le tribunal arbitral est plaisible ou « *raisonnablement soutenable* »¹, bien que d'autres interprétations soient tout autant admissibles, les juridictions publiques devraient s'y conformer et accueillir la sentence.

En ce sens, la doctrine étrangère s'interroge également sur la possibilité que le contrôle aujourd'hui prévalant majoritairement, « *plenary standard* », ne pourrait pas évoluer vers un contrôle moins tatillon, qualifié de « *deferential standard* »². Ce contrôle réduit de la compétence est principalement proposé pour ce qui concerne non pas l'existence de la convention d'arbitrage, mais son étendue, sa portée³. La distinction sera difficile à opérer lorsque la portée externe de la convention d'arbitrage, *ratione personae* ou *materiae*, est en jeu, à l'image de l'affaire *Abela* ou *Dallah*.

De manière générale, le contrôle total n'est-il pas le signe que les juridictions publiques *présument* que le tribunal arbitral a jugé sans convention d'arbitrage ?

744. On peut déjà observer à quoi ressemblerait ce contrôle restreint *a posteriori*, au stade post-arbitral. L'arbitrage CIRDI nous en offre une illustration. Si seuls les excès de pouvoir manifestes sont censurés, un contrôle total en fait et en droit peut subsister. Certes, il ne s'agit pas d'un contrôle étatique puisque le contrôle est opéré par des arbitres, tribunaux arbitraux désignés sous l'expression de Comité *ad hoc*. Mais le recours exercé contre la sentence est de même nature : il s'agit d'un recours en annulation distinct d'un appel réformation.

L'article 52(1)(b) de la Convention de Washington semble permettre un contrôle limité de la compétence, puisqu'il n'autorise l'annulation de la sentence que pour « *excès de pouvoir manifeste du Tribunal* ». Une partie de la doctrine s'y est opposée au motif que « *toute forme d'incompétence constitue nécessairement un excès de pouvoir manifeste, compte tenu de l'importance que la Convention donne des parties à l'arbitrage* »⁴. Cette interprétation a été rejetée par le Comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *Klöckner*⁵, approuvé par d'autres

¹ Ce critère a été proposé par le défendeur dans l'affaire *Dallah c. Pakistan*, rapporté par la Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46, *Dallah c. Pakistan*, *op. cit.*, spéc. n° 21 : “[i]n these circumstances, she submits, a court should refuse to become further involved, at least when the tribunal’s conclusions could be regarded on their face as plausible or “reasonably supportable””.

² F. BACHAND, “Kompetenz-Kompetenz, Canadian-Style”, *op. cit.*, p. 445.

³ *Ibid.*, p. 451.

⁴ D. THOMPSON, « The Klöckner v. Cameroon Appeal. A note on Jurisdiction », *J. Int’l Arb.*, 1986, p. 93 cité par E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, *op. cit.*, p. 193. Sur ce débat, cf. C. H. SCHREUER and al., *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, n° 137-146.

⁵ Comité *ad hoc* CIRDI, 3 mai 1985, *Klöckner c. Cameroun*, n° ARB/81/2, *JDI*, 1987.136, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, *op. cit.*, p. 163.

auteurs¹. Confronté à une contestation de la compétence arbitrale spéciale², le Comité énonça tout d'abord, à titre général, qu'«[i]l n'appartient évidemment pas à l'instance d'annulation constituée en vertu de l'article 52 de la Convention de Washington de dire si l'interprétation adoptée par la sentence attaquée est ou non la meilleure, ou la plus défendable, ou même si elle est exacte, mais seulement si cette sentence est entachée d'excès de pouvoir manifeste »³. Ensuite, procédant à l'examen de la sentence et des contrats en cause, il se limitera à constater que l'interprétation faite par le tribunal arbitral CIRDI des clauses compromissoires inconciliables « est soutenable », peu importe « qu'elle soit juste ou non »⁴ ; cela suffit à exclure tout excès de pouvoir manifeste. La même conclusion sera retenue relativement au grief tiré de la contradiction interne entre la décision d'incompétence du tribunal arbitral concernant le contrat de gestion de l'usine et la décision de sanctionner Klöckner pour des manquements à ses obligations de gestionnaire. Le Comité *ad hoc*, notant simplement que les réponses apportées par le tribunal arbitral sont « soutenables et non arbitraires », retient qu'« elles ne constituent pas l'excès de pouvoir manifeste qui seul justifierait l'annulation au sens de l'article 52 (1) (b) ».

Cette limitation de la censure au seul excès de pouvoir n'interdit aucunement l'appréciation des conventions litigieuses comme le relève un commentateur : « il va de soi que pour apprécier l'existence de cet éventuel excès de pouvoir manifeste, le Comité *ad hoc* a le pouvoir – et le devoir – d'examiner la teneur des conventions litigieuses sans s'en tenir à l'interprétation qu'aura pu en donner le tribunal »⁵. Bien que cette décision ait été ensuite critiquée comme permettant un contrôle trop étendu⁶, c'est selon nous le contrôle idéal vers lequel pourrait s'orienter l'arbitrage commercial, interne ou international.

Par la suite, les différents Comités ont toujours rappelé les limites au contrôle dans le cadre de ce grief, en rappelant fréquemment que ces limites devaient prévaloir pour le contrôle de la compétence⁷, différentes décisions s'essayant à définir la notion de

¹ Ph. KAHN, « Le contrôle des sentences arbitrales rendues par un tribunal CIRDI », in *Les juridictions permanentes internationales*, colloque à Lyon, SFDI, 1986, Pedone, 1987, p. 363 ; E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, *op. cit.*

² La contestation de la compétence arbitrale spéciale résultait du fait que dans un groupe de contrats, certains comportaient une clause compromissoire CIRDI (en l'espèce, le contrat-cadre et le contrat de livraison de l'usine), un autre (le contrat de gestion de l'usine) stipulait une clause d'arbitrage CCI. Le demandeur au recours en annulation, Klöckner, reprochait au Tribunal CIRDI de s'être reconnu compétent pour statuer sur une demande reconventionnelle fondée sur une inexécution du contrat de gestion de l'usine en dépit de la clause compromissoire CCI qui y était stipulée.

³ Comité *ad hoc* CIRDI, 3 mai 1985, *Klöckner c. Cameroun*, n° ARB/81/2, *op. cit.*, p. 164, n° 52, a).

⁴ Comité *ad hoc* CIRDI, 3 mai 1985, *Klöckner c. Cameroun*, n° ARB/81/2, *op. cit.*, p. 164, n° 52, b).

⁵ E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, *op. cit.*, p. 163.

⁶ La décision est rangée dans la « première génération » de contrôle de la jurisprudence arbitrale, cf. A. CRIVELLARO, « Actualité du contrôle des sentences arbitrales CIRDI », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, *op. cit.*, p. 221, spéc. p. 227. La distinction des trois générations de contrôle a été élaborée par C. SCHREUER, « Three Generations of ICSID Annulment Proceedings, Annulment of ICSID Awards », *A joint IAI-ASIL Conference*, Washington, D.C., April 1, 2003, publié par IAI en 2004, p. 17.

⁷ Cf. notamment concernant les sentences d'incompétence : Comité *ad hoc* CIRDI, 1^{er} nov. 2006, *Patrick Mitchell c. République Démocratique du Congo*, n° ARB/99/7, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. II)*, *op. cit.*, p. 333, spéc. p. 337, n° 20 : « [...] dans le cadre de l'article 52, l'excès de pouvoir ne peut avoir de conséquence ne peut avoir de conséquence que s'il est manifeste » ; Comité *ad hoc* CIRDI, 5 juin 2007, *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, n° ARB/02/7, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. II)*, *op. cit.*, p. 395, spéc. pp. 396-397, n° 37 à 39. Concernant une sentence de compétence : Comité *ad hoc* CIRDI, 8 janvier

« manifeste ». Ainsi, par exemple, le Comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *Mitchell* retient que « [p]our qu'un excès de pouvoir soit cause d'annulation, il faut que le Comité *ad hoc* le reconnaisse de manière certaine et immédiate, sans qu'il soit nécessaire pour celui-ci d'entrer dans des analyses poussées de la sentence »¹. Sans s'arrêter sur ces affirmations de principe en portant un regard plus attentif sur le contenu du contrôle, il est fréquent que les Comités aillent au-delà d'un contrôle manifeste, et qu'ils opèrent un contrôle total². Cependant, ils ne censureront la sentence qu'en cas d'excès de pouvoir manifeste. On signalera en particulier l'affaire *Lucchetti c. Pérou*³, d'ailleurs désignée comme « l'illustration parfaite de la règle selon laquelle une décision relative à la compétence du Tribunal arbitral rendue en matière d'arbitrage CIRDI peut être erronée – et vraisemblablement jugée telle par les membres du Comité *ad hoc* saisi d'un recours en annulation – sans pour autant être entachée d'une cause d'annulation fautive pour l'excès de pouvoir qui en résulte d'avoir un caractère « manifeste » au sens de l'article 52(1)(b) de la Convention de Washington »⁴.

Dans cette affaire, une société chilienne, Lucchetti, par le biais d'une filiale de droit local, avait opéré un investissement au Pérou, la construction d'une usine de fabrication de pâtes sur un site proche de Lima. Suite à un différend avec la municipalité de Chorrillos, qui a « ordonné la suspension des travaux en raison des préoccupations environnementales » par divers arrêtés municipaux et révoqué la licence accordée à Lucchetti, le litige fut porté devant les juridictions péruviennes. Ces dernières firent droit aux demandes de Lucchetti, en lui octroyant un permis de construire et un permis d'exploiter l'usine en décembre 1998. L'investisseur chilien put poursuivre son investissement. L'usine achevée et mise en service en août 2001, le conseil municipal de Lima adopta deux décrets visant à révoquer l'autorisation d'exploitation de Lucchetti et à l'exproprier du site. L'investisseur chilien entama donc un arbitrage CIRDI sur le fondement du TBI entré en vigueur le 3 août 2001 entre le Chili et le Pérou afin de contester la licéité des mesures d'expropriation adoptées par la municipalité de Lima en août 2001. Le tribunal arbitral CIRDI s'est jugé incompétent au motif que le différend était né antérieurement à l'entrée en vigueur du TBI. Il a retenu que le différend lié aux mesures prononcées par la municipalité de Lima en août 2001 était le même, ou dans la continuité, du différend qui se poursuivait depuis 1998. Le TBI prévoyant expressément qu'il ne s'applique pas « aux différends qui se sont élevés avant son entrée en vigueur », le tribunal en conclut qu'il devait se juger incompétent. Une demande d'annulation fut formée par l'investisseur chilien contre la sentence d'incompétence rendue le 7 février 2005. Différents griefs étaient invoqués. En particulier, il était reproché au tribunal arbitral d'avoir commis un excès de pouvoir négatif par son refus d'exercer une compétence qu'il détenait. Si le tribunal arbitral CIRDI prétendait être « en présence d'un différend unique se

2007, *Repsol c. Petroecuador*, n° ARB/01/10, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. II)*, op. cit., p. 375, spéc. pp. 376-377, n° 36 : « [e]l Comité observa que, en primer lugar, para que el exceso en las facultades de un tribunal de arbitraje constituya una causal válida para la anulación de un laudo conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, debe ser "manifesto" ».

¹ Comité *ad hoc* CIRDI, 1^{er} nov. 2006, *Patrick Mitchell c. République Démocratique du Congo*, n° ARB/99/7, op. cit., p. 337, n° 20.

² *Ibid.*

³ Comité *ad hoc* CIRDI, 5 septembre 2007, *Empresas Lucchetti c. Pérou*, n° ARB/03/4, op. cit., p. 407, n° 99 à 116. Sur cette décision, cf. également A. CRIVELLARO, « Actualité du contrôle des sentences arbitrales CIRDI », op. cit., pp. 235-237.

⁴ E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI (vol. II)*, p. 410.

poursuivant depuis 1998 », préexistant à l'entrée en vigueur du TBI, l'investisseur invoquait au contraire l'existence de deux litiges distincts, le premier né en 1998 et résolu devant les juridictions péruviennes en décembre 1998, pour lequel le tribunal était incompétent, le second né en août 2001 des décrets pris par la municipalité de Lima, pour lequel le tribunal CIRDI était compétent. Le débat portait donc sur la problématique des « *différends continus* »¹ : le différend en cause relatif à l'adoption des deux arrêtés municipaux prononcés après l'entrée en vigueur du TBI est-il « *la continuité* » d'un différend survenu avant l'entrée en vigueur du TBI, ou, au contraire, était-on en présence de deux différends distincts ?

Le Comité *ad hoc* rappelle tout d'abord de manière générale la possibilité qui lui est reconnue de contrôler la sentence de compétence comme celle d'incompétence². Il précise toutefois immédiatement les limites dans lesquelles ce pouvoir doit s'exercer, le caractère manifeste de la violation de la compétence : « *the requirement in Article 52(1)(b) of the ICSID Convention is not only that the Tribunal has exceeded its power but that it has done so « manifestly »* »³. Rappelant les divergences d'interprétation doctrinale de la portée de cet adjectif, le tribunal arbitral CIRDI retient que l'adjectif *manifeste* doit être pris en considération et s'appliquer aux questions visant la compétence⁴. Au terme d'un examen total des circonstances de faits et de droit, le Comité s'est accordé sur le fait que l'on pouvait reprocher au tribunal de s'être jugé à tort incompétent au regard de différents éléments qui permettaient de conclure que l'on était en présence de deux litiges distincts, l'un né en 1998, l'autre en 2001 né de la révocation de la licence pour laquelle le tribunal arbitral CIRDI était compétent. Pour autant, l'excès de pouvoir négatif n'a pas été jugé manifeste et aussi, consécutivement, n'a pas donné lieu à annulation⁵. Il suffit que la décision du tribunal arbitral soit « *tenable* », défendable, peu importe qu'elle soit ou non la meilleure.

La restriction des hypothèses de censure est donc du monde du possible.

Conclusion

745. A l'issue de ces développements, l'étendue du contrôle de la compétence au stade de la sentence conforte l'existence du pouvoir des juridictions publiques de statuer sur la compétence juridictionnelle générale. Le contrôle opéré est total, en fait et en droit. Il s'apparente à un litige primaire portant *directement sur la compétence* et non pas à un litige secondaire, contrôle réduit à la vérification de la régularité de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence. L'hypothèse selon laquelle le principe compétence-compétence permettrait aux arbitres et aux juges d'État de tracer ensemble la frontière commune entre compétence arbitrale et compétence de la justice publique en sort renforcée. Au regard de ses fondements, le principe de non-révision au fond est inapplicable au contentieux de la compétence.

746. Cependant, si ce contrôle total nous paraît opportun, car la compétence des juridictions publiques est également en jeu, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une

¹ J. MATRINGE, obs. sous Comité ad hoc CIRDI, 5 septembre 2007, *Lucchetti c. Pérou*, *Rev. arb.*, 2007.896. Sur cette aff., cf. également les observations de M. AUDIT, *Rev. arb.*, 2007.898.

² Comité ad hoc CIRDI, 5 septembre 2007, *Empresas Lucchetti c. Pérou*, n° ARB/03/4, *op. cit.*, n° 100.

³ *Ibid.*, n° 101.

⁴ *Ibid.*, n° 102.

⁵ *Ibid.*, n°s 111 et 112.

éventuelle restriction des hypothèses de censure. En ce sens, la répartition des litiges entre la justice publique et la justice privée dépend exclusivement de la convention d'arbitrage. Or, l'appréciation de la convention d'arbitrage, son « *interprétation* », comporte nécessairement une part d'arbitraire, la subjectivité de l'interprète étant une donnée avec laquelle il faut toujours compter. Interpréter, n'est-ce pas créer ? Face à cette part de subjectivité inéluctable, du côté des arbitres comme du côté des juges publics, il serait souhaitable de limiter ce droit de regard des juridictions aux seules hypothèses où le tribunal arbitral a *de manière incontestable* dépassé sa compétence ou, au contraire, fait preuve d'excès de timidité. En admettant que le juge étatique reconnaisse cette « *marge arbitrale d'appréciation* » dans l'appréciation de sa compétence, les juridictions d'État ne devraient rejeter la sentence de compétence ou d'incompétence uniquement s'il s'avère que l'interprétation de la convention d'arbitrage proposée est raisonnablement « *insoutenable* » ou « *arbitraire* », proche de la dénaturation.

Ce souhait que nous formons, celui d'un contrôle restreint des hypothèses de censure de la compétence, à l'œuvre devant les Comités *ad hoc* du CIRDI, restera sans doute un vœu pieu. Mais, dans une vision dynamique de l'arbitrage, l'institution évoluant vers toujours plus de légitimité, l'idée méritait au moins d'être émise et ses modalités imaginées.

Conclusion du titre

747. Au terme de notre recherche, l'existence de l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques est pour partie établie. Ce pouvoir s'appuie sur deux fondations, la première consistant dans le pouvoir potentiellement systématique des juridictions publiques de contrôler la compétence à travers la sentence, la seconde résidant dans la possibilité reconnue aux juridictions publiques d'opérer un contrôle total de la compétence juridictionnelle générale. L'hypothèse de départ selon laquelle le principe compétence-compétence permettrait le tracé commun de la frontière entre les terres de la justice publique et les terres de l'arbitrage semble confortée, rétablissant *in fine* la possibilité pour les juridictions publiques d'y participer. Les juridictions publiques, écartées au début de l'instance arbitrale par l'effet négatif du principe compétence-compétence, sont réintégrées au processus de délimitation de la compétence au stade post-arbitral, par l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques.

Cependant, cette harmonie entre arbitres et juges d'État connaît quelques dissonances, à peine perceptibles. Le bilan, sans conteste favorable à l'existence du pouvoir des juridictions publiques de connaître de la compétence juridictionnelle générale, doit être mesuré. En ce sens, le contrôle de la compétence juridictionnelle générale, s'il est potentiellement systématique, est simplement éventuel. D'ailleurs, il est loin d'être la norme en pratique. Il est fréquent que les tribunaux arbitraux jugent seuls de la compétence juridictionnelle générale. L'hypothèse d'un tracé pluraliste de la frontière entre justice publique et justice privée par le principe compétence-compétence perd peu à peu de sa vigueur. Ne doit-elle pas céder devant le pluralisme des formes de justice ? Ne peut-on concevoir que l'arbitre, véritable juge, statue seul sur sa compétence, sous réserve d'un droit de regard de la justice publique, mais limité ? Il ne semble pas. Ce sont finalement les seules hypothèses dans lesquelles le tracé de la frontière entre justice publique et justice privée est délicat et débattu qui nécessitent un contre examen des juridictions publiques. Seules ces hypothèses seront portées à leur connaissance par le biais des voies de recours exercées contre la sentence. Bref, ce sont les hypothèses dans lesquelles le dialogue entre justice publique et justice privée est indispensable où il est établi dans la pratique. C'est uniquement lorsque les parties au litige sont convaincues par la sentence concernant l'attribution du litige soit à la justice privée, soit à la justice publique, ou encore si elles contestent la compétence de manière déloyale, que le tribunal arbitral jugera seul de sa compétence. Souhaitons simplement le contrôle étatique de la compétence soit moins tatillon. La reconnaissance d'une « *marge arbitrale d'appréciation* » concernant les difficultés d'interprétation de la convention d'arbitrage – parfois insolubles – renforcerait l'association des juges, publics et privés, chacun admettant que si l'interprétation de la convention d'arbitrage proposée n'est pas la meilleure, elle peut être considérée comme défendable, comme soutenable.

748. Si l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques est incontestablement établi, il faut encore déterminer quel est l'impact réel de l'appréciation faite de la compétence juridictionnelle générale par la juridiction publique du contrôle. Dernière étape de notre étude, c'est au final celle qui est la plus délicate, la plus cruciale pour éprouver le caractère pluraliste ou moniste du principe compétence-compétence.

Titre 2.- La mesure du pouvoir des juridictions françaises de juger de la compétence juridictionnelle générale

749. L'existence du pouvoir des juridictions françaises de statuer sur leur compétence établi, il reste à déterminer la mesure de ce pouvoir, sa réalité. Autrement dit, lorsque ce pouvoir est exercé, ce qui n'est pas toujours le cas, est-ce que le résultat auquel aboutit le contrôle étatique – confirmation ou infirmation de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence – est pris en considération par les différents acteurs du principe compétence-compétence, juges étatiques et arbitres ? La réalité de ce pouvoir s'évalue à deux niveaux.

Premier niveau, il faut tout d'abord mesurer l'impact de ce pouvoir dans l'ordre d'origine des juridictions du contrôle, c'est-à-dire l'État français lui-même. La validation ou l'annulation de la décision du tribunal arbitral sur la compétence, son accueil ou son rejet, peuvent avoir des retentissements sur une foule de questions : fond du litige, sort des mesures provisoires, organisation de l'instance arbitrale, constitution du tribunal arbitral, suites de l'instance, etc. L'ordre étatique sollicite-t-il prévu des réponses adaptées à toutes les questions posées par les multiples retentissements issus de l'accueil et surtout du rejet d'une sentence de compétence ou d'incompétence ?

Second niveau, il reste encore à évaluer l'impact de ce pouvoir sur le tribunal arbitral. Il est généralement affirmé que les juridictions étatiques du contrôle ont « *le dernier mot* » et que ce dernier mot s'impose à l'ordre arbitral et à tous ses acteurs, tribunal arbitral et centre d'arbitrage. Les tribunaux arbitraux devraient ainsi se conformer pleinement à la décision prise par les juridictions étatiques du contrôle, et en tirer toutes les conséquences. Par exemple, en cas d'annulation de la sentence de compétence, le tribunal arbitral devrait mettre fin à l'instance arbitrale en cours s'il n'a pas encore jugé du fond. Le principe compétence-compétence ne serait qu'une règle de priorité en faveur des arbitres.

750. Cette dernière étape marquerait ainsi le *retour à la hiérarchie*, à la verticalité entre l'ordre arbitral et l'ordre étatique. En effet, c'est uniquement à ce stade – lors du contrôle de la sentence – que la frontière qui délimite territoire arbitral et territoire étatique serait finalement tracée avec exactitude, le jugement des juridictions étatiques s'imposant alors aussi bien dans l'ordre juridique dont ces dernières relèvent qu'à l'ordre arbitral. Seules les juridictions étatiques du contrôle de la sentence seraient à même de définir le tracé de la frontière exact, à l'exclusion des tribunaux arbitraux, qui pourraient émettre un premier jugement que les juridictions étatiques pourraient librement réformer : spécifiquement pour le contentieux de la compétence, le tribunal arbitral ne serait alors qu'un premier degré de juridiction, qui relèverait en appel des juridictions publiques.

Certaines conceptions du pluralisme juridique accueillent en effet l'idée que l'ordre étatique reste l'ordre juridique de référence ultime auquel il est nécessaire de se référer *in fine* : « *la régulation juridique d'une société globale obéit toujours à la force d'attraction d'un centre de pouvoir influent* »¹. La référence ultime à l'État, comme dans notre cas d'étude, ne serait que la marque de cet ordre juridique prépondérant, sans que cela ne remette

¹ Idée de l'anthropologue POSPISIL, V° « Pluralisme juridique », par H. MOUTOUH, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1158.

en cause de manière fondamentale le pluralisme juridique, qui ne peut être que limité par définition par l'omnipotence de l'ordre juridique étatique, seul détenteur de la violence légitime, et ainsi hiérarchiquement supérieur. Nous qualifierons ce pluralisme de « réaliste », en ce qu'il prend en considération « *la prééminence du droit étatique dans les sociétés occidentales* »¹. Les relations hiérarchiques entre ordres juridiques sont ainsi parfaitement admises par cette théorie².

La question ici examinée du passage finalement obligé par l'ordre étatique pour tracer l'exacte frontière entre compétence arbitrale et compétence de la justice publique nous permet d'éprouver l'une des questions centrales du pluralisme juridique : l'ordre étatique reste-t-il toujours l'ordre juridique prépondérant auquel il est impératif de se référer ? Cette question fait écho à celle plus générale posée par Mme Terré, concernant les rapports entre le pluralisme et le droit : « [p]eut-il y avoir un pluralisme autre que de façade et ne retrouve-t-on pas toujours la référence à l'État derrière les formes les plus vivaces et débridées de droit »³ ? Doit-on alors déplorer que le pluralisme soit un « idéal » et surtout une « langue de bois »⁴, et que le droit s'incarne bel et bien dans le seul État, comme cela a été défendu dans la *Théorie pure du droit* ?

Un tel raisonnement – selon lequel le tribunal étatique du contrôle de la sentence aurait le dernier mot dans le tracé de la frontière de la compétence entre justice arbitrale et justice publique – conduit à remettre en cause l'autonomie de la justice arbitrale, celle-ci étant alors au contraire perçue comme une justice sous tutelle de la justice publique. Prétendre que le tribunal étatique a le « dernier mot », et que ce dernier mot s'impose au monde entier et notamment à l'ordre arbitral, conduit à penser que le caractère pluraliste du principe de compétence-compétence n'est qu'une simple « façade »⁵, un maquillage pluraliste d'un mécanisme en réalité moniste étatique. Est-il impossible de découvrir au-delà de ce pluralisme « relatif » – « *droit social pur, mais soumis à la tutelle étatique* »⁶ –, un pluralisme « idéal »⁷ ? Doit-on se résoudre à voir dans le principe compétence-compétence un « *droit social pur, mais soumis à la tutelle étatique* » ?

751. Ce dernier pan de notre étude est alors déterminant pour éprouver notre hypothèse initiale. De la réponse à cette question centrale – le contrôle étatique de la sentence marque-t-il un retour à la hiérarchie entre l'ordre étatique et l'ordre arbitral ? – dépend la survivance du caractère pluraliste du principe compétence-compétence. S'il y a hiérarchie pure, le sort de la sentence étant fixé définitivement par la juridiction étatique du contrôle, il y a pluralisme simplement de façade, ou tout au moins pluralisme « réaliste », l'ordre arbitral « *ne disposant pas de contrainte inconditionnée et autonome, mais, en cas de conflit, s'inclinant devant l'ordre juridique de l'État et lui cédant la place* »⁸. S'il n'y a pas de pure hiérarchie, le sort de la sentence n'étant pas uniquement fixé par la juridiction étatique du

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Arch. phil. droit*, 2006, tome 49, p. 69, spéc. p. 69.

⁴ *Ibid.*, spéc. p. 71.

⁵ L'expression est de D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *op. cit.*

⁶ G. GURVITCH, *Eléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, Ed. Montaigne, 1940, p. 207.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

contrôle, on atteint alors un pluralisme « idéal », plaidant pour une relative égalité des différents ordres juridiques, ordre étatique et ordre arbitral, ce dernier étant alors « supérieur[] ou équivalent[] en cas de conflit à l'ordre du droit étatique »¹.

L'affirmation selon laquelle les juridictions françaises ont le « dernier mot » pour définir si un litige relève de la justice publique ou de la justice arbitrale ne nous semble être qu'une demi-vérité. Si les juridictions étatiques ont bel et bien le dernier mot, ce n'est que pour leur propre ordre juridique. La prise en compte du contrôle dans l'ordre juridique français est totale (chapitre 1). Au-delà de cet ordre juridique défini, le propos est à nuancer. La relativité s'impose. La frontière entre la compétence arbitrale et la compétence de la justice publique telle que tracée par les juridictions françaises lors du contrôle ne s'impose pas toujours et en toutes circonstances aux arbitres. La prise en compte du contrôle dans l'ordre arbitral est simplement relative (chapitre 2). Aussi, dans certaines circonstances, le principe compétence-compétence pourrait bien fournir une illustration de ce « droit social pur et indépendant »², qui « intègre les membres dans un tout et sans recourir à la contrainte inconditionnée de l'État »³.

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ M. GERMAIN, « Pluralisme et droit économique », *APD*, 2005, t. 49, p. 235, spéc. p. 236.

Chapitre 1.- La prise en compte totale du contrôle dans l'ordre juridique français

752. On rappellera tout d'abord cette évidence : le recours formé contre la sentence ou contre l'ordonnance accordant l'exequatur rejeté, la sentence de compétence ou d'incompétence acquiert force de chose jugée en droit français ; de même et inversement, le recours accueilli, la sentence est annulée ou rejetée de l'ordonnement juridique français. Mais, allant plus loin, dans l'ordre juridique français, toutes les conséquences peuvent-elles être tirées du jugement de validation ou d'annulation de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, du jugement rejetant ou accueillant l'appel formé contre l'ordonnance de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence ? Pour que l'effet positif du principe compétence-compétence des juridictions publiques soit pleinement admis, encore faut-il que les juridictions françaises puissent en tirer toutes les conséquences.

753. La question peut paraître dénuée d'intérêt. Mais elle est centrale pour les parties au litige : quelles solutions concrètes leur sont proposées en cas d'annulation de la sentence de compétence ou d'incompétence, totale ou partielle ? Pour illustrer l'intérêt de la question, il suffit de songer à l'annulation totale d'une sentence d'incompétence. Elle implique, en principe, de proposer aux parties au litige des solutions efficaces pour mettre en place une nouvelle procédure d'arbitrage. Les parties doivent-elle alors saisir le même tribunal arbitral ou un nouveau tribunal arbitral composé autrement ? La situation se complique à l'extrême lorsque la sentence partielle d'incompétence est annulée et que, l'instance arbitrale au fond ayant été poursuivie, une sentence sur le fond a déjà été prononcée. L'affaire *Abela* en fournit une illustration¹.

754. Afin de mesurer le degré de prise en compte du jugement du contrôle dans l'ordre juridique français, on partira de remarques générales (section 1), préalable nécessaire à la présentation des solutions concrètes (section 2).

Section 1.- Remarques générales

755. Peu de dispositions tirées du droit interne, ancien comme nouveau, ou des conventions internationales, permettent de répondre aux multiples questions découlant de la validation ou de l'annulation d'une sentence, quel que soit le motif de rejet de la sentence ou spécifiquement lorsqu'il est reproché au tribunal arbitral de s'être jugé à tort compétent ou incompétent. Elles sont au nombre de deux. Tout d'abord, une première indication issue du droit interne apporte une précision importante pour les suites de l'instance en annulation en matière d'arbitrage interne, concernant le sort du litige sur le fond. Il s'agit de l'article 1493 CPC, reprenant en substance l'ancien article 1485 CPC, prévoyant que « [l]orsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties ». Ensuite, deux des principales conventions internationales prennent en compte les liens entre la sentence sur la compétence et celle sur le fond. Elles prévoient ainsi expressément, en des termes presque équivalents, que si le juge du contrôle retient que le tribunal arbitral s'est jugé à tort compétent seulement de manière

¹ CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 sept. 2008, *Abela*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, *Abela*, *op. cit.*

partielle, « *dépass[ant] les termes du compromis ou de la clause compromissoire* », la sentence sur le fond pourra être elle-même partiellement accueillie, « *si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage* », ces dernières étant seules écartées de l'ordre juridique du juge requis¹.

Le nouveau droit de l'arbitrage n'apporte pas plus de précision sur la question. On le regrettera car certaines questions restent en suspens et il aurait été bienvenu d'y apporter des réponses. Par exemple, en cas d'annulation de la sentence d'incompétence, on ne sait si les parties doivent être renvoyées devant le même tribunal arbitral ou devant un autre tribunal arbitral, composé autrement.

756. Sur les maigres indications à sa disposition, la jurisprudence a progressivement construit un régime afin de tirer toutes les conséquences logiques de la confirmation ou de l'infirmité de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence. Quel que soit le juge français sollicité, toutes les conséquences sont tirées de la décision prononcée par le juge du contrôle sur la compétence juridictionnelle générale. Le système repose sur la combinaison du rôle du juge du contrôle – juge de l'annulation ou de l'appel de l'ordonnance d'exequatur – qui a, rappelons-le, compétence exclusive dans l'État français pour apprécier la compétence juridictionnelle générale en l'absence de nullité ou d'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage, et des autres juridictions étatiques – juridiction du fond et juge d'appui.

En premier lieu, c'est le juge du contrôle lui-même qui est en mesure de tirer les premières conséquences de l'accueil ou du rejet de la sentence sur la compétence, cette décision se répercutant sur la sentence statuant sur le fond ou encore sur les actes de procédure préalablement pris par le tribunal arbitral. Au-delà, une seule disposition lui permet d'intervenir, l'article 1493 CPC l'autorisant en matière d'arbitrage interne à statuer sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre en cas d'annulation de la sentence. Mais à ce stade plus avancé, le rôle du juge du contrôle reste limité. Par exemple, en cas de rejet de la sentence de compétence, il se refuse lui-même à procéder à la désignation du juge compétent. Comment pourrait-il le faire en l'absence de disposition légale l'investissant de ce rôle ?

¹ Art. V(1) de la Convention de New York de 1958 : « [I]a reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournie à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve [...] c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues ou exécutées ».

Art. IX(1) de la Convention de Genève de 1961 : « [I]annulation dans un État contractant d'une sentence arbitrale régie par la présente Convention ne constituera une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre État contractant que si cette annulation a été prononcée dans l'État dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue et ce pour une des raisons suivantes : c) la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire ; ou contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage, les premières pourront ne pas être annulées ».

Aussi revient-il en second lieu aux autres juridictions étatiques, juges du fond ou juges d'appui, de prendre le relais, de tirer les conséquences pour les suites de l'instance. Il s'agira pour les juridictions du fond, par exemple, en cas d'annulation de la sentence de compétence, d'accepter de connaître du litige sur le fond si le litige relève de la justice publique et plus particulièrement, de la compétence internationale française. De même, il s'agira pour le juge d'appui, en cas d'annulation de la sentence d'incompétence, d'assister les parties dans la mise en place d'un nouveau tribunal arbitral. Cette collaboration est nécessaire afin d'éviter un déni de justice, une impasse pour les parties au litige.

757. Toutefois, il nous faut préciser sur quel fondement ces juridictions étatiques, juges du fond et juge d'appui, sont tenues par le jugement pris par l'autorité de contrôle sur la sentence, les règles qui constituent les rouages du mécanisme.

758. Tout d'abord, on pourra être étonné que le juge étatique saisi du fond et le juge d'appui puissent se prononcer sur la compétence juridictionnelle générale, alors que ce pouvoir est en principe paralysé par l'effet négatif du principe compétence-compétence. Cette règle devrait les obliger à renvoyer le litige sur la compétence devant le tribunal arbitral en présence de l'apparence d'une convention d'arbitrage valable. Est-ce que cela résulte du fait que l'autorité de la chose jugée du jugement français du contrôle de la sentence permettrait de caractériser un cas d'inapplicabilité ou de nullité manifeste de la convention d'arbitrage, lorsque, par exemple, le tribunal arbitral s'est jugé compétent et que sa sentence a été annulée ? Plus fondamentalement, il nous semble que l'effet négatif du principe compétence-compétence n'a plus vocation à jouer à ce stade : il a épuisé ses effets, le tribunal arbitral ayant épuisé sa compétence en statuant sur sa propre compétence. Les juges du fond et d'appui sont ici en effet saisis postérieurement au tribunal arbitral. Le tribunal arbitral ayant statué sur sa propre compétence, puis le tribunal étatique lors du contrôle de la sentence, c'est le jugement de ce dernier qui s'impose aux juridictions françaises saisies postérieurement, le juge du contrôle étant la seule juridiction étatique habilitée dans notre ordre juridique à connaître pleinement de la compétence arbitrale et de la compétence juridictionnelle générale à titre principal à la suite du tribunal arbitral. Comme l'a élégamment formulé un auteur, « *Principe de compétence-compétence sur principe de compétence-compétence ne vaut* »¹.

759. Ensuite, il reste à déterminer sur quel fondement la décision du juge français statuant au stade post-arbitral – lors du recours contre la sentence – sur la compétence juridictionnelle générale peut s'imposer à toutes les juridictions étatiques relevant du même ordre juridique saisies postérieurement. Sans doute pourra-t-on en appeler à la règle bien connue de l'autorité de la chose jugée, attachée au jugement du contrôle. Néanmoins, un préalable doit être résolu. Peut-on véritablement considérer qu'il y ait identité de litige – seule hypothèse dans laquelle l'autorité de la chose jugée ait vocation à jouer – entre :

- le juge saisi du contentieux de la sentence à qui est opposé, pour faire obstacle à sa validation ou son accueil dans notre ordre juridique, le motif pris de ce que le tribunal arbitral s'est jugé à tort compétent ou au contraire, à tort incompétent ;
- le juge saisi au principal d'un litige identique à celui soumis aux arbitres auquel est opposée une exception d'arbitrage ;

¹ J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 750, n° 30.

- et enfin, le juge d'appui auquel est opposée une exception de nullité ou d'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage afin de faire obstacle à sa mission d'assistance à l'arbitrage ?

Dans ces trois hypothèses, il apparaît qu'il y a bien une identité partielle de matière litigieuse : déterminer si le litige relève de la justice arbitrale ou de la justice publique. De cette question, chacun des juges en tirera des conséquences distinctes, dans le cadre de ces différents procès portant sur des demandes distinctes :

- le juge du contentieux post-arbitral validera ou non la sentence, ou lui confèrera ou non force exécutoire ;
- le juge saisi au principal d'un litige au fond identique à celui soumis aux arbitres se reconnaîtra ou non compétent, acceptant alors ou non de connaître du fond du litige ;
- et enfin, le juge d'appui acceptera ou non de prêter son assistance à l'arbitrage, et généralement, son assistance à la constitution du tribunal arbitral.

C'est donc l'autorité positive de chose jugée attachée au jugement du juge du contrôle de la sentence concernant la compétence juridictionnelle générale qui va s'imposer aux juridictions saisies postérieurement à ce jugement¹. Il s'agit en effet dans ce cas de s'« oppose[r] à ce qu'un juge, saisi d'une demande nouvelle, remette en question les constatations effectuées par une juridiction qui aurait rendu une précédente décision entre les mêmes parties à propos d'une autre demande »², la constatation en cause, le « fait déjà jugé »³, consistant dans l'existence ou l'absence de la compétence arbitrale. On sait la notion d'autorité positive de chose jugée pour le moins controversée. Mais son accueil serait appréciable, en ce qu'elle est un facteur d'unité dans l'ordre juridique français. Quoi qu'il en soit, la sentence arbitrale de compétence elle-même, validée et reconnue dans l'ordre juridique, pourrait être opposée au juge saisi au principal d'un litige au fond identique.

Apportons une précision : les juges devront vérifier « l'identité de la matière litigieuse » dans le cadre de ces différents procès. Aussi, l'autorité positive de la chose jugée ne jouera que si le litige et les parties en cause à l'origine de la sentence, à l'origine de la demande au fond devant le juge étatique ou encore à l'origine de la demande d'assistance à l'arbitrage devant le juge d'appui, sont identiques selon les nouveaux critères de l'autorité de chose jugée tels que définis par l'arrêt *Cesareo*⁴. Dans toutes ces hypothèses, l'autorité positive de chose jugée attachée au jugement du contrôle de la sentence devrait s'imposer à ces juges, tenus de s'y conformer.

760. Le système d'ensemble présenté reposant sur la combinaison de l'action des différentes juridictions étatiques – juge du contrôle, juge du fond, juge d'appui –, il reste à examiner, dans chaque hypothèse, les solutions concrètes qui sont mises en œuvre.

¹ Sur l'aspect positif de la chose jugée, cf. J. HÉRON (†) et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, pp. 274 et s., n° 345 et s.

² J. HÉRON (†) et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 266, n° 333.

³ *Ibid.*, p. 274, n° 345.

⁴ Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, *Cesareo c. Cesareo, op. cit.*

Section 2.- Solutions concrètes

761. Quel que soit le juge français sollicité, juge du contrôle lui-même, juge d'appui, juge du fond saisi du même litige, toutes les conséquences sont tirées de la décision prononcée par le juge du contrôle sur la compétence. Pour mener à bien cette étude, distinguons deux hypothèses : le recours en annulation¹ formé sur le fondement du premier grief est soit rejeté (§1), soit accueilli (§2).

§ 1.- Le rejet du recours

762. Le rejet du recours frappant la sentence ne pose pas de difficultés particulières. Que le tribunal arbitral ait statué par une sentence incidente ou joint l'exception au fond, la sentence par laquelle le tribunal arbitral s'est jugé compétent ou incompétent acquiert force de chose jugée dans l'ordre juridique français. Elle devient donc définitive et exécutoire : la compétence arbitrale est acquise ou au contraire, la compétence de la justice publique établie.

763. De manière générale, le jugement accueillant la sentence de compétence ou d'incompétence, totale ou partielle, ne posera pas de difficultés particulières concernant la sentence sur le fond. La délimitation de la frontière entre justice publique et justice privée approuvée, la sentence sur le fond pourra être accueillie sans difficulté. Le rejet du recours contre la sentence incidente sur la compétence, que le tribunal arbitral ait retenu sa compétence totale ou son incompétence partielle, devrait conduire à ce que la sentence sur le fond du litige ne puisse être annulée au motif que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent. La difficulté ne se posera pas en cas de sentence d'incompétence totale, la sentence sur le fond étant inexistante par définition.

764. Quant aux conséquences sur les suites de l'instance, il faut distinguer entre la sentence de compétence ou d'incompétence.

