

LE RÔLE DES JURIDICTIONS ÉTATIQUES  
DEVANT L'ARBITRAGE  
COMMERCIAL INTERNATIONAL

par

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

10

BLANCHE



BLANCHE

## TABLE DES MATIÈRES

Chapitre I. La collaboration entre juges et arbitres, présupposé d'une culture arbitrale . . . . .	23
I. Le domaine des relations entre le juge et l'arbitre . . . . .	23
1. Compétence étatique résiduelle . . . . .	23
2. Relations d'assistance et relations de contrôle . . . . .	38
3. <i>Ubi partes sunt concordés nihil abjudicem</i> . . . . .	41
II. Le siège du tribunal arbitral . . . . .	46
1. Inexistence d'un for arbitral . . . . .	46
2. Extraterritorialité de l'arbitre . . . . .	50
III. L'autonomie arbitrale . . . . .	53
1. Intervention du juge dans l'activité de l'arbitre . . . . .	53
2. Intervention du juge dans l'activité de l'institution arbitrale . . . . .	55
IV. Les relations entre le juge et l'arbitre dans le cadre d'une nouvelle culture arbitrale en droit comparé . . . . .	58
1. La collaboration comme instrument essentiel d'une culture arbitrale . . . . .	58
2. Etendue de la collaboration en droit comparé . . . . .	63
3. Evaluation du siège arbitral . . . . .	64
Chapitre II. Efficacité de la convention d'arbitrage devant les tribunaux étatiques . . . . .	66
I. Caractéristiques de la convention d'arbitrage . . . . .	66
1. Spécificité . . . . .	66
2. Efficacité négative . . . . .	72
II. Efficacité négative de la convention d'arbitrage et recours devant les tribunaux . . . . .	78
1. Devoir d'abstention du juge . . . . .	78
2. Exceptions procédurales liées à l'existence de la convention d'arbitrage . . . . .	87
a) Efficacité processuelle de la convention à l'égard de l'activité judiciaire . . . . .	87
b) Portée de l'exception d'arbitrage . . . . .	88
c) Allégation de défaut de compétence judiciaire fondé sur l'existence entre les parties d'une convention d'arbitrage . . . . .	93
d) La litispendance arbitrale internationale . . . . .	95
3. Le recours exercé devant les tribunaux étatiques et le principe de la compétence-compétence . . . . .	97
III. Validité substantielle de la convention d'arbitrage devant les tribunaux étatiques . . . . .	100
1. Invalidité et inefficacité de la convention d'arbitrage . . . . .	100
2. Arbitrabilité du litige . . . . .	108
3. Consentement et preuve de la convention d'arbitrage : conséquences des clauses pathologiques . . . . .	116
4. Domaine d'application de la convention d'arbitrage . . . . .	124