765. Concernant tout d'abord le jugement accueillant dans l'ordre juridique français *la sentence de compétence*, en premier lieu, toute juridiction française saisie au fond d'un litige identique à celui soumis à l'arbitrage devrait nécessairement accueillir l'exception d'arbitrage qui lui est opposée et se juger incompétente en se conformant à la sentence, avant même de juger l'action irrecevable en raison de la fin de non-recevoir tirée de l'exception de chose jugée dans le cas où le principal a déjà été jugé par le tribunal arbitral. Cette hypothèse restera sans doute purement théorique dans la mesure où l'on imagine mal une partie déboutée de son recours contre la sentence de compétence tenter cette saisine désespérée, inévitablement vouée à l'échec. En second lieu, le juge d'appui sera tenu de prêter son concours à l'arbitrage si le juge du contrôle a accueilli la sentence de compétence. Mais cette hypothèse ne devrait pas se rencontrer dans la mesure où le tribunal arbitral a déjà été constitué et a rendu sa sentence sur la compétence. Cependant, en cas d'annulation de la sentence pour une autre cause que celle de l'incompétence, le juge d'appui devrait être tenu de prêter son assistance à l'arbitrage si le juge du contrôle de la sentence a tout de même rejeté le recours pour incompétence, retenant que le tribunal arbitral s'était à juste titre retenu compétent.

¹ Les développements qui suivent sont consacrés au recours en annulation. Les solutions posées ici valent également pour l'appel de l'ordonnance accordant ou refusant la reconnaissance ou l'exequatur à la sentence.

766. Concernant ensuite le jugement accueillant *la sentence d'incompétence*, il reste à définir les suites de l'instance : identifier l'organe juridictionnel compétent.

Si, comme dans la plupart des cas, le tribunal arbitral a estimé qu'il n'était pas compétent car le litige relève de la justice publique, la compétence de la justice publique est ainsi reconnue. La sentence qui acquiert force de chose jugée par le rejet du recours devrait tout d'abord lier la juridiction étatique saisie ensuite du fond du litige identique à celui soumis à l'arbitrage pour lequel le tribunal arbitral s'est jugé incompétent, tenue de se juger compétente, précisons-le, du seul point de vue de la répartition du contentieux entre la justice publique et la justice arbitrale. Techniquement, l'exception d'arbitrage devrait être jugée irrecevable au regard de la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée de la sentence d'incompétence¹. Toutefois, cela ne préjuge pas des autres questions de compétence de la juridiction saisie : il faudra encore que cette dernière soit convaincue de sa compétence générale selon les règles de droit international privé en présence d'un litige de nature internationale, et de sa compétence spéciale selon les règles de droit judiciaire privé interne. Ensuite, la sentence d'incompétence accueillie devrait lier le juge d'appui, ce dernier devant ainsi refuser toute assistance à la constitution d'un nouveau tribunal arbitral, nécessairement incompétent².

Si, même si cela ne se produit que plus rarement, le tribunal arbitral a estimé qu'il n'était pas compétent car le litige relève d'un autre tribunal arbitral, la sentence d'incompétence rendue au profit d'un autre tribunal arbitral, accueillie dans l'ordre juridique français par le juge du contrôle, devrait lier le juge français du fond. Ce dernier sera alors tenu d'accueillir l'exception d'arbitrage. Il en va de même pour le juge d'appui, tenu d'assister les parties dans la constitution d'un tribunal arbitral en conformité avec la volonté des parties telle qu'interprétée par le juge du contrôle. Cette sentence lie-t-elle pour autant cet autre tribunal arbitral, par la force de l'autorité de la chose jugée attachée à la première sentence arbitrale par l'ordre juridique français ? La question mérite d'être posée ; elle est survenue en pratique³. Par souci de coopération juridictionnelle et sous réserve du respect de certaines règles fondamentales, le second tribunal arbitral saisi devrait s'estimer lié par la première sentence, confortée par le jugement étatique la validant.

767. Ainsi, les solutions en cas de rejet du recours formé devant les juridictions publiques contre la sentence de compétence ou d'incompétence sont relativement simples. L'analyse est plus complexe en cas d'accueil du recours.

§ 2.- L'accueil du recours

768. L'accueil du recours, quel qu'il soit, conduit bien évidemment à ce que la sentence par laquelle le tribunal arbitral s'est jugé compétent ou incompétent soit annulée en cas de recours en annulation ou rejetée de l'ordre juridique français dès lors que la reconnaissance ou l'exequatur ne lui sont pas accordés.

¹ En ce sens, J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 750, n° 30 ; art. 584.2 du Code de procédure civile autrichien.

² *Ibid.*, p. 751, n° 32.

³ CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie*, *op. cit.* Cf. *supra*, n° 577.

Les conséquences de l'annulation de la sentence statuant sur la compétence sont multiples et doivent être identifiées. Pour ce faire, distinguons selon que le tribunal arbitral s'est jugé compétent (A) ou incompétent (B).

A.- Les conséquences de l'annulation de la sentence de compétence

769. Si le recours est accueilli, la sentence par laquelle le tribunal arbitral s'est jugé compétent est anéantie, ou tout au moins jugée inefficace dans l'ordre juridique français. L'accueil du recours aura des répercussions sur trois terrains, tout d'abord sur la sentence statuant sur le contentieux du fond (1), ensuite sur les actes de procédure prononcés en amont (2), et enfin sur les suites à donner à l'instance afin que le litige au principal puisse être tranché (3).

1).- Conséquences sur la sentence statuant sur le fond

770. Compte tenu du lien indivisible, de dépendance nécessaire, entre les questions de compétence et le fond du litige – seul un tribunal arbitral compétent pouvant connaître du principal –, l'annulation intégrale de la sentence de compétence entraîne logiquement, en cascade, l'annulation de l'intégralité de la sentence finale. Situation la plus simple donc, si le tribunal arbitral a statué par une seule et même sentence sur la compétence et le fond du litige, et que le juge du contrôle annule la sentence pour incompétence totale, c'est la sentence dans son ensemble qui sera annulée ou son exequatur refusé.

771. Deux facteurs peuvent venir brouiller cette situation : d'une part, le fait que le tribunal arbitral statue sur sa compétence et sur le fond par des sentences distinctes, d'autre part, les cas d'annulation partielle de la sentence statuant sur la compétence.

772. Premier facteur, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une sentence incidente et poursuit l'instance arbitrale sur le fond malgré le recours formé contre la sentence partielle de compétence. Ce « *saucissonnage de la procédure arbitrale* » peut conduire à ce que la sentence d'incompétence soit annulée alors que le tribunal arbitral a déjà statué sur le fond du litige ou est sur le point de le faire. Ces situations se sont produites en pratique et la solution apportée est simple et logique : la sentence sur le fond prononcée *avant* ou *après* l'annulation de la sentence sur la compétence sera annulée¹.

Trois précisions doivent être apportées. Tout d'abord, l'annulation ne s'opère pas de plein droit. Un recours doit donc être intenté contre la sentence finale statuant sur le fond moyen pris de l'incompétence du tribunal arbitral², même s'il n'est bien évidemment pas

¹ Concernant une sentence sur le fond rendue après l'annulation de la sentence partielle, CA Paris, 18 nov. 2004, *SA Ess Food c. Société Caviartrade*, *Rev. arb.*, 2006.755, obs. P. DUPREY ; concernant une sentence sur le fond rendue avant l'annulation de la sentence partielle, CA Paris, 21 nov. 2002, *Tarom*, *Rev. arb.*, 2008.701 : si, le temps que le recours contre la sentence sur la compétence, le tribunal arbitral a entre temps rendu une sentence sur le fond du litige, dès lors qu'il n'ait pas tenu de surseoir à statuer dans l'attente du sort de la sentence, « *l'annulation de la sentence partielle entraîne par voie de conséquence celle de la sentence finale rendue par un arbitre statuant sans convention d'arbitrage* ». La solution est également affirmée en doctrine, cf. J.-B. RACINE, note sous CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.* et Ch. JARROSSON, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *op. cit.*, p. 34, n° 31 : « [t]oujours pour éviter les incohérences, l'annulation d'une sentence préliminaire sur la compétence entraîne automatiquement celle de la sentence au fond qui a été rendue dans l'intervalle ».

² A. PINNA, « L'annulation d'une sentence arbitrale partielle », *Rev. arb.*, 2008.615, p. 624, n° 17.

nécessaire de démontrer à nouveau l'incompétence pour le requérant, l'autorité de la chose jugée de l'annulation de la sentence sur la compétence s'imposant au juge saisi du contrôle de la sentence finale. Ensuite, l'arrêt prononçant l'annulation de la sentence incidente sur la compétence doit être définitif. A défaut, il est préférable que la Cour saisie d'un recours à l'encontre de la sentence sur le fond sursoie à statuer dans l'attente du sort définitif de la sentence incidente, comme l'a fait la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Tarom*¹. Enfin, si l'annulation de la sentence de compétence – ou son refus de reconnaissance ou d'exequatur – prononcée par les juridictions françaises impose aux juridictions françaises saisies ultérieurement d'annuler ou rejeter la sentence subséquente statuant sur le fond du litige, cela ne sera pas nécessairement le cas lorsque cette sentence a été annulée par les juridictions de l'État du siège lorsque l'État du siège n'est pas la France ou que sa reconnaissance et son exequatur ont été rejetés à l'étranger. Une sentence arbitrale de compétence qui serait annulée dans l'État du siège pourrait être reconnue en France, de même que la sentence sur le fond².

773. Second facteur de complexification, il peut arriver que l'annulation de la sentence ne soit que partielle : le juge de l'annulation considère ainsi que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent, *ratione personae* ou *ratione materiae*, mais seulement en partie. Dans ce cas, quelle doit être l'étendue de l'annulation de la sentence sur le fond ? Doit-elle être annulée seulement partiellement, l'annulation de la sentence finale ainsi limitée à l'incompétence partielle, ou la sentence finale doit-elle être annulée dans son intégralité, bien que la cause d'incompétence ne soit que partielle ?

De prime abord, il nous paraît logique que la réponse dépende de la divisibilité de la sentence sur le fond : dès lors que les condamnations prononcées par la sentence sont divisibles, le juge saisi d'un recours en annulation contre la sentence sur le fond devrait s'en tenir à une annulation partielle de la sentence sur le fond, en correspondance avec l'annulation partielle de la sentence de compétence. La solution est d'ailleurs préférable en termes d'efficacité juridictionnelle. Les parties n'ont pas à initier une nouvelle procédure arbitrale pour la part du litige pour laquelle le tribunal arbitral était bien compétent, et qui a été tranchée au fond. Bref, une économie de temps et d'argent. C'est en ce sens que se prononce l'article V(1)(c) de la Convention de New York, prévoyant que « [...] *si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées* ». La même solution est retenue par l'article IX de la Convention de Genève de 1961, dans des termes similaires. En cas de simple dépassement de la compétence arbitrale, le juge français est tenu de refuser la reconnaissance et l'exequatur uniquement pour ce qui concerne les dispositions de la sentence qui ne relèvent pas de la compétence arbitrale, et au contraire d'accueillir les dispositions de la sentence pour lesquelles le tribunal arbitral est compétent, lorsque les dispositions de la sentence sont divisibles. C'est également ce que l'on peut déduire d'une disposition du CPC lui-même, l'article 1498 al. 2 CPC pour l'arbitrage interne, reprenant l'ancien article 1490 CPC, l'article 1527 al. 2 CPC pour

¹ Rapporté par l'arrêt de la CA Paris, 21 nov. 2002, *op. cit.*, p. 702 : « *la cour d'appel de Paris a, suivant arrêt du 22 juin 2000, sursis à statuer sur le recours en annulation contre la sentence finale du 20 juin 1998 en l'attente de la décision de la cour de cassation* », cette dernière ayant été saisie d'un pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999 qui annulait la sentence partielle de compétence.

² Cf. *supra*, n° 646.

l'arbitrage international prévoyant dans les mêmes termes que « [l]e rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour »¹.

Ces solutions de principe, posées aussi bien par le Code de procédure civile que par deux des instruments internationaux de l'arbitrage, sont suivies de manière générale par la jurisprudence française. Ainsi, il est admis sans aucune hésitation qu'en cas d'indivisibilité des dispositions de la sentence sur le fond, d'indivisibilité « *des chefs de la sentence* », l'annulation seulement partielle de la sentence de compétence entraîne l'annulation totale de la sentence sur le fond. Il en va de la cohérence de la sentence arbitrale. C'est ce qui a été jugé par exemple récemment dans l'affaire opposant la *Société Empresa de Telecomunicaciones de Cuba SA* à la société *Telefonica Antillana et autres*². Le tribunal arbitral avait été jugé partiellement incompétent *ratione materiae* par les juridictions françaises saisies d'un recours en annulation, pouvant connaître du premier contrat de prêt et du contrat de cession de droits, à l'exclusion du second contrat de prêt, prévoyant un arbitrage à Madrid et non à Paris comme dans les deux premiers contrats. Cette incompétence arbitrale spéciale partielle devait-elle entraîner l'annulation totale de la sentence sur le fond ? C'est ce que juge la cour d'appel de Paris au regard de la connexité existant entre les différents contrats sur lesquels le tribunal arbitral a statué, connexité que le tribunal arbitral a lui-même constatée en décidant d'instruire et juger ensemble les demandes portant sur ces différents contrats par la consolidation des procédures arbitrales³. La connexité entre les demandes instruites et jugées ensemble oblige alors le juge à annuler en totalité la sentence sur le fond même pour incompétence partielle.

Concernant la possibilité d'annulation partielle de la sentence sur le fond lorsque l'incompétence du tribunal arbitral est seulement partielle, les choses sont plus nuancées. Les décisions les plus anciennes semblent admettre sans difficulté l'annulation partielle de la sentence sur le fond consécutivement à l'annulation seulement partielle de la sentence de compétence. Ainsi, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 février 1978, a refusé de prononcer la nullité intégrale de la sentence en raison de la nullité partielle de la sentence de compétence, « *dès lors que l'annulation de la sentence sur un point précis ne pouvait entraîner la nullité de l'ensemble de la décision arbitrale* »⁴, constatant de la façon suivante la « *divisibilité des éléments de la sentence* »⁵ : le compromis et son avenant « *énuméraient des difficultés distinctes* » opposant le constructeur d'une usine à son client relativement à des malfaçons, les arbitres ayant statué hors compromis uniquement concernant le chef ajouté par l'avenant, « *point précis* » relatif à un isolement phonique qui « *ne remettait pas en cause leurs estimations sur les autres chefs du litige* »⁶. La divisibilité des chefs de la sentence était donc incontestable.

¹ En ce sens également, cf. M. DE BOISSÉSON, note sous CA Paris, 16 nov. 2006, *op. cit.*

² CA Paris, 16 nov. 2006, *Société Empresa de Telecomunicaciones de Cuba SA c. SA Telefonica Antillana et SNC Banco Nacional de Comercio Exterior, op. cit.*

³ *Ibid.* : « *il convient d'annuler la sentence dans son entièreté sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens présentés, rejetant ainsi la demande subsidiaire de la société Bancomext de découper au travers d'un dispositif d'une dizaine de pages dans la sentence ce qui relèverait du second contrat de prêt alors que la connexité entre les demandes, qu'elle se plaît à relever, les a fait instruire et juger ensemble par les arbitres* ».

⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 1978, *Rev. arb.*, 1978.472.

⁵ Ph. FOUCHARD, note sous Cass. 3^e civ., 21 fév. 1978, *Rev. arb.*, 1978.472, p. 473.

⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 1978, *op. cit.*

Mais l'observation de la jurisprudence la plus récente fait état d'un bilan contrasté, les juges étatiques privilégiant l'annulation totale de la sentence sur le fond malgré la divisibilité des dispositions de la sentence. C'est ce qu'il résulte tout d'abord de l'affaire *Ess Food c. Caviatrade*¹. L'incompétence *ratione materiae* du tribunal arbitral était seulement partielle. En effet, la sentence incidente de compétence frappée d'un recours en annulation, le juge de l'annulation avait estimé que la compétence arbitrale était limitée au seul établissement d'un décompte entre des avances pour achat de matières premières et des factures émises non encore payées, le tribunal arbitral s'étant à tort jugé compétent pour statuer sur l'allocation de dommages et intérêts consécutifs à une inexécution contractuelle. L'incompétence du tribunal arbitral était donc partielle. La sentence finale rendue, elle est frappée d'un recours en annulation. Le défendeur ne s'opposait pas à l'annulation, mais prétendait qu'elle devait être limitée uniquement au dépassement de compétence du tribunal arbitral. La sentence finale est pourtant annulée dans son intégralité. La solution peut surprendre alors que les dispositions de la sentence étaient divisibles : celles prononcées concernant spécifiquement l'établissement du décompte, pour lequel le tribunal arbitral était incontestablement compétent, auraient pu et dû être validées. Cependant, en l'espèce, la solution s'imposait sans doute puisque la sentence incidente de compétence avait été préalablement annulée dans son intégralité. Aussi retiendrait-on que si les dispositions de la sentence statuant sur le fond doivent être divisibles afin que les dispositions de la sentence pour lesquelles le tribunal arbitral était compétent puissent être validées, il faut encore que la sentence incidente de compétence ne soit annulée que partiellement. En cas d'annulation totale comme c'était le cas dans cette espèce, et malgré la divisibilité évidente des dispositions de la sentence sur le fond, le juge français saisi de la demande d'annulation de la sentence sur le fond est lié par l'autorité de la chose jugée attachée au jugement d'annulation totale de la sentence sur la compétence et devra nécessairement annuler dans sa totalité la sentence sur le fond.

Ce n'était cependant pas le cas dans l'affaire *Laboratoires Besins c. Kocak*². La sentence de compétence avait été seulement annulée partiellement, concernant l'extension *ratione personae* de la convention d'arbitrage à l'égard du dirigeant social pris personnellement. Une sentence sur le fond avait été préalablement rendue à l'annulation partielle de la sentence de compétence par laquelle deux sociétés et le dirigeant de ces deux sociétés étaient condamnés *in solidum* à indemniser le demandeur en raison de la résiliation du contrat de distribution à leurs torts. La cour d'appel saisie du recours en annulation contre la sentence finale l'a cependant annulée en son intégralité. Un pourvoi est formé, reprochant l'annulation de la sentence finale dans son intégralité, et non seulement en partie, alors que le litige était divisible. La première chambre civile rejette le pourvoi, et approuve donc l'annulation partielle de la sentence finale au motif « *qu'ayant décidé que [le dirigeant] n'était pas lié par la clause compromissoire, la cour d'appel a pu, bien que les condamnations ne soient pas indivisibles et que [l'une des sociétés] admette être liée par la convention d'arbitrage, annuler la sentence dans sa totalité sans encourir les griefs du moyen dès lors qu'elle relevait que l'arbitre s'était à tort déclaré compétent pour retenir la responsabilité contractuelle in solidum des recourants et statuer dans les termes identiques sur les réparations au profit [du*

¹ CA Paris, 18 nov. 2004, *Ess Food c. Société Caviatrade*, *op. cit.*

² Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 2006, *Société Laboratoires Besins international c. société Kocak Ilac Fabrikasi AS et autres*, *Rev. arb.*, 2008, p. 307, note D. COHEN.

demandeur] ». De prime abord, cet arrêt entre en violation des règles précédemment posées : pourquoi la Cour de cassation ne censure-t-elle pas la cour d'appel qui, ayant constaté la divisibilité des condamnations, annule intégralement la sentence sur le fond alors qu'elle reconnaît que le tribunal arbitral n'était que partiellement incompétent, à l'égard du seul dirigeant des deux sociétés ? Certains éléments de l'attendu conduisent cependant à penser que la Cour de cassation relativise elle-même l'indivisibilité des condamnations constatée par la cour d'appel. La Haute juridiction rappelle en effet que la juridiction du second degré relève « *que l'arbitre s'était à tort déclaré compétent pour retenir la responsabilité contractuelle in solidum des recourants et statuer dans les termes identiques sur les réparations au profit* [du demandeur au recours en annulation] ». Ce sont ainsi en réalité deux éléments de l'indivisibilité de la condamnation qui sont ici mis en exergue. En effet, tout d'abord, la condamnation *in solidum* n'est pas nécessairement le signe du caractère divisible de la condamnation. En faveur du caractère divisible, on peut retenir que l'existence d'une obligation *in solidum* permet au créancier de poursuivre un seul des débiteurs condamnés pour le tout. Il serait donc possible d'annuler la seule condamnation personnelle du dirigeant et de laisser subsister les condamnations des sociétés qui étaient liées par la convention d'arbitrage : le créancier pourra ainsi poursuivre les deux autres sociétés, le tribunal arbitral étant bien compétent à leur égard. Au contraire, en faveur du caractère indivisible de la condamnation, on retiendra que l'obligation *in solidum* permet à la partie condamnée pour le tout d'agir contre les codébiteurs afin que chacun contribue en proportion de sa quote-part. Il serait donc impossible d'annuler la seule condamnation personnelle du dirigeant, puisque le débiteur poursuivi pour payer le tout serait ainsi contraint de supporter seul l'annulation de la sentence au regard du dirigeant. Ensuite, la Cour de cassation s'appuie sur le fait que le tribunal arbitral a « *statu[é] dans les termes identiques sur les réparations au profit de* [la recourante] ». C'est encore un indice dans le sens que le litige a été instruit devant le tribunal arbitral dans sa globalité. Ainsi, afin d'approuver les juges du fond, la Cour de cassation se fonde principalement sur des éléments qui mettent en relief l'indivisibilité des dispositions de la sentence sur le fond, affirmant ainsi « *l'indivisibilité de la sentence* »¹.

2).- Conséquences sur les actes de procédure préalablement ordonnés

774. En amont du prononcé de la sentence de compétence, quel est le sort des actes de procédure prononcés ? La question s'est posée en droit positif concernant le cas d'annulation de la sentence pour dépassement du délai d'arbitrage. Les juridictions ont retenu que les opérations d'arbitrage antérieures n'étaient pas affectées par l'annulation postérieure de la sentence arbitrale².

Toutefois, la solution paraît difficilement transposable lorsque la cause d'annulation de la sentence trouve son fondement dans l'absence de compétence du tribunal arbitral. C'est en ce sens que se prononce la doctrine : « [I]a nullité de la convention d'arbitrage annihile toute la procédure d'arbitrage commencée sur son fondement et on peut dès lors affirmer qu'il ne

¹ D. COHEN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *Société Laboratoires Besins international c. société Kocak Ilac Fabrikasi AS et autres*, op. cit., p. 311.

² Cass. 2^e civ., 18 mai 1989, *Bull. civ.*, 1989.II.111 ; *Rev. arb.*, 1990.903, note B. MOREAU.

*subsistera rien de ce qui a pu être fait [...] »*¹. Dans le même sens, il a été jugé par un tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *Pey Casado*² que les mesures provisoires et conservatoires prononcées avant la sentence sur la compétence pour des raisons d'urgence devraient tomber dès lors que le tribunal arbitral se juge incompetent. Ne doit-on pas retenir la même solution lorsque la sentence de compétence est annulée ?

La solution s'explique selon nous au regard de la nécessité et de la possibilité de rétablir la situation : l'absence de compétence arbitrale vicie l'ensemble de la procédure puisque la procédure arbitrale n'aurait pas dû avoir lieu. Ce n'est pas le cas du simple dépassement du délai de l'arbitrage, qui conduit simplement à la fin de l'instance arbitrale.

775. Cependant, au regard des règles généralement admises en droit processuel, un « *vestige* »³ de cette procédure arbitrale annulée devrait toutefois survivre à l'annulation de la sentence de compétence : la demande d'arbitrage initiale⁴. Celle-ci en effet produit en toute hypothèse un effet, qui ne doit pas être anéanti : l'interruption de la prescription.

En ce sens, certaines sentences arbitrales retiennent que la saisine d'un centre d'arbitrage, incompetent, interrompt la prescription. Une société brésilienne demanderesse ayant saisi la cour d'arbitrage de la chambre de commerce polonaise, le défendeur s'y opposa au motif que le centre d'arbitrage saisi n'était pas le bon, la convention d'arbitrage désignant la CCI. Le centre d'arbitrage ayant refusé de former le tribunal arbitral, la société brésilienne saisit alors la CCI, qui procéda à la constitution du tribunal arbitral. La société défenderesse a alors opposé la prescription de l'action du demandeur. Le tribunal arbitral s'y est opposé au motif que la saisine erronée de la chambre de commerce polonaise avait bien interrompu le délai de prescription⁵.

Les juridictions françaises du contrôle pourraient s'inspirer de la solution, et ainsi admettre que l'annulation ou le refus de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence de compétence laissent subsister l'un des effets de la demande initiale d'arbitrage, l'effet interruptif du délai de prescription. Cette règle peut en effet être perçue comme un principe général du droit processuel, d'ailleurs accueilli en droit français, l'article 2241 al. 2 du Code civil posant pour le droit judiciaire français que la saisine d'un juge incompetent interrompt le

¹ B. MOREAU, « Les effets de la nullité de la sentence arbitrale », in *Études offertes à Pierre BELLET*, *op. cit.*, p. 403, spéc. pp. 409 et 410. En ce sens également, A. PINNA, « L'annulation d'une sentence arbitrale partielle », *op. cit.*, p. 622, n° 11.

² Trib. arb. CIRDI, sentence sur les mesures provisoires, 25 sept. 2001, *Casado c. Chili*, aff. n° ARB/98/2, *op. cit.*, spéc. n° 14 : « [i]l y a lieu d'ajouter que les mesures conservatoires, qui sont du reste provisoires par nature et par définition (comme l'observe avec raison la Partie défenderesse), peuvent être modifiées ou annulées en tout temps par le Tribunal, ne jouissent pas de la force de « *res judicata* », ne valent que pour la durée de la procédure et « *tomberaient automatiquement* » au cas où le Tribunal Arbitral déciderait qu'il est incompetent pour connaître du litige » ».

³ Le terme est de B. MOREAU, « Les effets de la nullité de la sentence arbitrale », *op. cit.*, p. 413.

⁴ En ce sens, cf. CA Paris, 8 janv. 1981, *Rev. arb.*, 1982.62, note B. MOREAU : la sentence annulée, le demandeur porta à nouveau le litige devant la Chambre arbitrale de Paris, auquel le demandeur opposa la forclusion. Cet argument présenté à nouveau devant la cour d'appel de Paris sera ainsi écarté : « *s'il est exact que l'arbitre se trouve en principe dessaisi du litige dès le prononcé de sa sentence, il n'en reste pas moins que l'annulation de celle-ci par la Cour n'a pour effet que de mettre à néant la procédure suivie devant lui ; Qu'elle n'anéantit pas pour autant la demande d'arbitrage adressée à un organisme institutionnel, en l'espèce, la Chambre arbitrale de Paris [...]* ».

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, *Société Ciech c. société Comexport Companhia Exterior*, *Rev. arb.*, 2010.90, note C. CHAINAIS.

délai de prescription extinctive. On ne peut sanctionner une partie au litige pour avoir saisi le mauvais juge, privé ou public, les difficultés d'identification du juge compétent étant une question centrale et récurrente, posée pour toute forme de justice, présente dans toutes les branches du droit processuel.

3).- Conséquences sur les suites de l'instance

776. Suite à l'annulation de la sentence de compétence, reste à déterminer qui devra connaître du fond du litige, définir l'organe juridictionnel qui pourra connaître compétemment du fond du litige. Concernant les suites à donner afin que le litige pour lequel le tribunal arbitral s'est jugé à tort compétent puisse être tranché, il faut distinguer selon que l'arbitrage revêt un caractère interne (a) ou international (b).

a).- Arbitrage interne

777. En cas d'arbitrage interne, l'article 1490 al. 2 CPC pour l'appel et l'article 1493 CPC pour le recours en annulation, dispositions reprenant l'ancien article 1485 CPC¹, imposent une même réponse : le litige au fond, dans les limites de la mission de l'arbitre, sera tranché par la cour d'appel saisie du recours, sauf, uniquement pour le recours en annulation, volonté contraire des parties. Ces dispositions peuvent-elles être appliquées lorsque la sentence de compétence est annulée ? Trois difficultés se posent.

La première difficulté tient au fait que l'arbitre est considéré comme incompetent. Les articles 1490 al. 2 et 1493 CPC requièrent que la cour d'appel « statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre ». Or n'est-il pas alors impossible que la cour d'appel soit saisie « dans les limites de la mission de l'arbitre » alors que ce dernier est jugé incompetent ? On concèdera que l'on peut considérer plus logique de renvoyer le litige à la juridiction étatique compétente de première instance dans l'ordre juridique français. La cour d'appel ne peut être saisie d'une mission pour laquelle le tribunal arbitral est incompetent. L'intervention de la cour serait ainsi privée de « tout fondement légal ». Pourtant, sur le fondement de l'ancien article 1485 CPC, les juridictions, après s'être un temps ralliées à cette solution², l'ont expressément rejetée et ont jugé cette disposition applicable alors que la sentence était annulée pour incompetence³. La solution nous semble justifiée. Il suffit de considérer que l'expression « dans les limites de la mission de l'arbitre » vise l'objet du litige dont a été saisi l'arbitre, le litige au fond, peu importe que le tribunal arbitral soit compétent ou incompetent. Ainsi, dans cette hypothèse particulière, la mission confiée à la cour d'appel dans le cadre de l'article 1493 CPC n'est pas conçue comme une substitution pure et simple au tribunal arbitral. La cour d'appel ne pourrait en effet se substituer à un tribunal arbitral par

¹ J. PELLERIN, « L'instance au fond devant la cour d'appel après l'annulation de la sentence (art. 1485 NCPC) », *Rev. arb.*, 1993.199 ; E. LOQUIN, « Perspectives pour une réforme des voies de recours », *op. cit.*

² CA Paris, 10 déc. 1985, *Rev. arb.*, 1987.157, note M.-C. RONDEAU-RIVIER : lorsque la cause de nullité de la sentence provient de la clause compromissoire elle-même (annulation pour incompetence d'ordre public du tribunal arbitral en raison de la nature du litige, droit du travail), l'annulation de la sentence prive la mission des arbitres et, partant, la saisine de la cour, de tout fondement légal ; dès lors, la mission des arbitres n'ayant plus d'existence légale, l'article 1485 ne peut recevoir application.

³ CA Paris, 3 mars 1987, *D.*, 1987, IR, 73 : la prétendue absence de validité de la clause compromissoire ne saurait faire obstacle à l'évocation du fond prévue par l'article 1485, quels que soient les motifs d'annulation et la cour se trouve appelée, en application de ce texte, à statuer sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre.

définition incompetent. La cour d'appel endosse ici un autre rôle, et intervient de manière autonome, en tant que juridiction étatique de l'ordre judiciaire¹.

La seconde difficulté concerne l'annulation de la sentence incidente de compétence. Le tribunal arbitral n'ayant pas tranché le fond de l'affaire, peut-on admettre que la cour d'appel en connaisse? De prime abord, cela paraît incongru. La juridiction du contrôle ne peut en connaître puisqu'elle ne peut statuer que « *dans les limites de la mission de l'arbitre* ». Or, ce dernier n'a pas jugé du fond de l'affaire, puisqu'il n'a statué que sur sa compétence² ! Néanmoins, il est tout à fait possible d'interpréter les articles 1490 al. 2 et 1493 CPC en sens contraire. En effet, ces dispositions ne requièrent pas nécessairement que l'arbitre ait effectivement tranché le fond du litige. Il suffit de retenir l'interprétation précédemment proposée de l'expression « *dans les limites de la mission* » de l'arbitre ou du tribunal arbitral : l'objet du litige, fixé par la demande initiale d'arbitrage et les moyens de défense opposés, est seul visé ; il n'est pas nécessaire qu'il ait été effectivement tranché par le tribunal arbitral. La cour d'appel pourra alors trancher l'objet du litige dont a été saisi le tribunal arbitral. La solution ne choquera pas concernant le recours en annulation, mais pourra étonner concernant l'appel. Dans cette dernière hypothèse, on admet la possibilité de « *sauter un degré de juridiction* »³, qui n'est pas la solution de principe en droit judiciaire privé. En effet, lorsqu'une juridiction civile statue sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, la cour d'appel qui accueille le contredit renvoie l'affaire à la juridiction qu'elle estime compétente, et donc à une juridiction du premier degré (article 86 CPC). La solution peut surprendre, mais elle n'est pas vraiment choquante. Dès lors que le litige relève de la justice publique, la cour d'appel adopte une double casquette : elle est juge de l'annulation au regard de la sentence arbitrale, mais également juridiction de l'ordre judiciaire, potentiellement compétente pour connaître du fond du litige. On pourra objecter qu'il s'agit d'une juridiction du second degré. Mais ces dernières ne possèdent-elles pas une faculté d'évocation dans le cadre de la procédure du contredit (article 89 CPC) ? Ainsi, dans le cadre de l'article 1490 al. 2 CPC, les objectifs de bonne administration de la justice, et la nécessité d'aboutir à une solution définitive au fond de l'affaire, en particulier en présence d'un litige de nature interne, prime sur l'exigence de double degré de juridiction.

La troisième difficulté est, sans conteste, la plus délicate. La possibilité reconnue à la cour d'appel de statuer sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre ne pose pas de difficultés lorsque la sentence est annulée pour incompetence arbitrale générale, le juge français estimant que le litige relève de la justice publique. Le fait que le litige soit tranché au fond par le juge du contrôle est bien plus étonnant lorsque ce dernier a annulé la sentence parce qu'il estimait que le litige relevait bien de la justice arbitrale, mais pas de ce tribunal arbitral-là, lorsque l'on est donc en présence d'une contestation de la compétence arbitrale spéciale à laquelle il est fait droit. Dans ce cas en effet, la stricte application des articles 1490 al. 2 et 1493 CPC conduira à ce que le juge du contrôle tranche le fond de l'affaire, alors qu'il estime lui-même que le litige relève en principe de la justice arbitrale. La solution est sans doute discutable et choquante, en particulier pour le recours en annulation, les parties ne

¹A. PINNA, « L'annulation d'une sentence arbitrale partielle », *op. cit.*, pp. 632-633.

² En ce sens, J. PELLERIN, « L'instance au fond devant la cour d'appel après annulation de la sentence (article 1485 du nouveau Code de procédure civile) », *op. cit.*, p. 223.

³ L'expression est d'A. PINNA, « L'annulation d'une sentence arbitrale partielle », *op. cit.*, p. 631, n° 33.

s'étant pas réservées la possibilité de faire appel de la sentence devant les juridictions d'État : dès lors qu'il est acquis que le litige ne relève pas de la justice publique, pourquoi ne devrait-il pas être renvoyé devant la justice arbitrale ? Dans cette hypothèse, par souci de cohérence, nous inviterons les cours d'appel à renvoyer les parties à l'arbitrage.

b).- Arbitrage international

778. En cas d'arbitrage international, l'article 1493 CPC est inapplicable. Il n'appartient donc pas au juge du contrôle de trancher le fond du litige. Il faut donc s'interroger sur l'identification de l'organe juridictionnel qui est compétent pour connaître du fond du litige. La difficulté en la matière provient du fait que le juge du contrôle de la sentence ne procède généralement pas à la désignation de la juridiction qu'il estime compétente. Il s'est refusé de le faire en présence d'une contestation de la compétence arbitrale spéciale, alors que l'une des parties demandait expressément le renvoi devant un autre organisme d'arbitrage, au motif qu' « *il n'appartient pas au juge de l'annulation d'une sentence rendue à Paris sous l'égide de la Chambre de commerce internationale [...] de renvoyer les parties « à se pourvoir devant la Cour internationale d'arbitrage commercial de la Chambre de commerce et d'industrie de Roumanie », ainsi que le demande la société Tarom* »¹. C'est donc sa qualité de juge de l'annulation d'une sentence déterminée qui conduit la cour d'appel à refuser de se faire juge de la compétence des autres juridictions.

La portée de cet arrêt peut être relativisée. En effet, en l'espèce, le recourant contestait la compétence arbitrale spéciale, c'est-à-dire le choix d'une forme d'arbitrage plutôt qu'une autre. Il est donc logique que la juridiction du contrôle ait refusé de désigner un centre d'arbitrage. Cependant, même si on était en présence d'une contestation de la compétence arbitrale générale, la solution aurait sans doute été identique. Le juge du contrôle se refusera sûrement à procéder à la désignation du juge étatique compétent, au regard des règles de compétence judiciaire internationale et nationale. Il est juge de la compétence juridictionnelle générale à travers le contrôle de la sentence. Son rôle s'arrête là.

779. Si le juge de l'annulation refuse de trancher ce point dans le dispositif du jugement, les litigants ne sont cependant pas complètement démunis. Tout d'abord, ils peuvent se raccrocher à une certitude : la compétence ne relève pas du tribunal arbitral déjà saisi. De plus, au vu des motifs et arguments développés par le juge du contrôle, il sera sans doute aisé d'identifier si le litige relève, hypothèse plus rare, d'un autre tribunal arbitral, qui sera facile à identifier si une autre clause compromissoire était en cause, ou, hypothèse plus fréquente, de la justice publique. Si le litige relève de la justice publique, il est vrai que le parcours du combattant afin d'identifier la juridiction étatique compétente est loin d'être achevé pour les parties, en particulier en présence d'un litige international. Ce seront à celles-ci de définir l'ordre juridique compétent selon les règles de droit international privé, de même qu'au sein de l'État ainsi identifié, la juridiction compétente *ratione loci* et *ratione materiae*. S'il s'avère que l'ordre juridictionnel français est compétent, les juridictions étatiques françaises, saisies au fond du même litige que celui soumis à l'arbitrage, seront sans doute

¹ CA Paris, 1^{er} juin 1999, *Société Tarom c. société Khayat Travel and Tourism*, *op. cit.* Le défendeur invoquait la compétence d'un autre tribunal arbitral et demandait expression au juge de l'annulation le renvoi des parties devant un tribunal arbitral constitué sous l'égide de cet autre centre d'arbitrage, la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Roumanie. La cour d'appel de Paris a rejeté cette demande.

liées par cette décision concernant le fait que le litige relève de la justice publique et non de la justice privée. Quant au juge d'appui, il devra refuser de prêter son concours pour permettre la constitution d'un autre tribunal arbitral, tenu de constater l'inapplicabilité ou la nullité de la convention d'arbitrage. Comme nous l'avons précédemment exposé, les juridictions du fond, tout comme le juge d'appui ne seront plus liés par l'effet négatif du principe compétence-compétence, qui a épuisé ses effets, mais par la décision rendue par les juridictions d'État contrôlant la sentence, détenant la compétence exclusive en droit français pour juger de la compétence juridictionnelle générale.

B.- Les conséquences de l'annulation de la sentence d'incompétence

780. Si la sentence d'incompétence est annulée ou sa reconnaissance refusée, elle sera anéantie ou inefficace dans l'ordre juridique français. Plusieurs difficultés se posent, selon que la sentence d'incompétence est totale (1) ou partielle (2).

1).- Annulation de la sentence d'incompétence totale

781. En cas d'annulation de la sentence d'incompétence totale, les choses sont assez simples. Par définition, la question de l'étendue de l'annulation aux sentences subséquentes rendues sur le fond ne se pose pas, dès lors que la sentence d'incompétence a mis fin à l'instance arbitrale. Seule se pose la question des suites de l'annulation ou du refus de reconnaissance de la sentence d'incompétence. Aucune disposition n'apporte d'éléments de réponse à cette situation particulière. On pourra regretter que les rédacteurs du nouveau décret n'aient pas saisi l'opportunité d'apporter des réponses aux questions en suspens, pourtant fondamentales pour les parties quant aux suites de l'instance en annulation ou de l'appel contre la demande de reconnaissance. Ainsi aurait-il été judicieux de préciser si suite à l'annulation de la sentence d'incompétence, les parties doivent retourner à l'arbitrage et selon quelles modalités.

782. A défaut de dispositions particulières, il faut donc, à regret, s'en remettre aux dispositions générales. On peut partir de ce qui nous semble être une évidence : dès lors que la sentence d'incompétence a été annulée, le litige doit revenir devant la justice arbitrale jugée compétente. Mais les choses ne sont pas si simples. Distinguons entre arbitrage interne (a) et arbitrage international (b).

a).- Arbitrage interne

783. De manière étonnante, le juge d'État du contrôle n'aurait pas à renvoyer les parties à l'arbitrage bien qu'il annule la sentence d'incompétence. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, les articles 1490 al. 2 CPC pour l'appel et 1493 CPC pour le recours en annulation devraient s'opposer à cette solution, si on transpose les solutions admises pour la sentence de compétence. Le litige dont a été saisi le tribunal arbitral devrait être tranché par la cour d'appel saisie du recours contre la sentence. Une telle interprétation de l'article 1493 CPC est soutenable comme préalablement exposé¹. Il n'est pas nécessaire que le fond du

¹ A. PINNA, « L'annulation d'une sentence arbitrale partielle », *op. cit.*, p. 631, n° 34 ; B. MOREAU, « Les effets de la nullité de la sentence arbitrale », *op. cit. Contra*, J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 771, n° 53, proposant de considérer que « la cour d'appel ne peut statuer au fond que si la sentence arbitrale annulée a, elle aussi, tranché le fond ».

litige ait été effectivement tranché par le tribunal arbitral. Le juge du contrôle pourra statuer sur le fond « *dans les limites de la mission de l'arbitre* », c'est-à-dire, de l'objet du litige dont l'arbitre était saisi et pour lequel il s'est jugé incompétent.

La solution ne choque pas complètement pour l'appel, les parties s'étant réservées la possibilité que l'affaire soit à nouveau examinée en fait et en droit devant les juridictions publiques au second degré. Mais, incontestablement, la solution est illogique pour le recours en annulation. Dès lors qu'il est admis que la compétence revient en principe au tribunal arbitral, et sauf renonciation des parties, « *la raison commande que les parties retournent à l'arbitrage* »¹. L'absurdité de la solution est tout simplement la conséquence de l'absence de prévision de dispositions spécifiques à cette situation particulière. Il suffirait sans doute d'écarter l'application de l'article 1493 CPC à l'annulation de la sentence d'incompétence.

b).- Arbitrage international

784. La solution diffère en matière internationale, l'article 1493 CPC étant une disposition propre à l'arbitrage interne. Aussi le litige devrait-il effectivement être confié aux arbitres. Toutefois, la question des modalités de retour devant la justice arbitrale reste jusqu'à aujourd'hui sans réponse. Est-ce qu'il revient au juge du contrôle de préciser les modalités de retour ou sont-elles laissées à la discrétion des parties ? L'instance arbitrale initiale peut-elle reprendre ? A défaut, les parties au litige doivent-elles initier une nouvelle instance devant le même tribunal arbitral, composé par les mêmes arbitres, ou un autre tribunal arbitral, composé autrement ou, pourquoi pas, par tout ou partie des arbitres précédemment nommés² ? Le nouveau droit français de l'arbitrage n'a malheureusement pas tranché ces points discutés dans la doctrine. Examinons-les un à un.

i).- *Les modalités de retour devant la justice arbitrale sont-elles fixées par la juridiction du contrôle ou laissées à la discrétion des parties ?*

785. Première interrogation, on ne sait si les modalités de retour devant la justice arbitrale doivent être fixées par la juridiction du contrôle ayant écarté la sentence d'incompétence ou si elles peuvent être laissées à la discrétion des parties.

786. La première solution est de confier au juge du contrôle lui-même, le juge ayant prononcé l'annulation ou refusé la reconnaissance de la sentence d'incompétence, le rôle de préciser les modalités du retour à l'arbitrage. La solution a été retenue en droit suisse par le Tribunal fédéral lui-même. En l'espèce, un tribunal arbitral siégeant en Suisse s'était jugé incompétent, partiellement, pour se prononcer sur la compatibilité du contrat principal avec le droit communautaire de la concurrence. Le Tribunal fédéral annula la sentence partielle d'incompétence au motif que le tribunal arbitral aurait dû se juger compétent et examiner la validité du contrat au regard du droit communautaire. La Haute juridiction suisse a opté par un jugement du 28 avril 1992 pour le retour devant les mêmes arbitres, qui ne peuvent être récusés motif pris de l'annulation de la sentence, tenus de se conformer à l'arrêt de renvoi et

¹ J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 771, n° 53.

² La question a été posée initialement par A. DIMOLITSA, « Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *op. cit.*, p. 326, n° 23 ; J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 772, n° 54.

ainsi, de se juger compétents¹. Ainsi, c'est le juge du contrôle lui-même qui détermine les modalités de retour à l'arbitrage, les parties et le tribunal arbitral liés par l'arrêt du jugement du contrôle.

Les juridictions françaises statuant sur les recours ouverts contre la sentence pourraient s'en inspirer, et, lorsqu'elles rejettent une sentence d'incompétence, déterminer dans le dispositif les modalités de retour à l'arbitrage, quelles qu'elles soient.

Premier avantage incontesté de la solution, les parties ne sont pas « lâchées dans la nature », dans le maquis juridictionnel par l'annulation de la sentence d'incompétence. Les parties au litige connaissent les modalités du retour à l'arbitrage et ne peuvent débattre de la question, liées par l'autorité de la chose jugée du jugement d'annulation. Bien évidemment, les parties pourraient d'un commun accord ne pas se conformer à ce jugement. Mais en l'absence d'accord, la solution est bienvenue ; elle évitera une nouvelle instance devant les juridictions étatiques afin de fixer les conditions de désignation du tribunal arbitral ou de statuer sur d'éventuelles demandes de récusation notamment si les mêmes arbitres sont à nouveau désignés.

Second avantage, non négligeable, le rôle actif du juge du contrôle limite le risque éventuel de déni de justice négatif. Son jugement revêtu de l'autorité de chose jugée devrait s'imposer au tribunal arbitral. Le tribunal arbitral désigné comme compétent pour juger du fond de l'affaire par le juge du contrôle, quel qu'il soit – identique ou nouvellement constitué –, est tenu de se juger compétent pour juger du fond de l'affaire. Ce dernier avantage doit cependant être relativisé.

787. Bien que présentant des avantages incontestables, il n'est pas certain que les juridictions françaises annulant la sentence d'incompétence acceptent d'endosser ce rôle supplémentaire, consistant à juger des modalités de retour à l'arbitrage. En effet, par le passé, les juridictions françaises, annulant une sentence *de compétence* au motif que le tribunal arbitral étant incompétent, constitué sous l'égide d'un centre d'arbitrage alors qu'il aurait dû être constitué sous l'égide d'un autre, ont refusé de désigner la juridiction arbitrale compétente². Compte tenu de la représentation de l'arbitrage à laquelle adhèrent les juridictions françaises, l'arbitrage étant perçu comme un ordre juridique autonome, on peut douter que les juridictions françaises estiment nécessaire d'intervenir en précisant les modalités de retour à l'arbitrage. Cette intervention du juge public pourrait être considérée comme excessive.

Surtout, les arbitres ne sont pas nécessairement et automatiquement liés par le jugement de l'une des juridictions du contrôle, dans la conception westphalienne tout comme dans la conception transnationale de l'arbitrage. Un ordre étatique du contrôle de la sentence peut-il prétendre imposer aux arbitres sa propre vision de la compétence juridictionnelle générale, sa propre vision de la répartition des compétences entre justice arbitrale et justice d'État ? Il n'est pas certain qu'un tribunal arbitral s'estime lié par un tel jugement et qu'il accepte de se

¹ Tribunal fédéral suisse, 28 avril 1992, *Société G c. société V.*, *Rev. arb.*, 1993.124, note L. IDOT ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 837.

² CA Paris, 1^{er} juin 1999, *Société Tarom c. société Khayat Travel and Tourism*, *op. cit.*

juger compétent¹. On préconisera cependant aux arbitres désignés de s'y conformer au regard d'une coopération juridictionnelle transnationale nécessaire et des intérêts des parties : les débats sur la compétence ne peuvent s'éterniser, le litige sur le fond restant entier. Cependant, la question restera entière si des juridictions du contrôle relevant d'État différents saisies en parallèle divergent sur le sort de la sentence d'incompétence.

788. La seconde solution serait de laisser les parties s'entendre sur les modalités de retour à l'arbitrage. En cas de désaccord, elles pourraient trouver assistance auprès du centre d'arbitrage, ou, à défaut, auprès du juge d'appui. Ces derniers pourraient naturellement intervenir en relais de la juridiction du contrôle. L'intervention du juge d'appui français était déjà admise avant la réforme du droit de l'arbitrage pour toute difficulté de constitution du tribunal arbitral, pour l'arbitrage interne comme international. Le nouveau droit français de l'arbitrage a expressément consacré cette possibilité admise par la jurisprudence. En effet, en vertu de l'article 1454 CPC², disposition applicable à l'arbitrage interne comme international sur renvoi de l'article 1506-2° CPC, le juge d'appui peut trancher « *tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral* » que ceux visés par les articles 1451 à 1453 CPC. Or, les difficultés auxquelles sont confrontées les parties pour retourner à l'arbitrage suite à l'annulation de la sentence d'incompétence – déterminer si le litige doit être renvoyé devant le même tribunal arbitral ou un autre, composé autrement – constituent sans doute un « *différend lié à la constitution du tribunal arbitral* », même s'il est quelque peu original.

Sollicité par les parties, le juge d'appui français est lié par la décision de rejet de la sentence d'incompétence prononcée par le juge du contrôle français, lié par l'autorité positive de chose jugée, le principe compétence-compétence ayant épuisé tous ses effets. Aussi doit-il nécessairement faire droit à la demande d'assistance à l'arbitrage. Il ne peut opposer la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, tenu par la décision du contrôle jugeant la convention d'arbitrage valable et applicable au terme d'un contrôle total.

A cette occasion, des règles claires pourraient être élaborées, tenant compte de la commune volonté des parties. Bien évidemment, même si la situation est aujourd'hui plutôt rare, si les arbitres ont été désignés dans la convention d'arbitrage, le litige devrait nécessairement revenir devant eux. Mais, à défaut, le centre d'arbitrage ou le juge d'appui devront sopeser les différents arguments qui sont avancés soit en faveur du renvoi du fond du litige devant le même tribunal arbitral, soit en faveur de la constitution d'un nouveau tribunal arbitral. Mais c'est déjà aborder la question des modalités de retour à l'arbitrage.

ii).- Les modalités de retour à l'arbitrage

789. Concernant les modalités de retour à l'arbitrage, les questions sont bien connues et ont fait l'objet d'une analyse approfondie en doctrine³. On rappellera brièvement les alternatives.

¹ Sur l'ensemble de la question de la prise en compte du contrôle étatique par le tribunal arbitral, *cf. infra*, chapitre 2, n^{os} 800 et s.

² Art. 1454 CPC : « [t]out autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui ».

³ J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, pp. 772-773, n^o 55 et 56.

790. La première alternative est de déterminer si la même instance arbitrale est reprise ou si au contraire, c'est nécessairement une nouvelle instance arbitrale qui est engagée.

La réponse s'impose d'elle-même au regard de la règle de dessaisissement des arbitres. Aux termes de l'article 1485 al. 1^{er} CPC, applicable à l'arbitrage international sur renvoi de l'article 1506 4^o CPC, « *la sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche* ». Peu importe que la sentence tranche le fond ou la seule compétence : le tribunal arbitral est dessaisi dès la reddition de la sentence. Aussi, le fait que la sentence d'incompétence ait été annulée ou non reconnue est indifférent : l'instance arbitrale a pris fin lorsque le tribunal arbitral s'est jugé incompétent, elle ne devrait pas pouvoir être reprise mais être à nouveau initiée¹.

791. Une nouvelle instance arbitrale devant naître suite à l'annulation ou au refus de reconnaissance de la sentence d'incompétence, il reste à définir la composition de ce nouveau tribunal arbitral. A défaut d'intervention du juge de l'annulation dans les modalités de retour à l'arbitrage, les parties devraient être libres de désigner de nouveaux arbitres. La possibilité de désigner les mêmes arbitres que dans l'instance arbitrale initiale est admise dès lors qu'il existe un commun accord entre les parties. Comme l'a exposé un auteur, si, sans aucun doute, l'impartialité des arbitres peut être discutée, la commune volonté des parties prévaudrait². Cependant, à défaut d'accord entre les parties, la question reste entière. Le même arbitre à nouveau désigné dans la seconde instance, soit par l'une des parties, soit par les arbitres désignés par les parties, pourrait se voir opposer une demande de récusation pour impartialité³.

Cependant, le renvoi des parties devant le même tribunal arbitral présente sans doute l'avantage de la continuité : les arbitres connaissent déjà le dossier.

792. La solution sera identique qu'il s'agisse d'une annulation totale ou seulement partielle de la sentence d'incompétence totale : le litige pour lequel le tribunal arbitral s'est jugé à tort incompétent reviendra devant lui. La situation est bien plus délicate lorsque le recours est accueilli contre la sentence d'incompétence partielle.

2).- Annulation de la sentence d'incompétence partielle

793. En cas d'annulation de la sentence d'incompétence partielle, la situation est susceptible de se compliquer singulièrement, le tribunal arbitral pouvant poursuivre l'instance arbitrale en dépit du recours formé à l'encontre de la sentence d'incompétence⁴. Autrement dit, la sentence d'incompétence partielle peut être annulée alors que le tribunal arbitral a déjà

¹ J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 772, n° 55 : l'annulation ou le refus de reconnaissance de la sentence d'incompétence « *n'a pas pour effet de ressaisir les arbitres aux fins de poursuite de la même instance. Il faut au contraire donner naissance à une nouvelle instance arbitrale en constituant à nouveau un tribunal arbitral. Il n'y a dès lors aucune obligation [...] de désigner les mêmes arbitres* ». Du même auteur, note sous CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.* Cf. également B. MOREAU, « Les effets de la nullité de la sentence arbitrale », *op. cit.*, p. 408, n° 32.

² J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 773, n° 55.

³ A. PINNA, « L'annulation d'une sentence arbitrale partielle », *op. cit.*, p. 638, n° 54.

⁴ Cf. *supra*, n° 568.

statué sur la part du litige pour lequel il s'est jugé compétent. Une telle situation s'est produite dans l'affaire *Abela*¹.

a).- Les conséquences sur la sentence sur le fond rendue par le tribunal arbitral pour la part du litige pour lequel il s'est jugé compétent

794. La première difficulté est de déterminer les conséquences de l'annulation d'une sentence d'incompétence partielle sur la sentence rendue sur le fond pour la part du litige pour lequel le tribunal arbitral s'est jugé compétent. La difficulté tient au fait que dans cette hypothèse, le tribunal arbitral a statué sur le fond du litige en excluant une partie du contentieux ou certaines parties du litige. La sentence subséquente sur le fond à la sentence partielle de compétence ne devrait-elle être consécutivement annulée ?

Certains s'y opposent, estimant que « *dès lors que la sentence d'incompétence est annulée, la compétence de l'arbitre est restaurée, et elle n'est pas niée pour la partie du litige sur laquelle la sentence au fond a porté* »². Sans doute, l'annulation de la sentence d'incompétence ne conduit pas à remettre en cause la part du litige pour laquelle le tribunal arbitral s'est jugé compétent.

D'autres invoquent la possibilité de faire annuler la sentence sur le fond – bien que le tribunal arbitral était compétent – pour violation du principe de la contradiction par les parties au litige pour lequel le tribunal arbitral s'est jugé compétent, au regard « *de l'impossibilité d'avoir accès à certaines preuves en l'absence des parties écartées à tort dans la procédure* »³. Le raisonnement devait valoir pour une incompétence partielle *ratione personae* comme pour une incompétence partielle *ratione materiae*, en particulier en présence de contrats liés.

Pour notre part, il nous semble que le sort de la sentence tranchant la part du litige pour lequel le tribunal arbitral s'est jugé compétent devrait dépendre du lien existant entre les deux litiges, celui pour lequel le tribunal arbitral s'est jugé compétent et celui pour lequel le tribunal arbitral s'est jugé incompétent : il peut n'exister aucun lien entre les deux litiges en cause, ou, tout au contraire, un lien de dépendance. Aussi, dès lors que la sentence d'incompétence, qui est ensuite annulée, a eu pour effet de priver le tribunal arbitral de la connaissance entière du litige, il est préférable que la sentence sur le fond soit annulée dans le sillage de l'annulation de la sentence d'incompétence, et que le litige soit rejugé dans son entier par le tribunal arbitral. Ce pourrait être le cas, par exemple, en cas d'incompétence *ratione materiae* prononcée par le tribunal arbitral, alors que les questions sont indivisibles (par ex., une demande reconventionnelle en compensation). Sans exiger une indivisibilité des litiges, la seule existence d'un lien entre les deux prétentions devrait être prise en compte.

Un objectif doit selon nous prévaloir : permettre aux arbitres d'avoir l'entière connaissance du litige. Les principes de solution qui doivent prévaloir sont ceux permettant

¹ CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 sept. 2008, *Abela*, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, *Abela*, *op. cit.*

² J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 778, n° 61.

³ A. MOURRE, « A propos de trois arrêts récents : quelques questions sur le contrôle de la compétence de l'arbitre, notamment dans l'arbitrage institutionnel », in *Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica, 2010, p. 371, spéc. p. 378.

aux parties injustement écartées de la procédure arbitrale de faire valoir leurs arguments sur le fond du litige en cas d'incompétence partielle *rationae personae*, ou, permettant aux parties originaires à la procédure arbitrale de faire valoir leurs arguments sur les points du litige écartés par le tribunal arbitral en cas d'incompétence partielle *rationae materiae*. Le principe du contradictoire et les droits de la défense l'exigent.

La pleine connaissance du litige par le tribunal arbitral, sous toutes ses facettes, est seule à même de garantir le respect du principe du contradictoire et une juste solution sur le fond. Se jugeant partiellement incompétent *rationae materiae*, le tribunal arbitral n'aura pu statuer sur le fond qu'au regard d'éléments matériels limités : ainsi par exemple, en présence d'un groupe de contrats, certains contrats seraient exclus de son examen alors qu'ils seraient déterminants afin d'appréhender dans son ensemble l'opération contractuelle complexe, de même que le comportement des parties. Se jugeant partiellement incompétent *ratione personae*, le tribunal arbitral aura jugé du principal sans tenir compte de certaines preuves ou arguments juridiques – moyens de fait et de droit – que les parties exclues à tort du procès auraient pu invoquer, qui n'ont pas été développés par les parties non exclues.

Si, au contraire, et comme cela a été souligné par les commentateurs de l'affaire *Abela*¹, la sentence d'incompétence ne présente pas de liens de dépendance ou de connexité avec la sentence sur le fond, l'annulation de la sentence d'incompétence ne devrait pas conduire à l'annulation de la sentence sur le fond (précisons cependant que le grief n'a pas été invoqué dans le cadre du recours en annulation contre la sentence sur le fond). En effet, dans cette espèce, « l'action en nullité d'une délibération sociale était uniquement dirigée contre les actionnaires, qui sont les fondations à l'égard desquelles l'arbitre s'est retenu compétent »², les personnes physiques exclues de l'arbitrage par la sentence d'incompétence n'étant pas directement concernées par cette décision.

Un problème subsiste cependant dans ce cas : la sentence sur le fond est-elle opposable aux personnes exclues à tort de la procédure arbitrale³ ? L'absence de liens entre les deux sentences devrait éviter naturellement que la situation ne survienne. Cependant, sur ce point, on sait que l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrale présente un caractère relatif et qu'elle ne s'impose donc qu'entre les mêmes parties, pour la simple et bonne raison qu'on ne peut opposer une décision à quiconque sans qu'il n'ait pu faire valoir ses arguments. Ces dernières ayant été exclues de l'arbitrage, même à tort, ne devraient pas se voir opposer l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale.

Cependant, la sentence produit, comme tout jugement, « des effets substantiels qui entraînent une modification de l'ordre juridique. Cette modification s'impose à tous, est opposable aux tiers »⁴. On peut craindre, en outre, que l'utilisation faite par la Chambre commerciale de la Cour de cassation de l'opposabilité de la sentence aux tiers, qui consiste à

¹ A. PINNA, « L'annulation d'une sentence arbitrale partielle », *op. cit.*, p. 629, n° 28 ; J.-B. RACINE, note sous CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *op. cit.*

² *Ibid.*, spéc. p. 629, n° 28.

³ *Ibid.*, spéc. p. 629, n° 29.

⁴ N. FRICERO, *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, n° 421.162.

plus exactement étendre l'autorité de la chose jugée aux tiers¹, ne conduise à rendre opposable cette sentence aux personnes exclues à tort de la procédure d'arbitrage.

b).- Les modalités du retour à l'arbitrage

795. La seconde difficulté est de déterminer les modalités du retour à l'arbitrage après que la sentence partielle ait été annulée. Il faut distinguer selon que l'instance arbitrale conduite par le tribunal arbitral s'étant jugé à tort incompétent est, ou non, encore en cours.

796. Si l'instance arbitrale est en cours, la sentence sur le fond n'ayant pas été rendue ou partiellement tranchée, il est sans doute préférable que le litige revienne devant le même tribunal arbitral s'étant jugé incompétent à tort, encore saisi de l'autre part du litige². Le tribunal arbitral ne s'est dessaisi que d'une partie de l'affaire. La solution devrait être privilégiée, sous peine que l'on se trouve en présence d'une « *procédure bicéphale* ».

Il serait souhaitable que la solution s'applique aussi bien à l'arbitrage international qu'à l'arbitrage interne en cas de recours en annulation. Sauf convention contraire des parties, on sait que pour l'arbitrage interne, le litige au fond pourrait être tranché par la Cour saisie du recours en annulation en application de l'article 1493 CPC. Cela aboutirait à un morcellement du litige en deux, une part du litige étant tranché par le tribunal arbitral, l'autre par la Cour, juridiction étatique. C'est un autre élément justifiant que l'article 1493 CPC soit jugé inapplicable à l'annulation de la sentence d'incompétence.

L'hypothèse la moins problématique est celle dans laquelle les parties se seraient réservées la faculté de former appel de la sentence. La cour d'appel pourra alors juger du litige dans son intégralité, aussi bien concernant les parties ou la matière du litige pour laquelle le tribunal arbitral s'est jugé incompétent que pour les points litigieux pour lesquels il s'est jugé compétent.

797. Si l'instance arbitrale initiale n'est plus en cours, une sentence sur le fond a été rendue. Elle peut soit être annulée, soit être maintenue. Mais, quoi qu'il en soit, le tribunal arbitral est alors dessaisi de l'entier litige. Au regard de la règle du dessaisissement, c'est nécessairement une nouvelle instance arbitrale qui sera engagée. On retrouve alors les termes du débat précédemment présenté, de savoir si le juge du contrôle peut en préciser les modalités, ou si les parties devraient retrouver la liberté de désigner un nouveau tribunal arbitral, qu'il soit ou non identiquement composé.

Si la sentence par laquelle le tribunal arbitral a tranché le fond de la part du litige pour lequel il se jugeait compétent n'a pas été annulée, il n'est pas nécessaire que la part du litige pour lequel il s'était jugé incompétent leur soit spécifiquement soumise, par l'introduction d'une nouvelle procédure d'arbitrage. C'est sans doute que les litiges en cause devraient être divisibles et mieux, non connexes. Il importe donc peu que l'instance arbitrale soit réouverte pour cette part du litige devant le même tribunal arbitral ou devant un autre tribunal arbitral, autrement composé.

¹ Cf. par ex. Cass. com., 2 déc. 2008, *Société ITM entreprises et autre c. société Prodim et autre*, Rev. arb., 2009.327, note P. MAYER.

² En ce sens, J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 779, n° 63 ; A. DIMOLITSA, « Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *op. cit.*, p. 327, n° 23.

Conclusion

798. En définitive, ces différentes solutions concrètes, admises ou suggérées dans ces multiples configurations procédurales, démontrent le souci des juridictions étatiques, quelles qu'elles soient, juge du contrôle, juge du fond ou juge d'appui, de tirer toutes les conséquences de l'accueil ou du rejet de la sentence. Certaines solutions restent à construire, à l'image de la question du retour à l'arbitrage en cas d'annulation ou de refus de reconnaissance de la sentence d'incompétence. Mais, ce qu'il ressort de l'ensemble de ces développements, c'est essentiellement la reconnaissance pleine et entière du pouvoir des juridictions publiques de statuer sur leur compétence, de l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques. L'impact du contrôle étatique de la compétence arbitrale au stade post-arbitral est totalement pris en considération dans l'ordre juridique français.

Ce constat est-il également valable pour l'ordre arbitral ? La question se pose en effet de savoir si les tribunaux arbitraux suivent aveuglément la décision du juge du contrôle prise sur la compétence juridictionnelle générale.

Chapitre 2.- La prise en compte du contrôle dans l'ordre arbitral

799. Dans la grande majorité des hypothèses, un consensus se fait jour entre tribunal arbitral et juridictions du contrôle sur la délimitation de leur compétence. Quotidiennement, juges étatiques et arbitres coexistent pacifiquement, sans que l'un n'empiète sur l'activité de l'autre. Les hypothèses de rejet de la sentence par le juge du contrôle motif pris de l'incompétence arbitrale sont relativement faibles¹. Celles pour compétence sont encore plus rares. Mais elles surviennent. Dans ce cas, que vaut pour le tribunal arbitral la décision d'une juridiction étatique du contrôle lui déniait le droit de connaître d'un litige alors qu'il estime devoir en connaître ou, inversement, la décision lui reconnaissant le droit de connaître d'un litige alors qu'il estime ne pas pouvoir en connaître ? Doit-il s'y conformer ?

Précisons que le tribunal arbitral n'est pas toujours confronté au jugement étatique du contrôle. Il sera bien souvent dessaisi du litige, en particulier lorsqu'il statue par une même sentence sur la compétence et sur le fond du litige. Cependant, même dans cette situation, on peut imaginer que rendant une sentence d'incompétence partielle, la juridiction publique le déclare à tort incompetent. Saisi à nouveau par les parties, est-il lié par la décision des juridictions du contrôle ayant annulé ou refusé de reconnaître la sentence d'incompétence ? Autre hypothèse, le tribunal arbitral pourrait encore être saisi du litige sur le fond alors que la sentence incidente par laquelle il s'est jugé compétent a été soumise au juge du contrôle et annulée ou non exequaturée. Même si le droit français admet l'effet négatif du principe compétence-compétence, des exceptions existent. Admettons qu'un tribunal arbitral saisi n'ait pas encore statué sur sa compétence, mais qu'une juridiction française saisie avant lui du même litige ait rejeté l'exception d'arbitrage pour nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Quelle réaction doit alors adopter le tribunal arbitral ?

800. De prime abord, la réponse semblera évidente. Le principe compétence-compétence est une « règle de pure priorité chronologique »² reconnue au profit du tribunal arbitral pour juger de sa compétence ; il semble acquis et indiscutable que les juridictions publiques aient « le dernier mot » pour apprécier le tracé de la frontière entre justice publique et justice privée. Consécutivement, le tribunal arbitral devrait suivre le jugement du contrôle. Ainsi, par exemple, en cas d'annulation de la sentence incidente de compétence, il ne fait pas de doute que, devant les juridictions étatiques du contrôle saisies, la sentence subséquente sur le fond subira le même sort : elle sera également annulée ou rejetée de cet ordre étatique. C'est ce que l'on a pu constater dans certaines espèces en droit français dans lesquelles le tribunal arbitral a statué sur le fond du litige malgré l'annulation de la sentence incidente de compétence³. Le sort de la sentence sur le fond sera scellé. De même, en cas d'annulation

¹ Cf. *supra*, n° 154.

² E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 128, n° 83.

³ Concernant une sentence sur le fond rendue après l'annulation de la sentence partielle, CA Paris, 18 nov. 2004, *SA Ess Food c. Société Caviartrade*, *op. cit.*, selon lequel « l'annulation définitive de la sentence initiale statuant sur la compétence de l'arbitre prive nécessairement celui-ci de tout pouvoir pour statuer au fond ». Concernant une sentence sur le fond rendue avant l'annulation de la sentence partielle : CA Paris, 21 nov. 2002, *Tarom*, *op. cit.* ; l'annulation de la sentence partielle de compétence par un premier arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999, dont le pourvoi en cassation a été rejeté par décision du 19 mars 2002 entraîne automatiquement l'annulation de la sentence finale sur le fond : « il a été jugé par arrêt définitif du 1^{er} juin 1999 que le tribunal arbitral a statué en l'absence de toute convention d'arbitrage ; que l'annulation de la sentence partielle entraîne

d'une sentence d'incompétence, le tribunal arbitral à nouveau saisi, ou un autre tribunal arbitral saisi, qui persisterait à se juger incompétent, verrait à nouveau sa sentence annulée. D'ailleurs, les organes administratifs du centre d'arbitrage lors de l'examen préalable de la sentence, lorsqu'il existe¹, ne manqueront pas d'attirer l'attention des arbitres sur ce point. Aussi devrait-on conclure qu'il est évident que le tribunal arbitral doit prendre en considération le jugement étatique statuant sur le sort de la sentence incidente de compétence et s'y conformer. L'arrêt pris par les juridictions du contrôle sur la compétence juridictionnelle – qu'il écarte ou retienne la compétence arbitrale – produirait un effet d'autorité de la chose jugée s'imposant au tribunal arbitral². Peu importe le mécanisme que l'on retient, effet positif³ ou négatif⁴ de l'autorité de la chose jugée : « *il faut bien qu'à un moment donné le débat sur la compétence cesse* »⁵. En effet, le fait que les débats sur l'attribution du litige soit à la justice publique soit à la justice privée s'éternisent, empêche que le fond de l'affaire ne soit effectivement abordé. Allant plus loin, une divergence d'appréciation de la compétence juridictionnelle générale serait génératrice de déni de justice positif, en cas d'inconciliabilité de décisions sur la compétence et pire, sur le fond, ou de déni de justice négatif, aucune justice n'acceptant de connaître du litige. Au regard du principe compétence-compétence et de la légitimité du contrôle étatique sur l'activité arbitrale, l'ordre étatique étant sans aucun doute l'ordre juridique dominant – adhérant à une forme de pluralisme « relatif » –, « *le fait que le dernier mot appartienne aux juridictions étatiques n'est dès lors pas choquant* »⁶.

801. Mais à y regarder de plus près, l'idée que le principe compétence-compétence soit une simple règle de priorité et que les juridictions publiques aient le dernier mot dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale n'est pas si évidente. Certes, c'est sans conteste le cas pour leur propre ordre juridique. Cependant, le jugement étatique du contrôle ne s'imposera pas nécessairement au tribunal arbitral. Cela est fréquemment rappelé pour la sentence d'incompétence⁷, rarement pour la sentence de compétence¹. Pourtant l'analyse se pose dans les mêmes termes. Deux éléments peuvent être évoqués.

par voie de conséquence celle de la sentence finale rendue par un arbitre statuant sur convention d'arbitrage ; qu'il convient donc d'annuler la sentence du 20 juin 1998, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le moyen tiré du prétendu non respect des dispositions de l'article 75 du nouveau Code de procédure civile ».

¹ Cf. par ex., l'art. 27 du règlement d'arbitrage CCI, prévoyant cet examen préalable par la Cour d'arbitrage : « [a]vant de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, appeler son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour », repris par l'art. 33 du règlement d'arbitrage CCI dans sa version de 2012.

² En ce sens, même si l'auteur réserve ensuite la possibilité pour l'arbitre d'« *outrepasser l'autorité attachée à l'arrêt de la cour* », J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, pp. 774-775, n° 58.

³ V. CHANTEBOUT, CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie*, *op. cit.*

⁴ J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 775, n° 58 : « [l]'arbitre doit alors considérer la question de sa propre compétence comme déjà jugée et ainsi déclarer irrecevable une nouvelle exception d'incompétence ».

⁵ *Ibid.*, p. 776, n° 59.

⁶ *Ibid.*

⁷ S. JARVIN, note sous CA Paris, 26 oct. 1995, *SNCF C/ Société Voith*, *Rev. arb.*, 1995.107, spéc. p. 119 : « *on pense à l'expression américaine : You can't make a bird sing. Je vois mal des arbitres convaincus d'être incompétents, reprendre l'arbitrage et rendre une sentence contre leur conviction* » ; Th. CLAY, « Le fabuleux

D'une part, il suffit de songer, en présence d'un arbitrage international, à la diversité des juridictions publiques pouvant contrôler la compétence à travers la sentence. En cas de divergences de vue entre les juridictions du contrôle de la sentence, par exemple, les unes estimant qu'il s'est jugé à tort compétent, les autres décidant au contraire qu'il s'est à juste titre déclaré compétent, à quel saint le tribunal arbitral devra-il se vouer ?

D'autre part, indépendamment même d'une éventuelle divergence entre juridictions publiques du contrôle, la question se pose de savoir si le tribunal arbitral doit suivre ce qu'ont jugé les juridictions publiques du contrôle ou, au contraire, s'il peut persister dans sa position concernant le tracé de la frontière entre justice arbitrale et justice d'État. Dès lors que l'on admet qu'il existe un ordre arbitral autonome, non soumis à l'ordre étatique, l'autorité de la chose jugée de la décision du juge du contrôle ne devrait pas s'imposer *ipso facto* au tribunal arbitral. Ce dernier pourrait, afin de s'y soumettre, procéder lui-même à la vérification de la régularité du jugement étatique du contrôle au regard de normes essentielles régissant la convention d'arbitrage dans l'ordre international, ou pourquoi pas, transnational. Bref, vérifier si la décision du contrôle étatique sur la compétence juridictionnelle générale est ou non « *relevante* » pour l'ordre arbitral au regard des règles transnationales de l'arbitrage, adhérant ainsi à une forme de pluralisme « *idéal* ».

802. La question même de savoir si le tribunal arbitral est ou non lié par la décision rendue par la juridiction de l'État du contrôle concernant la compétence, épineuse, pourra apparaître provocatrice. Elle est peu abordée et interroge fondamentalement la vision philosophique que l'on se fait de l'arbitrage. En effet, la mesure de la prise en compte par le tribunal arbitral du jugement étatique du contrôle sur sa compétence dépend éminemment des « *représentations qui structurent la pensée juridique en la matière* »². Seul le choix de l'une de ces représentations permet de répondre à cette question essentielle pour notre problématique. Aussi examinera-t-on la question de savoir si le tribunal arbitral est ou non lié par la décision du juge du contrôle prise sur la compétence juridictionnelle générale en distinguant, suivant la nomenclature élaborée par M. Gaillard³, l'approche monolocalisatrice (section 1), impliquant la prise en compte totale du jugement du contrôle rendu par les juridictions du siège de l'arbitrage, l'approche westphalienne (section 2), conduisant à une prise en compte relative du contrôle des ordres étatiques intéressés au litige, et enfin l'approche transnationale (section 3), aboutissant à l'absence nécessaire de prise en considération des contrôles étatiques.

Notre analyse s'étendra également à la question de la prise en compte par le tribunal arbitral des règles étatiques qu'il applique lorsqu'il juge de sa compétence, dans la mesure où on peut y voir une anticipation sur le contrôle des juridictions publiques.

régime du recours en révision contre les sentences arbitrales », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme, Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 651, spéc. p. 659 ; J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *op. cit.*, p. 774, n° 57.

¹ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*

² E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 29, n° 7.

³ *Ibid.*

Section 1.- L'approche monocalisatrice : la prise en compte totale du jugement du contrôle rendu par les juridictions du siège de l'arbitrage

803. L'approche monocalisatrice de l'arbitrage consiste à « assimiler purement et simplement l'arbitre à une juridiction d'un ordre juridique unique, qui se trouve être l'ordre juridique du siège de l'arbitrage, le siège étant conçu comme un *for* »¹. Dans cette « vision qui réduit l'arbitre à un auxiliaire de justice occasionnel de l'État dans lequel il siège »², les conséquences qui doivent être tirées pour la question que nous avons à résoudre sont on ne peut plus simples : les normes de l'ordre juridique du siège s'imposeront au tribunal arbitral. Le tribunal arbitral est alors dans la même situation que la juridiction publique de l'État du siège. Cette dernière jugera de sa compétence selon les règles de compétence judiciaire interne et internationale de l'ordre juridique dont elle relève et se conformera pleinement à la décision prise par la juridiction statuant sur recours qui lui est hiérarchiquement supérieure, Cour d'appel saisie d'un contredit ou d'un appel. Les principes de solution pour les tribunaux arbitraux sont identiques.

D'une part, anticipant le contrôle étatique *a posteriori* exercé sur la compétence à travers la sentence, le tribunal arbitral devrait juger de sa compétence en application des règles de l'État du siège de l'arbitrage, à savoir les règles de conflit ou les règles matérielles édictées par cet État³. Une partie de la doctrine se rallie à cette analyse et retient que le tribunal arbitral devrait apprécier sa compétence de même que l'arbitrabilité du litige au regard de la « *loi d'arbitrage* » ou *lex arbitri*, entendue comme la loi du siège de l'arbitrage⁴. Cette représentation de l'arbitrage reçoit un écho devant certains tribunaux arbitraux. Quelques sentences l'illustrent⁵.

D'autre part, seconde conséquence de cette représentation, le tribunal arbitral est totalement lié par la décision de contrôle rendue par le juge du siège de l'arbitrage, annulation ou validation de la sentence. Le tribunal arbitral est ainsi perçu comme un simple degré de juridiction, relevant de la cour d'appel du contrôle, dans un rapport de hiérarchie par le biais du recours en annulation. Il doit ainsi totalement se conformer à ce jugement : refuser de statuer sur le fond si, par exemple, la sentence incidente de compétence a été annulée ; ou encore se juger compétent et réinitier l'instance arbitrale si la sentence d'incompétence a été invalidée. La décision du juge de l'État du siège validant ou annulant la sentence serait le seul contrôle ayant droit de cité, liant totalement le tribunal arbitral, tenu de suivre aveuglément ce jugement.

804. On pourrait retenir en faveur de cette analyse que la Convention de New York de 1958 s'inscrit partiellement dans une telle logique puisque l'article V(1)(e) prévoit que la reconnaissance et l'exequatur de la sentence seront refusés par le juge de l'État requis si la sentence a été annulée par l'autorité compétente de l'État du siège. L'État du siège de l'arbitrage déciderait ainsi seul du sort de la sentence. Cependant, comme cela a été démontré avant nous, le rattachement de la Convention de New York à l'approche monocalisatrice est

¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, pp. 34-35, n° 11.

² *Ibid.*, p. 116, n° 76.

³ *Ibid.*, p. 103, n° 70.

⁴ J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*

⁵ Vérifiant sa compétence au regard de loi du siège de l'arbitrage : sentence CCI n° 1507 rendue en 1970, *op. cit.*

erroné. Abandonnant l'exigence de double exequatur requise par la Convention de Genève du 26 septembre 1927, la Convention de New York « *réduit considérablement l'importance du rôle du siège de l'arbitrage et [...] fait porter l'essentiel de l'effort sur les conditions de l'accueil des sentences dans l'ordre juridique du lieu ou des lieux d'exécution* »¹. Tout d'abord, en l'absence de recours formé devant les juridictions du siège ou en présence d'une décision validant la sentence, les juridictions publiques des États requis devraient être en principe totalement libres d'apprécier elles-mêmes les différents moyens de contrôle de la sentence, et notamment le grief tiré de l'incompétence arbitrale. Allant plus loin, l'article V(2)(a) autorise en toutes circonstances le juge requis à refuser la reconnaissance et l'exécution si d'après sa propre loi le litige est inarbitrable. Ensuite, concernant la décision d'annulation prise par les juridictions du siège, on admettra en effet que les juridictions requises pourraient être liées par ce jugement. Le propos doit être toutefois largement relativisé au regard de la réserve du droit de l'État requis plus favorable de l'article VII(1)². Cette représentation de l'arbitrage prévalant au début du XIX^e siècle, comme l'illustre la Convention de Genève de 1927, que l'on pourrait penser dépassée, est cependant en train de resurgir avec force sous la plume de certains auteurs, au nom d'une harmonie internationale des solutions. L'idée est en effet régulièrement affirmée que le jugement de validation ou d'annulation pourrait produire des effets extraterritoriaux³.

805. Incontestablement, cette vision de l'arbitrage reçoit un certain écho en droit positif. En effet, certains tribunaux arbitraux suivent en pratique le jugement prononcé par les autorités du siège, annulant leur propre décision. Ainsi, un tribunal arbitral siégeant en Suisse s'est pleinement conformé à l'annulation prononcée par le Tribunal fédéral suisse de sa sentence d'incompétence partielle. Au cours de la première instance arbitrale, le tribunal arbitral s'était jugé incompétent pour statuer sur la compatibilité du contrat litigieux avec le droit communautaire de la concurrence. La sentence d'incompétence partielle annulée, le même tribunal arbitral fut à nouveau saisi. Il se conforma pleinement à l'arrêt du Tribunal fédéral aux motifs suivants : «*[i]l ne fait en conclusion aucun doute que, en vertu du droit suisse de l'arbitrage et des termes même de l'arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 1992, la compétence du présent Tribunal est donnée* »⁴.

Mais il n'en est pas toujours ainsi. En effet, certains tribunaux arbitraux s'opposent en toute connaissance de cause au jugement pris par les autorités du siège sur la compétence⁵. D'autres représentations de l'arbitrage ont ainsi tout autant droit de cité.

Section 2.- L'approche westphalienne : la prise en compte relative du contrôle des ordres étatiques intéressés au litige

806. L'approche dite « *westphalienne* » de l'arbitrage ou encore « *multilocalisatrice* », « *est celle qui trouve la juridicité de la sentence non dans le seul ordre*

¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., pp. 52 et s., n° 33.

² Sur la question, cf. *supra* n°s 641 et s.

³ Cf. notamment S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, op. cit.

⁴ Sentence du 30 juin 1993, *Bull. ASA*, 1995.269.

⁵ C. par ex. la sentence rapportée qui sera annulée : CA Paris, 18 nov. 2004, *Ess Food c. Société Caviartrade*, op. cit.

juridique du siège, mais dans l'ensemble des ordres juridiques prêts, à certaines conditions, à reconnaître l'efficacité de la sentence »¹. Dans le cadre de cette représentation, le sort de la sentence par laquelle le tribunal arbitral juge de sa compétence ne serait plus scellé par le seul juge du contrôle issu de l'ordre juridique du siège de l'arbitrage, mais potentiellement par toutes les juridictions publiques du monde susceptibles de contrôler la sentence.

807. On pourrait penser que cette représentation de l'arbitrage est propre à la matière internationale, et admettre qu'en présence d'un arbitrage interne la décision du juge étatique du contrôle s'impose au tribunal arbitral de la manière la plus forte qu'il soit, dès lors qu'il n'existe pas d'échappatoire : de fait, la force exécutoire revient à un seul acteur, l'État du siège de l'arbitrage. Toutefois, cette vision des choses est quelque peu réductrice. En effet, de manière générale, la Convention de New York permet la reconnaissance et l'exécution « *des sentences arbitrales étrangères* », sans se soucier du fait qu'elles étaient rendues dans le cadre d'un arbitrage interne ou international². Dans la conception westphalienne, le degré d'autonomie de l'arbitrage, et notamment l'autonomie du tribunal arbitral dans l'appréciation de sa compétence au regard des juridictions du contrôle, dépend surtout de la présence d'actifs des parties à l'étranger, peu importe que l'arbitrage soit interne ou international.

808. Ce modèle, qui semble prévaloir aujourd'hui en droit positif, « *permet [...] aux États de faire prévaloir, chacun pour ce qui le concerne, sa propre conception* »³ de la compétence juridictionnelle générale. Conséquence du côté arbitral, le tribunal arbitral a l'obligation de prendre en compte les normes étatiques intéressées au litige dans l'appréciation de sa compétence. Cette prise en compte nécessaire des règles et jugements étatiques (§1) est toutefois simplement relative au regard de la possible divergence d'appréciation de la compétence juridictionnelle générale par les différents ordres étatiques (§2).

§1.- Une prise en compte nécessaire des normes étatiques intéressées au litige

809. Les sources de l'obligation faite au tribunal arbitral de juger de sa compétence au regard des normes étatiques intéressées au litige exposées (A), il faudra en présenter les conséquences concrètes (B).

A.- Sources de l'obligation faite au tribunal arbitral de juger de sa compétence au regard des normes étatiques intéressées au litige

810. Lorsqu'il apprécie sa compétence, le tribunal arbitral est tenu de prendre en compte les normes étatiques intéressées au litige. Puisque l'arbitrage tire sa juridicité de l'ensemble des ordres étatiques prêts à accueillir la sentence, le tribunal arbitral doit apprécier sa compétence au vu de la conception que se font les États intéressés au litige d'une convention d'arbitrage valable et applicable. Il doit donc apprécier sa compétence au regard du contrôle étatique *a posteriori*, soit en l'anticipant, en tenant compte des règles étatiques

¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., p. 46, n° 23.

² Art. I(1) de la Convention de New York de 1958.

³ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., p. 103, n° 70.

applicables à la convention d'arbitrage, soit, s'il est déjà réalisé, en respectant pleinement le jugement du contrôle prononcé. Deux éléments vont en ce sens.

811. Le premier élément tient au fait que la seule convention internationale à portée universelle régissant la matière prévoit que le juge de l'État, requis pour ordonner la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence, doit vérifier la compétence arbitrale au regard de normes *étatiques*, quelles qu'elles soient : règles matérielles interétatiques posées par l'article II(1) et (2) de la Convention, ou règles de conflit renvoyant à une loi étatique interne, à savoir la loi désignée par les parties ou à défaut, la loi du pays du siège de l'arbitrage concernant la validité de la convention d'arbitrage¹, la loi de l'État requis concernant l'arbitrabilité des litiges², aucune précision n'étant apportée concernant l'étendue de la convention d'arbitrage³. Aussi, c'est indirectement exiger que le tribunal arbitral juge de sa compétence en application de règles étatiques, internationales ou internes.

812. Le second élément, plus déterminant, lié au premier, réside dans l'obligation qui pèse sur les arbitres de faire tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale par l'organe habilité à donner force exécutoire à la sentence, seul détenteur de la violence légitime : l'État à travers ses juridictions qui apposent la formule exécutoire sur la sentence. Lorsqu'ils jugent d'une affaire, les arbitres doivent anticiper l'exécution éventuelle de la sentence, c'est-à-dire prendre en considération les droits des États où l'exécution de la sentence peut être demandée. Le changement de logique avec la représentation précédente est totale : la validité de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence s'apprécie potentiellement au regard des États de l'exécution de la sentence. Cette préoccupation d'efficacité de la sentence concerne aussi bien le fond de l'affaire que les questions de compétence. En effet, l'absence de compétence entraîne inévitablement et corrélativement l'absence de sanction légale de la sentence statuant sur le principal. La convention internationale à vocation universelle en la matière⁴ et les législations du monde entier⁵ prévoient le contrôle de la compétence juridictionnelle générale afin de donner force exécutoire à la sentence. Il est donc essentiel que le tribunal arbitral, lorsqu'il statue sur sa compétence, prenne en considération les chances de voir sa sentence sur la compétence susceptible de sanction légale devant les juridictions étatiques, préoccupation qui n'est pas réservée à la sentence statuant sur le fond⁶.

¹ Art. V(1)(a) de la Convention de New York de 1958.

² Art. V(2)(a) de la Convention de New York de 1958.

³ Art. V(1)(c) de la Convention de New York de 1958.

⁴ Art. V(1)(a) de la Convention de New York de 1958, concernant le contrôle des conditions de capacité et de la validité de la convention d'arbitrage ; article V(1)(c), concernant le contrôle de l'étendue de la convention d'arbitrage ; article V(2)(a) concernant l'arbitrabilité du litige.

⁵ Cf. par ex., le droit suisse (art. 190(2)(b) de la LDIP), le droit suédois (art. 33 et 34 pour l'arbitrage interne, et 54 et 55 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de la loi suédoise sur l'arbitrage du 4 mars 1999), le droit néerlandais (art. 1075 et 1076 WBR, concernant spécifiquement l'arbitrage international), le droit belge (pour le recours en annulation, art. 1704(2)(b), (c) et (d) du Code judiciaire belge, applicable à la demande d'exequatur d'une sentence par renvoi de l'article 1723), le droit allemand (pour le recours en annulation, § 1059 ZPO, applicable dans des conditions similaires aux sentences arbitrales internationales rendues en Allemagne par renvoi du § 1060 ZPO, l'exequatur des sentences arbitrales étrangères étant réalisés sur le fondement des critères de la Convention de New York [§1061 ZPO]).

⁶ En ce sens, P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 366, n° 36 : « [L]a préoccupation de l'efficacité de la sentence est presque toujours présente dans l'esprit des arbitres. Une sentence qui n'est pas susceptible d'être reconnue et exécutée dans

813. On peut s'interroger sur la nature de cette obligation. Constitue-t-elle une simple obligation morale ou une véritable obligation juridique ?

Lorsqu'elle est consacrée de manière générale dans un règlement d'arbitrage, comme c'est le cas du règlement d'arbitrage CCI¹ ou du règlement d'arbitrage LCIA², l'obligation de statuer en prenant en compte l'exécution de la sentence est une véritable obligation juridique, de source contractuelle, susceptible d'engager la responsabilité des organes administratifs du centre et du tribunal arbitral en cas d'inexécution. Stipulée dans le règlement d'arbitrage, cette obligation qui intègre nécessairement les questions de compétence s'impose tout d'abord aux organes administratifs du centre d'arbitrage, au regard du contrat d'organisation de l'arbitrage conclu entre le centre d'arbitrage d'une part, et les parties d'autre part ; elle s'impose ensuite au tribunal arbitral, organe juridictionnel, au regard du contrat de collaboration arbitrale, conclu entre l'arbitre et le centre d'arbitrage, par lequel les arbitres s'engagent à respecter les règles du règlement d'arbitrage et du contrat d'arbitre.

En l'absence de disposition spécifique en ce sens prévue dans le règlement d'arbitrage ou dans tout autre document contractuel, il semble qu'il soit admis de manière générale que le tribunal arbitral doit tout mettre en œuvre pour que sa sentence puisse faire l'objet d'une exécution forcée dans les ordres étatiques. Il est cependant difficile de définir exactement la source de cette obligation juridique. Les auteurs s'étant penchés sur la question fondent généralement cette obligation dans le contrat d'arbitre³, exposant de manière pragmatique que « [I]es litigants n'attendent pas tant de l'arbitre une sentence qu'une décision de justice exécutoire »⁴.

Mais cette obligation contractuelle – principalement issue du contrat d'arbitre et parfois reprise spécifiquement dans le règlement d'arbitrage – n'est-elle pas la simple reprise d'une obligation plus largement *sociale*, selon laquelle les acteurs du monde arbitral doivent tout mettre en œuvre pour que leur activité – en l'occurrence, de nature juridictionnelle – puisse être réceptionnée dans l'ordre juridique dominant et prépondérant, seul susceptible de donner force exécutoire à la sentence, l'État ? Cette obligation n'est-elle pas inhérente à toute production normative issue d'un ordre juridique non dominant ? Nous touchons ici à une problématique centrale à laquelle tous les foyers normatifs non étatiques sont confrontés,

aucun pays ne représente en général guère plus qu'un chiffon de papier ». Dans le même sens concernant spécifiquement l'arbitrabilité, N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, op. cit., p. 274.

¹ Art. 35 du règlement d'arbitrage CCI posant au titre de « règle générale », que « la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant de ce Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale », art. 41 du règlement d'arbitrage CCI dans sa version de 2012.

² Art. 32.2 du règlement d'arbitrage LCIA, prévoyant au titre de « règle générale », que « [p]our toute question non prévue expressément dans le présent Règlement, la Cour d'arbitrage, le tribunal arbitral et les parties [...] feront tout effort raisonnable pour que les sentences soient légalement susceptibles d'exécution ».

³ En ce sens, P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », op. cit., p. 366, n° 36, retenant que « [c]ette obligation, qu'elle soit ou non rappelée dans le règlement d'arbitrage applicable, a sa source juridique dans la convention qui lie les parties et l'arbitre ». Elle constitue « l'une des composantes de l'obligation contractuelle des arbitres de remplir leur mission selon ce que l'on pourrait appeler les « règles de l'art » de l'arbitrage ».

⁴ Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., p. 637, n° 831. Cf. Également du même auteur, « Le rôle de l'arbitre dans l'exécution de la sentence », *Bull. CCI*, 2009, vol. 20, n°1, p. 47.

problématique qui a parfaitement été mise en évidence par Santi Romano, celle de la « *relevance* »¹.

B.- Conséquences concrètes de l'obligation faite au tribunal arbitral de juger sa compétence au regard des normes étatiques intéressées au litige.

814. Cette obligation faite au tribunal arbitral de rendre une sentence susceptible de sanction légale, quelle que soit sa source, a des implications concrètes pour le tribunal arbitral. La nécessaire prise en considération des normes étatiques intéressées au litige par le tribunal arbitral se vérifie à deux stades distincts.

Tout d'abord, en amont du contrôle, le tribunal arbitral doit anticiper le contrôle étatique de la sentence en vue de l'obtention forcée de l'exécution. Cette anticipation se réalise tout simplement par la prise en compte des règles étatiques intéressées au litige lorsqu'il statue sur sa compétence. Il n'est pas exigé que le tribunal arbitral juge de sa compétence en application du seul droit du siège de l'arbitrage – se démarquant de la représentation monolocalisatrice de l'arbitrage –, mais de tous les droits intéressés au litige – droit de l'État du siège de l'arbitrage, droits des États de l'exécution potentielle de la sentence –. Une partie importante de la jurisprudence arbitrale est en ce sens. Certes, il arrive qu'un tribunal arbitral choisisse, sans qu'une règle précise dictant ce choix existe en la matière, un système de droit international privé national au regard de sa proximité avec le litige et la convention d'arbitrage, auquel il soumet ensuite la convention d'arbitrage². Mais, plus fréquemment, les tribunaux arbitraux, qui ne sont liés par aucun système de droit international privé étatique, vérifient leur propre compétence soit en désignant directement une loi nationale – méthode dite de la voie directe –³, soit au regard des multiples droits étatiques intéressés au litige : lieu

¹ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, op. cit., notion dont la définition est proposée, p. 106, § 34 : « nous dirons que pour qu'il y ait *relevance juridique*, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier ».

² Sentence partielle CCI n° 6719 rendue en 1994, *JDI*, 1994.1071, obs. J.-J. ARNALDEZ (le tribunal arbitral choisit le droit international privé national de l'État qui a le lien le plus étroit, en l'espèce le droit du lieu de l'arbitrage car le siège du tribunal a été fixé d'un commun accord par les parties, et, en outre, car le droit suisse prévoit lui-même qu'il est applicable à tout arbitrage international dont le siège est en Suisse [art. 176 LDIP]; il fera ensuite application de la loi de conflit posée par la LDIP suisse régissant la convention d'arbitrage [art. 178 LDIP]); sentence arbitrale C.C.I. rendue dans l'affaire 8910 en 1998, *JDI*, 2000.1085, obs. D. HASCHER (faisant application du droit international privé français, lieu du siège de l'arbitrage, ce qui le conduit à appliquer les règles matérielles françaises, et à exclure la loi nationale de l'une des parties à l'arbitrage).

³ Sentence arbitrale *ad hoc* rendue à Lausanne le 18 nov. 1983, *Benteler et autres c. Etat belge*, *Rev. arb.*, 1989.339, note D. HASCHER (choix de la Convention de Genève de 1961, car les parties au litige avaient l'une la nationalité allemande, l'autre la nationalité belge, deux États parties à cette convention; cependant, à titre surabondant, le tribunal arbitral vérifie l'unanimité de la solution posée par la Convention de Genève et les différentes lois intéressées au litige, et notamment la loi du siège de l'arbitrage); sentence partielle rendue à Paris dans l'affaire CCI n° 5730, 24 août 1988, *Rev. arb.*, 1992.125 (« en effet, fidèle à la conception traditionnelle de l'arbitrage même international, le présent Tribunal considère que la convention d'arbitrage, pour être efficace, doit tirer sa force de son rattachement à un ordre juridique »); le tribunal adoptera une véritable démarche de droit international privé afin de déterminer le rattachement pertinent ayant vocation à désigner la loi étatique applicable; ainsi seront successivement envisagés la loi du lieu du siège de l'arbitrage, la loi du lieu de conclusion du contrat, la loi régissant le contrat principal en application de la loi d'autonomie, se référant *in fine* simplement à la loi d'autonomie); sentence CCI n° 7604 et 7610 rendue en 1995, *JDI*, 1998, p. 1027, note D. HASCHER (le tribunal arbitral mène un raisonnement conflictualiste afin de rechercher la loi applicable à la compétence de l'arbitre, qualifiée de question de procédure, qui ne se confond pas avec celle applicable au fond du litige, combinant loi d'autonomie et loi du siège de l'arbitrage); sentence arbitrale C.C.I.

du siège de l'arbitrage, lieux de l'exécution possible de la sentence, parfois même, loi de l'État dont les parties sont ressortissantes¹.

Ensuite, en aval du contrôle, le tribunal arbitral, s'il est toujours saisi ou à nouveau saisi, devrait prendre en compte les jugements étatiques statuant sur le recours contre la sentence déjà rendue, qu'ils émanent de l'État du siège ou des États où la sentence est susceptible d'être exécutée.

815. Le sens de cette obligation de prise en compte des droits intéressés au litige qui pèse sur le tribunal arbitral dans l'appréciation de sa compétence reste à préciser. Nécessaire, cette prise en compte ne peut être que relative.

§2.- Une prise en compte relative des normes étatiques intéressées au litige

816. De la possible divergence d'appréciation de la compétence juridictionnelle générale par les différents ordres étatiques (A) admise dans la conception westphalienne de l'arbitrage, le tribunal arbitral doit tirer des conséquences (B). Qu'il se résigne à appliquer cumulativement les lois étatiques intéressées au litige ou qu'il opère un choix sur la base de critères restant à définir, la prise en compte des normes étatiques intéressées au litige ne peut être que relative.

A.- La possible divergence d'appréciation de la compétence juridictionnelle générale par les différents ordres étatiques

817. La possibilité de divergence d'appréciation de la compétence juridictionnelle générale résulte tout simplement de la pluralité des ordres étatiques susceptibles d'accueillir la sentence et de l'absence d'unification du régime de la convention d'arbitrage.

La pluralité des ordres juridiques étatiques susceptibles d'accueillir la sentence est source d'une double diversité : d'une part, diversité des règles étatiques applicables à la compétence juridictionnelle générale, en raison de leur absence d'unification sur le plan international, et d'autre part, diversité des jugements étatiques statuant sur la compétence juridictionnelle, les jugements rendus lors du contrôle national n'ayant pas vocation à produire d'effets

rendue dans l'affaire n° 10758 en 2000, *JDI*, 2001.1171, obs.J.-J. ARNALDEZ (le choix de la LDIP suisse est justifié principalement par la loi d'autonomie, l'acte de mission ayant désigné le droit suisse ; cependant, le tribunal arbitral précisera ensuite sur d'autres fondements le recours au droit suisse : respect des règles impératives quant à la forme de la convention d'arbitrage de la loi du siège de l'arbitrage ou de celle du pays dans lequel la sentence doit être rendue : c'est la *lex fori*, la *lex arbitrii*, loi du lieu du siège de l'arbitrage qui justifie également la solution, renforcée par l'article 178 LDIP) ; sentence CCI rendue dans l'affaire n° 10982 en 2001, *JDI*, 2005.1256, obs. Y. DERAÏNS et B. DERAÏNS ; sentence intérimaire sur la compétence CCI n° 10671 rendue le 31 juil. 2000, *JDI*, 2005.1268, note E. Silva Romero (le tribunal arbitral détermine précisant la loi applicable à l'interprétation de la clause compromissoire ; il choisit le droit suisse à un double titre : la *lex arbitrii*, car le siège est à Genève et la loi d'autonomie des parties, qui se sont toutes deux référées au droit suisse ; on observera cependant que le tribunal arbitral s'appuiera également à la jurisprudence arbitrale).

¹ Sentence CCI n° 6697 du 26 décembre 1990, *Rev. arb.*, 1992.135, notre P. ANCEL (faisant explicitement référence aux exigences posées par l'ancien article 26, actuel article 35 du Règlement CCI) ; sentence partielle CCI n° 6709 rendue en 1991, *JDI*, 1992.998, obs. D. Hascher (le tribunal arbitral s'appuie simultanément sur le droit français de l'arbitrage, la convention de Genève de 1961 et le règlement d'arbitrage CCI) ; sentence CCI n° 8423 rendue en 1998, *JDI*, 2002.1079, obs. J.-J. ARNALDEZ (le tribunal arbitral statue d'office sur l'arbitrabilité du litige portant sur l'application du droit européen de la concurrence, avant de statuer sur le fond, au regard des multiples droits intéressés au litige, de la doctrine et d'autres sentences arbitrales) ;

extraterritoriaux selon la conception westphalienne dominant le droit international de l'arbitrage¹.

818. **Diversité des règles étatiques applicables à la convention d'arbitrage.** Les conditions d'existence, de validité et d'extension ou de transmission de la convention d'arbitrage ne sont pas unifiées. Concernant spécifiquement la compétence arbitrale, un observateur averti remarque que « [l']*opposition des vues exprimées par les différents États à ce sujet est très forte en ce qu'elle porte sur l'idée même que l'on se fait tant de l'opportunité de laisser les parties recourir à ce mode privé de règlement des différends que de la manière dont l'institution arbitrale doit fonctionner* »². On ne peut que constater la *diversité des règles étatiques applicables à la compétence juridictionnelle générale*, l'absence d'uniformité des solutions en la matière, qui conduit naturellement à ce qu'une convention d'arbitrage soit jugée valable et applicable dans cet ordre juridique étatique – et le tribunal arbitral jugé compétent –, et nulle ou inapplicable dans un autre État – et le tribunal arbitral jugé incompétent.

819. Les manifestations de cette diversité sont multiples. On ne peut ici s'engager dans une étude fastidieuse de cette question – les divergences en droit comparé concernant le régime de la convention d'arbitrage – nos développements étant centrés sur le mécanisme procédural de la compétence-compétence, renvoyant le lecteur aux excellentes études consacrées aux divergences des règles substantielles applicables à la convention d'arbitrage en droit comparé³. On rappellera simplement ici les traits essentiels que prend cette diversité. Premier trait de cette diversité, c'est la diversité de méthode. On ne sait si la convention d'arbitrage doit être soumise à la méthode des conflits de lois, comme le préconisent pour certains aspects les instruments conventionnels classiques, ou à la méthode des conflits de juridictions préconisant l'application systématique de la loi du for comme le suggèrent certaines voies doctrinales⁴. On ne sait si les méthodes classiques du droit international privé doivent être écartées au profit de règles matérielles nationales de droit international privé, comme le fait le droit français, ou encore à des règles matérielles transnationales. Second trait, le droit international de l'arbitrage est marqué ensuite par la diversité des règles substantielles, même si une harmonisation existe. Des divergences subsistent entre pays sur les conditions de forme de la convention, ses effets, sa validité, son étendue, son arbitrabilité.

820. Pourra-t-on prétendre voir ces divergences limitées, restreintes, par les conventions internationales conclues en la matière, qui ont en principe pour objectif, tout au moins, une harmonisation des solutions? Un rapide tour d'horizon de l'instrument international à vocation universelle, la Convention de New York, permet de se faire une idée des dissensions qui subsistent. Cette dernière pose principalement le recours à la méthode des conflits de lois pour apprécier l'étendue, l'existence et la validité de la convention d'arbitrage.

¹ Cette proposition est valable en France, mais doit être nuancée concernant d'autres États qui admettent que le jugement d'annulation d'une sentence prononcé par les juridictions de l'État du siège de l'arbitrage produise des effets extraterritoriaux. On pense notamment au droit américain et au droit néerlandais. Sur la question, *cf. supra*, n° 651, note n°.

²E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 102.

³J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*

⁴N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, qui voit d'ailleurs une application de cette méthode dans le droit français, celui-ci appliquant systématiquement à tout arbitrage international, les règles matérielles du droit français de l'arbitrage.

Les choses paraissent au premier abord relativement claires pour l'arbitrabilité, soumise à la loi du for en vertu de l'article V(2)(a)¹, solution retenue occasionnellement par les juges français². Cependant, il semble qu'en droit comparé, la solution soit loin d'être aussi simple. Certains auteurs envisagent en effet la possibilité de soumettre l'arbitrabilité du litige à la règle de conflit de lois définie pour régir de façon générale la validité de la convention d'arbitrage : loi d'autonomie, et à défaut loi du siège de l'arbitrage³.

Concernant les autres conditions de validité de la convention, la méthode des conflits de lois laisse également place à des divergences et à d'importantes difficultés d'identification de la loi applicable. La validité de la convention d'arbitrage est en effet appréciée « *en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue* »⁴. Des divergences peuvent en effet subsister concernant l'identification de la loi d'autonomie. Lorsque les parties n'ont pas spécifié quel était le droit applicable à la convention d'arbitrage, mais qu'elles ont choisi le droit applicable au fond du litige, doit-on considérer en vertu de la dimension accessoire de la clause compromissoire que le droit choisi au fond du litige s'applique également à la clause compromissoire ? La réponse à cette question diffère selon l'État saisi.

Les mêmes divergences subsistent concernant la capacité des parties compte tenu du caractère équivoque de l'article V(1)(a) de la Convention de New York, qui retient que cet élément est soumis à « *la loi à elles applicables* ». Que faut-il en déduire ? Les classiques divergences de la règle de conflit de lois applicable à la capacité des parties resurgissent ici : « *on ne tranche pas entre loi nationale et loi du domicile pour les personnes physiques, loi du siège social et loi d'incorporation pour les personnes morales* »⁵. Plus fondamentalement même, cette disposition ne précise pas réellement la loi applicable à la capacité des parties. Et il semble même qu'en droit comparé, « *la doctrine dominante retien[ne] l'application des règles de conflit de l'État où la sentence est invoquée* »⁶.

¹ La soumission de l'arbitrabilité à la loi du pays requis a été critiqué, A. R. BROTONS, « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *RCADI*, 1984, t. 1984, p. 169, spéc. p. 243, n° 74: « *une sentence sur une matière susceptible d'arbitrage selon la loi régissant l'accord arbitral mais non conformément à la loi du pays requis se trouverait privée d'efficacité, bien que les éléments de la relation litigieuse aient un rattachement marginal – ou pas de rattachement – avec le for. Est-ce raisonnable ? Ne pourrions-nous pas penser plutôt qu'il s'agit là d'une exigence exagérée, sans justification ?* »

² CA Paris, 15 oct. 2009, *Société OAO NPO Saturn c. société Unimpex Entreprises Ltd.*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009, p. 923 : « [c]'est par ailleurs vainement que cette partie excipe de l'article V 2) de la Convention de New York de 1958, alors qu'il est constant qu'au regard de la loi française loi « du pays de reconnaissance et l'exécution sont requises » le différend est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage, ce qui n'est pas contesté s'agissant de l'arbitrage de pénalités réclamées dans le cadre d'un transfert d'actions de société anonyme, l'ordre public international lui interdisant de se prévaloir de son droit national pour se soustraire a posteriori à l'arbitrage convenu ».

³ J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 883, n° 907 : l'arbitrabilité constitue en effet « *une condition de validité de la convention d'arbitrage* », ce qui explique qu'elle puisse « *être invoquée dans le cadre de l'art. V ch. 1 let. a, en ce qui aboutit dans certains cas à un double contrôle selon deux droits différents, désignés respectivement par l'art. V ch. 1 let. a et par l'art. V ch. 2 let. a* ».

⁴ Art. V(1)(a) de la Convention de New York.

⁵ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 362, n° 33.

⁶ J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 883, n° 907. En ce sens, cf. A. R. BROTONS, « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *op. cit.*, p. 222, n° 52.

Le juge requis doit également pouvoir contrôler l'étendue, la portée de la compétence arbitrale, l'article V(1)(c) disposant que celui-ci peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence si « *la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire* ». La règle de conflit de lois, selon laquelle l'étendue de la convention d'arbitrage devrait être appréciée, n'est aucunement précisée ce qui risque de favoriser les divergences de règle de conflit de lois utilisée par le juge requis, alors que les questions de portée de la convention d'arbitrage, et tout particulièrement de sa portée externe – extension, transmission – sont au cœur des difficultés actuelles dans la délimitation de la compétence arbitrale.

Quant aux deux règles substantielles posées par l'article II de la Convention de New York posant le principe de reconnaissance de la force obligation de ces conventions, dit de licéité des conventions d'arbitrage, et l'exigence d'un écrit, les simples divergences d'interprétation auxquelles il donne lieu conduisent à des dissensions importantes entre pays. Ces dissensions sont encore accentuées lorsque le droit national retient une définition de la validité formelle de la convention d'arbitrage plus favorable que celles posées par la Convention de New York¹, possibilité expressément préconisée par une recommandation de la CNUDCI adoptée en 2006².

Et en toutes circonstances, qu'il s'agisse des règles matérielles ou des règles de conflit de lois, il y aura « *une large place pour la diversité* »³ en raison de la réserve de la clause du droit national plus favorable posée par l'article VII(1) de la Convention : la Convention de New York n'est qu'un minimum en faveur de l'arbitrage auquel consentent tous les États signataires, mais ces derniers peuvent aller plus loin.

821. Bref, le droit régissant la convention d'arbitrage a simplement fait l'objet d'une harmonisation *a minima* réalisée par la Convention de New York, ou par un outil plus original d'harmonisation, la loi type, modèle de loi proposée aux États du monde entier. On assiste également à une sorte d'« *harmonisation spontanée* » des législations étatiques en la matière, les États s'accordant aujourd'hui sur la nécessité de ce mode de règlement des différends. Mais ce n'est qu'une harmonisation : certains droits sont plus restrictifs, d'autres plus libéraux.

822. **Diversité des jugements étatiques du contrôle.** Compte tenu de la diversité des droits étatiques précédemment décrite, il est tout à fait possible que la compétence du tribunal arbitral soit diversement appréciée selon les différents États saisis, et que la sentence puisse être accueillie dans un État, rejetée dans un autre, le premier estimant le tribunal arbitral compétent, le second incompetent. « *Dans l'arbitrage international, la compétence d'un même arbitre est susceptible d'être appréciée par les tribunaux de plusieurs pays* »⁴. Ce constat auquel se livrait un auteur il y a plus de vingt ans vaut encore aujourd'hui, dès lors

¹ J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 884, n° 908.

² Recommandation relative à l'interprétation de l'article II (2) et de l'article VII (1) de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) adoptée par la CNUDCI le 7 juillet 2006.

Disponible sur le site : http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html

³ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 361.

⁴ *Ibid.*, p. 357, n° 29.

qu'il n'y a pas eu d'efforts menés depuis ce temps pour favoriser l'harmonisation internationale interétatique des solutions. Il existe en effet une pluralité d'États susceptibles d'accueillir la sentence, chaque État libre d'apprécier la frontière tracée par le tribunal arbitral entre compétence arbitrale et compétence de la justice publique. La compétence juridictionnelle générale peut ainsi être soumise non seulement à l'appréciation des juridictions du siège de l'arbitrage, mais aussi à l'appréciation de tous les pays dans lesquels la demande d'exécution ou de reconnaissance de la sentence est formée, potentiellement donc l'ensemble des pays dans lesquels le débiteur détient des actifs saisissables. Lors de l'accueil de la sentence, chaque État appréciera selon ses propres vues la compétence du tribunal arbitral.

823. Cette représentation multilocalisatrice de l'arbitrage est à l'origine de la jurisprudence *Norsolor-Hilmarton*, selon laquelle la décision de la juridiction de l'État du siège statuant sur le recours en annulation exercé contre la sentence est insusceptible de produire d'effets extraterritoriaux. Ni un jugement étranger accordant ou refusant la reconnaissance ou l'exequatur à la sentence rendue émanant d'un quelconque ordre étatique, ni le jugement étranger de validation ou d'annulation de la sentence prononcé par les juridictions de l'État du siège de l'arbitrage, ne sont susceptibles d'être accueillis en France, les juridictions se réservant la possibilité d'apprécier librement la compétence juridictionnelle générale¹. Par exemple, une sentence annulée pour incompétence pourrait être accueillie en France si le juge d'appel de l'ordonnance d'exequatur de la sentence estimait au contraire que le tribunal arbitral est compétent.

B.- Conséquences pour le tribunal arbitral

824. Incontestablement, l'approche westphalienne de l'arbitrage permet à chaque État de faire prévaloir sa propre idée du tracé de la frontière entre compétence arbitrale et compétence de la justice publique.

825. **Méthode cumulative ou sélective ?** Conséquence de cette diversité du droit interétatique de l'arbitrage, un tribunal arbitral voulant appliquer les droits étatiques intéressés au litige, identifiés sans aucune difficulté, se retrouvera parfois confronté à des contradictions entre ces différentes normes étatiques intéressées au litige, règles et/ou jugements – une juridiction du contrôle pourra dire une chose, l'autre son contraire. Quelle position le tribunal arbitral doit-il alors adopter ? Confronté à une contestation de sa compétence, le tribunal arbitral ne peut refuser de juger de sa compétence même si la question est épineuse et les droits étatiques partagés, sous peine de commettre un déni de justice. L'effet positif de la compétence-compétence lui confère un pouvoir. Mais c'est aussi un devoir. Il devra donc trancher entre les différentes lois étatiques intéressées au litige.

826. **Méthode cumulative.** Cette nécessaire prise en compte implique-t-elle que le tribunal arbitral ne puisse se juger compétent ou incompétent que si l'intégralité des droits intéressés au litige et des jugements étatiques rendus ou susceptibles d'être rendus lors du contrôle de la sentence sont en ce sens ? Le tribunal arbitral doit-il requérir l'aval de l'ensemble des droits et jugements étatiques intéressés au litige ?

¹ Cf. *supra*, n° 646.

827. Deux éléments nous conduisent à écarter cette méthode.

La première raison consiste tout simplement dans l'impossibilité pratique pour le tribunal arbitral de prendre en considération l'ensemble des normes étatiques intéressées au litige. Il est parfois impossible de déterminer avec exactitude à l'avance l'ensemble de ces droits dits « *intéressés au litige* ». Certes, le tribunal arbitral pourra sans nul doute se référer au droit du siège de l'arbitrage. Encore n'est-il pas certain que ce droit soit pleinement « *intéressé au litige* » lorsque les parties n'ont pas de biens saisissables dans ce pays et que l'exécution forcée n'y sera pas demandée. En effet, il est fréquent que le siège de l'arbitrage soit choisi pour sa neutralité. Plus fondamentalement, il existe parfois une multitude d'États dans lesquels les parties peuvent faire exécuter la sentence ; par conséquent, il est impossible d'examiner l'ensemble de ces droits, à moins pour le tribunal arbitral de réaliser une véritable thèse en droit comparé de l'arbitrage. On ajoutera également que l'exécution forcée de la sentence pourra être demandée dans un État dans lequel la partie condamnée n'avait pas encore d'actifs lorsque le tribunal arbitral a statué sur sa compétence. C'est un droit que le tribunal arbitral ne pouvait donc prendre en compte, car n'étant pas encore intéressé au litige, il le deviendra par la suite. On réalise alors qu'il est proprement irréaliste en pratique, et irraisonnable, de demander au tribunal arbitral de prendre en compte l'ensemble des droits étatiques intéressés au litige ou des droits qui pourraient l'être à l'avenir ! C'est une obligation impossible. Ce pourrait être tous les États du monde¹. Relativisons cependant notre propos. Dans la plupart des espèces, malgré la complexification des relations commerciales internationales face au phénomène de mondialisation des économies réelles et financières, il sera généralement aisé pour un tribunal arbitral d'identifier ce que sont, raisonnablement et sans excès de zèle, les principaux ordres juridiques étatiques intéressés au litige et statuer sur sa propre compétence en tenant compte de ces divers droits.

La seconde raison, plus déterminante, résulte des conséquences excessives de cette méthode. Le tribunal arbitral, confronté à des règles étatiques et jugements étatiques « soufflant le chaud et le froid » quant au tracé de la frontière entre justice publique et justice privée, devrait-il ne retenir sa compétence que si tous les droits intéressés au litige sont en ce sens ? La méthode cumulative serait catastrophique et « *ferait courir à l'institution de graves dangers* »². La méthode cumulative conduirait systématiquement à faire prévaloir et ce, de manière arbitraire, la norme la moins libérale, la plus hostile à l'arbitrage, « *le plus petit commun dénominateur commun de toutes les lois en présence* »³. La loi qui retient l'incompétence arbitrale devrait toujours l'emporter. La méthode cumulative revient donc bien à opérer une sélection au profit de la loi étatique la plus restrictive, écartant systématiquement *de facto* la loi étatique la plus libérale à l'égard de l'arbitrage.

828. Nous devons alors nous tourner vers la méthode sélective, le tribunal arbitral devant juger de sa compétence au regard des normes intéressées au litige les plus pertinentes. L'obligation de prise en compte par le tribunal arbitral des normes étatiques intéressées au litige pour juger de sa compétence ne peut être que relative.

¹ En ce sens, P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 367, n° 37.

² En ce sens, E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 58, n° 37.

³ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 59, n° 39.

829. **Méthode sélective.** Entre les droits les plus libéraux et les droits les plus hostiles à l'égard de l'arbitrage, comment trancher ce conflit ? Le problème se pose alors des *critères de sélection des normes étatiques intéressées au litige* utilisés par le tribunal arbitral. On en revient alors à la méthode des règles de conflit de lois. Est-ce que le tribunal arbitral devrait privilégier la loi du siège de l'arbitrage, la loi choisie par les parties, ou, au contraire, uniquement la ou les loi(s) de l'exécution possible de la sentence ? Allant plus loin, alors que ne cesse de souffler un vent de faveur sur l'arbitrage, ne peut-on imaginer que le tribunal arbitral privilégie la loi intéressée au litige la plus favorable à sa compétence, le critère du rattachement de la convention d'arbitrage étant l'État le plus favorable à l'arbitrage ? La représentation westphalienne de l'arbitrage n'interdirait en rien au tribunal arbitral de persister à s'opposer à une ou plusieurs des juridictions du contrôle dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale, c'est-à-dire persister à se juger compétent alors que l'une des juridictions de contrôle d'un État l'a considéré au contraire incompetent, persister à se juger incompetent alors que la juridiction de contrôle d'un État l'a estimé au contraire compétent.

En cas de divergence d'appréciation par les juridictions du contrôle, la sentence sur la compétence sera plus ou moins valide, plus ou moins nulle. De ces divergences et de cette diversité des normes étatiques sur le plan international, le tribunal arbitral tire une véritable « *autonomie dans l'appréciation de sa propre compétence* »¹, dès lors que l'appréciation qu'il a faite de sa compétence pourra être rejetée ici mais toujours reconnue là-bas, lui permettant ainsi de s'« *affranch[ir] de la préoccupation du contrôle étatique* », car « *[i]l suffit pour la satisfaction de la partie victorieuse, que la sentence puisse être effectivement exécutée, ne serait-ce que dans un seul pays* »².

L'arbitrage a ainsi pour for le monde. Si c'est une contrainte car les arbitres doivent apprécier leur compétence en prenant en considération une multitude de droits étatiques, c'est aussi une liberté. Le monde peut alors être perçu comme un échiquier constitué par les différents États susceptibles d'accueillir la sentence, les litigants développant une stratégie selon l'accueil favorable ou défavorable dont fait l'objet leur sentence dans chacun des ordres juridiques. « *Dans l'arbitrage international, chacun chez soi et les sentences seront bien gardées* »³.

830. Cependant, le critère utilisé par le tribunal arbitral visant à retenir comme applicable la norme étatique intéressée au litige la plus favorable à sa compétence peut sans doute paraître arbitraire. Aussi la méthode comparative apparaît-elle plus opportune. Mais on glisse alors insensiblement vers l'approche transnationale.

Section 3.- L'approche transnationale : la possibilité de refus de prise en compte du jugement du contrôle

831. L'approche transnationale « *est celle qui accepte de considérer que la juridicité de l'arbitrage puisse être puisée non dans un ordre juridique étatique, qu'il s'agisse du siège*

¹ L'expression est empruntée à P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*

² *Ibid.*, p. 337.

³ Ch. SERAGLINI, note sous CA Paris, 29 sept. 2005, *Bechtel*, *op. cit.*

ou de celui du ou des lieux d'exécution, mais dans un ordre juridique tiers, susceptible d'être qualifié d'ordre juridique arbitral »¹. Dans le cadre de cette représentation, un tribunal arbitral ne serait aucunement lié par une loi nationale déterminée pour juger de sa compétence, ni par un quelconque jugement étatique de contrôle.

Le propos pourra paraître abrupt, par trop excessif. Bien évidemment, cela ne signifie pas que le tribunal arbitral puisse juger tout et n'importe quoi. La convention d'arbitrage, même si elle peut être perçue comme un « *contrat sans loi* », n'est pas un contrat « *sans droit* ». Certaines normes communes régissant la convention d'arbitrage, partagées par la Communauté internationale des États et par les acteurs privés du monde arbitral, doivent être respectées par les tribunaux arbitraux dans le monde entier. La vision transnationale de l'arbitrage n'exclut d'ailleurs pas que le tribunal arbitral se soucie des chances de sanction légale de la sentence devant les juridictions d'État. S'il doit tendre à respecter les normes minimales communes aux États pour que sa sentence puisse être reconnue ou exécutée, l'approche transnationale permet de mettre en exergue le fait que le tribunal arbitral n'est pas toujours tenu de suivre une loi ou un jugement étatiques intéressés au litige, même particulièrement intéressés.

La diversité internationale des solutions, et notamment la possible divergence d'appréciation du sort de la sentence par les juridictions du contrôle, est d'ailleurs prise en compte en droit positif. L'obligation qui pèse sur le tribunal arbitral de rendre une sentence susceptible de sanction légale est considérée comme une simple obligation de moyens et non de résultat². Le tribunal arbitral doit tendre à ce que sa sentence puisse être susceptible de sanction légale. Mais cette obligation est parfois impossible. Aussi le tribunal arbitral n'est-il pas toujours tenu de suivre ce que devrait juger ou ce qu'a déjà jugé l'une des juridictions publiques opérant le contrôle de la sentence. Cette obligation l'oblige simplement à se justifier s'il doit s'en écarter.

C'est sous cette réserve que les deux versants de l'approche transnationale doivent être examinés. Le tribunal arbitral n'est tenu de suivre ni une loi étatique déterminée (§1), ni un jugement du contrôle déterminé (§2) pour juger de sa compétence.

§1.- L'absence d'obligation d'appliquer une loi étatique pour juger de sa compétence

832. **Première conséquence de l'approche transnationale, le tribunal arbitral n'est pas lié par une loi étatique quelconque pour juger de sa compétence.** Au regard de la diversité des normes étatiques concernant l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale, un État estimant le tribunal arbitral compétent, un autre État le jugeant incompétent, le tribunal arbitral doit opérer un choix. Pourquoi ne pourrait-on pas imaginer que les arbitres apprécient l'existence, la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage selon des règles transnationales régissant la convention d'arbitrage en faisant fi des particularismes

¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit, p. 60, n° 40.

² C'est ce qu'il résulte par exemple de l'art. 35 du règlement d'arbitrage CCI, stipulant expressément que la Cour d'arbitrage et le tribunal arbitral feront « *tous les efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale* ». L'art. 41 du règlement d'arbitrage CCI dans sa version de 2012 reprend la même formule.

nationaux ? Ne peut-on en effet admettre le pluralisme du droit applicable à la compétence juridictionnelle générale ?

833. Certaines règles fondamentales transnationales régissant la convention d'arbitrage devraient être appliquées par les tribunaux arbitraux telles quelles, indépendamment de ce que retient en particulier une législation nationale intéressée au litige, archaïque ou isolée, qui s'y opposerait. Un consensus transnational existe en effet sur certaines règles essentielles : l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans les contrats du commerce international¹, l'arbitrabilité des litiges classiques du commerce international, le principe de la force obligatoire d'une convention d'arbitrage, simple application à la convention d'arbitrage de *pacta sunt servanda*, ou encore l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal. C'est en raisonnant sur ce dernier point qu'un auteur a mis en évidence le fait que les règles étatiques de l'arbitrabilité du litige n'ont pas en toutes circonstances à être respectées par les tribunaux arbitraux². On précisera que si l'on conviendra de la solution concernant une hypothèse d'inarbitrabilité pour le moins farfelue ou absurde, telle que celle imaginée par l'auteur prise de l'inarbitrabilité du commerce international de la pomme de terre, on sera plus réservé lorsque l'inarbitrabilité est admise de manière quasi universelle par les ordres étatiques, dans les classiques domaines d'inarbitrabilité *per se*, telles l'état et la capacité des personnes³ ou encore le droit pénal⁴.

Le raisonnement devrait prévaloir selon nous même lorsque la loi étatique, archaïque ou profondément originale, a été spécifiquement désignée par les parties pour régir la convention d'arbitrage, dès lors que cette loi heurte des valeurs largement admises, sorte de *jus cogens*

¹¹ En ce sens également, E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 115, n° 75.

² N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 267, n° 265 : « est-ce parce que les règles d'« arbitrabilité » décident de l'incompétence des fors étatiques qu'elles doivent nécessairement être respectées dans l'ordre arbitral pour que l'arbitre soit compétent ? Il n'en est rien ».

³ Ce cas d'inarbitrabilité *ratione materiae* semble une constante historique, vérifié aussi bien en droit romain qu'en droit canonique : B. de LOYNES de FUMICHON et M. HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *op. cit.*, p. 341, n° 42 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, « L'arbitrage en droit canonique », *op. cit.*, p. 23, n° 9 : en droit canonique, « [I]es causes matrimoniales et d'une manière générale l'état des personnes ne peuvent pas faire l'objet d'un compromis. Elles sont réservées au juge supérieur : la règle est rappelée par Grégoire IX lui-même » ; Y. JEANCLOS, « La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle – Eléments d'analyse », *op. cit.*, p. 434, concernant le droit des personnes et le droit familial, à l'exception des questions successorales. Constatant cependant des exceptions en pratique en Suisse romande : J.-F. POUDRET, « Deux aspects de l'arbitrage dans les pays romands au Moyen Age : l'arbitrabilité et le juge-arbitre », *Rev. arb.*, 1999.3, pp. 8 à 10.

⁴ Si incontestablement le droit pénal était inarbitrable en droit romain (B. de LOYNES de FUMICHON et M. HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *op. cit.*, p. 327, n° 30), la question est discutée en droit canonique où il semble que malgré la prohibition de compromettre en principe sur certaines infractions pénales, et notamment l'homicide, la pratique révèle que de nombreux homicides font l'objet d'un compromis (cf. B. GARNOT, *Histoire de la Justice – France, XVI-XXI^e siècle*, *op. cit.* ; S. DAUCHY, « Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique. Aux origines des articles 1481-1491 NCPC », *op. cit.*, pp. 771-772. Cf. également de J.-M. CARBASSE, « Philippe III et « les mauvaises coutumes » de Gascogne », dans *Hommage à Gérard BOULVERT*, Nice, 1987, p. 153 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, « L'arbitrage en droit canonique », *op. cit.*, p. 23, n° 9, qui énumère les matières sur lesquelles on ne peut compromettre, et notamment « les causes criminelles. Le principe est issu du droit romain mais il n'est pas très respecté dans le monde médiéval. La transaction ou le compromis mettent encore souvent fin à des affaires criminelles » ; Y. JEANCLOS, « La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle », *op. cit.*, pp. 435-436 : l'auteur distingue deux périodes, le XIII^e siècle où les parties recourent à l'arbitrage en matière pénale en cas d'homicide volontaire délibéré ou au cours d'une rixe, et la disparition du recours à l'arbitrage au XIV^e siècle).

transnational de l'arbitrage. La prévisibilité des solutions pour les opérateurs du commerce international plaide pour une telle solution.

834. L'idée fait son chemin dans la doctrine que l'ordre arbitral puisse sécréter ses propres règles régissant la compétence. Ainsi, Mme Coipel-Cordonnier affirme que « *l'indépendance de tout ordre juridique pour déterminer la compétence de ses organes est un principe qui joue également dans le cadre de l'ordre arbitral. Cela veut dire que, pour déterminer la compétence de l'arbitre dans l'ordre arbitral, seules les règles générées par celui-ci interviennent ; les règles étatiques sur ce point sont sans incidence* »¹.

L'idée est d'ailleurs pour partie réalité. Il est fréquent en effet que les tribunaux arbitraux jugent de leur compétence en application de normes généralement acceptées par la communauté transnationale en utilisant la méthode comparative. Ces règles transnationales ne sont pas proprement de source privée, l'idée de l'« *inadéquation des ordres juridiques étatiques* » nécessaire à l'identification d'un droit transnational étant aujourd'hui dépassée². Ces règles matérielles résultent de la convergence qui se dégage de l'observation des droits de source publique – lois étatiques, conventions internationales, lois-type –, et de source privée – recommandations émises par des organismes privés, règlements d'arbitrage, jurisprudence arbitrale etc. –, à l'origine d'un « *droit arbitral de l'arbitrage* »³, droit de source privée. Peu importe qu'il n'y ait pas unanimité sur la question parmi toutes les sources du droit de l'arbitrage. Il suffit que se dégage un « *principe majoritaire* », une « *tendance dominante* »⁴ de l'activité normative des États et des acteurs privés de l'arbitrage.

En ce sens, un tribunal arbitral dans l'affaire CCI n° 8385 rendue en 1995 n'a pas hésité, au terme d'une longue réflexion sur le droit applicable à la compétence, à choisir l'application de la *lex mercatoria*, après avoir écarté la *lex fori*, loi du siège de l'arbitrage, au regard de son caractère déraisonnable, ou encore les différentes lois intéressées au litige, droit du siège de l'arbitrage ou droit des lieux de constitution des principes établissements des sociétés défenses⁵. Dans la même lignée, confrontée à une clause compromissaire pathologique, un tribunal arbitral CCI a jugé de sa compétence sans rechercher le droit applicable à la convention d'arbitrage, retenant simplement un principe répandu et repris dans les principes d' UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, retenant la commune intention des parties et le principe de l'effet utile⁶.

Mieux, occasionnellement, on observe que certains tribunaux arbitraux rejettent l'application d'une loi fortement intéressée au litige qui condamnerait la convention d'arbitrage lorsque cette loi, survivance d'un archaïsme ou marque d'un « *particularisme exacerbé* »⁷, méconnaît les valeurs largement admises et partagées par la communauté internationale et transnationale quant à l'existence, la portée et la validité d'une convention

¹ N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, op. cit., p. 268, n° 265.

² Sur la question, E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., pp. 75 et s., n° 52.

³ La formule est de J.-B. RACINE.

⁴ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., pp. 77 et s., n° 54.

⁵ Sentence arbitrale CCI n° 8585 rendue en 1995, *JDI*, 1997.1061, obs. Y. Derains.

⁶ Sentence finale CCI n° 10422 rendue en 2001, *JDI*, 2003.1142.

⁷ *Ibid.*

d'arbitrage. Le tribunal arbitral fait alors prévaloir ce droit transnational sur le droit interne. Peu importe que l'exécution forcée de la sentence devant les juridictions publiques intéressées au litige soit compromise. Ce pourrait être le cas en particulier si la partie condamnée détient la plupart de ses actifs saisissables dans un État condamnant la convention d'arbitrage – l'État étant parfois de connivence avec l'entité condamnée –. La sentence CCI n° 4695 rendue en 1984, pourtant ancienne, illustre cette hypothèse. Le tribunal arbitral a accepté de se juger compétent en dépit de la condamnation inéluctable de sa sentence par les juridictions brésiliennes, le droit brésilien prévoyant à cette époque que « *la clause compromissoire crée seulement une obligation de conclure un compromis, obligation dont l'éventuelle méconnaissance n'est sanctionnée que par des dommages et intérêts, et qu'à défaut de compromis la clause ne peut constituer à elle seule le fondement de la compétence d'un tribunal arbitral* »¹. Le tribunal arbitral a ainsi jugé que « *this requirement of Art. 26 is not relevant to the question of jurisdiction. It is obvious that if a tribunal would decline to exercise jurisdiction on the basis of the possible difficulties of a future enforcement in a given country, then there would be no award at all, susceptible of being enforced in other jurisdictions* »². Si la règle ainsi posée nous paraît excessive – l'ex article 26, actuel article 35 du règlement d'arbitrage CCI s'appliquant selon nous au tribunal arbitral lors du procès sur la compétence³ – elle a toutefois le mérite de mettre en évidence que les arbitres ne sont pas tenus de suivre une loi étatique particulièrement intéressée au litige, méconnaissant certaines règles fondamentales du droit transnational de l'arbitrage. Ce dernier prime alors sur toute autre considération.

Cette sentence n'est pas isolée. Précédemment, à propos d'un banal contrat de licence conclu entre une entreprise suisse demanderesse et une entreprise italienne défenderesse, un tribunal arbitral avait refusé de tenir compte de la prétendue compétence exclusive des juridictions italiennes. Il rejette l'application du droit italien à sa compétence, droit de l'exécution de la sentence, au motif que « *la question de l'exécution postérieure de la sentence n'est aucunement liée à celle de la compétence du Tribunal arbitral. Les deux questions sont en effet indépendantes et la compétence du Tribunal n'est pas conditionnée par le fait que la sentence soit exécutoire dans un autre pays* »⁴.

Plus récemment, un tribunal arbitral, vérifiant sa compétence en application du droit français de l'arbitrage siège de l'arbitrage, a écarté la loi émirienne, loi de la nationalité de la défenderesse, au risque que sa sentence soit rejetée de ce pays en ces termes : « *le Tribunal est parfaitement conscient de ce que sa décision pourrait ne pas être reconnue dans les Emirats Arabes Unis. Toutefois, et s'il est vrai qu'un tribunal doit faire en sorte que sa sentence soit susceptible de sanctions légales, il ne saurait être tenu par les règles du ou des pays où la sentence pourrait être exécutée* ». Allant plus loin, le tribunal arbitral retiendra que cette argument « *est sans pertinence aucune pour l'appréciation par le tribunal arbitral de sa compétence à l'égard de la défenderesse n°2* »⁵.

¹ Sentence CCI n° 4695 rendue en 1984, XI YBCA (1986), p. 148.

² *Ibid.*, p. 158.

³ Cf. *supra*, n°s 813-814.

⁴ Sentence CCI n° 2476 rendue en 1976, *op. cit.*

⁵ Sentence CCI n°8910 rendue en 1998, *JDI*, 2000.1085, obs. D. HASCHER.

La possibilité qu'un État ou qu'une entreprise publique tente de se dérober d'une convention d'arbitrage, invoquant par exemple, comme dans l'espèce précédente, leur incapacité à compromettre, ou encore, de manière plus farfelue, le non-respect de règles locales de procédure, tel le fait que les témoins doivent prêter serment¹, n'est pas une hypothèse d'école. La solution retenue doit être pleinement approuvée et devrait valoir systématiquement dans les mêmes circonstances que l'espèce précédemment rapportée. La loi nationale intéressée au litige condamnant la convention d'arbitrage internationale, valable selon les règles transnationales, peut être analysée comme constituant une violation de l'accès au droit à un juge indépendant et impartial par l'État en cause, et ainsi une violation du droit international public en ce qu'il constituerait tout aussi bien un déni de justice qu'une violation du principe *Pacta sunt servanda*. Les chances d'exécution de la sentence seront sans nul doute très faibles. Mais peu importe. La solution devrait également s'appliquer en dehors de l'hypothèse spécifique d'un contrat d'État.

§2.- L'absence d'obligation de respecter les jugements étatiques du contrôle

835. Seconde conséquence de l'approche transnationale, le tribunal arbitral ne serait pas lié par un jugement étatique quelconque contrôlant la sentence.

836. En ce sens, il arrive en effet que les tribunaux arbitraux refusent de prendre en compte le jugement prononcé par une juridiction publique saisie en parallèle se prononçant sur l'existence, la validité ou l'étendue de la convention d'arbitrage, notamment par le biais d'injonctions *anti-suit*. Certains tribunaux arbitraux, conscients du fait que leur sentence sera insusceptible de sanction légale dans le pays des juridictions ayant émis une telle injonction, n'hésitent pas à poursuivre le procès arbitral, méconnaissant délibérément l'injonction prononcée. Différentes affaires illustrent notre propos, peu importe que les juridictions publiques dont émane cet ordre soient ou non celles du siège de l'arbitrage, signe du rejet clair par les tribunaux arbitraux, visés de manière directe ou indirecte par l'injonction, de la vision monolocalisatrice de l'arbitrage². Il est rare qu'une telle injonction ait été prononcée spécifiquement pour incompetence. Cependant, quel que soit le motif à l'origine de l'injonction *anti-suit*, c'est toujours au final la compétence arbitrale qui se trouve paralysée, compromise, violée, déniée. D'ailleurs, quelques injonctions *anti-suit* ont bien été émises par une juridiction nationale au motif de l'incompétence arbitrale³. L'affaire COPEL en offre une illustration. La société UEG Araucaria avait formé une demande d'arbitrage en application d'une clause compromissoire stipulée au contrat principal litigieux prévoyant un arbitrage CCI à Paris. Le défendeur à l'action, la société nationale brésilienne COPEL, a alors saisi les juridictions brésiliennes afin d'obtenir d'une part, l'annulation de la clause compromissoire motif pris de l'inaptitude des personnes morales de droit public à compromettre, et d'autre part, le prononcé d'une injonction à l'encontre de la partie demanderesse afin qu'elle suspende la procédure d'arbitrage déjà initiée. Bien que les juridictions brésiliennes firent

¹ Ces circonstances de fait sont tirées de l'affaire *Bechtel* (CA Paris, 29 sept. 2005, *op. cit.*).

² Pour des ex., cf. E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, pp. 107 et s. concernant les injonctions *anti-suit* prononcées par les juridictions d'un État autre que celui du siège de l'arbitrage, pp. 116 et s. pour les injonctions *anti-suit* prononcées par les juridictions de l'État du siège de l'arbitrage.

³ Pour un autre ex., cf. l'affaire *Salini Costruttori SpA c. République démocratique d'Ethiopie*, sentence du 7 décembre 2001, aff. CCI n° 10623, *op. cit.*

droit à la demande d'injonction¹, notifiée au centre d'arbitrage CCI par le juge de première instance, le tribunal arbitral ne s'y est pas plié. Il a poursuivi la procédure arbitrale et s'est jugé compétent par une sentence rendue le 6 décembre 2004 sur le fondement de l'aptitude d'une personne morale de droit public à compromettre².

837. Cependant, la licéité de ces mesures est discutée. Or, l'hypothèse que nous visons ici est au contraire celle d'un contrôle universellement admis de l'arbitrage et de la compétence arbitrale, le contrôle *a posteriori* réalisé par les juridictions publiques saisies d'une voie de recours légalement ouverte contre la sentence. Ce contrôle est parfaitement légitime d'une part, au regard du droit international public, un État détenant compétence exclusive pour se prononcer sur l'accueil d'une décision de justice internationale auquel il lui est demandé de prêter main-forte, et d'autre part, au regard du principe compétence-compétence, le contrôle étatique de la compétence à travers la sentence justifiant les deux effets précédemment étudiés du principe compétence-compétence.

Certes, le contrôle étatique réalisé *a posteriori* est légitime. Mais il ne nous semble pas pour autant que le tribunal arbitral doive suivre aveuglément la décision des juridictions publiques du contrôle prise sur la compétence juridictionnelle générale, qu'il s'agisse des juridictions du siège ou de celles des États d'exécution de la sentence. Dans la représentation transnationale de l'arbitrage, la décision du tribunal arbitral sur sa compétence contrôlée constitue une décision de justice internationale à part entière, indépendamment du contrôle étatique opéré. On concédera bien évidemment que les arbitres peuvent tenir compte du contrôle, en particulier si différentes juridictions publiques semblent converger vers un rejet de la sentence. Mais les arbitres ne sont pas *ipso facto* liés par ce contrôle, par définition relatif, chaque État pouvant retenir une chose et son contraire, en particulier lorsqu'il n'existe pas de consensus sur le point litigieux en débat. L'autorité de chose jugée de l'arrêt rendu par les juridictions publiques de contrôle ne s'impose pas nécessairement au tribunal arbitral. Pour qu'elle puisse être opposée au tribunal arbitral, encore faut-il que ce jugement étatique soit relevant pour l'ordre arbitral. Autrement dit, le jugement du contrôle opéré par les juridictions publiques ne devrait être suivi par les tribunaux arbitraux que s'il est reconnu dans l'ordre arbitral, conforme aux règles transnationales régissant la répartition des litiges entre justice publique et justice privée.

On pourrait tout à fait imaginer que les arbitres opèrent eux-mêmes une vérification de la régularité du jugement étatique du contrôle qu'on leur oppose. Il nous semble en effet que les tribunaux arbitraux pourraient refuser de suivre aveuglément le jugement pris par une juridiction publique du contrôle, en particulier si cette dernière méconnaît certaines normes fondamentales du droit transnational de l'arbitrage, sorte de *jus cogens* arbitral, reconnu par les principales conventions internationales du droit de l'arbitrage ou le droit international comparé de l'arbitrage, ou encore par les principes du droit du commerce international. Les besoins du commerce international doivent primer sur une loi étatique isolée, les parties au litige, opérateurs du commerce international, n'ayant pas connaissance de toutes les

¹ Sur ces décisions, cf. E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 108, n° 73 ; A. WALD, « La résolution, par l'arbitrage, des conflits entre l'administration publique et les entreprises privées en droit brésilien », *Gaz. Pal.*, 13-17 juill. 2007, p. 6.

² Sentence partielle sur la compétence du 6 décembre 2004 dans l'affaire CCI n° 12656, *Revista de Arbitragem et Mediação*, n° 11, octobre-décembre 2006, p. 257.

spécificités locales. Les règles transnationales de l'arbitrage, sorte de droit commun aux opérateurs du commerce international et interne, participent à une certaine confiance entre partenaires économiques et ainsi, à une certaine fluidité des échanges.

Si le jugement étatique du contrôle respecte manifestement les valeurs transnationales de l'arbitrage, le tribunal arbitral devrait être lié par ce jugement.

Au contraire, si les juridictions étatiques du contrôle ont méconnu ces normes fondamentales de l'ordre arbitral, le tribunal arbitral pourrait refuser de tenir compte du jugement du contrôle, persister à se juger compétent en dépit de l'annulation ou du rejet de l'exequatur de la sentence de compétence, persister à se juger incompétent malgré le rejet de la sentence d'incompétence. On peut ainsi imaginer qu'un tribunal arbitral puisse ne pas tenir compte d'un jugement chinois écartant la sentence pour incompétence au motif que le droit chinois invalide la convention d'arbitrage *ad hoc* ou la convention d'arbitrage désignant un centre d'arbitrage étranger¹. Il existe en effet un consensus transnational sur le principe de la validité du recours à l'arbitrage *ad hoc* ou institutionnel, sans condition de nationalité du centre d'arbitrage en cause.

L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa compétence au regard des juridictions publiques du contrôle est d'ailleurs renforcée par un autre élément : en France, la responsabilité personnelle des arbitres ne devrait pas être engagée pour la seule méconnaissance du jugement du contrôle, notamment si les arbitres persistent à s'affirmer compétents ou incompétents. Le non-respect par les arbitres de l'autorité de la chose jugée attachée aux arrêts de la cour d'appel de Paris n'est pas constitutive « *d'une faute lourde ou même seulement grossière et manifeste, susceptible d'engager leur responsabilité professionnelle* »². L'immunité des arbitres explique sans doute la décision. Elle renforce l'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa compétence.

838. La sentence sur le fond, bravant les limites posées à la compétence arbitrale par une juridiction publique, serait-elle un « *chiffon de papier* » sans intérêt ? Ce serait sans aucun doute le cas si la plupart des juridictions publiques estimaient que le tribunal arbitral s'est jugé à tort compétent ou incompétent. Mais dans l'hypothèse où le tribunal arbitral n'a fait qu'appliquer les règles transnationales reconnues incontestablement en la matière, le rejet de la sentence par l'une des juridictions d'État au nom de particularismes locaux ne devrait pas s'opposer à l'accueil de cette sentence dans d'autres États. Le seul obstacle matériel resterait alors la présence d'actifs saisissables pour la partie condamnée dans d'autres États que celui édictant un droit arbitral rétrograde ou particulièrement fantaisiste. L'hypothèse où un litigant

¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, op. cit., p. 103, n° 70 : art. 16 du décret n° 31 du Président de la République populaire de Chine du 31 octobre 1994 et son interprétation officielle du comité judiciaire de la Cour suprême du 16 décembre 2005, sur lequel cf. J. TAO et C. von WUNSCHHEIM, « Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law : The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions », *Arb. Int.*, 2007, p. 309.

² TGI Paris, 16 sept. 2009, *Azran et société Consultaudit c. A., B. et C.*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009.921 : l'arbitre bénéficie d'une immunité juridictionnelle et n'est responsable qu'en cas de faute personnelle, distincte de la faute simple, « *doit être équipollente au dol ou constitutive d'une fraude ou d'un déni de justice pour engager la responsabilité de l'arbitre* ». « *En l'espèce, il ne peut être retenu que les arbitres auraient commis une faute lourde ou même seulement grossière et manifeste, susceptible d'engager leur responsabilité professionnelle en ne respectant pas l'autorité de la chose jugée attachée aux arrêts de la cour d'appel de Paris et en poursuivant l'arbitrage* ».

n'aurait des actifs que dans un État donné est rare compte tenu de la mondialisation actuelle des économies, réelle et financière. Néanmoins, cela peut survenir, en particulier pour les contrats d'État. En dehors même des contrats d'État, l'hypothèse pourrait se produire par exemple pour des opérateurs chinois détenant exclusivement des actifs en Chine ayant conclu une convention d'arbitrage *ad hoc*. La sentence par laquelle le tribunal arbitral *ad hoc* se jugerait compétent serait sans doute écartée par les juridictions de contrôle chinoises.

839. Si l'État détient le monopole de la violence légitime¹, il semble qu'il existe une place, même si elle est réduite, pour les voies privées d'exécution forcée de la sentence au côté des voies publiques, « *mécanismes tendant à garantir l'efficacité des sentences arbitrales, afin que celle-ci ne soit pas subordonnée à l'appui toujours hypothétique et conditionnel des ordres étatiques* »².

840. L'essentiel des voies privées d'exécution forcée de la sentence résultent des « *sanctions corporatives encourues en cas d'inexécution spontanée de la sentence* »³ contenues dans les différents règlements d'arbitrage, statuts des organisations et contrats-types, qui se déclinent en trois types de sanctions : « *les sanctions pécuniaires* »⁴, qui passent par des dépôts de garantie ou de sûreté afin de couvrir le non-paiement des frais de procédure le plus souvent, et plus rarement la défaillance dans l'exécution de la sentence, « *les sanctions morales* »⁵, qui passent essentiellement par le fait de « *porter à la connaissance de ses pairs son attitude déloyale* », par « *la publicité de l'inexécution elle-même, suffisante pour atteindre la réputation de l'intéressé* »⁶, et enfin, sanctions les plus lourdes, les « *sanctions privatives de droits ou de qualité* »⁷, qui conduisent à la privation des droits corporatifs par l'institution, de l'interdiction d'avoir recours à l'arbitrage sous l'égide de l'association concernée⁸ jusqu'à la pure et simple « *exclusion de l'association professionnelle sous l'égide de laquelle l'arbitrage a été administré et la sentence rendue* »⁹.

Une sentence par laquelle un tribunal arbitral s'est jugé compétent et a statué sur le fond du litige¹⁰, qui a été annulée ou a essuyé un refus d'exequatur pour incompétence arbitrale, peut-elle faire l'objet d'une exécution forcée dans le cadre de la communauté internationale de commerçants¹¹ ? Les sanctions privées peuvent-elles être légitimement utilisées alors qu'un ou plusieurs ordres étatiques refusent de prêter le concours de la force publique à une

¹ C'est d'ailleurs la définition de l'État que retiennent certains constitutionnalistes, telle que proposée par Max Weber, *Economie et société*, définissant l'État comme « *une entreprise politique à caractère institutionnel lorsque et tant que sa direction administrative revendique avec succès, dans l'application de ses règlements, le monopole de la contrainte physique légitime sur un territoire donné* ».

² S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *op. cit.*, p. 75, n° 102.

³ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 466 et s. Cf. également R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 492, n° 401.

⁴ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 468 et s.

⁵ *Ibid.*, pp. 471 et s.

⁶ Cf. également sur ce point, R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 492, n° 401.

⁷ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, pp. 476 et s.

⁸ Pour des ex., cf. R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 493, n° 401.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ On écartera ici de notre analyse la sentence d'incompétence, car ne statuant pas sur le fond du litige, elle ne peut faire l'objet d'une exécution forcée.

¹¹ Ce qui ne semble pas être le cas de la grande majorité des institutions, cf. sur ce point Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 505, n° 704.

sentence ? La doctrine s'est prononcée sur la question, et dans le même sens : les sanctions corporatives, peines privées visant à assurer l'exécution forcée de la sentence, ne peuvent être mises en œuvre si les procédures étatiques écartent la sentence. Ainsi, Philippe Fouchard préconisait tout d'abord que cette sanction « *n'intervienne pas avant l'issue de la procédure judiciaire éventuellement engagée, et en tous cas pas avant l'expiration des délais accordés pour l'exercice des voies de recours* »¹. Il estimait ensuite que « *si la procédure judiciaire aboutit à l'annulation ou au refus d'exequatur de la sentence, une sanction disciplinaire ne pourra plus intervenir ; si elle a déjà été prise, elle devra être révoquée* »². On citera également M. Mayer qui, spécifiquement dans l'hypothèse où la sentence a été annulée pour incompétence arbitrale, se demande si « *une sanction prononcée dans de telles conditions ne serait [...] pas de nature à engager [la] responsabilité* » des « *fédérations professionnelles, bourses de commerce et autres organismes susceptibles de jouer un rôle régulateur et sanctionnateur* »³. Le dernier mot reviendrait donc aux juridictions étatiques du contrôle concernant le sort de la sentence, l'ordre arbitral étant lié par cette décision, et notamment lié par la décision prise sur la compétence juridictionnelle générale.

Ces opinions sont relativement anciennes, et ont été développées alors que l'arbitrage ne bénéficiait pas, il est vrai, du même degré d'autonomie qu'aujourd'hui. La représentation transnationale de l'arbitrage plaide sans doute pour que les voies privées d'exécution forcée de la sentence puissent être mises en œuvre dès lors que les organes à l'origine des sanctions corporatives estiment le tribunal arbitral *manifestement* compétent au regard des règles transnationales de l'arbitrage, sans que les organes en cause ne soient liés par un jugement étatique du contrôle. Cependant, un élément doit nous conduire à nuancer cette affirmation. Se pose le problème de l'indépendance et de l'impartialité de l'organe à l'origine de ces sanctions corporatives : c'est le centre d'arbitrage, ou l'organisation professionnelle, sous l'égide duquel le tribunal a été constitué, qui est en charge de mettre en place ces sanctions corporatives. On peut alors s'interroger sur la capacité de cet organe à remettre en cause une sentence rendue sous son égide. Philippe Fouchard avait entrevu cette difficulté et proposé une solution fort satisfaisante : que ces sanctions corporatives ne soient prononcées qu' « *à condition qu'un organisme international, à caractère privé, assure à l'avenir une sorte d'enregistrement des sentences, qui donnerait à celles-ci l'autorité indispensable* »⁴, ce qui contribuerait à asseoir « *le caractère sérieux de la sentence [...] en quelque sorte garanti par l'Office ou le Bureau international d'enregistrement* ». La création de cet office privé en charge d'accueillir et d'opérer un contrôle des sentences, proposée par le Congrès international de l'arbitrage qui a eu lieu à Paris du 11 au 13 mai 1961⁵, n'est toujours pas réalité. Cette proposition ancienne nous semble être une voie intéressante à exploiter, en ce

¹ *Ibid.*, p. 497, n° 691. L'auteur énumère certains règlements d'arbitrage stipulant cette règle, d'autres au contraire prévoyant l'absence d'effet suspensif de l'exécution de la sentence arbitrale du recours judiciaire formé contre la sentence.

² *Ibid.*, p. 498, n° 692. Cf. également R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 494, n° 401 : « [I]a menace de sanctions n'est admissible que dans le cas où l'inexécution de la sentence est injustifiée ; elle ne l'est pas si l'arbitrage est entaché de quelque vice justifiant le refus d'exequatur ou l'annulation de la sentence ».

³ P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, pp. 359-360, n° 32.

⁴ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 488, n° 675.

⁵ *Ibid.*, p. 464, n° 645.

qu'elle contribue à assurer l'autonomie de l'ordre arbitral et l'indépendance et l'impartialité de la décision rendue sur la régularité de la sentence, prononcée par une entité externe de l'institution arbitrale sous l'égide de laquelle la sentence a été rendue, plus encline à porter un regard objectif sur la sentence.

Toutes ces considérations doivent cependant être prises avec précaution et nuancées. Au-delà de la légitimité de l'autonomie de l'ordre arbitral pour assurer l'exécution forcée d'une sentence régulière, plus fondamentalement, on peut s'interroger sur l'efficacité de telles mesures d'exécution par le secteur privé¹. Leur efficacité est d'autant plus douteuse que la répartition de la compétence juridictionnelle générale est en cause. Que peuvent les organisations et corporations avec leurs mesures d'exécution forcées plus que limitées, face à une juridiction publique qui s'estime elle-même compétente pour juger du litige, dont elle se saisit, pouvant s'appuyer sur des moyens coercitifs importants de l'État dont elle relève pour faire exécuter le jugement rendu ? Ce serait le pot de terre contre le pot de fer.

841. On voit donc se dégager deux situations distinctes.

Si l'annulation de la sentence ou son refus de reconnaissance et d'exequatur est conforme à ce droit commun, transnational de l'arbitrage que partagent les États et les organismes privés intervenant dans l'arbitrage, les modes privés d'exécution de la sentence seront inefficaces et sans doute également illégitimes. Il serait donc souhaitable dans ce cas que les organes des institutions arbitrales en charge de prononcer ces sanctions privées s'en abstiennent et suivent le ou les jugements étatiques constatant l'irrégularité de la sentence.

Si un ou plusieurs ordres juridiques estiment la sentence inefficace au motif que le tribunal arbitral est incompétent, envers et contre les règles les plus élémentaires du droit transnational de l'arbitrage, fondé notamment sur l'activité normative de la majorité des États, il ne fait nul doute que les voies d'exécution privées de la sentence pourraient dans ce cas être utilisées de manière légitime. Il y a fort à parier dans ce cas que la sentence trouvera, un jour ou l'autre, un État dans lequel la partie condamnée a des actifs qui fera exécuter par la force la sentence.

Ainsi, il nous semble que les moyens d'exécution privée de la sentence ont un rôle à jouer, même s'il est sans doute limité.

842. Autres voies privées d'exécution forcée de la sentence, on pourrait imaginer coupler le respect de la sentence à un mécanisme contractuel célèbre pour sa fonction comminatoire, la clause pénale. Le couplage de la convention d'arbitrage à une clause pénale est un montage contractuel préconisé en son temps par René David², présent sur une longue période de l'histoire de l'arbitrage. On en relève les traces du droit romain jusqu'à la

¹ De manière générale, de nombreux auteurs sont sceptiques sur l'efficacité de telles sanctions corporatives. Ainsi, M. MAYER met en doute leur efficacité en dehors d'un « milieu professionnel fortement structuré » (P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, spéc. p. 370, n° 39). De même, M. BOLLÉE constate « un certain scepticisme quand à l'importance donnée aux sanctions susceptibles d'être infligées aux parties qui tenteraient de se soustraire aux sentences arbitrales rendues à leur encontre » (S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *op. cit.*, p. 79, n° 108).

² Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 493, n° 401. L'auteur déplore qu'« [a]ucun règlement d'arbitrage n'a prévu de sanctionner l'inexécution de la sentence arbitrale par le jeu d'une clause pénale ».

Révolution française¹. En droit romain, la *poena* doit ainsi être payée par l'une des parties « *si elle ne défère pas l'affaire à la connaissance de l'arbitre, si elle ne participe pas à l'instance, si elle n'exécute pas la sentence* »². Elle vient ainsi sanctionner non seulement la violation de la compétence arbitrale, l'une des parties soumettant le litige à la justice publique, mais également le non-respect de la sentence. L'exécution de la sentence arbitrale était ainsi assurée en dehors de la justice publique, la *poena* mettant en place une « *force exécutoire de fait* »³, comparable en terme d'efficacité à notre exequatur, sans recourir aux autorités judiciaires. La *poena* était essentielle dès lors que la force exécutoire de la sentence n'était pas assurée par les autorités publiques, aucune procédure d'exequatur ou d'homologation n'existant alors. Ce mécanisme contractuel de nature privée était donc le seul moyen d'assurer l'exécution forcée de la sentence⁴. Il semble connaître un regain d'intérêt. Comme le relève certains auteurs, « *à défaut de pouvoir compter sur un soutien judiciaire dans l'espace européen, la pratique s'établit des clauses pénales et de dommages-intérêts en cas de violation d'une clause de choix de for (avec la bénédiction des tribunaux étatiques [...])* »⁵. Cependant, on peut s'interroger sur l'efficacité d'une telle solution en dehors du recours à la justice publique et à la force publique. Pourquoi une partie qui refuse d'exécuter la sentence accepterait de payer spontanément le montant prévu à la clause pénale ? Le paiement de la clause pénale pour non exécution de la sentence arbitrale nécessitera sans doute l'intervention du juge public, seul détenteur de la force exécutoire. Il est alors tout à fait possible pour ce dernier de ne permettre le paiement de la clause pénale que si la sentence est conforme à son propre droit. Il pourra alors vérifier la compétence juridictionnelle générale et refuser le paiement de la clause pénale s'il estime le tribunal arbitral incompétent. C'est d'ailleurs ce dont il est fait état en droit romain, la *poena* constituant selon les historiens « *un moyen de contrôle de la légalité, aux mains de l'autorité publique* »⁶, le contrôle de la légalité de l'arbitrage étant ainsi réalisé par le prêteur⁷. La clause pénale ne constitue donc pas un mode d'exécution de la sentence autonome par rapport à l'ordre étatique.

¹ B. de LOYNES de FUMICHON et M. HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *op. cit.*, spéc. p. 333, n° 35, la pratique couplant généralement la convention d'arbitrage à une peine privée : « [I]eur attachement à la stipulation de peine ne s'est pas démenti pendant des siècles, et même deux millénaires dans notre pays, puisqu'il a perduré dans notre ancien droit, jusqu'à ce que, en 1790, les Constituants ne la déclarent superfétatoire, l'arbitre étant, pour eux, le droit naturel ». On signalera cependant une différence importante entre le droit romain et le droit médiéval : la *poena* était en droit romain classique une condition de validité de la convention d'arbitrage, ce qui n'est pas le cas du droit canonique (souligné par A. LEFEBVRE-TEILLARD, « L'arbitrage de l'histoire », *APD*, 2009, t. 52, p. 1, spéc. p. 8, n° 4, note n° 34 ; Y. JEANCLOS, « La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle », *op. cit.*, pp. 427 et s.)

² B. de LOYNES de FUMICHON et M. HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *op. cit.*, p. 328, n° 31.

³ M. HUMBERT, « Arbitrage et jugement à Rome », *op. cit.*, p. 54.

⁴ A. LEFEBVRE-TEILLARD, « L'arbitrage de l'histoire », *op. cit.*, spéc. p. 6, n° 4 : « [e]n droit romain classique en effet il n'existe ni homologation de la sentence arbitrale par le juge ni a fortiori d'exécution forcée. Seul le mécanisme de la *poena* assure le respect de la sentence par les parties et par là son exécution ». Sur le recours à ce mécanisme dans une période plus récente, C. JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier*, *op. cit.*, p. 114 : « [I]es compromis passés à Montpellier contiennent quasiment tous la promesse d'acquiescer à la sentence sous une peine financière, mais cette peine n'est que rarement fixée dans le compromis ». L'efficacité de la peine était reconnue par les juridictions d'État, peine d'autant efficace que l'appelant devait la payer avant de faire l'appel.

⁵ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 105, n° 84-2. Cf. par ex. Tribuna supremo d'Espagne, 12 janv. 2009, *Rev. crit. DIP*, 2009.756, note F. ARROYO.

⁶ B. de LOYNES de FUMICHON et M. HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *op. cit.*, p. 330, n° 32.

⁷ *Ibid.*, p. 329, n° 32.

Conclusion

843. Pour conclure, c'est *in fine* le dernier élément de notre étude qui pourrait véritablement faire vaciller notre hypothèse de recherche initiale. Principe funambule, le principe compétence-compétence n'a-t-il pas basculé vers le monisme arbitral ? Le principe compétence-compétence ne serait que le masque fragile d'un mécanisme en réalité moniste, les tribunaux arbitraux indépendants dans l'appréciation de leur compétence. Le propos est excessif. Mais, il permet de mettre en exergue le fait qu'il n'y a pas pleinement un retour à la hiérarchie à ce stade ; les juridictions publiques ont certes le dernier mot, mais limité au territoire de l'État qui les a investis. La frontière entre justice publique et justice privée tel que tracée par la justice publique n'a pas nécessairement vocation à s'imposer au tribunal arbitral. Parfois, le tribunal arbitral s'y conformera. Parfois, il pourra s'en éloigner.

Cependant, la pratique arbitrale montre que, quotidiennement, les tribunaux arbitraux mettent tout en œuvre pour que la sentence puisse être susceptible d'être reconnue par les États. Plus qu'une liberté, les tribunaux arbitraux sont enserrés dans la contrainte perpétuelle d'évaluer la possibilité que l'acte juridictionnel qu'ils édictent soit relevant pour l'ordre juridique dominant au regard de sa « *pesanteur coercitive* » – l'État –, notamment pour ce qui concerne l'appréciation de leur compétence. Fréquemment en effet, c'est au regard de tous les droits étatiques intéressés au litige que les tribunaux arbitraux jugeront de leur compétence, tentant de dégager les principes et règles communes à ce droit transnational. Ce n'est sans doute qu'à reculons qu'un tribunal arbitral décidera de prendre le risque de voir sa sentence sur la compétence écartée, les valeurs d'un État intéressé au litige méconnaissant trop fondamentalement les normes de l'ordre juridique arbitral régissant la compétence juridictionnelle générale.

844. L'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques est loin d'être une évidence. C'est au final la règle qui pose le plus de difficultés au regard de notre hypothèse initiale de recherche.

845. Le premier risque était de tomber dans le monisme arbitral, si les juridictions publiques n'étaient pas pleinement associées à l'examen de la compétence juridictionnelle générale. Si elles ne le sont pas systématiquement, la justice arbitrale appréciant fréquemment seule sa propre compétence, soit lorsque les voies de recours ne sont pas exercés, soit lorsque les voies de recours sont fermées, les juridictions publiques retrouvent le pouvoir de juger de leur compétence chaque fois que les plaideurs ne sont pas satisfaits de la sentence. Autrement dit, l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques est rétabli chaque fois que le dialogue entre justice publique et justice privée est nécessaire.

En outre, le caractère pluraliste du principe compétence-compétence n'est pas simplement un leurre au regard de l'étendue du contrôle de la sentence : les juridictions publiques peuvent apprécier le litige primaire objet de la sentence, la compétence juridictionnelle générale, libres de juger de leur compétence en fait et en droit. Le principe de non-révision au fond est inapplicable à la sentence de compétence.

846. Si ce premier risque est écarté, un second réapparaît. En donnant aux juridictions du contrôle le dernier mot dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale, le principe compétence-compétence n'ait-il pas une simple « *façade* »¹, un maquillage pluraliste d'un mécanisme en réalité moniste étatique ? Dire que la juridiction étatique a le dernier mot, n'est-ce pas admettre qu'elle est seule à même de valablement tracer la frontière entre justice publique et justice privée ? Comme on a pu l'observer, si les juridictions françaises ont le dernier mot, c'est uniquement pour leur propre ordre juridique. La prise en compte du jugement étatique du contrôle par le tribunal arbitral est nécessaire, mais elle reste simplement relative aussi bien dans la représentation westphalienne que dans la représentation transnationale de l'arbitrage. Les tribunaux arbitraux peuvent s'en démarquer bien qu'ils ne le fassent qu'à reculons, lorsque cela s'avère nécessaire. Aussi, le retour à la hiérarchie est quelque peu un leurre. Mais n'est-ce pas le prix à payer pour atteindre ce « *pluralisme idéal* » décrit par Gurvitch ? Certes, il faut alors admettre un risque d'incohérence en cas de saisines parallèles – mais différées – de la justice arbitrale et de la justice publique. Le principe compétence-compétence trouve ici sa limite en tant que règle de conflit, souffrant alors d'incomplétude. Mais n'est-il pas nécessaire, dès lors que l'on quitte les « *chemins bien balisés de l'ordre*, [d'] *abandonner l'illusion d'une nécessaire cohérence, d'une absolue incomplétude* »² ?

¹ L'expression est de D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *op. cit.*

² J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 17.

CONCLUSION GENERALE

847. Il est loin le temps où la justice publique, seule véritable forme de justice, déterminait seule la place laissée vacante à l'arbitrage, simple phénomène d'infra-justice. La justice privée étant devenue *alter ego* de la justice publique, leurs rapports sont aujourd'hui repensés. Élément clef, c'est la délimitation de leur champ respectif d'intervention concret qui a été totalement réinventée.

Notre entreprise de démystification du principe compétence-compétence en droit français de l'arbitrage, principe régulièrement en procès, nous conduit à en proposer une vision mettant en évidence sa nouvelle fonction. Permettant à l'origine simplement au tribunal arbitral de juger de ce classique moyen de défense qu'est l'exception d'incompétence, le principe compétence-compétence a muté en une règle de conflit pluraliste permettant la ventilation concrète des litiges entre la justice française et l'arbitrage, utilisant le temps du procès arbitral et l'espace des ordres juridiques intéressés. Véritable funambule, le principe ne sert pas exclusivement l'autonomie de l'arbitrage ; il préserve également les intérêts étatiques.

848. Les développements précédents nous conduisent à dresser un bilan mitigé. D'un côté, le principe compétence-compétence est incontestablement un mécanisme pluraliste. Les trois règles composant le principe existent et se coordonnent afin de permettre successivement aux tribunaux arbitraux, puis aux juridictions d'État de se prononcer sur cette frontière commune. D'un autre côté, chacune des règles examinées connaît des limites ou écueils. Parfois, l'équilibre est rompu soit au profit des juridictions d'État, soit au profit des juridictions arbitrales. Force est de constater que le caractère pluraliste du principe compétence-compétence est tantôt réalité, tantôt mirage.

Avant et pendant l'instance arbitrale, l'effet négatif de la compétence-compétence conduit à la paralysie du pouvoir d'examen de sa propre compétence par la juridiction d'État. Conspuée par une partie de la doctrine, encore rejetée par une majorité des droits étrangers, la règle de l'effet négatif de la compétence-compétence n'est pourtant pas le démon présenté. La règle de l'effet négatif montre une belle résistance aux différents tests de validité auxquels nous l'avons soumise. C'est sans doute la difficulté d'accepter que l'ordre juridique dominant puisse être neutralisé – ou plus exactement *se* neutraliser – au profit d'un ordre non étatique qui suscite ces réactions épidermiques d'une doctrine réfractaire au pluralisme juridique. La validité de l'effet négatif est pourtant, dans son ensemble, établie aussi bien au regard de sa légalité – puisant sa source dans des textes, conformes aux normes supérieures de l'ordonnement juridique français, et même hissée au rang de norme à valeur d'ordre public interne – que de sa légitimité. La mise en exergue de son rattachement à une institution bien connue de notre droit – la théorie de l'apparence – contribuera peut-être à convaincre de sa rationalité. L'effet négatif de la compétence-compétence préserve la confiance des justiciables dans le monde qui se donne à voir ; consécutivement, il préserve la sécurité juridique. Bénéficiant d'une réelle effectivité en dépit de ses exceptions et hypothèses de non-application, c'est véritablement son efficacité qui reste à consolider par la réforme des voies de recours ouvertes contre la décision prononcée par les juridictions d'État de mise en œuvre ou de refus de mise en œuvre de l'effet négatif. Le procès sur la simple apparence d'un droit –

l'apparence de compétence arbitrale et d'incompétence de la justice publique – ne devrait pas s'atermoyer.

Le temps du procès arbitral, l'effet positif de la compétence-compétence permet aux tribunaux arbitraux de juger de leur compétence. Règle relativement absente de la pratique, elle peut être qualifiée de règle transnationale du droit de l'arbitrage, puisant encore plus en amont ses sources en droit processuel. L'effet positif de la compétence-compétence confère au tribunal arbitral le pouvoir de juger de sa compétence, élément constitutif de la *jurisdictio*, pouvoir inhérent à toute juridiction dès lors qu'elle est saisie, peu importe qu'elle soit ou non compétente. Aussi n'y a-t-il aucune incohérence à ce qu'un tribunal arbitral puisse se juger compétent ou incompétent, la source de l'effet positif de la compétence-compétence n'étant pas la convention d'arbitrage. Fort de ce rattachement, on peut admettre que l'effet positif permette au tribunal arbitral – *organe de jugement* à l'exclusion du centre d'arbitrage – d'émettre une véritable norme de droit – une *sentence* et non pas une simple opinion – sur sa propre compétence, au terme d'un véritable *procès*. Il y a bien pluralisme car le tribunal arbitral est apte à véritablement dire le droit sur sa compétence. Seule réserve, le régime transnational de l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral, en formation, est relativement incomplet. Il reste à élaborer concernant spécifiquement la prise en considération des instances parallèles ou jugements préalablement rendus émanant d'autres tribunaux arbitraux ou des juridictions d'État.

Au stade post-arbitral, l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques rétablit le pouvoir de ces dernières de juger de la compétence juridictionnelle générale lors de l'exercice des voies de recours ouvertes contre la sentence. Si ce pouvoir est potentiellement systématique, il est simplement éventuel. Fréquemment en pratique, les tribunaux arbitraux jugent alors seuls de leur compétence. Le risque est alors que l'équilibre soit rompu au profit du monisme arbitral. Mais ce risque est aisément contourner dès lors que les juridictions d'État retrouvent le pouvoir de juger de leur compétence chaque fois que les plaideurs ne sont pas satisfaits de la sentence, autrement dit, chaque fois que le dialogue entre justice publique et justice privée est nécessaire. Une fois saisie, les juridictions publiques du contrôle de la sentence sont en mesure d'apprécier le litige primaire objet de la sentence, la compétence juridictionnelle générale. Ainsi, le caractère pluraliste du principe compétence-compétence n'est pas simplement un leurre au regard de l'étendue du contrôle de la sentence.

On est cependant confronté à un second risque, celui d'un pluralisme de façade. Par ce retour à la hiérarchie d'une justice sur l'autre, le principe compétence-compétence n'est-il pas en réalité un mécanisme en réalité moniste ? La réponse est à mesurer. Même exercé effectivement et pleinement – au terme d'un contrôle total de la compétence, impliquant un réexamen du litige primaire –, l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques est à prendre avec mesure. Si l'ordre juridique français tire toutes les conséquences du jugement accueillant ou rejetant la sentence, l'impact de ce dernier dans l'ordre arbitral est à relativiser. L'idée que les juridictions publiques aient le « *dernier mot* » sur l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale est de moins en moins une évidence. En particulier en matière d'arbitrage international, un tribunal arbitral pourrait ne pas s'estimer tenu par la décision des juridictions d'État censurant sa sentence. La réalité du retour à la hiérarchie est discutable. A bien y regarder, le principe compétence-compétence oscille entre pluralisme relatif et pluralisme idéal.

La ventilation des litiges entre justice publique et justice privée résultant de la présence ou de l'absence de la convention d'arbitrage, la délimitation de cette frontière, est une entreprise particulièrement délicate compte tenu de son caractère éminemment factuel. Tout est question d'interprétation et de recherche de la commune volonté des parties. Cette opinion peut aisément diverger entre justice arbitrale et justice d'État. C'est pourquoi nous proposerons pour l'avenir une limitation du contrôle de la compétence par les juridictions publiques par le biais d'une sorte de « *marge arbitrale d'appréciation* » – seules les hypothèses d'excès de timidité ou de témérité de la justice arbitrale qui soient indiscutables devant être sanctionnées –, sans que, pour autant, soit remis en cause les modalités de ce contrôle qui resterait total, en fait et en droit. Dès lors que la décision du tribunal arbitral sur sa compétence est « *soutenable* » et « *non arbitraire* », les juridictions étatiques devraient accueillir la sentence, sans nécessairement imposer ce qu'elles estiment être l'interprétation la plus exacte.

849. Le prétendu caractère pluraliste du mécanisme mis en place par le principe compétence-compétence, établi par le contrôle *a posteriori* des juridictions étatiques qui auraient le dernier mot sur la justice arbitrale, ne serait-il pas à la vérité un simple leurre afin de mieux faire accepter le monisme arbitral ? L'idée est sans doute excessive. Le pluralisme juridictionnel dans l'appréciation de la compétence juridictionnelle générale est une voie étroite, difficile à tracer, le risque existant à chacune des étapes de tomber de Charybde en Scylla, du monisme étatique vers le monisme arbitral. Mais c'est bien cet équilibre que tend à mettre en place le principe compétence-compétence.

Allant plus loin, ne peut-on pas admettre que le véritable pluralisme juridictionnel consiste dans l'admission que le tribunal arbitral puisse seul juger de sa compétence, sans aucun contrôle, sans aucune tutelle de la justice publique ? Nous ne le pensons pas car la justice d'État est tout autant concernée à la délimitation de la frontière entre compétence arbitrale et sa propre compétence. Cependant, pour une question de réciprocité, il serait souhaitable que le monde arbitral invente un contrôle équivalent permettant aux tribunaux arbitraux, qui se voient opposer un jugement étatique jugeant de la compétence juridictionnelle générale, de vérifier sa conformité aux normes fondamentales de l'ordre arbitral.

850. Le pluralisme juridictionnel irrigue le mécanisme même de répartition des litiges et de résolution des conflits de compétence entre ces deux formes de justice. N'est-on pas là en présence d'un de ces « *bricolages* » du « *pluralisme ordonné* »¹, conçu spécifiquement afin de réguler les conflits entre justice publique et justice privée ? Il nous semble que le principe compétence-compétence s'inscrit dans ce « *défi lancé aux juristes de demain* »², pour le siècle à venir, « *celui de la pluralité des systèmes juridiques* » : inventer des modes de gestion du pluralisme, de nouveaux outils juridiques intersystémiques, d'internormativité, permettre le dialogue, la relevance et la coordination entre ordres juridiques. L'« *éclatement de la régulation juridique* »³ constaté, il reste à rechercher des mécanismes permettant à ces multiples foyers normatifs de coexister harmonieusement. « *Maintenir une séparation, sans*

¹ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II) – Le pluralisme ordonné*, op. cit.

² J.-C. BONICHOT, « Le droit communautaire et le droit administratif français », *AJDA*, 1996-6, p. 19.

³ L'expression est empruntée à J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 123.

imposer la fusion, et pourtant construire quelque chose comme un ordre, ou un espace ordonné : telle pourrait être la réponse à la complexité juridique du monde »¹.

Les éventuels conflits de compétence entre justice privée et justice publique ne doivent pas conduire au « désordre », ni à un « ordre qui serait imposé par le plus fort au nom d'un universalisme de surplomb », mais à la recherche d'une voie qui « réussirait à ordonner la complexité sans la supprimer, apprenant à la transformer en un « pluralisme ordonné »².

On sait que les mécanismes procéduraux y ont une place particulière. On pense tout d'abord naturellement au « dialogue judiciaire spontané »³, ou plus organisé – à l'image des réseaux judiciaires internationaux⁴, mais également à des méthodes plus formalisées, institutionnalisant le dialogue comme celle de *l'amicus curiae*⁵. Dans ce prolongement, on observe récemment les prémices de l'instauration d'un dialogue entre juges concernant la répartition de la compétence internationale. De nouveaux mécanismes instaurant un véritable « dialogue dans le schéma même des règles de compétence »⁶ ont ainsi été inventés en droit international privé par certaines Conventions de La Haye dans le champ particulier de la protection des catégories de personnes vulnérables, mineurs⁷ ou majeurs souffrant d'une altération ou d'un insuffisance de leurs facultés intellectuelles⁸. Ces mécanismes sont proches du « transfert de compétence » à l'américaine, impliquant une « coopération judiciaire [...] innovante »⁹. Ils connaissent un certain succès dans le Règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003¹⁰. L'idée de dialogue et de coopération tend d'ailleurs à irriguer, bien que de manière plus discrète, la proposition de réforme du Règlement Bruxelles I. Le mécanisme de

¹ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II) – Le pluralisme ordonné*, op. cit., p. 26.

² *Ibid.*, p. 28.

³ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., p. 170, n° 157 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 437 et s., mettant en évidence aussi bien le réseau judiciaire national et international spontané. Cf. par l'exemple de la peine de mort, donné par M. DELMAS-MARTY, « Du dialogue à la montée en puissance des juges », op. cit. ; entre juridictions pénales internes et internationales, du même auteur, « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », *RSC*, 2005.473.

⁴ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., p. 168, n° 156. De man. gén., proposant un tour d'horizon des différentes formes de dialogue des juges, présent dans de nombreuses branches du droit, cf. L. BURGOGNE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges – Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », op. cit.

⁵ S. MENÉTREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, préface C. KESSEDJIAN, S. GUILLEMARD, Paris, Dalloz, 2010. Cf. également B. STERN, « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », op. cit.

⁶ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., p. 159, n° 156. Dans le même sens, cf. M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, op.cit., pp. 478 et s., n° 545.

⁷ Convention de La Haye du 19 oct. 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

⁸ Convention de La Haye du 13 janv. 2000 sur la protection internationale des adultes.

⁹ M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, op.cit., p. 478, n° 546.

¹⁰ Art. 15 du règlement Bruxelles II bis du 27 nov. 2003. Sur requête de l'une des parties, ou à l'initiative de la juridiction ou à la demande de la juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier, « les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant :

a) surseoir à statuer sur l'affaire ou sur la partie en question et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément au paragraphe 4, ou

b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément au paragraphe 5 ».

Sur lequel, cf. M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, op.cit., p. 482, n° 551 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., p. 169, n° 156.

la litispendance lui-même est ainsi légèrement aménagé afin d’instaurer un dialogue sur la détermination de la compétence entre le juge premier saisi et tout autre juridiction saisie du litige, bien que ce dialogue soit restreint au délai dans laquelle le premier tribunal juge de sa compétence¹. On regrettera que les propositions doctrinales plus ambitieuses n’aient pas été suivies. Mieux, une véritable « *coordination* » est organisée entre une juridiction d’un État membre saisie du fond et une juridiction d’un autre État membre saisie d’une demande de mesures provisoires ou conservatoires par l’article 31². Les méthodes de résolution des conflits de compétence ne s’orientent-elles pas vers un « *principe de dialogue* »³ ?

851. Le principe compétence-compétence n’est sans doute qu’un début de réponse à la complexité juridictionnelle du monde. De nombreuses questions restent en suspens. La résolution des conflits de compétence entre arbitres est à inventer, la litispendance, mécanisme unilatéral reconnaissant priorité au tribunal arbitral saisi en premier, ne se révélant pas nécessairement adaptée. Surtout, le risque d’interférence dans l’ordre juridique français des jugements européens sur la compétence juridictionnelle générale pourrait bien avoir raison du principe compétence-compétence. Les vicissitudes de la réforme du Règlement Bruxelles I en attestent. Ces limites résultent principalement du fait que le principe compétence-compétence ait été édicté par un seul État. L’efficacité de ce principe sortirait renforcée par une reconnaissance régionale, par le Règlement Bruxelles I – bien que l’on puisse débattre de l’intérêt d’une régionalisation –, ou mondiale, par le biais de la Convention de New York, qui nous semble plus adaptée à la vocation universelle de l’arbitrage. Ainsi, à mesure que l’effet négatif de la compétence-compétence est de mieux en mieux accepté en droit comparé, pourquoi ne pas imaginer que dans un futur proche la CNUDCI recommande aux États d’interpréter l’article II(3) de la Convention de New York comme autorisant les tribunaux des États contractants saisis du fond à opérer uniquement un contrôle *prima facie* de la convention d’arbitrage, les tribunaux tenus de renvoyer les parties à l’arbitrage à moins qu’il ne constate que la convention d’arbitrage est *manifestement* caduque, inopérante ou non susceptible d’être appliquée ?

Quoi qu’il en soit, le principe compétence-compétence à la française doit être ajouté à la panoplie traditionnelle bien connue des outils de résolution des conflits de compétence. Il illustre, d’une part, la créativité du droit confronté à l’émergence ou à la renaissance de foyers

¹ Art. 29(2) de la Proposition de la Commission européenne de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, 14 déc. 2010, COM (2010) 748 final, 2010/0383 (COD) : « [...] [s]ur demande de toute autre juridiction saisie du litige, le tribunal premier saisi informe celle-ci de la date à laquelle il a été saisi et lui indique s’il s’est déclaré compétent à l’égard du litige ou, à défaut, il lui communique le délai estimé nécessaire pour fonder sa compétence ».

² Art. 31 de la Proposition de la Commission européenne de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, 14 déc. 2010, COM (2010) 748 final, 2010/0383 (COD) : « [s]i la procédure au fond est pendante devant une juridiction d’un État membre et que les tribunaux d’un autre État membre sont saisis d’une demande de mesures provisoires ou conservatoires, les tribunaux concernés coopèrent afin d’assurer une bonne coordination entre la procédure au fond et la demande de mesures provisoires. En particulier, la juridiction saisie d’une demande de mesures provisoires ou conservatoires cherche à s’informer auprès de l’autre juridiction de toutes les circonstances pertinentes de l’espèce, telles que le caractère urgent de la mesure sollicitée ou un éventuel refus d’une mesure similaire prononcé par la juridiction saisie sur le fond ».

³ S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l’aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1135.

juridictionnels diversifiés et, d'autre part, le réalisme d'une nation à vouloir tenter de coordonner ses relations avec cette institution productrice de droit dans un esprit de collaboration, réalisme passant par « *l'acceptation de l'éparpillement de la production du droit* »¹. On ne saurait trouver meilleur argument pour plaider la cause d'un renouvellement de la réflexion sur l'articulation entre les formes de justice émergentes, éparses et disparates – internes ou internationales, publiques, privées ou mixtes –, reposant sur une coordination et un dialogue, déjà à l'œuvre en droit international privé. Bref, prôner la mise en place d'outils de résolution des conflits de compétence *pluralistes* dans un monde où le pluralisme juridictionnel est une réalité avec laquelle il faut aujourd'hui compter.

Le principe compétence-compétence « *version française* » connaît déjà un certain succès concernant les conventions d'élection de for². On ne saurait mieux illustrer la nécessité d'un « *droit comparé des procédures* »³ élargi à l'arbitrage⁴ : initialement, simple importation en droit de l'arbitrage d'un principe de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence, le principe compétence-compétence a subi une transformation propre dans cette matière ; par un effet *boomerang*, il retourne sous cette nouvelle forme à l'envoyeur. Mieux vaut que ce dernier en soit averti.

¹ R. LIBCHABER, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, op. cit.*, p. 505, spéc. p. 520.

² Art. 32(2) de la Proposition de la Commission européenne de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 14 déc. 2010, COM (2010) 748 final, 2010/0383 (COD).

³ H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973.

⁴ En ce sens, G. ROUHETTE, « L'ordre juridique processuel. Réflexion sur le droit du procès », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 689 ; L. CADIET et S. GUINCHARD, « Justice...S », *Justices*, n° 1, 1995 ; S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès, op. cit.*, pp. 3 et s.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- AMBROISE-CASTÉROT C., *La procédure pénale*, 2^e éd., Paris, Gualino, 2009.
- AUDIT B. et d'AVOUT L., *Droit international privé*, 6^e éd., Economica, 2010.
- BÉGUIN J. et MENJUCQ M. (dir), *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005.
- BLACKABY N. and PARTASIDES C. with REDFERN A. and HUNTER M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Student Version, Oxford University Press, 2009.
- BOISSÉSON (De) M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préface de P. BELLET, 2^e éd., Paris, GLN-Joly, 1990.
- BONASSIES P. et SCAPEL Ch., *Traité de droit maritime*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2010.
- BONICHOT J.-Cl., CASSIA P. et POUJADE B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2011.
- BARTIN É.-A., *Principes de droit international selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat-Montchrestien, 1930.
- BRÉGI J.-Fr., *Introduction historique au droit*, 2^e éd., Ellipses, 2009.
- BUREAU D. et MUIR WATT H., *Droit international privé*, 2 tomes, 2^e éd., Paris, PUF, 2010.
- CACHARD O., *Droit du commerce international*, LGDJ, 2008.
- CADIET L. et JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2011.
- CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Théorie générale du procès*, PUF, 2010.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 1, *Introduction*, PUF, 2004.
- COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, 9^e éd., Montchrestien, 2010.
- CONSTANTINESCO Vl. et PIERRE-CAPS S., *Droit constitutionnel*, 4^e éd., PUF, 2009.
- CORNU G. et FOYER J., *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, PUF, 1996.
- DAVID R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982.
- DEBBASCH Ch. et RICCI J.-Cl., *Contentieux administratif*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2001.
- DUPUY P.-M., *Droit international public*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2008.
- FOUCHARD Ph., GAILLARD E. et GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, LITEC, 1996.
- GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI (vol. I)*, Paris, Pedone, 2004.
- GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI (vol. II)*, Paris, Pedone, 2010.
- GAUDEMET Y., *Droit administratif général*, 19^e éd., LGDJ, 2010.

GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe (Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007))*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2010.

GLASSON E., TISSIER A. et MOREL R., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, t. 5, 3^e éd., 1936.

GUILLOT O., RIGAUDIERE A. et SASSIER Y., *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, t. 2, *Des temps féodaux aux temps de l'État*, 3^e éd., Armand Colin, 2008, p. 139

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F., *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^e éd., Paris, Dalloz, 2010.

GUINCHARD S. et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 6^e éd., Dalloz, 2011.

HAMON F. et TROPPER M., *Droit constitutionnel*, 30^e éd., LGDJ, 2007.

HAROUEL J.-L., BARBEY J., BOURNAZEL E. et THIBAUT-PAYEN J., *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, 5^e éd., PUF, 2005,

HÉRON J. (†) et LE BARS Th., *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010.

JACQUET J.-M., DELEBECQUE Ph. et CORNELOUP S., *Droit du commerce international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010.

JEULAND E., *Droit processuel*, LGDJ, 2007.

JOBARD-BACHELLIER M.-N. et BACHELLIER X., *La technique de cassation (pourvois et arrêts en matière civile)*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2006.

KAUFMANN-KOHLER G. et RIGOZZI A., *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Berne, Weblaw ; Zurich-Bâle-Genève, Schulthess, 2006.

LEW J. D.M., MISTELIS L. A. and KRÖLL S. M., *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003.

MALAURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2011.

MARTOR B., PILKINGTON N. et al., *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, 2^e éd., Paris, Litec, 2009.

MAYER P. et HEUZÉ V., *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2010.

MEYER P., *OHADA - Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

MOURRE A., *Droit judiciaire privé européen des affaires (droit communautaire, droit comparé)*, Bruylant, FEC, 2003.

NAMMOUR F., *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant ; Paris, LGDJ ; Liban, DELTA, 2005.

NGUYÊN Q. D. (†), DAILLIER P., PELLET A. et FORTEAU M., *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009.

NIBOYET M.-L., de GEOUFFRE de LA PRADELLE G., *Droit international privé*, 3^e éd., LGDJ, 2011.

POUDRET J.-F. et BÉSSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant ; Paris, LGDJ ; Zurich, Schulthess, 2002,

POUDRET J.-F. and BÉSSON S., *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd éd., translated by S. V. BERTI and A. PONTI, Londres, Thomson, Sweet & Maxwell ; Zurich, Schulthess, 2007.

PRADEL J., *Procédure pénale*, 14^e éd., Paris, Ed. CUJAS, 2008.

RACINE J.-B. et SIIRIAINEN F., *Droit du commerce international*, 2^e éd., Dalloz, 2011.

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, Lextenso, 2008.

RIDEAU J., *L'arbitrage international (public et commercial)*, Paris, Armand Colin, 1970.

ROBERT J. et MOREAU B., *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1993.

SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005.

SCHREUER C. H. with MALINTOPPI L., REINISCH A. and SINCLAIR A., *The ICSID Convention : A Commentary*, 2nd éd., 2009, University Press, Cambridge, 2009.

STRICKLER Y., *Procédure civile*, 3^e éd., Paradigme, 2010.

TERRÉ F., Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009.

VIDAL Dominique, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, Gualino éditeur, Paris, 2004.

DICTIONNAIRES

ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003.

CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011.

POMIES O., *Dictionnaire de l'arbitrage*, Didact Droit, Rennes, PUR, 2011.

ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999.

SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, préf. G. GUILLAUME, Bruylant, AUF, 2001.

THESES ET MONOGRAPHIES

ARRIGHI J.-P., *Apparence et réalité en droit privé : contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, thèse, Nice, 1974.

AREOU G., *Concurrence des procédures en matière d'investissement*, thèse, Nice, 2009.

ARRUE-MONTENEGRO C.A., *L'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions : en droits français et panaméen*, thèse, Paris II, 2010.

- BAHMAEI M.-A., *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 2002.
- BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, rééd., Paris, Dalloz, 2002.
- BLANCHIN C., *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, préface H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 1995.
- BÉSSON S., *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess, 1998.
- BLOCK G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, préface de N. FRICERO et R. MARTIN, Bruxelles, Bruylant ; Paris, LGDJ, 2002.
- BOLLÉE S., *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préface de P. MAYER, Paris, Economica, 2004.
- CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001.
- CHANTEBOUT V., *Le principe de non-révision des sentences arbitrales*, thèse, Paris II, 2007.
- CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, Droit et Société, 2008.
- CLAVEL S., *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse, Paris I, 1999.
- COIPEL-CORDONNIER N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, avant-propos de P. MAYER, préface M. FALLON, Paris, LGDJ, 1999.
- CONTE Ph., *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 1984.
- CORBION L., *Le déni de justice en droit international privé*, préface Y. LEQUETTE, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.
- CLAY Th., *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.
- CRÉPIN S., *Les sentences arbitrales devant le juge français – Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, préface Ph. FOUCHARD, LGDJ, 1995.
- DANIS-FÂTOME A., *Apparence et contrat*, préface G. VINEY, LGDJ, 2004.
- DEBOURG C., *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, thèse, Paris X, 2011.
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit (II) – Le pluralisme ordonné*, Paris, éd. du Seuil, La couleur des idées, 2006.
- DROZ G.A.L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Dalloz, 1972.
- FOURGOUS F., *L'arbitrage dans le droit français aux XIII^e et XIV^e siècles*, thèse, Toulouse, Privat, 1906.

FOUCHARD Ph., *L'arbitrage commercial international*, préface B. GOLDMAN, Paris, Dalloz, 1965.

GARAPON A., *La Raison du moindre État - Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, 2010.

GARNOT B., *Histoire de la Justice – France, XVI-XXIe siècle*, Paris, Gallimard, 2009.

GAILLARD E., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2008.

GUEZ Ph., *L'élection de for en droit international privé*, thèse, Paris X, 2000.

GURVITCH G., *Eléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, Ed. Montaigne, 1940.

JALLAMION C., *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier*, thèse, Montpellier, 2004.

JARROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, préface B. OPPETIT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1987.

KASSIS A., *L'autonomie de l'arbitrage commercial international – Le droit français en question*, Préface P. LAGARDE, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2005.

KASSIS A., *La réforme du droit de l'arbitrage international – Réflexions sur le texte proposé par le Comité français de l'arbitrage*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2008.

De LAJARTE C., *La médiation conventionnelle en droit privé français*, thèse, Aix-Marseille III, 2007.

LOQUIN E., *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, préface Ph. FOUCHARD, Paris, Librairies techniques, 1980.

MENÉTREY S., *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, préface C. KESSEDIAN, S. GUILLEMARD, Paris, Dalloz, 2010.

De MENTHON F., *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, thèse, Paris, 1926.

MOISSINAC-MASSENAT V., *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, 2007.

MOTULSKY H., *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, préface de C. REYMOND, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010.

MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Paris, LGDJ, Université Panthéon-Assas, 1999.

MOURALIS D., *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse, Aix-Marseille III, 2008.

OPPETIT B., *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998.

OSMAN F., *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préface E. LOQUIN, Paris, LGDJ, 1992.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

- RABAGNY A., *L'image juridique du monde*, Paris, PUF, 2003.
- RABAGNY A., *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse, Paris II, 2004.
- RUBELLIN-DEVICHI J., *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, préface J. VINCENT, LGDJ, 1965,
- ROMANO S., *L'ordre juridique*, préface Ph. FRANCESCAKIS, Paris, Dalloz, 2002 (rééd.).
- RACINE J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, avant-propos de L. BOY, préface Ph. FOUCHARD, Paris, LGDJ, 1999.
- RIGOZZI A., *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- SAMUEL A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess, 1989.
- SERAGLINI C., *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001.
- SHANY Y., *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*, Oxford, 2003.
- SHIHATA I. F. I., *The power of the international Court to determine its own jurisdiction. Compétence de la compétence*, préface de L. B. SOHN, The Hague, M. Nijhoff, 1965.
- STRICKLER Y., *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse, Strasbourg, 1993 ; EUE, 2010.
- THÉRY Ph., *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse, Paris I, 1981.
- TRAIN F.-X., *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, préface de I. FADLALLAH, Paris, LGDJ, 2003.
- USUNIER L., *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, préface H. MUIR WATT, Paris, Economica, 2008.
- De VISSCHER Ch., *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966.
- WEILLER L., *La liberté procédurale du contractant*, préface Jacques MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

ARTICLES ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

A

- ABDEL RAOUF M., "How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues ?", in *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*, La ley, 2010, p. 1.
- ADELL S., « La nouvelle loi dominicaine sur l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008 », *Rev. arb.*, 2009.503.
- AGUILAR ALVAREZ G., obs. sous la sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, *JDI*, 1988.1206.

ALVAZZI DEL FRATE P., « Le principe du « juge naturel » et la Charte de 1814 », in *Juges et criminels, Etudes en hommage à Renée MARTINAGE*, Lille, L'Espace juridique, 2001, p.65.

ANCEL J.-P., « La Cour de cassation est les principes fondateurs de l'arbitrage international », in *Mélanges offerts à Pierre DRAI, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 161.

ANCEL P., « Arbitrage et novation », *Rev. arb.*, 2002.3.

ANCEL P., note sous la sentence partielle CCI n° 6697 rendue le 26 déc. 1990, *Rev. arb.*, 199.135.

ARKINS J. R.C., “Borderline Legal: Anti-Suit Injunctions in Common law Jurisdictions”, *J. Int'l Arb.*, 603 (2001).

ARNALDEZ J.-J., « Réflexions sur l'autonomie et le caractère international du Règlement d'arbitrage de la CCI », *JDI*, 1993.857.

ARNALDEZ J.-J., « L'acte déterminant la mission de l'arbitre », in *Études offertes à Pierre BELLET*, LITEC, 1991, p. 1.

AUDIT B., « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales hors CIRDI », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, LGDJ, Anthémis, 2010, p. 247.

AUDIT B., « Observations sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, Paris, Dalloz, 2008, p. 171.

AUDIT B., « L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN*, Paris, Dalloz, 1994, p. 15.

AUDIT M., note sous TGI Paris, 22 sept. 2010, *Elf Neftegaz c. M. B.*, CA Paris, 6 janv. 2011, *M. B. c. Elf Neftegaz*, *Rev. arb.*, 2011.171.

B

BACHAND F., “Kompetenz-Kompetenz, Canadian-Style”, *Arb. Int.*, 2009, p. 431.

BACHAND F., “Does Article 8 of the Model Law Call for Full or *Prima Facie* Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?”, *Arb. Int.*, 2006, p. 463.

BAIZEAU D., « Modification de l'article 186 de la LDIP suisse : procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence *Fomento* », *Gaz. Pal.*, 22-24 avr. 2007, p. 19.

BAKER CHISS C. et MEYER FABRE N., « La nouvelle loi écossaise sur l'arbitrage (Arbitration (Scotland) Act 2010), *Rev. arb.*, 2011.801

BALLADORE-PALLIERI G., « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1935, t. 51, p. 287.

BANIFATEMI Y. and GAILLARD E., “Negative Effect of Competence-Competence : The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators”, in *Enforcement of Arbitration Agreements and*

International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice (E. GAILLARD, D. DI PIETRO, Editors), Cameron May, 2008, p. 257.

BANIFATEMI Y., « Le « droit au juge » et l'arbitrage commercial international », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en l'hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 167.

BARBET J. et ROSHER P., « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *Rev. arb.*, 2010.45.

BAUM A. H., “Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts to Permit Arbitration Proceedings”, in E. GAILLARD (dir.), *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, E. Gaillard ed., 2005, p. 19.

BEDJAOUI M., « Conclusions générales – La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du des gens », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003, p. 539.

BELLET P., note sous TGI Paris (réf.), 13 juill. 1988, *Société REDEC et Pharaon c. Société Uzinexport Import et Chambre de commerce international*, *Rev. arb.*, 1989.97.

BEN HAMIDA W., « La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, Anthemis, 2006, p. 53

BEN HAMIDA W., « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 564.

BENSAUDE D., « Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international », *Gaz. Pal.*, 20 mai 2004, n° 141, p. 27.

BERMANN G. A., « Le rôle respectif des cours et des arbitres pour déterminer la compétence arbitrale », *APD*, 2009, t. 52, p. 121.

BERNARDINI P., “ICSID versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration”, in *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*, La Ley, 2010, p. 521.

BERRA D. et ROBINEAU M., « Avocats (modes d'exercice de la profession) », *Rép. Dalloz dr. civ.*, Paris, Dalloz, 2006.

BERTIN Ph., « L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 1982.344.

BESSON S., « Le sort et les effets au sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond », in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET*, Lausanne, Université de Lausanne, 1999, p. 329.

BLANC G., « Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel. De la concurrence à la subsidiarité de la compétence des tribunaux étatiques », *JCP E*, 1997, I, 707.

BLERY C., « Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », *Procédures*, 2007, Etudes 11.

BOISSÉSON (De) M., CA Paris, 16 nov. 2006, *Société Empresa de Telecomunicaciones de Cuba SA c. SA Telefonica Antillana et SNC Banco Nacional de Comercio Exterior*, *Rev. arb.*, 2008.109.

BOISSÉSON (De) M., « Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts at the Seat of the Arbitration of Elsewhere », in E. GAILLARD, *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, E. Gaillard ed., 2005, p. 65.

BOISSÉSON (De) M., « L'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992) », *Rev. arb.*, 1993.3.

BOISSÉSON (De) M., « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 33.

BOISSÉSON (De) M., « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel », *Rev. arb.*, 1990.337.

BOLARD G., « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.*, 2004.511.

BOLARD G., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, *D.*, 1996.79.

BOLARD G., « L'appel-nullité », *D.*, 1988, Chron. 27

BOLLÉE S., note sous CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *Rev. arb.*, 2009.407.

BOLLÉE S., « La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété », *D.*, 2007.2077.

BOLLÉE S., « Quelques remarques sur les injonctions *anti-suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The Front Comor* de la chambre des Lords », *Rev. arb.*, 2007.223.

BOLLÉE S., note sous CA Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*, *Rev. arb.*, 2007.87.

BONASSIES P., note sous CA Paris, 15 oct. 2008, *United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport*, *DMF*, 698, 2008, p. 1030

BONASSIES P., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Andhika Lines c. Axa Corporate et a.*, *DMF*, 681, 2007, p. 398.

BONASSIES P., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, *DMF*, 666, janv. 2006, p. 163.

BOUCOBZA X., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Rado c. société Painvewebber*, CA Paris, 2 avril 2003, *Pourdieu c. SAS Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith SAF*, CA Paris, 28 janv. 2004, *Labalette c. SA Merrill Lynch France*, CA Paris, *Mattei et autres c. SAS Merrill Lynch Pierce, Fenner & Smith SAF*, *Rev. arb.*, 2005.515.

BOUDOT M., « Apparence », *Rép. droit civil*, Paris, Dalloz, 2009.

BRANDAC M., note sous Cass. civ. 2^{ème}, 11 juillet 2002, 21 nov. 2002, 10 juill. 2003, 20 nov. 2003, *Rev. arb.*, 2004.283.

BROTONS A. R., « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *RCADI*, 1984, t. 1984, p. 169.

BRUNEAU C., « Litispendance européenne et clause attributive de juridiction », *D.*, 2004.1046,

BRUSCHI M., « Référé commercial », *Rép. Dalloz commercial*, Paris, Dalloz, 2007.

BUREAU D. et MOLFESSIS N., « L'asphyxie doctrinale », in *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, LITEC, 2009, p. 45.

BUREAU D., note sous CA Orléans, 18 mars 2004, *Rev. arb.*, 2004.391.

BUREAU D., note sous T. com. Nanterre, 5 sept. 2001, *Société Technip France*, *Rev. arb.*, 2002.455.

BUREAU D., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *Rev. crit. DIP*, 1999.546.

BURGOGNE-LARSEN L., « De l'internationalisation du dialogue des juges – Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno GENEVOIS*, Dalloz, 2009, p. 95.

C

CACHARD O., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2008, *Société Océa c. Bouet*, *Rev. arb.*, 2008.677.

CACHARD O., « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulée dans les connaissements – Plaidoyer pour un renouveau des considérations maritimistes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, Paris, Dalloz, 2008, p. 189.

CACHARD O., « L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles », *DMF*, sept. 2007, n° 684, p. 714.

CACHARD O., « L'étendue de la voie de recours contre une sentence intérimaire sur la compétence des arbitres », note sous *Queen's Bench Division* (Commercial Court), 1^{er} nov. 2005, *Aikens J*, *DMF*, 681, 2007, p. 424.

CACHARD O., « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 2006.893.

CADIET L., « Litispendance », *Rép. Dalloz pr. civ.*, Paris, Dalloz, 2010.

CADIET L., « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 1996.3.

CADIET L., « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *De code en code, Mélanges Georges WIEDERKEHR*, Paris, Dalloz, 2009, p. 65.

CADIET L., note sous CA Paris, 23 juin 1993, *Société Euro Disney c. société Eremco et autres*, *Rev. arb.*, 1994.151,

CALLÉ P., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, *Sté TECA et MIDI c. sté Baudin Chateaufneuf et SEETA*, *Bull. civ.*, 2010.I.96 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Bull. civ.*, 2006.I.31, *Rev. arb.*, 2010.495.

CALLÉ P., note sous CA Paris, 3 mars 2005, *Malquin c. société Afac*, *Rev. arb.*, 2006.446

CALLÉ P. et LE BARS T., « Clause compromissoire : l'application rétroactive de l'article 2061 du Code civil », *JCP G.*2004.II.10103.

CANIVET G., « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Paris, Dalloz, 2000, p. 243.

CARBASSE J.-M., « Philippe III et « les mauvaises coutumes » de Gascogne », dans *Hommage à Gérard BOULVERT*, Nice, 1987, p. 153.

CARRIER R., « *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage », *D.*, 2005.2712.

CAVALIEROS Ph., note sous sentence arbitrale rendue à Budapest (affaire VB/99130), 18 avril 2000, *Rev. arb.*, 2002.1019.

CHAINAIS C., « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. arb.*, 2010.3.

CHANTEBOUT V., note sous CA Paris, 26 mars 2009, *Papillon Group Corporation c. République Arabe de Syrie*, *Rev. arb.*, 2010.525.

CHEKROUN D., « L'Imperium de l'arbitre », *APD*, 2009, t. 52, p. 135.

CHEYNEL B., « Spécialisation des juridictions judiciaires, c'est désormais chose faite ... », *RLC*, 2006.

CLAVEL S., « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », *Rev. arb.*, 2001.669.

CLAY Th., « Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme, Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 651.

CLAY Th., obs. sous *D.*, 2010.2933.

CLAY Th., « Le rôle de l'arbitre dans l'exécution de la sentence », *Bull. CCI*, 2009, vol. 20, n°1, p. 47.

CLAY Th., « L'arbitrage en droit des affaires », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, nov. 2008.

CLAY Th., obs. sous CA Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*, *D.*, 2006.3035.

CLERE J.-J., « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », *Rev. arb.*, 1981.3

CHAMPIONNIERE, note sous Paris, janv. 1843, *Prugniaux c. Lesselin*, *JP* 1843, I, 232.

COHEN D., « Contentieux d'affaire et abus de *forum shopping* », *D.*, 2010.975.

COHEN D., note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 2006, *Société Laboratoires Besins international c. société Kocak Ilac Fabrikasi AS et autres*, *Rev. arb.*, 2008.307.

COHEN D., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *op. cit.*, spéc. p. 311.

COHEN D., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books c. Editions du Seuil*, *Rev. arb.*, 2002.919.

COHEN D., « Justice publique et justice privée », *APD*, 1997, t. 41, p. 149.

COHEN D., note sous CA Paris, 1^{er} déc. 1993, *Rawlings c. société Kevirkian et Partners*, *Rev. arb.*, 1994.695.

COHEN D., « La soumission de l'arbitrage international à la loi française (commentaire de l'article 1495 NCPC) », *Rev. arb.*, 1991.155.

COLAIUTA V., "The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems With Respect to Arbitrators' Powers to Determine Their Jurisdiction", in *International Arbitration 2006 : Back to Basics ?* ICCA Congress Series n° 13, Kluwer, The Hague, 2007, p. 154.

CONEJERO ROOS C., "The New Chilean Arbitration Law and the Influence of the Model Law", *J. Int. arb.*, vol. 22 (2), 2005, p. 149.

CONTE P., « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçus sur la notion d'apparence en procédure pénale) », *RSC*, 1985.471.

CORNU G., « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés au doyen Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 77.

CORNUT E., « *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé », *JDI*, 2007.27.

COUCHEZ G., « Référé et arbitrage (Essai de bilan ... provisoire) », *Rev. arb.*, 1986.155.

CUNIBERTI G., « Divergences d'appréciation entre juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention d'arbitrage », *Cah. Arb.*, 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 433.

D

DAUCHY S., « Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique – Aux origines des articles 1481-1491 NCPC », *Rev. arb.*, 1999.763.

DAVIDSON R. B., "Recent U.S. Cases Affecting the Power of an International Arbitral Tribunal to Determine its own Jurisdiction", in L. HEUMAN and S. JARVIN, *The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: A Critical Review of Strengths and Weakness*, Symposium Proceedings, University of Stockholm, October 2004, 2006, p. 61.

DEGOS L., « L'absence de pouvoir d'injonction du juge étatique envers l'arbitre en application d'un principe de non-interférence », note sous TGI Paris (réf.), 6 janv. 2010, *SA Elf Aquitaine et SA Total c. MM. M., K. et R.*, TGI Paris, 29 mars 2010 (réf.), *République de Guinée équatoriale c. Société Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd*, *Cah. Arb.*, 2010.853.

DELANOY L.-C., « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.*, 2007.177.

DELAUME G. R., « Clauses d'élections de for et clauses compromissoires : évolution et gestation d'un nouveau droit américain », *JDI*, 1975.486.

DELEANU S., « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Roumanie », *Rev. arb.*, 2010.989.

DELEBECQUE Ph., note sous Cass. com., 21 fév. 2006, *société Belmarine c. société Trident Marine Agency Inc.*, navire *Pella*, *DMF*, 670, 2006.379.

DELEBECQUE Ph., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *American Bureau of Shipping c. Copropriété Jules Verne et autres*, *DMF*, 2002.623.

DELEBECQUE Ph., « Arbitrage et droit de la consommation », *Dr. et patr.*, 2002.5.46.

DELEBECQUE Ph., « La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 6 novembre 1990) », *Rev. arb.*, 1991.19.

DELMAS-MARTY M., « Du dialogue à la montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno GENEVOIS*, Dalloz, 2009, p. 305.

DELMAS-MARTY M., « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », *RSC*, 2005.473.

DELPECH X., obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 2009, *Sté Afitex, D.*, 2009.557.

DELVOLVE J.-L., « Une véritable révolution ... inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », *Rev. arb.*, 2007.373.

DELVOLVE J.-L., « Présentation du texte proposé par le Comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006.491.

DELVOLVE J.-L., « Le droit à l'arbitre », *Gaz. Pal.*, 14 avr. 1995, p. 475.

DELVOLVE J.-L., « Essai sur la motivation des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1989.149.

DERAINS Y., « Arbitrator's Contract and Competence-Competence », *Cah. Arb.*, avr. 2011, n° 2, p. 425.

DERAINS Y., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, *Rev. arb.*, 1992.61.

DERAINS Y., obs. sous sentence CCI n° 2558 rendue en 1976, *JDI*, 1977.951

DERAINS Y., obs. sous sentence CCI n° 2476 rendue en 1976, *JDI*, 1977.936.

DÍAZ-CANDIA H., « Non-recognition of Kompetenz-Kooperanz in Developing Countries, The Venezuelan Example », *J. Int. arb.*, 2007, vol. 24 (1), p. 25.

DIDIER P., note sous CA Paris, 24 mai 2000, *Société Cynosure c. société Bernas Médical*, *Rev. arb.*, 2001.535.

DIMOLITSA Antonias, « L'office de l'arbitrage dans les procédures par défaut », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2008, n° 290, p. 9.

DIMOLITSA Antonias, « Autonomie et « Kompetenz-Kooperanz » », *Rev. arb.*, 1998.305.

DIMOLITSA Antonias, « Contestations sur l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage (nullité du contrat principal, arbitrabilité, capacité, litispendance,

conditions contractuelles préalables à l'arbitrage, groupes de sociétés) », *Bull. CCI*, vol. 7, n° 2, déc. 1996, p. 14.

DIWAN R. H. and MOOLLAN S. A.H., « The New Mauritian International Arbitration Act 2008 », *Cah. Arb.*, 2010.309.

DOUCHY-OUDOT M. et GUINCHARD E., « Espace judiciaire civil européen (15 novembre 2010 – 15 mai 2011) », *RTD eur.*, 2011.465.

DOUGIER E., « Existence, validité et portée de la convention d'arbitrage : tribunaux arbitraux ou juridictions étatiques ? », *RDAI*, n° 5, 2005, p. 680.

E

EL AHDAB J., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems c. Amkor Technology*, *Rev. arb.*, 2007.785.

ELIASSON N. and SEKOLEC J., « The Uncitral Model Law on Arbitration and the Swedish Arbitration Act: A Comparison », in L. HEUMAN and S. JARVIN, *The Swedish Arbitration Act Of 1999 Five Years On: A Critical Review Of Strengths And Weaknesses*, Symposium Proceedings, University of Stockholm, October 2004, 2006, p. 171.

EISENMANN F., « La clause d'arbitrage pathologique », *Essais in memoriam Eugenio Minoli*, UTET, 1974, p. 120.

F

FADLALLAH I., « Le temps dans la procédure arbitrale », *Justice et Cassation*, 2007, Le temps dans le procès, Dalloz, p. 48.

FADLALLAH I., « La distinction *treaty claims – contrat claims* et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ? », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, Anthemis, 2006, p. 205.

FADLALLAH I., « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *Gaz. Pal.*, 5-6 juin 2002, p. 26.

FAVOREU L. et RENOUX T. S., « Constitutionnalité des actes administratifs (contrôle de la) », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1991.

FERNANDEZ-ROZAS J.-C., « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », *RCADI*, 2001, t. 290, p. 9.

FERRIER D., « Franchise », *Rép. Dalloz de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1996.

FIGUEROA-VALDÉS J. E., « Tópicos de la ley n° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional », in *Estudios de arbitraje, Libro homenaje al profesor Patricio AYLWIN AZÓCAR*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 391.

FONTMICHEL (De) A., « Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique », *Cah. Arb.*, 2010.407.

FOUCHARD Ph., « Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. What remedies? », in E. GAILLARD, *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, E. Gaillard ed., 2005, p. 153.

FOUCHARD Ph., note sous CA Paris, 7 fév. 2002, *SA Alfac c. société Irmac Importacao, comércia et industria Ltda*, *Rev. arb.*, 2002.413.

FOUCHARD Ph., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Zanzi c. De Koninck*, *Rev. arb.*, 1999.260.

FOUCHARD Ph., « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 381.

FOUCHARD Ph., « Arbitrage et faillites », *Rev. arb.*, 1998.471 ; *Ecrits, op. cit.*, p. 179.

FOUCHARD Ph., « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 1997.329.

FOUCHARD Ph., « Arbitrage et clauses abusives », *Rev. arb.*, 1995.147.

FOUCHARD Ph., « Henry MOTULSKY et l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1992.523.

FOUCHARD Ph., « Les institutions d'arbitrage en France », *Rev. arb.*, 1990.483 ; *Ecrits, op. cit.*, p. 87.

FOUCHARD Ph., note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 1989, 28 juin 1989, *Rev. arb.*, 1989, p. 641.

FOUCHARD Ph., note sous CA Paris, 18 nov. 1987 et 4 mai 1988, *Chambre arbitrale de Paris, Sociétés Carfa Trade group et Omnium de travaux c. République de Guinée et autres*, TGI Paris, 23 juin 1988, *République de Guinée c. MM. R. et O.*, *Rev. arb.*, 1988.657.

FOUCHARD Ph., « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente) », *Rev. arb.*, 1987.225.

FOUCHARD Ph., « La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985.5.

FOUCHARD Ph., « L'arbitrage *ELF Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*. Une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1984.333.

FOUCHARD Ph., « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », *JDI*, 1982.374.

FOUCHARD Ph., note sous Cass. com., 9 juill. 1974, *Rev. arb.*, 1076.107.

FOUSSARD D., « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », *Rev. arb.*, 2004.803.

FOUSSARD D., « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2002.579.

FRICERO N., « Panorama de procédure civile (janv. 2009 – oct. 2009) », *D.*, 2010.169.

FRICERO N., « Entretien. Rendre la justice plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *JPC G*, I. 2008.162.

FRICERO N., « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de Justice, Mélanges Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 199.

FRISON-ROCHE M.-A. et COULON J.-M., « Le droit d'accès à la justice », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et al. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 9^e éd., Dalloz, 2003, p. 401

FRISON-ROCHE M.-A. et BANARES W., « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000.361.

G

GAILLARD E., « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. Arb.*, 2011.263.

GAILLARD E. et DE LAPASSE P., « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, 2011.175.

GAILLARD E. and BANIFATEMI Y., "Negative Effect of Competence-Competence : The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators", in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. GAILLARD, D. DI PIETRO, Editors), Cameron May, 2008, p. 257.

GAILLARD E., « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2007.697.

GAILLARD E., "Anti-suit injunctions issue by arbitrators", in *ICCA Congress Series No. 13, International Arbitration, 2006 Back to Basics ?* The Hague, Kluwer, 2007, p. 237.

GAILLARD E., « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, ICC Publishing, 2005, p. 312.

GAILLARD E., « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2004.47.

GAILLARD E., « KBC v. Pertamina: Landmark Decision on Anti-Suit Injunction », *NYLJ.*, Oct. 2, 2003.

GAILLARD E., « *Anti-suit injunctions* et reconnaissance des sentences annulées au siège : une évolution remarquable de la jurisprudence américaine », *JDI*, 2003.1106.

GAILLARD E., « Les *anti-suit injunctions* et l'arbitrage commercial international », *Décideurs juridiques et financiers*, 2003, n° 41.68, p. 69.

GAILLARD E., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *American Bureau of Shipping c. Copropriété Jules Verne et autres*, *Rev. arb.*, 2001.529.

GAILLARD E., « L'effet négatif de la compétence-compétence », in *Etudes de procédure et d'arbitrage, Mélanges Jean-François POUDRET*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387.

GAILLARD E., « L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine », *JDI*, 1998.645.

GAILLARD E., note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autre c. dame Bohin*, *Rev. arb.*, 1995.617.

GAILLARD E., « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1990.759.

GAILLARD E., « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'*estoppel* dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. arb.*, 1985.241

GARAPON A., « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des sceaux par J.-M. COULON sur la réforme de la procédure civile », *D.*, 1997.69.

GARAUD J.-Y. et SAUMON O., « Barreau de Paris : rapport du conseil de l'Ordre et résolution sur le projet d'intégration de l'arbitrage dans le règlement n° 44/2001 », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2008, n° 290, p. 28.

GAUDEMET-TALLON H., « Recevabilité du pourvoi en cassation contre une ordonnance rejetant une exception d'incompétence et détermination du juge internationalement compétent pour connaître d'une loterie publicitaire », *Rev. crit. DIP*, 2010.558.

GAUDEMET-TALLON H., « Compétence civile et commerciale », *Rép. Dalloz internat.*, Paris, Dalloz, 2007.

GEISINGER E. et LEVY L., « La litispendance dans l'arbitrage commercial international », in *L'arbitrage complexe, questions de procédure*, *Bull. CCI*, Supplément spécial 2003, p. 55.

GERMAIN M., « Pluralisme et droit économique », *APD*, 2005, t. 49, p. 235.

GIOVANNUCCI-ORLANDI Ch., « La nouvelle réglementation italienne de l'arbitrage après la loi du 2 fév. 2006 », *Rev. arb.*, 2008.19.

GOLDMAN B., « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241.

GOLDMAN B., « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI*, 1979.475.

GOLDMAN B., « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *APD*, 1964, t. 9, p. 477.

GRAHAM J. A., « Chronique de jurisprudence étrangère. Mexique », *Rev. arb.*, 2010.147.

GRANDCOURT J.-L., « Les compétences respectives du juge des référés et de l'arbitre international », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 204.

GOHIN O., « Exception d'illégalité », *Rép. Dalloz contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2005.

GONZALEZ DE COSSIO F., « La ironía de competencia-competencia », in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010, p. 521.

GONZALEZ DE COSSIO F., « Compétence-compétence à la mexicaine et à l'américaine : une évolution douteuse », *Gaz. Pal.*, 13 au 17 juill. 2007, p. 27.

GUILLOD O. et SCHWEIZER P., « L'exception de litispendance et l'arbitrage international. Quelques réflexions sur le pour et le contre », in F. KNOEPFLER (dir.), *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers. Ouverture ou repli ?*, Suisse, éd. Universitaires de Fribourg, 1988, p. 71.

GUINCHARD S., « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de « changer le fondement juridique des demandes » », in *De code en code, Mélanges Georges WIEDERKEHR*, Paris, Dalloz, 2009, p. 379.

GUINCHARD S., note sous Cass. civ. 2^{ème}, 22 nov. 1989, *Société Philipp Brothers c. société Drexel Burham Lambert et autres*, *Rev. arb.*, 1990.142, p. 149.

H

HANOTIAU B., « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *Bull. CCI*, 2003, p. 45.

HASCHER D., note sous sentence du TAS n° 2002/A/593 rendue le 6 juillet 2004, *Football Association of Wales (FAW) c. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, *JDI*, 2005.1301.

HASCHER D., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 fév. 1992, *Mamadou Ba c. SIDECI*, *Rev. arb.*, 1993.255.

HASCHER D., note sous CJCE, 25 juill. 1991, Aff. C-190/89, *Marc Rich c. Impianti*, *Rev. arb.*, 1991.677.

HAUSER-MOREL M., « L'arbitrage en Pologne après la réforme de 2005 », *Rev. arb.*, 2011.415.

HÉBRAUD P., « La juridiction arbitrale et la notion de compétence », *RTD civ.*, 1962.160.

HÉRON J., « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 131.

HESS B., SCHLOSSER P. and PFEIFFER T., « Les propositions du rapport Heidelberg concernant l'application de "Brussel I" à l'arbitrage – une réponse à l'éditorial de Serge Lazareff », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2008, n° 290, p. 26.

HEUZÉ V., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, *Rev. crit. DIP*, 1998.87.

HILAIRE J., « L'arbitrage dans la période moderne (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Rev. arb.*, 2000.187.

HOLLANDER P., « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit belge », in *L'arbitrage et la distribution commerciale*, coll. CEPANI, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 25.

HOLLEAUX D., « La litispendance internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 1971-1973, p. 203.

HORVATH Z. et LEAL-ISLA GARZA C., « Réforme du Code de commerce mexicain relative à l'intervention judiciaire dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2011.325.

HORY A., note sous Cass. civ. 2^{ème}, 8 avril 1998, *Rev. arb.*, 1998.373.

HORY A., note sous Cass. civ. 2^{ème}, 18 déc. 1996, CA Versailles, 14 nov. 1996, *Rev. arb.*, 1997.361.

HOUTTE (Van) H., « Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation ? », *Arb. Int.*, 2005, vol. 21, n° 4, p. 509.

HUMBERT M. et LOYNES de FUMICHON (De) B., « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.*, 2003.285.

HUMBERT M., « Arbitrage et jugement à Rome », *Dr. et cult.*, 1994, n° 28, p. 47.

I

IDOT L., « Refonte du règlement « Bruxelles I » et autres projets en matière d'actions collectives... », *Europe* n° 3, mars 2011, alerte 19.

IDOT L. et JARROSSON Ch., « Arbitrage », *Rép. Dalloz communautaire*, Paris, Dalloz, 2010.

J

JACQUET J.-M., « Avons-nous besoin de jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.*, 2010.445.

JANVILLE T., « Petite histoire des principes généraux de droit processuel dans les constitutions de la France », *LPA*, 22 mars 2005, n° 57, p. 6.

JARROSSON Ch. et PELLERIN J., « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011.5.

JARROSSON Ch., « Des arbitres sans contrôle ? », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, LGDJ, Anthémis, 2010, p. 263.

JARROSSON Ch. et IDOT L., « Arbitrage », *Rép. Dalloz communautaire*, Paris, Dalloz, 2010.

JARROSSON Ch., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 fév. 2009, *Société Thalès et autre c. société Marine de la République de Chine à Taïwan et autres*, *Rev. arb.*, 2009.517.

JARROSSON Ch., note sous TGI Paris, 10 oct. 2007, *Société SNF c. Chambre de commerce internationale*, *Rev. arb.*, 2007.847.

JARROSSON Ch., « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures*, 2007, Etude 17, p. 27.

JARROSSON Ch., « La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales », in *L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Philippe FOUCHARD*, Paris, Pedone, 2006, p. 185.

JARROSSON Ch., note sous CA Paris, 29 avril 2003, *Rev. arb.*, 2003.1296.

JARROSSON Ch., « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP G*, 2001.I.333, n° 23.

- JARROSSON Ch., « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *Rev. jur. com.*, 1996.1.
- JARROSSON Ch., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 1994, *Rev. arb.*, 1996.67.
- JARROSSON Ch., « Réflexions sur l'*imperium* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 245.
- JARROSSON Ch., « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.*, 1990.381.
- JARROSSON Ch., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *Sofidif c.OAETI*, *Rev. arb.*, 1989.481.
- JARVIN S., « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev. arb.*, 1998.611.
- JARVIN S., note sous CA Paris, 26 oct. 1995, *SNCF C/ Société Voith*, *Rev. arb.*, 1995.107.
- JAULT-SESEKE F., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems c. Amkor Technology*, *Rev. crit. DIP*, 2007.798.
- JAULT-SESEKE F., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Axa Corporate Solutions c. Nemesis Shipping Corporate*, navire *Lindos*, Cass. com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*, navire *Pella*, *Rev. crit. DIP*, 2006.606.
- JEANCLOS Y., « La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle – Éléments d'analyse », *Rev. arb.*, 1999.417.
- JEANTET F., « L'accueil des sentences étrangères ou internationales dans l'ordre juridique français », *Rev. arb.*, 1981.516.
- JEULAND E., « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Revue française d'administration publique*, 2008/1, n° 125, p. 33.
- JOB A., « Arbitrage maritime, dérives et perspectives », *DMF*, 711, fév. 2010, p. 95.
- JOLIVET E., « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : quelques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2006, n° 348, p. 16.
- JOLIVET E., « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : l'incompétence de l'arbitre », *Gaz. pal.*, 21-22 avril 2006, p. 38.
- JOLIVET E., note sous sentence finale CCI n°10422 rendue en 2001, *JDI*, 2003.1142.
- JOLIVET E., « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : arbitrage CCI et procédure ADR », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2001, n° 321, p.3.

K

- KARAGIANNIS S., « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ? », in *La juridictionnalisation du droit international*, colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003, p. 7.
- KENFACK H., « Location-gérance de fonds de commerce », *Rép. Dalloz de droit commercial*, Paris, Dalloz, 2006.

- KERAMEUS K. D., « Anti-Suit injunctions in ICSID Arbitration », in E. GAILLARD, *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, E. Gaillard ed., 2005, p. 131.
- KERNALEGUEN F., « Choses jugées entre elles (variations sur une harmonie bien tempérée) », in *Justice et droit fondamentaux, Etudes offertes à Jacques NORMAND*, LITEC, 2003, p. 261,
- KERNALEGUEN F., « L'excès de pouvoir du juge », *Justices*, 1996.151.
- KESSEDJIAN C., « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *RTD eur.*, 2011.117 .
- KESSEDJIAN C., « Arbitrage et droit européen : une désunion irrémédiable ? », *D.*, 2009.981.
- KESSEDJIAN C., « Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2009.699,
- KESSEDJIAN C., « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », in B. Teyssié (dir.), *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 611.
- KESSEDJIAN C., « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI*, 2006.813.
- KLEIN T., « La contestation sur l'étendue d'une clause d'arbitrage », *Bull. CCI*, vol. 7, n° 2, déc. 1996.
- E. KLEIMAN et J. SPINELLI, « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *Gaz. Pal.*, 27 janv. 2011, p. 9.

L

- LAAZOUZI M., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 avril 2009, *Rev. crit. DIP*, 2009.771.
- LACABARATS A., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2000 (2 arrêts), *Rev. arb.*, 2000.447.
- LAFONT S., « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000.557.
- LALIVE P., « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986.323.
- LAZAREFF S., « Et ça continue ! Arbitre, entends-tu le vol noir de Bruxelles sur la plaine ? », *Gaz. Pal.*, 2 juill. 2008, n° 184, p. 3.
- LEAL-ISLA GARZA C. et HORVATH Z., « Réforme du Code de commerce mexicain relative à l'intervention judiciaire dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2011.325.
- LE BARS Th., « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures*, 2007, Etude n° 12.
- LE BARS Th. et CALLÉ P., « Clause compromissoire : l'application rétroactive de l'article 2061 du Code civil », *JCP G*.2004.II.10103.

LEBEN Ch., « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, Anthemis, 2006, p. 9.

LEBOULANGER Ph., note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1987, *Plateau des Pyramides*, *Rev. arb.*, 1987.468

LECUYER H., « Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire », *Rev. arb.*, 2006.573.

LEFEBVRE-TEILLARD A., « L'arbitrage de l'histoire », *APD*, 2009, t. 52, p. 1

LEFEBVRE-TEILLARD A., « L'arbitrage en droit canonique », *Rev. arb.*, 2006.5.

LEMAIRE S., « La mystérieuse *Umbrella clause* (Interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissement) », *Rev. arb.*, 2009.479.

LEMAIRE S., « *Treaty claims* et *contract claims* : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'État », *Rev. arb.*, 2006.353.

LEVEL P., « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges offerts à Roger PERROT*, Préf. M. Brandac, J. Normand, et Ph. THÉRY, Paris, Dalloz, 1996, p. 269.

LEVEL P., note sous CA Paris, 3 mai 1995, *Société La Moirette c. sté LTM France*, CA Paris, 13 sept. 1995, *Catel et autres c. Quiliès et autres*, *Rev. arb.*, 1995.631.

LEVY L., « Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators », in E. GAILLARD, *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, E. Gaillard ed., 2005, p. 115.

LIANBIN S., JIAN Z. and HONG L., « Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People's Republic of China », *J. Int'l Arb.*, 2003, vol. n° 20 (2), p. 169.

LIATOWITSCH M., « Die Anwendung der Litispendenzregel von Art. 9 IPRG durch schweizerische Schiedsgerichte : ein Paradoxon ? Überlegungen zu einem Bundesgerichtsentscheid vom 14. Mai 2001 im Lichte von BGE, 124 III 83 », *Bull. ASA*, 2001.422.

LIBCHABER R., « L'impossible rationalité de l'ordre judiciaire », in *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 45. *Mélanges Bruno OPPETIT*, p. 505.

LINSMEAU Jacqueline, « Arbitrage et juridictions étatiques. Saisines parallèles et concurrentes », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 323.

LOQUIN E., « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011) », *RTD com.*, 2011.255.

LOQUIN E., « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2010.201.

LOQUIN E., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *Alhinc et autres c. Banque de France et Banque des Règlements internationaux*, *Rev. arb.*, 2008.69.

LOQUIN E., « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Trav. com. fr. DIP*, 2004-2006, PEDONE, 2008.135.

LOQUIN E., obs. sous sentence du TAS n° 2005/A/952 rendue le 24 janvier 2006, *Cole c. FAPL, JDI*, 2007.202.

LOQUIN E., « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.*, 2006.764.

LOQUIN E., « La partie impécunieuse et les conséquences de l'impossibilité pour elle de payer les frais d'arbitrage », *RTD com.*, 2006.308.

LOQUIN E., « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international », in *Justice et droit fondamentaux, Etudes offertes à Jacques NORMAND*, LexisNexis Litec, 2003, p. 339.

LOQUIN E., note sous Cass. civ. 2^{ème}, 7 nov. 2002, *Busquet et société Sogirec c. Peyre et société Cofirex, Rev. arb.*, 2003.115.

LOQUIN E., « L'arbitre et l'astreinte », *Rev. arb.*, 1993.296.

LOQUIN E., « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.*, 5 et 6 juin 2002, *Cah. Arb.*, n° 1, p. 7.

LOQUIN E., « Arbitrage – Institutions d'arbitrage », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1002, 1997.

LOQUIN E., « Arbitrage – Compétence arbitrale – Étendue », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1032, 2008.

LOQUIN E., « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1034, 2010.

LOQUIN E., « Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1038, 2009.

LOYNES de FUMICHON (De) B. et HUMBERT M., « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.*, 2003.285.

M

MAC LACHLAN C., « Lis pendens in international litigation », *RCADI*, 2008, t. 336, p. 199.

MALAN A., « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF*, 2006.3.

MANTILLA-SERRANO F., « La nouvelle loi péruvienne sur l'arbitrage du 27 juin 2008 », *Rev. arb.*, 2009.731.

MANTILLA-SERRANO F., « Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes) », *Rev. arb.*, 2005.561.

MARTIN P.-M., « La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt *Tadic*, Tribunal pénal international, chambre d'appel, 2 oct. 1995), *D.*, 1996, *Chron.* 157

- MARTIN R., « Le référé, théâtre d'apparence », *D.*, 1979, Chron. 158.
- MARVILLE L. et SCALBERT F., « Les clauses compromissaires pathologiques », *Rev. arb.*, 1988.117.
- MAYER P., « L'obligation de concentrer la matière litigieuse s'impose-t-elle dans l'arbitrage international ? », *Cah. Arb.*, 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 413.
- MAYER P., « *Contract claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI*, 2009.71
- MAYER P., « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, Paris, Dalloz, 2008, p. 459.
- MAYER P., « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », in *Liber Amicorum Claude REYMOND, Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, p. 185.
- MAYER P., « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE*, in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 543.
- MAYER P., « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, 1989, t. 217, p. 319.
- MECHRI F., « Voyage dans l'espace du temps juridique », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, op. cit.*, p. 427.
- MENÉTREY S., « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *JDI*, 2010, doct. 13.
- MEYER P., « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », *Rev. arb.*, 2010.467.
- MEYER FABRE N. et BAKER CHISS C., « La nouvelle loi écossaise sur l'arbitrage (Arbitration (Scotland) Act 2010) », *Rev. arb.*, 2011.801
- MEZGER E., note sous CA Paris, 7 juillet 1987, *Rev. arb.*, 1988.649.
- MEZGER E., note sous CA Paris, 26 nov. 1981, *Société internationale du siège c. société Bocuir*, *Rev. arb.*, 1982.439.
- MICHOU I., note sous Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46, *Dallah c. Pakistan*, *JDI*, 2011.
- MOLFESSIS N. et BUREAU D., « L'asphyxie doctrinale », in *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, LITEC, 2009, p. 45.
- MOOLLAN S. A.H., « Brève introduction à la nouvelle loi mauricienne sur l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2009.933.
- MOOLLAN S. A.H. and DIWAN R. H., « The New Mauritian International Arbitration Act 2008 », *Cah. Arb.*, 2010.309.

MOREAU B., « Le décret du 13 janvier 2011 relatif à l'arbitrage interne et international », *RJC*, mars/avril 2011, n° 2.

MOREAU B., « Le prononcé de la sentence entraîne-t-il le dessaisissement des arbitres ? », *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 453.

MOREAU B., « Les effets de la nullité de la sentence arbitrale », in *Études offertes à Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 403.

MOTULSKY H., « L'arbitrage et les conflits du travail », *Rev. arb.*, 1976.78 ; in *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, préface de C. REYMOND, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010, p. 113.

MOTULSKY H., « Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale », in *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, préface de C. REYMOND, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010, p. 208.

MOTULSKY H., « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.*, 1968, Chron. 1.

MOTULSKY H., note sous Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, *Buck*, *JCP*, 1956.II.9 460 ; in *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, préface de C. REYMOND, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010, p. 231.

MOURRE A., « A propos de trois arrêts récents : quelques questions sur le contrôle de la compétence de l'arbitre, notamment dans l'arbitrage institutionnel », in *Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica, 2010, p. 371.

MOURRE A., « A propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine : où va-t-on après les arrêts *Termo Rio* et *Putrabali* ? », *Rev. arb.*, 2008.263.

MOURRE A., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping*, navire *Tag Heuer*, *JDI*, 2006.1384.

MOURRE A., « Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage ? », *Rev. aff. eur.*, 2005.191.

MOURRE A., « Référé pré-arbitral de la CCI : to be or not to be a judge ... », *Gaz. Pal.*, 29 mai 2003, n° 149, p. 5.

MUIR WATT H., note sous CJCE, 10 fév. 2009, Aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *Rev. crit. DIP*, 2009.373.

MUIR WATT H., « Economie de la justice et arbitrage international (réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation) », *Rev. arb.*, 2008.389.

MUIR WATT H., note sous CJCE, 27 avr. 2004, Aff. C-159/02, *Turner c. Grovit*, *Rev. crit. DIP*, 2004.654.

MUIR WATT H., note sous CJCE, 9 déc. 2003, Aff. C.-116/02, *Erich Gasser c. Misat*, *Rev. crit. DIP*, 2004.444.

MUIR WATT H., « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 303.

N

NABLI B., « L'Union des États et les États de l'Union », *Pouvoirs*, 2007, n° 121, p. 113, spéc. p. 118, note n° 23.

NIBOYET M.-L., « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006.937.

NIBOYET M.-L., « Les conflits de procédures », *Trav. Com. fr. DIP*, 1995-1998, Paris, Pedone, 1999, p. 71.

NIGGEMANN F., *Rev. arb.*, 2006.234.

NORMAND J., obs. in *RTD civ.*, 1979.655.

NOURISSAT C., « Le conseil de la concurrence : de 1986 à demain. Le regard de l'universitaire », *RLC*, 2007.

NOURISSAT C., « A propos des procédures judiciaires de concurrence : proposition raisonnable au service d'une justice apaisée », *RLC*, 2008.

NOURISSAT C., « Du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action », *RLDA*, 2007.67.

NOUVEL Y., « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, LGDJ, Anthémis, 2010, p. 13.

NUYTS A., « The enforcement of jurisdiction agreements further to Gasser dans the community principle of abuse of right », in P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, OUP, 2007, p. 74.

NUYTS A., « *Forum shopping* et abus du *Forum shopping* dans l'Espace judiciaire européen », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, Bruxelles, 2003

O

OLIVIER J.-M., « Arbitrage et droit du travail », *Dr. et patr.*, 2002.5.52.

OPPETIT B., « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 415

ORTSCHEIDT J., « Inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage et procédure collective », *Cah. arb.*, 2010.453.

ORTSCHEIDT J., obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 24 juin 2004, *SAS Knauf La Rhénane c. Ailhaud*, *Bull. civ.*, 2004.II.311, *JCP E*, 2005.675.

P

PARK W. W., « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », *International Arbitration*, 2006 *Back to Basics ?*, ICCA Congress Series n° 13, Kluwer, The Hague, 2007, p. 55.

PARK W. W., « Determining Arbitral Jurisdiction : Allocation of Tasks between Courts and Arbitrators », *American Review of International Arbitration*, 1997, p. 133.

PAULSSON J., note sous US Court of Appeal, District of Columbia, 25 mai 2007, *Termo Rio c. Electrificadora Dela Atlantico*, *Rev. arb.*, 2007.553.

PAULSSON J., « Jurisdiction and Admissibility », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber amicorum in Honour of Robert BRINER*, CCI, 2005, p. 601.

PAULSSON J., note sous CA Paris, 28 juin 2001, *Golshani*, *Rev. arb.*, 2002.163.

PAULSSON J., « Arbitration Without Privity », *ICSID Rev.*, 1995, pp. 232-257.

PAULSSON J., « Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : la sentence arbitrale Cameroun c/ Klöckner », *Rev. arb.*, 1984.19.

PELLERIN J., « L'instance au fond devant la cour d'appel après l'annulation de la sentence (art. 1485 NCPC) », *Rev. arb.*, 1993.199.

PERROT R. et FRICERO N., « Autorité de chose jugée – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 554, 2010, n° 59.

PERROT R., note sous Cass. civ. 2^{ème}, 23 juin 2005, *RTD civ.*, 2005.635.

PERROT R., obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 7 nov. 2002, *Bull. civ.*, 2002.II.241 ; *Procédures*, 2003, comm. 57.

PERROT R., « Les recours devant la cour d'appel empêchent-ils l'arbitre de poursuivre sa mission ? », *Rev. arb.*, 1987.101.

PERROT R., « L'évolution du référé », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, p. 645.

PHILIPPE M., « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *Rev. arb.*, 2006.591.

PIC P. et LEGER I., « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) », *Rev. arb.*, 2011.99.

PICONE P., « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, 1999, t. 276, p. 61.

PINNA A., « L'annulation d'une sentence arbitrale partielle », *Rev. arb.*, 2008.615.

PINSOLLE Ph., « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.*, 2011.385.

PINSOLLE Ph., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2005, *Golshani*, *Rev. arb.*, 2005.993.

POUDRET J.-F., « Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse : comment départager le juge et l'arbitre ? », *Bull. ASA*, 2007.230.

POUDRET J.-F., « Le pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage », *Bull. ASA*, 2005.401.

POUDRET J.-F., « L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé », *BICC*, 15 décembre 2005, p. 3.

POUDRET J.-F., « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », in *Mélanges Jean-Pierre SORTAIS*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 495.

POUDRET J.-F., note sous Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III 279, *Rev. arb.*, 2001.835.

POUDRET J.-F., « Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton* ? Réponse à Philippe Fouchard », *Rev. arb.*, 1998.7.

POULAIN B., note sous sentence ad hoc selon règlement CNUDCI rendue à Francfort sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA N° 2008-13), 26 octobre 2010, *Eureko B.V. c. République de Slovaquie*, *Rev. arb.*, 2011.245.

R

RACINE J.-B., "Review of Arbitrator's Jurisdiction under French Law: the Lessons of the Abela Case", *Cah. Arb.*, avr. 2011, n° 2, p. 443.

RACINE J.-B., « La sentence d'incompétence », *Rev. arb.*, 2010.729

RACINE J.-B., « La marchandisation du règlement des différends : le cas de l'arbitrage », in E. LOQUIN et A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, LexisNexis-Litec, 2010, p. 321.

RACINE J.-B., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 fév. 2009, *Thalès c. société Marine de la République de Chine à Taïwan*, *JDI*, 2009.1275.

RACINE J.-B., note sous CA Paris, 22 mai 2008, *Abela*, *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2009, n° 199, p. 13.

RACINE J.-B., Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, *Tiiv Zertifierungsgemeinschaft c. Association française pour la certification par tierce partie des systèmes d'assurance qualité des entreprises* ; CA Paris, 2 juin 2004, *Cineco c. Shure Brothers* ; CA Paris, 30 juin 2004, *Frantonin c. ITM*, *Rev. arb.*, 2005.673.

RACINE J.-B., « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2005.305.

RAYMOND C., « Réflexions sur quelques problèmes de l'arbitrage international. Faiblesses, menaces et perspectives », in *L'avenir du droit. Mélanges François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 787.

REICHERT D., "Problems with Parallel and Duplicate Proceedings : the Litispendance principle and International Arbitration", 1992, *Arb. Int.*, p. 137.

REINER A., « La réforme du droit autrichien de l'arbitrage par la loi du 13 janv. 2006 », *Rev. arb.*, 2006.401.

RENOUX T. S., « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ.*, 1993.33

RENOUX T. S., « Le droit au recours juridictionnel », *JCP*, 1993.I.3675.

RENOUX T. S. et FAVOREU L., « Constitutionnalité des actes administratifs (contrôle de la) », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1991.

REMOND-GOUILLOUD M., « L'inopposabilité d'une clause compromissaire ne permet pas d'échapper au principe compétence-compétence », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Steinweg Handelsweem c. Generali France assurances*, *DMF*, 681, 2007.411.

RIFFAULT-SILK J., « Le conseil de la concurrence : de 1986 à demain. Le regard du juge », *RLC*, 2007.

RIVKIN D.W., « Arbitral Tribunal or State Court – Who Must Defer to Whom ? », *Bull. ASA*, n° spécial, janv. 2001, p. 12, n° 15.

RIVIER M.-C., « Justice étatique, Justice arbitrale - L'exigence de loyauté procédurale, entre diligence, cohérence et compétence », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 837

RIVIER R., « La multiplication des recours : consolidation, *res iudicata* et litispendance », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, LGDJ, Anthémis, 2010, p. 85.

ROBERT J., « Retour sur l'arrêt *Pabalk-Norsolor* », *D.*, 1985, chron. 183.

ROBINEAU M. et BERRA D., « Avocats (modes d'exercice de la profession) », *Rép. Dalloz dr. civ.*, Paris, Dalloz, 2006.

ROSHER P. et BARBET J., « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *Rev. arb.*, 2010.45.

ROUCHE J., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Daso c. Prodim*, *Rev. arb.*, 2007.545, p. 549.

ROUHETTE G., « L'ordre juridique processuel. Réflexion sur le droit du procès », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 689.

ROYER G., « Le juge naturel en droit interne », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006.787.

S

SACERDOTI G., « Table ronde – La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, Anthemis, 2006, p. 352.

SACHS K., « La protection de la partie faible en arbitrage », *Gaz. Pal.*, 17 juill. 2007, p. 22.

SANA-CHAILLE DE NERE S., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Bluebell c. Safra*, *JDI*, 2011.

SAUMON O. et GARAUD J.-Y., « Barreau de Paris : rapport du conseil de l'Ordre et résolution sur le projet d'intégration de l'arbitrage dans le règlement n° 44/2001 », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2008, n° 290, p. 28.

SCALBERT F. et MARVILLE L., « Les clauses compromissaires pathologiques », *Rev. arb.*, 1988.117.

- SCELLE G., « Attitudes gouvernementales en matière de procédure arbitrale », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 457.
- SCHLOSSER P., “Arbitral Tribunal or State Court – Who Must Defer to Whom?”, *Bull. ASA*, n° spécial, janvier 2001, p. 15.
- SCHLOSSER P., HESS B. and PFEIFFER T., « Les propositions du rapport Heidelberg concernant l’application de “Brussel I” à l’arbitrage – une réponse à l’éditorial de Serge Lazareff », *Gaz. Pal.*, 16 oct. 2008, n° 290, p. 26.
- SCHREUR C., « Belated jurisdictional objections in ICSID Arbitration », in *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*, La Ley, 2010, p. 1081.
- SCHWARTZ E., “The new French arbitration decree: the arbitral procedure”, *Cah. Arb.*, 2011.349.
- SCHWEBEL S. M., “Anti-Suit Injunctions in International Arbitration”, in E. GAILLARD, *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, E. Gaillard ed., 2005, p. 5.
- SCHWEIZER P. et GUILLOD O., « L’exception de litispendance et l’arbitrage international. Quelques réflexions sur le pour et le contre », in F. KNOEPFLER (dir.), *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers. Ouverture ou repli ?*, Suisse, éd. Universitaires de Fribourg, 1988, p. 71.
- SEKOLEC J. and ELIASSON N., « The Uncitral Model Law on Arbitration and the Swedish Arbitration Act: A Comparison », in L. HEUMAN and S. JARVIN, *The Swedish Arbitration Act Of 1999 Five Years On: A Critical Review Of Strengths And Weaknesses*, Symposium Proceedings, University of Stockholm, October 2004, 2006, p. 171.
- SEILLER B., « Questions préjudicielle », *Rép. Dalloz de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2006.
- SERAGLINI Ch., « L’efficacité et l’autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret no2011-48 du 13 janvier 2011 », *Cah. Arb.*, 2011.375.
- SERAGLINI Ch., « Le contrôle de la sentence au regard de l’ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Gaz. Pal.*, 21 mars 2009 n° 80, p. 5.
- SERAGLINI Ch., « Les parties faibles face à l’arbitrage international : à la recherche de l’équilibre », *Gaz. Pal.*, 15 déc. 2007, n° 349, p. 5.
- SERAGLINI Ch., note sous CA Paris, 29 sept. 2005, *Bechtel*, *JCP G*, 2006.I.148.
- SERAGLINI Ch., note sous Paris, 14 juin 2001, *Compagnie Commerciale André c. Tradigrain*, *Rev. arb.*, 2001.772.
- SEPPÄLÄ C. R., « Comment on section 2 of the swedish arbitration act of 1999 dealing with the right of arbitrators to rule on their own jurisdiction », in L. HEUMAN and S. JARVIN, *The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: A Critical Review of Strengths and Weakness*, Symposium Proceedings, University of Stockholm, October 2004, 2006, p. 45.
- SEKOLEC J. and ELIASSON N., « The Uncitral Model Law on Arbitration and the Swedish Arbitration Act: A Comparison », in L. HEUMAN and S. JARVIN, *The Swedish Arbitration*

Act Of 1999 Five Years On: A Critical Review Of Strengths And Weaknesses, Symposium Proceedings, University of Stockholm, October 2004, 2006, p. 171.

SILVA ROMERO E., « Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale », in LEBEN Ch. (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, Anthemis, 2006, p. 331.

SILVA ROMERO E., « Les apports de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'arbitrage de la Chambre du commerce internationale (CCI) », *Rev. arb.*, 2005.421.

SILVA ROMERO E., note sous sentence CCI n° 10671 rendue en 2000, *JDI*, 2005.1268, p. 1276 ; in J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAIS, D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (2001-2007)*, ICC Publishing ; Kluwer Law International, 2009, p. 689.

STALEV Zh., « The Arbitral Tribunal vis-a-vis the Arbitration Agreement », *Rev. hell. dr. int.*, vol. 42-43, n° 1, p. 233.

STERN B., « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Rev. arb.*, 2007.3.

STRICKLER Y., « Chronique de jurisprudence française – La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010) », *Rev. arb.*, 2011.191.

STRICKLER Y., « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 355.

SUSLER O., « The jurisdiction of the Arbitration Tribunal : a Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence », *MqJBL*, 2009, vol. 6, p. 119.

SYNVET H., note sous sentence CCI rendue au Caire le 5 avril 1984, *Rev. arb.*, 1986.469.

T

TERRÉ D., « Le pluralisme et le droit », *APD*, 2005, t. 49, p. 69.

TEYNIER E., note sous Procedural Order n° 2 du 16 octobre 2002, *SGS Société générale de surveillance SA c. Islamic Republic of Pakistan*, *Gaz. Pal.*, 7 déc. 2004, n° 342, p. 9.

TEZUKA H., « The Effect of Arbitral Authority and the Timing of Judicial Review: Japan's Approach Under its New Arbitration Law Based on the UNCITRAL Model Law », in *International Arbitration 2006 : Back to Basics ?*, *op. cit.*, p. 167

THÉRY Ph., « Excès de pouvoir et recours contre les décisions sur la compétence en matière de litiges internationaux : le pavé de l'ours ? », *RTD civ.*, 2010.808.

THÉRY Ph., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *UOP c. BP France*, *RTD civ.*, 2008.151.

THÉRY Ph., « Le juge et la convention d'arbitrage ou l'instrumentalisation des notions juridiques ... », obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, *RTD civ.*, 2006.143.

TOURNAUX S., « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2011.45.

TRAIN F.-X., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, *Abela*, *Rev. arb.*, 2010.813.

TRAIN F.-X., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2009, *Gefu Kuchenboss c. Corema*, *Rev. arb.*, 2009.155.

TRAIN F.-X., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2008, *Gaz. Pal.*, 21 fév. 2009, n° 52, p. 32.

TRAIN F.-X., note sous CA paris, 22 mai 2008, *Abela*, *Rev. arb.*, 2008.730.

TRAIN F.-X., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Société SIAL c. société Vinexpo*, *Rev. arb.*, 2008.453.

TRAIN F.-X., note sous CA Paris, 13 sept. 2007, *Société Comptoir Commercial Blidéen c. Société L'Union Invivo*, *Rev. arb.*, 2008.313

TRAIN F. X., « Arbitrage et action directe : à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007 », *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2007, n° 326, p. 6.

TRAIN F.-X., note sous CJCE, 26 oct. 2006, Aff. C-168/05, *Claro c. Centro Movil Milenium*, *Gaz. Pal.*, 29 avr.-3 mai 2007, p. 17.

TRAIN F.-X., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 2004, *Société Spie Batignolles TP c. Société RET-SER engineering agency et Société Spie Batignolles TP et autres c. Société Coface*, *Gaz. Pal.*, 15 janvier 2005 n° 15, p. 33.

TRAIN F.-X., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, *société Champion supermarché France (CSF) c. société Recape*, *Rev. arb.*, 2006.959.

TRIANAFYLLIDES A., "Prima facie agreement to arbitrate-examination by the I.C.C. Court of Arbitration", *Rev. hell. dr. int.*, 1989-1990, vol. n° 42-43, p. 251.

TRICOIT J.-Ph., « Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », *Rev. arb.*, 2011.207.

TRICOIT J.-Ph., « Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », *Rev. arb.*, 2010.153.

TROPPER M., « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 28.

TSCHANZ P.-Y., « De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP », *Bull. ASA*, 2010.478.

TSCHANZ P.-Y. et FELLRATH I., « Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse », *Rev. arb.*, 2010.877.

TSCHANZ P.-Y. et FELLRATH I., « Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse », *Rev. arb.*, 2009.827.

TSCHANZ P.-Y. et FELLRATH I., « Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse », *Rev. arb.*, 2007.864.

TSCHANZ P.-Y., note sous CA Paris, 30 nov. 1988, *Société Korsnas Marma c. société Durand-Auzias*, *Rev. arb.*, 1989.691.

U

USUNIER L., note sous Chambre des Lords, *West Tankers Inc c. Riunione Adriatica di Sicurtà SpA et autres*, *Rev. crit. DIP*, 2007.434.

V

VALENCIA F., « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 2007.45.

VAREILLES-SOMMIERES (De) P., « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *Trav. Com. fr. DIP*, 1998-1999, p. 49

VASSEUR M., note sous CA Paris, 14 décembre 1987, *Cie de Signaux et d'entreprises électriques c. BNP et Crédit populaire d'Algérie*, *Rev. arb.*, 1989.240.

VISSCHER (De) P., « L'affaire *Nottebohm* », *RGDIP*, 1956.240.

W

WALD A., « La résolution, par l'arbitrage, des conflits entre l'administration publique et les entreprises privées en droit brésilien », *Gaz. Pal.*, 13-17 juill. 2007, p. 6.

WEBER J.-F., « Comprendre un arrêt rendu par la Cour de cassation en matière civile », *BICC* n° 702 du 15 mai 2009.

WETTER J.G., "Issues of Corruption before International Tribunals : The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 award in ICC Case n° 1110", *Arb. Int'l.*, 1994.277.

WEILLER L., « L'application dans le temps de l'article 2061 du Code civil », *Gaz. Pal.*, 28 avril 2005, n° 118, p. 11.

WYLER E., « La détermination de la Cour de sa propre compétence », in *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, Textes rassemblés par Charalambos Apostolidis, Editions Universitaires de Dijon, 2005.

Z

ZAHER K., « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », *Rev. arb.*, 2009.71.

ZIADE R., « Mesures conservatoires (tribunal arbitral et tribunal étatique) », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, LGDJ, Anthémis, 2010, p. 199.

OUVRAGES COLLECTIFS et PROPOSITIONS

Arbitral Tribunals or States Courts – Who must defer to whom ?, Ed. Pierre A. Karrer, ASA janvier 2001, Special Series, n° 15.

ARNALDEZ J.-J., DERAIS Y. et HASCHER D., *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1996-2000)*, ICC Publishing ; Kluwer Law International, 2003.

ARNALDEZ J.-J., DERAIS Y. et HASCHER D., *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (2001-2007)*, ICC Publishing ; Kluwer Law International, 2009.

GAILLARD E. (dir.), *IAI Series on International Arbitration No. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, E. Gaillard ed., 2005.

HEUMAN L. and JARVIN S., *The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: A Critical Review of Strengths and Weakness*, JurisNet, LLC, 2006.

ICCA Congress Series No. 13, International Arbitration, 2006 Back to Basics ?The Hague? Kluwer, 2007.

JARVIN S. et DERAÏNS Y., *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1975-1985)*, ICC Publishing, Kluwer Land and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1990.

JARVIN S., DERAÏNS Y. et ARNALDEZ J.-J., *Collection of ICC Arbitral Awards – Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1986-1990)*, ICC Publishing, Kluwer Land and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1994

LEBEN Charles (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, Anthemis, 2006.

LEBEN Charles (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, LGDJ, Anthémis, 2010.

SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003.

REGLEMENTS, PROPOSITIONS ET RAPPORTS

- Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janv. 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF* n° 0011 du 14 janv. 2011, p. 773, texte 8.
- GUINCHARD S. (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, collection des rapports officiels, 2008.
- LABETOULLE D. (dir.), « L'arbitrage en droit public », Rapport remis le 27 mars 2007 au Garde des Sceaux, *JCP A*, 2007.2082 ; *Rev. arb.*, 2007, p. 580, note O. LE BOT ; *D.*, 2007, p. 645, note A. ASTAIX.
- COULON J.-M. (dir.), *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997.
- Proposition de la Commission européenne de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Règlement Bruxelles I, Bruxelles, 14 déc. 2010, COM (2010) 748 final, 2010/0383 (COD), disponible sur le site de la Commission européenne.
- Résolution du Parlement européen adoptée le 7 septembre 2010. Disponible sur le site du parlement européen.
- Livre vert sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 21 avril 2009. Disponible sur le site de la Commission européenne.

- HESS B., PFEIFFER Th. and SCHLOSSER P., “Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States”, Final Version September 2007, Study JLS/C4/2005/03, dit “Rapport Hess”. Disponible en anglais sur le site suivant :
http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf
- Rapport sur la Convention du 27 septembre 1968 relatif à l’adhésion de la Grèce du 25 oct. 1982, *JOCE*, C 298, 24 nov. 1986, p. 10, dit Rapport *Evrigenis et Kerameus*
- Rapport sur la convention relative à l’adhésion du royaume de Danemark, de l’Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu’au protocole concernant son interprétation par la Cour de Justice, *JOCE*, C 59, 5 mars 1979, p. 71, dit Rapport *Schlosser*.
- Recommandation relative à l’interprétation de l’article II (2) et de l’article VII (1) de la Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) adoptée par la CNUDCI le 7 juillet 2006. Disponible sur le site de la CNUDCI.
- Résolution 1/2006 de l’*International Law Association* (ILA) adoptée lors de la 72^{ème} conférence tenue à Toronto (Canada) du 4 au 8 juin 2006 prononçant des recommandations sur la litispendance et l’autorité de la chose jugée en arbitrage, disponible sur le site de l’ILA : www.ila-hq.org
- Règlement d’arbitrage en vigueur depuis le 1^{er} juin 2009
- Règlement d’arbitrage de la CAMP en vigueur au 8 juin 2011
- Règlement d’arbitrage de la CAP en vigueur au 1^{er} sept. 2011
- Règlement d’arbitrage de la CCI en vigueur au 1^{er} janv. 1998
- Règlement d’arbitrage de la CCI en vigueur au 1^{er} janv. 2012
- Règlement d’arbitrage de la CCIG en vigueur au 1^{er} janv. 2006
- Règlement d’arbitrage de la LCIA en vigueur au 1^{er} janv. 1998
- Règlement d’arbitrage du TAS en vigueur au 1^{er} juill. 2011

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe.

A

Action préventive en nullité contre la convention d'arbitrage : 44, 64, 75, 99, 126

Amicus curiae : 28, 851

Apparence

Apparence ostentatoire : 146 ; 255 s.

Apparence trompeuse : 144

Apparence vraisemblable : 148 s, 217 s.

Distinction : 147

Notion : 142 s.

Polysémie : 146

Procédure pénale : 146

Référé : 149

Arbitrage

Autonomie : 24

Caractère interne ou international : 11 ; 68

Evolution sociologique : 20

Evolution conceptuelle : 20

Privé ou public : 12, 414

Nature hybride : 436 s.

Arbitre

Notion : 477

Contrat d'arbitre : 311, **360 s., 380 s.**, 814

Autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal : 276, 537, 576, 834

Dissociation de la compétence-compétence : 2, 51

Inapplicabilité manifeste : 245, 253

Autorité de la chose jugée

Autorité positive de la chose jugée : 329 s., 345, 578, 605, 760

Autorité de chose arbitrée : 578, 596, 604

Décision de contrôle de la sentence : 759 s.

Décision de mise en œuvre de l'effet négatif : 324 s.

Sentence sur la compétence : 596 s.

C

Centre d'arbitrage

CIETAC : 509

Contrat d'organisation d'arbitrage : 502

Effet positif de la compétence-compétence des tribunaux arbitraux : 411

Examen *prima facie* de la convention d'arbitrage : **482 s.**

Centre international de règlement des différends liés à l'investissement (CIRDI) : *cf.* Convention de Washington de 1965

Clause abusive : 241, 676

Clause attributive de juridiction :

Convention d'arbitrage : 247, 253

Désignation du juge compétent pour juger de la convention d'arbitrage : 8, 71

Extension de l'effet négatif de la compétence-compétence : 13, 852

Injonction *anti-suit* : 96, 191, 194, 576

Litispendance : 181 s.

Lois de police : 248

Principe compétence-compétence : 13

Recevabilité immédiate du pourvoi en cassation : 213, 305

Clause de conciliation préalable : 356

Compétence arbitrale : 354 s.

Contestations : 21, 22

Générale : 368

Investiture (distinction) : 360 s., 380 s.

Notion de compétence juridictionnelle générale : 17, 18

Objet du litige (distinction) : 356

Pouvoir juridictionnel (distinction) : 363 s., 377 s (consistance)

Recevabilité (distinction) : 356

Spéciale : 369 (notion), 370 s.

Conflits de compétence

Droit international privé : 165

Droit international public : 168

Droit judiciaire privé interne : 162

Droit processuel : 18, 19, 23

Constitution du tribunal arbitral : 65, 112, 206 s., 260 s., 380, 531, 598

Contract claims : cf. Treaty claims

Contrat de consommation : 59, 234 s., 676

Contrat de travail : 59, 234 s., 676

Contrats liés : 248, 374, 795

Cour internationale de Justice : 12, 169, 416, 422, 465 s., 471, 569

Contrôle de la sentence

Compétence arbitrale générale et spéciale : 632 s.

Conditions de recevabilité : 667 s.

Convention spéciale de renonciation au recours en annulation : 685 s.

Etendue du contrôle : 698 s.

Sentence de compétence et sentence d'incompétence : 637 s.

Convention d'arbitrage

Apparence : 218 s.

Clause attributive de juridiction : 247, 253, 254

Clause pénale : 843

Pathologique : 229, 235, 373, 460, 635, 729

Novation : 253, 374

Recevabilité immédiate du pourvoi en cassation : 213, 305

Transmission (chaîne de contrats) : 203, 242, 243, 249, 283, 285 s., 494, 629, 726, 744

Convention de Genève de 1961 : 530, 671

Effet négatif de la compétence-compétence : 45, 106 s.

Effet positif de la compétence-compétence : 409

Convention de New York de 1958

Effet négatif de la compétence-compétence : 8, 51, 104 s.

Effet positif de la compétence-compétence du tribunal arbitral : 409

Effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques : 649 s.

Convention de Washington de 1965

Effet négatif de la compétence-compétence : 52

Contrôle de la sentence : 692

Etendue du contrôle de la sentence : 745

D

Dialogue entre juges : 26, 166, 168, 183, 287, **850**

Droit au juge

Droit à l'arbitre : 16, 131, 640

Droit au juge comme obstacle à l'effet négatif de la compétence-compétence en présence des parties faibles : 239

Droit d'agir en justice : 94 s.

Droit au juge naturel : 23, 98 s., 133

Droit international public

Compétence-compétence : 422 s.

Mécanismes de résolution des conflits de compétence : 168 s.

Droit pénal

Effet négatif : 60

Théorie de l'apparence : 146.

E

Economie procédurale

Autorité positive de chose jugée : 331

Effet négatif : 50, 150, **152 s.**

Litispendance : 188

Procédures parallèles : 23, 27, 567

Régime de la décision de mise en œuvre de l'effet négatif de la compétence-compétence : 318

Effet négatif de la convention d'arbitrage

Distinction de l'effet négatif de la compétence-compétence : 150

Effet négatif de la compétence-compétence

Absence : 43, 44

Arbitrage interne ou international : 68
Caractère impératif ou supplétif : 69.
Condition de régularité des jugements étrangers : 72 s.
Décision de mise en œuvre : 295 s.
Droit comparé : 51 s.
Historique : 45
Juge du contrôle : 66
Juge des référés : 65
Non-application défavorable à l'arbitrage : 289 s.
Non-application favorable à l'arbitrage : 273 s.
Théorisation : 49, 50

Effet positif de la compétence-compétence du tribunal arbitral

Caractère impératif ou supplétif : 470 s.
Dessaisissement en cas de recours formé contre la sentence incidente : 568 s.
Dessaisissement en cas de saisine parallèle : 562 s.
Droit applicable : 383
Norme de droit processuel : 402 s.
Pouvoir inhérent : 458 s.
Procès arbitral sur la compétence : 512 s.
Reconnaissance en droit de l'arbitrage : 406 s.
Titulaire : 476 s.
Valeur constitutionnelle : 406

Effet positif de la compétence-compétence de la juridiction d'Etat

Notion : 30, 610

Estoppel : 520, 554, 669, 672, 675, 682

Etats-Unis

Droit de la consommation : 240

Effet négatif : 51

Exception d'arbitrage : 213 et s.

Nature : 214

Règlement Bruxelles I : 113, 117, 128 s.,

Exception d'incompétence devant un tribunal arbitral : 517 s.

Excès de pouvoir

Recours : 299 s.

F

Fin de non-recevoir : 90, 210, 214, 329, 530

***Fincantieri* (arrêt) : 73**

Fondement : 74

Potentialités : 75, 76

Force obligatoire du contrat

Effet négatif : 139 s., 150

Forum shopping : 19, 20, 189

***Fomento* (arrêt) : 177 s. 560, 565**

Fraude : 74, 96, 380, 533, 594

G

Gasser (arrêt) : 13, 181 s.

I

Inapplicabilité manifeste : 242 s.

Admission : 250 s.

Ajout de cette exception : 226 s.

Clause attributive de juridiction (interne ou internationale) : 247, 253

Notion d'inapplicabilité : 228

Rejet : 244 s.

Impécuniosité : 239

Imperium : 377

Injonction *anti-suit* : 191 s., 8, 19, 568

Convention d'élection de for : 96

Effet négatif : 72, 576

Droit européen : 113 s.

Incompatibilité avec le principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence : 196, 431

Non-respect par les tribunaux arbitraux : 837

Prononcé par les tribunaux arbitraux : 576

Rejet en droit français : 380

Inopposabilité : 59, 228

Interprétation : 729

Investiture : 360 s., 380 s.

J

Juge de l'action est juge de l'exception (le)

Effet négatif : 89, 90

Effet positif de la compétence-compétence du tribunal arbitral : 426

Fin de non-recevoir : 356

Juge de la mise en état : 92, 214, 304, 308, 429

Juge de proximité : 92, 430, 432.

Jugement étranger :

Effet négatif élevé au rang de compétence internationale indirecte : 72 s.

Putrabali : 574, 646

Juridicité : 352, 396, 434, 436, 581, 807, 811, 832

K

***Kompetenz-kompetenz* :**

Clause de *Kompetenz-Kompetenz* : 51, 685

Définitive (distinction de la compétence-compétence) : 4

Droit constitutionnel : 3

Justifications de l'emprunt : 5

Motivation du déclinatoire de compétence : 215, 522 s.

***Mostaza Claro* (arrêt) : 676**

L

Liberté contractuelle

Conformité de l'effet négatif de la compétence-compétence : 85, 86

Litispendance : 173 s., 44, 165, 168, 431, 560 s., 851

Projet de Règlement Bruxelles I : 120

Loi type CNUDCI

Effet négatif : 51, 53

Effet positif : 407

Lois de police : 208, 235, 248

Loyauté processuelle : 331, 524, 669, 682

M

Manifeste (nullité ou inapplicabilité de la convention d'arbitrage) : 255 s.

Maurice (île)

Définition du caractère manifeste : 258

Effet négatif : 53

Saisine du tribunal arbitral (notion) : 267

Voies de recours contre la décision de mise en œuvre de l'effet négatif : 322

N

Nullité et inapplicabilité manifestes : 225 s.

Unification des exceptions : 229 s.

Nullité manifeste : 234 s.

O

***Obiter dictum* : 287**

Obligation de concentration des moyens et des demandes : 672, 330, 760

Office du juge : 6, 281, 356, 431

Ordre public :

Effet négatif : 69, 74

Effet positif : 470 s.

Lois de police : 208, 235, 248

Voies de recours contre la sentence : 619, 685

P

***Pacta sunt servanda* : cf. force obligatoire du contrat**

Pluralisme normatif

Généralités : 26, 27, 29, 33

Idéal ou relatif : 751, 752

Mécanismes de résolution des conflits de compétence : 163, 342

Notion de compétence : 368

Juridicité : 352

Pourvoi en cassation

Exception d'arbitrage : 213, 305 s., 314, 346

Décision du juge d'appui : 301

Pouvoir juridictionnel

Différence avec compétence : 363 s.

Consistance : 377 s.

Prescription

Absence de contrôle : 302

Interruption des délais de prescription par la saisine d'un juge incompetent : 97, 776

Saisine du tribunal arbitral : 267

Principe compétence-compétence sur principe compétence-compétence ne vaut : 759

Procédures collectives

Distinction entre compétence et pouvoir de juger : 379

Effet négatif : 57, 304

Inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage : 252

Question préjudicielle

Contrôle de légalité des actes administratifs : 80, 83

Effet négatif : 37, 62, 116, 322, 369

Juge de proximité : 430

R

Recevabilité

Distinction de la notion de compétence : 356

Référé

Injonction *anti-suit* (juge des référés français) : 380, 568

Apparence : 149, 255 s.

Autorité de chose jugée au provisoire : 333 s.

Effet négatif de la compétence-compétence : 65, 290

Renonciation à la convention d'arbitrage : 210

Saisine du tribunal arbitral et compétence du juge étatique des référés : 265 s.

Règlement Bruxelles I (version actuelle)

Effet négatif : 112 s., 124 s., 652

Règlement Bruxelles I (proposition de refonte)

118 s., 131 s., 653 s., 851, 852

Renonciation à la convention d'arbitrage : 214

Q

Liberté : 209 s.

Renonciation à l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral : 525 s.

Renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure : 667 s.

Estoppel : 669

Etendue : 672

Exceptions : 673

Révision au fond : 738 s.

Royaume-Uni

Dallah : 729 s., 744

Effet négatif : 51

Etendue du contrôle : 704

S

Saisine du tribunal arbitral : 260 s.

Sentence : 581 s.

Attributs : 592 s.

Inscriptions de la sentence font foi jusqu'à inscription de faux (les) : 709, 710

Notion : 589 s.

Qualification : 583 s.

Sentence de compétence : 584

Sentence d'incompétence : 586

Voies privées d'exécution forcée : 843

Spécialisation des voies de recours : 316 s.

Suisse (droit) :

Art. 179 al. 3 LDIP : 257

Art. 186 LDIP : 470

Art. 186 al. 1 bis LDIP : 170, 561

Art. 190 al. 2 LDIP : 637

Art. 192 LDIP (renonciation au recours) : 686

Effet négatif : 51, 53, 105

Etendue du contrôle : 704

Litispendance : 174 s.

T

TAS

Pouvoir des formations arbitrales de juger de leur compétence : 388, 396, 411

Tout juge est juge de sa compétence :

Adage : 5

Conformité de l'effet négatif de la compétence-compétence : 91 s.

Effet positif de la compétence-compétence du tribunal arbitral : 350, 402, **421 s.**

Effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques : 610

Enjeu : 6

Injonction *anti-suit* : 196

Prorogation légale de compétence : 455

Pouvoir inhérent : 464 s.

Règle matérielle transnationale : 401

Transaction : 248

Transport maritime (contrat) : 99, 249, 274, 276, 286, 291

Tribunal des conflits

Conflits de compétence entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif : 167

Inserm (arrêt) : 236, 675

Séparation des autorités administrative et judiciaire : 80

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : 169, 423, 465

Treaty claims : 375

U

Umbrella clause : 375

V

Validité de la règle de droit

Notion : 34, 38, 40, 134, 135, 201

Auteur du contrôle : 79 s.

Voies de recours contre la décision de mise en œuvre de l'effet négatif : 297 s.

Inefficacité : 310 s.

Juge d'appui : 301 ; 307

Juge du fond : 305, 307, 308, 311

Réforme : 316 s., 346

Voies de recours contre la sentence

Etendue du contrôle : 698 s.

Juge du contrôle et effet négatif de la compétence-compétence : 66

Restriction du contrôle : 722 s.

W

West Tankers

Effet négatif, règle de compétence directe : 113 s.

Effet négatif, règle de compétence indirecte : 129

Injonctions *anti-suit* : 196

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	7
PREMIERE PARTIE.- L'EFFET NEGATIF DE LA COMPETENCE-COMPETENCE	49
Titre 1.- La règle de l'effet négatif.....	53
Chapitre 1.- Les fondements positifs	55
Section 1.- La reconnaissance de l'effet négatif.....	55
§1.- Emergence de la règle	55
A.- La règle absente	55
B.- La règle en dormance	57
C.- La règle consacrée.....	60
1).- Théorisation de la règle en droit français	60
2).- Le rejet majoritaire en droit comparé	62
§2.- La systématisation de la règle	70
A.- La généralisation de l'effet négatif dans l'ordre juridique français.....	70
1).- Quelle que soit la juridiction saisie.....	70
2).- Quelle que soit la voie d'action utilisée.....	73
3).- Quelle que soit la nature de l'arbitrage.....	77
4).- Quelle que soit la volonté des parties	79
B.- L'élévation de l'effet négatif au rang de condition de régularité du jugement étranger	80
Section 2.- La compatibilité de l'effet négatif avec les normes de l'ordonnancement juridique français	86
§1.- L'organe de contrôle	86
§2.- Les normes de contrôle de l'effet négatif.....	89
A.- Les principes du droit processuel et du droit des obligations	89
1).- La liberté contractuelle	90
2.- Les principes généraux de droit processuel	91
a).- Les principes rattachés à la prorogation légale de compétence	91
i).- Le principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception	91
ii).- Le principe selon lequel tout juge est juge de sa compétence.....	92
b).- Le droit au recours juridictionnel devant le juge naturel	93

i).- Le droit d'agir en justice	94
ii).- Le droit au juge naturel	97
B.- Les conventions internationales du droit judiciaire privé	101
1).- Les conventions du droit de l'arbitrage	101
a).- La Convention de New York de 1958.....	101
b).- La Convention de Genève de 1961	104
2).- Le Règlement Bruxelles I	105
a).- L'effet négatif, règle de compétence directe	107
i).- Le Règlement Bruxelles I dans sa version actuelle.....	107
ii).- Le Règlement Bruxelles I dans sa version refondue	114
b).- L'effet négatif, condition de régularité du jugement étranger	118
i).- Le Règlement Bruxelles I dans sa version actuelle.....	118
Le jugement statuant sur la seule matière arbitrale	118
Le jugement statuant à titre incident sur une exception d'arbitrage opposée à une demande principale relevant du Règlement Bruxelles I	120
ii).- Le Règlement Bruxelles I dans sa version refondue	123
Conclusion	125
Chapitre 2.- Les fondements axiologiques.....	126
Section 1.- Les fondements théoriques.....	127
§1.- Le fondement écarté : la force obligatoire de la convention d'arbitrage.....	127
§2.- Le fondement retenu : la théorie de l'apparence	128
A.- Les différentes acceptions de la notion juridique d'apparence.....	129
B.- Le choix de l'apparence vraisemblable.....	134
Section 2.- Les fondements pratiques.....	137
§1.- L'économie procédurale	138
§2.- L'inadaptation des mécanismes de résolution des conflits de compétence admis entre juridictions étatiques	141
A.- L'inadaptation des principes de résolution des conflits de compétence admis entre juridictions étatiques	142
1).- Les rapports verticaux : le recours hiérarchique.....	142
2).- Les rapports horizontaux : une coordination éventuelle.....	144
a).- Droit international privé	145
b). Droit international public	149

B.- L'inadaptation des outils de résolution des conflits de compétence existants	150
1).- La litispendance	151
a).- Les arguments théoriques.....	152
i).- L'inapplicabilité de la litispendance aux hypothèses de compétence exclusive	153
ii).- L'inapplicabilité de la litispendance au contentieux de la compétence	159
b).- Les arguments pratiques.....	162
i).- La simplicité et la suffisance de la litispendance	162
ii).- La neutralité de la litispendance.....	164
2).- L'injonction anti-suit	166
Conclusion	174
Conclusion du titre.....	175
Titre 2.- La mise en œuvre de l'effet négatif.....	177
Chapitre 1.- Le champ d'application de l'effet négatif.....	179
Section 1.- Une mise en œuvre conditionnée par l'apparence de compétence arbitrale	181
§1.- La construction de l'apparence de compétence arbitrale	182
A.- L'élément subjectif : une prétention	182
1).- La nécessité de manifester la volonté de se prévaloir de la compétence arbitrale	182
2).- Les manifestations de la volonté de se prévaloir de la compétence arbitrale	186
a).- Devant le juge d'appui : la demande de désignation d'arbitres	186
b).- Devant le juge du fond : une exception d'arbitrage	186
B.- L'élément objectif : « <i>l'apparition</i> ».....	191
1).- L'existence apparente d'une convention d'arbitrage.....	192
2).- L'existence avérée d'une procédure arbitrale en cours	194
§2.- L'absence de destruction de l'apparence de compétence arbitrale : l'absence de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage	194
A.- La nullité et l'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage.....	195
1).- Identification des exceptions	195
a).- L'ajout de l'inapplicabilité manifeste	196

b).- L'unification des exceptions	197
2).- L'interprétation stricte des exceptions.....	199
a).- Vérification pratique : confirmation jurisprudentielle de l'interprétation restrictive des exceptions	199
i).- La nullité manifeste de la convention d'arbitrage.....	200
α).- Une exception exceptionnellement caractérisée	200
β).- Un possible renouveau	204
ii).- L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.....	211
α).- Le rejet de l'inapplicabilité manifeste.....	211
β).- L'admission de l'inapplicabilité manifeste	219
b).- Vérification théorique : le caractère manifeste, illustration de l'apparence ostentatoire.....	224
B.- L'absence de saisine du tribunal arbitral.....	229
1).- Une limite opportune	231
2).- Une définition adaptée	232
Section 2.- Une mise en œuvre absente.....	235
§1.- L'absence d'application de l'effet négatif favorable à l'arbitrage	236
A.- Illustrations de non-application favorables à l'arbitrage	237
1).- L'absence totale d'application	237
2).- L'absence substantielle d'application.....	239
B.- Les raisons de la non-application favorable à l'arbitrage	241
1).- L'absence d'invocation de ce moyen de droit par les parties au litige..	241
2).- L'invocation de la clause compromissoire contre un tiers apparent.....	242
3).- « [L]es besoins d'élaboration de la nouvelle règle matérielle »	243
§2.- L'absence d'application de l'effet négatif défavorable à l'arbitrage.....	249
A.- Illustrations de non-application défavorables à l'arbitrage.....	249
B.- Les raisons de la non-application défavorable à l'arbitrage	251
Conclusion	255
Chapitre 2.- La décision de mise en œuvre de l'effet négatif.....	257
Section 1.- Les voies de recours ouvertes contre la décision	257
§1.- Droit positif : l'aménagement des voies de recours en faveur de l'arbitrage.....	258
A.- Présentation des solutions	258

1).- Les voies de recours ouvertes contre la décision de refus de mise en œuvre de l'effet négatif.....	258
a)- La décision du juge d'appui	259
b).- La décision du juge du fond.....	260
2).- Les voies de recours ouvertes contre la décision acceptant la mise en œuvre de l'effet négatif.....	262
B.- Appréciation des solutions	264
§2.- Droit prospectif : limitation et spécialisation des voies de recours	268
Section 2.- La portée de la décision sur les autres instances	273
§1.- La portée de la décision à l'égard de l'autre juridiction saisie <i>a priori</i> : l'autorité positive de la chose jugée règle les rapports entre juge d'appui et juge du fond.....	275
A.- L'autorité de la chose jugée de la décision du juge du fond sur le juge d'appui.....	275
B.- L'autorité de la chose jugée de la décision du juge d'appui sur le juge du fond.....	281
§2.- La portée de la décision à l'égard des juridictions saisies <i>a posteriori</i> : le rôle limité de l'autorité positive de la chose jugée	283
A.- L'absence d'autorité de la chose jugée de la décision constatant l'apparence de compétence arbitrale	283
B.- L'autorité de la chose jugée de la décision constatant la destruction de l'apparence de compétence arbitrale	285
1).- Le tribunal arbitral	286
2).- Les juridictions étatiques du contrôle	287
Conclusion	288
Conclusion du titre.....	290
Conclusion de la première partie	291
DEUXIEME PARTIE.- L'EFFET POSITIF DE LA COMPETENCE-COMPETENCE DES TRIBUNAUX ARBITRAUX.....	293
Paragraphe préliminaire.- L'objet de l'effet positif de la compétence-compétence	296
A.- Des notions conceptuellement distinctes	300
1).- La distinction entre compétence et investiture	301
2).- La distinction entre compétence et pouvoir de juger.....	303
a)- Eléments de la distinction	303

b).- Consistance de la compétence arbitrale	307
i).- Précisions relatives à la compétence arbitrale spéciale	308
ii).- Illustrations de la compétence arbitrale spéciale.....	309
c).- Consistance du pouvoir juridictionnel en droit de l'arbitrage.....	315
B.- Des notions assimilées en pratique	320
Conclusion	326
Titre 1.- Les fondements de l'effet positif du principe compétence-compétence	327
Chapitre 1.- L'ordre juridique de rattachement de l'effet positif.....	328
Section 1.- Les divergences d'appréciation de l'ordre juridique de rattachement ..	328
§1.- Le droit de l'État du siège de l'arbitrage	329
§2.- Les droits intéressés au litige.....	331
§3.- Le droit transnational de l'arbitrage	333
Section 2.- Des divergences d'appréciation apparentes	336
§1.- Consensus implicite sur l'ordre transnational	336
§2.- L'effet positif, règle transnationale	337
A.- Une règle transnationale de l'ordre arbitral selon laquelle les arbitres sont juges de leur compétence.....	338
1).- Transnationalité de la règle.....	338
a).- Droit d'origine étatique	339
i).- Législations nationales	339
ii).- Conventions internationales	342
b).- Droit d'origine privée.....	343
i).- Les règlements d'arbitrage et résolution	343
ii).- La jurisprudence arbitrale	344
2).- Transversalité de la règle	345
a).- L'arbitrage public international.....	345
b).- L'arbitrage public de droit interne	347
B.- Un principe général de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence	349
1).- Les traces du principe devant les juridictions internationales	350
2).- Les traces du principe devant les juridictions étatiques internes.....	352
a).- Traces indirectes.....	353
b).- Traces directes.....	354

Conclusion	356
Chapitre 2.- Identification du fondement de l'effet positif au regard de la nature hybride de l'arbitrage.....	358
Section 1.- L'hésitation entre les deux fondements	360
§1.- Une hésitation originelle	360
§2.- Une hésitation à l'origine des difficultés d'application de la méthode des conflits de lois	362
Section 2.- Le choix d'un fondement	366
§1.- Analyse ancienne : le rattachement à l'aspect contractuel de l'arbitrage.....	366
A.- L'analyse classique du droit processuel : la possibilité de juger de la compétence est une prorogation légale de compétence.....	366
B.- L'analyse du droit de l'arbitrage : l'effet positif de la compétence-compétence est un effet positif de la convention d'arbitrage	367
§2.- Analyse actuelle : le rattachement à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage...	369
A.- Critique du rattachement à l'aspect contractuel : la convention d'arbitrage ne peut être la source de l'effet positif du principe compétence-compétence.....	370
B.- Arguments en faveur du rattachement à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage	372
1).- La qualification de pouvoir inhérent.....	372
2).- Les conséquences de la qualification de pouvoir inhérent	375
a).- Le pouvoir de se juger compétent comme incompetent.....	376
b).- La valeur de la règle.....	377
Conclusion	380
Titre 2.- La mise en œuvre de l'effet positif du principe compétence-compétence.....	383
Chapitre 1.- Le tribunal arbitral, titulaire de l'effet positif	384
Section 1.- Exclusion de l'arbitre	384
Section 2.- Exclusion de l'organe administratif du centre d'arbitrage.....	385
§1.- L'existence du pouvoir d'examen prima facie de la convention d'arbitrage par le centre d'arbitrage.....	386
§2.- Les rapports entre l'organe administratif du centre d'arbitrage et le tribunal arbitral dans l'appréciation de la compétence	387
A.- Le principe : cumul et dissociation des pouvoirs du centre d'arbitrage et du tribunal arbitral	388
1).- Les différences de modalité du contrôle	391
2).- La différence d'objet du contrôle	394

a).- Le centre d'arbitrage contrôlerait la compétence administrative et le tribunal arbitral la compétence juridictionnelle	394
b).- Le centre d'arbitrage vérifie qu'il est lié aux colitigants par le contrat d'organisation d'arbitrage	396
B.- L'exception : l'usurpation du pouvoir de juger de la compétence par l'organe administratif du centre d'arbitrage	401
Conclusion	402
Chapitre 2.- Le procès arbitral de la compétence.....	403
Section 1.- L'existence du régime transnational du procès arbitral de la compétence	404
§1.- Le déclenchement de la vérification de la compétence	405
A.- Le déclinatoire de compétence	405
1).- L'obligation de motiver le déclinatoire	406
2).- L'obligation de soulever l'exception d'incompétence in limine litis	407
B.- Le contrôle d'office par le tribunal arbitral.....	415
§2.- L'examen par le tribunal arbitral de sa compétence.....	421
A.- Le moment où le tribunal arbitral statue sur sa compétence.....	421
1).- Le principe	421
2).- L'exception	425
B.- Les modalités de contrôle de la compétence.....	426
1).- Le principe d'un contrôle juridictionnel total	426
2).- Le respect des principes fondamentaux du procès	429
Section 2.- L'inachèvement du régime transnational du procès arbitral de la compétence	430
§1.- L'existence d'une instance juridictionnelle parallèle saisie de la compétence	431
A.- La diversité des solutions.....	432
B.- L'absence de dessaisissement du tribunal arbitral confronté à une procédure parallèle	435
1).- L'absence de dessaisissement du tribunal arbitral pour juger de sa compétence confronté à une action concurrente	435
2).- L'absence d'obligation du tribunal arbitral de surseoir à statuer dans l'attente du recours en annulation formé contre la sentence incidente de compétence	439
§2.- La décision d'une autre juridiction sur la compétence juridictionnelle générale	440

A.- La décision émanant d'une juridiction d'État.....	442
B.- La décision émanant d'un autre tribunal arbitral	445
Conclusion	447
Chapitre 3.- La décision arbitrale sur la compétence.....	448
Section 1.- La qualification de sentence.....	448
§1.- Le rejet de la qualification	448
A.- La décision de compétence	448
B.- La décision d'incompétence.....	449
§2.- L'admission de la qualification	451
A.- La définition générique de la sentence	451
B.- L'admission de l'ouverture des voies de recours admises contre toute sentence	453
Section 2.- Les attributs de la sentence	454
§1.- Le dessaisissement du tribunal arbitral de la compétence.....	454
§2.- L'autorité de chose jugée de la sentence jugeant de la compétence	456
A.- Généralités	457
1).- Les conditions classiques de l'accueil de l'autorité de chose jugée d'une sentence.....	457
2).- Les conditions spécifiques aux sentences arbitrales	458
B.- Effets	460
1).- Effet négatif de la chose jugée.....	460
2).- Effet positif de la chose jugée.....	461
Conclusion	462
Conclusion de la deuxième partie.....	463
TROISIEME PARTIE.- L'EFFET POSITIF DE LA COMPETENCE-COMPETENCE DES JURIDICTIONS ETATIQUES.....	465
Titre 1.- L'existence du pouvoir des juridictions publiques de juger de la compétence juridictionnelle générale.....	469
Chapitre 1.- L'existence du contrôle de la compétence à travers la sentence.....	470
Section 1.- Un contrôle potentiellement systématique	470
§1.- Le caractère d'ordre public du contrôle judiciaire de la sentence	470
§2.- La présence constante de griefs contre la sentence permettant le contrôle de la compétence juridictionnelle générale.....	473

A.- Toutes les voies de recours permettent le contrôle de la compétence juridictionnelle générale	473
1).- Généralités	473
2).- Limites	475
B.- Tous les griefs relatifs à la compétence peuvent être formulés	478
1).- Le contrôle de la sentence statuant sur la compétence arbitrale générale ou sur la compétence arbitrale spéciale	478
2).- Le contrôle de la sentence de compétence et de la sentence d'incompétence	482
§3.- La totale liberté d'appréciation de la compétence par les juridictions françaises au regard des juridictions publiques étrangères	486
A.- Les jugements étrangers contrôlant la sentence ne produisent pas d'effets extraterritoriaux	487
B.- La conformité de la règle avec les conventions internationales.....	490
1).- La convention de New York de 1958	490
2).- Le Règlement Bruxelles I	492
Section 2.- Un contrôle simplement éventuel	496
§1.- Les limites générales	496
A.- L'absence de caractère obligatoire des voies de recours	496
B.- Les conditions classiques encadrant la recevabilité de contrôle de la sentence	498
1).- Les conditions d'ouverture des voies de recours.....	498
2).- Les conditions de recevabilité du moyen d'annulation ou d'appel	500
a).-Le droit positif.....	501
i).- Le principe : l'application de la règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure au grief selon lequel le tribunal arbitral se serait déclaré à tort compétent ou incompétent	503
ii).- Les exceptions	506
b).- Appréciation.....	511
§2.- Les limites spéciales	514
A.- La convention spéciale de renonciation au recours en annulation.....	514
B.- L'arbitrage CIRDI.....	517
1).- Le principe de l'interdiction du contrôle étatique de la sentence CIRDI	518
2).- Les limites au principe de l'interdiction	519

Conclusion	521
Chapitre 2.- L'étendue du contrôle de la sentence statuant sur la compétence	522
Section 1.- Droit positif : un contrôle total.....	523
§1.- Le principe du contrôle total	523
A.- Permanence de la solution dans le temps.....	523
B.- Constance de la solution indépendamment du cas d'ouverture utilisé par les plaideurs.....	526
§2.- Le sens du contrôle total.....	528
A.- Les faits : leur réexamen	529
B.- Le droit : le recours à la <i>lex fori</i>	533
Section 2.- Droit prospectif : un contrôle restreint ?	536
§1.- L'opportunité de la restriction du contrôle.....	537
§2.- Les voies de la restriction du contrôle.....	542
A.- La restriction du contrôle lui-même.....	542
1).- La restriction du contrôle équivalente à sa suppression pure et simple.	544
2).- L'inapplicabilité du principe de non-révision au fond à la compétence	547
B.- La restriction des hypothèses de censure	551
Conclusion	555
Conclusion du titre.....	557
Titre 2.- La mesure du pouvoir des juridictions françaises de juger de la compétence juridictionnelle générale	559
Chapitre 1.- La prise en compte totale du contrôle dans l'ordre juridique français....	562
Section 1.- Remarques générales.....	562
Section 2.- Solutions concrètes	566
§ 1.- Le rejet du recours	566
§ 2.- L'accueil du recours	567
A.- Les conséquences de l'annulation de la sentence de compétence	568
1).- Conséquences sur la sentence statuant sur le fond	568
2).- Conséquences sur les actes de procédure préalablement ordonnés	572
3).- Conséquences sur les suites de l'instance.....	574
a).- Arbitrage interne	574
b).- Arbitrage international	576
B.- Les conséquences de l'annulation de la sentence d'incompétence.....	577

1).- Annulation de la sentence d'incompétence totale	577
a).- Arbitrage interne	577
b).- Arbitrage international	578
i).- Les modalités de retour devant la justice arbitrale sont-elles fixées par la juridiction du contrôle ou laissées à la discrétion des parties ?	578
ii).- Les modalités de retour à l'arbitrage.....	580
2).- Annulation de la sentence d'incompétence partielle	581
a).- Les conséquences sur la sentence sur le fond rendue par le tribunal arbitral pour la part du litige pour lequel il s'est jugé compétent	582
b).- Les modalités du retour à l'arbitrage	584
Conclusion	585
Chapitre 2.- La prise en compte du contrôle dans l'ordre arbitral	586
Section 1.- L'approche monolocalisatrice : la prise en compte totale du jugement du contrôle rendu par les juridictions du siège de l'arbitrage	589
Section 2.- L'approche westphalienne : la prise en compte relative du contrôle des ordres étatiques intéressés au litige	590
§1.- Une prise en compte nécessaire des normes étatiques intéressées au litige. 591	
A.- Sources de l'obligation faite au tribunal arbitral de juger de sa compétence au regard des normes étatiques intéressées au litige.....	591
B.- Conséquences concrètes de l'obligation faite au tribunal arbitral de juger sa compétence au regard des normes étatiques intéressées au litige.	594
§2.- Une prise en compte relative des normes étatiques intéressées au litige	595
A.- La possible divergence d'appréciation de la compétence juridictionnelle générale par les différents ordres étatiques.....	595
B.- Conséquences pour le tribunal arbitral.....	599
Section 3.- L'approche transnationale : la possibilité de refus de prise en compte du jugement du contrôle.....	601
§1.- L'absence d'obligation d'appliquer une loi étatique pour juger de sa compétence.....	602
§2.- L'absence d'obligation de respecter les jugements étatiques du contrôle....	606
Conclusion	613
Conclusion de la troisième partie	614
CONCLUSION GENERALE	615
BIBLIOGRAPHIE	621
INDEX	657