Chapitre III. L'intervention du juge dans l'instance arbitrale . . . . .	127
I. L'exigence d'un « juge d'appui » . . . . .	127
1. Objet et portée de l'intervention . . . . .	127
2. Détermination de la compétence judiciaire internationale . . . . .	131
II. Désignation et récusation des arbitres par le juge d'appui . . . . .	135
1. Justification de l'intervention du juge . . . . .	135
2. Désignation des arbitres . . . . .	138
3. Récusation des arbitres . . . . .	142
III. L'intervention du juge dans le déroulement de la procédure d'arbitrage . . . . .	145
1. Conséquences du défaut d' <i>imperium</i> de l'arbitre . . . . .	145
a) Le juge, défenseur de l'intégrité de la procédure d'arbitrage . . . . .	145
b) Assistance du juge d'appui du lieu de l'arbitrage . . . . .	147
c) Limitations des mécanismes d'entraide internationale en matière d'arbitrage . . . . .	148
2. Notifications . . . . .	151
3. Administration de la preuve . . . . .	154
IV. Adoption des mesures provisoires ou conservatoires . . . . .	161
1. Portée de la collaboration dans ce secteur . . . . .	161
2. Les relations entre le juge et l'arbitre dans l'adoption de mesures conservatoires . . . . .	165
3. L'intervention directe des arbitres . . . . .	171
Chapitre IV. L'intervention du juge dans la phase finale de la procédure arbitrale . . . . .	177
I. Détermination du juge de la contestation de la sentence arbitrale . . . . .	177
1. Conséquences de la localisation de l'arbitrage dans un système juridique déterminé . . . . .	177
2. Champ et portée des recours devant le juge du contrôle . . . . .	180
3. Conséquences de la délocalisation de la sentence arbitrale . . . . .	186
II. Incidence de l'« internationalité » de l'arbitrage dans la phase post-arbitrale . . . . .	190
1. Solutions en présence . . . . .	190
2. L'internationalité, élément décisif du recours en annulation . . . . .	194
3. Le recours d'annulation contre la sentence arbitrale dans les conventions internationales . . . . .	197
III. Motifs d'annulation de la sentence arbitrale . . . . .	199
1. Catalogue actuel des causes d'annulation . . . . .	199
2. Hypothèses de contravention à l'ordre public et contrôle sur le fond de la sentence arbitrale . . . . .	202
3. Litispendance avec des décisions judiciaires actuelles ou futures . . . . .	210
Bibliographie . . . . .	214

## NOTICE BIOGRAPHIQUE

*José Carlos Fernández Rozas*, né le 4 janvier 1950 à Oviedo (Espagne).

Licencié en droit de l'Université d'Oviedo (1973); docteur en droit de l'Université d'Oviedo *cum laude* (1977). Certificat du Centre d'étude et de recherche de l'Académie de droit international de La Haye (1977).

Assistant de droit international privé à l'Université d'Oviedo (1973), puis professeur adjoint de droit international public et de droit international privé (1979); professeur de droit international privé à l'Université de León et à l'Université d'Oviedo (1982) et directeur du Département de droit privé et de l'entreprise (1985-1987). Professeur de droit international privé à l'Université Complutense de Madrid (depuis 1987) et directeur du Département de droit international public et de droit international privé (1987-1990). Directeur du Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos «Ramón Carande» de Madrid (1991-1996). Professeur à l'Institut d'études supérieures de la Bourse de Madrid (1998).

Membre de la commission de rédaction du Statut d'autonomie de l'Asturie (1979-1981) et membre de la Commission mixte de transferts entre l'État et les Communautés autonomes; membre élu de la commission électorale de la principauté des Asturies (1984-1988). Membre de la délégation espagnole à la Commission spéciale de la Conférence de La Haye de droit international privé (1994). Associé (1994) et puis membre (2000) de l'Instituto hispano-luso-americano de derecho internacional.

Directeur de l'*Anuario Español de Derecho Internacional Privado*; directeur de la revue mensuelle *La Ley: Unión Europea* (depuis 1985); rédacteur en chef de la *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (depuis 1984); rédacteur et membre du conseil scientifique de la *Revista Española de Derecho Internacional* (depuis 1980). Membre des comités scientifiques et collaborateur de diverses revues espagnoles et étrangères.

Avocat et arbitre dans de nombreuses affaires internationales (CCI, CIRDI, CEA, *ad hoc*, etc.).

## PRINCIPALES PUBLICATIONS

*Ouvrages*

- La banca extranjera en España. El acceso al ejercicio de la actividad bancaria*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1981, 236 pages.
- Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, Oviedo, Gráficas Valdés, 1984, 235 pages; 2<sup>o</sup> éd., Oviedo, Gráficas Apel, 1985, 283 pages.
- Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. I (en collaboration avec J. D. González Campos et R. Recondo Porrúa, Oviedo, Librería Ojanguren, 1984, 444 pages.
- Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II (en collaboration avec J. D. González Campos et autres auteurs), Oviedo, Librería Ojanguren, 1984, 454 pages; 6<sup>o</sup> éd., Madrid, Eurolex, 1996, 460 pages.
- Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, 308 pages.
- Lecciones de Derecho internacional privado* (en collaboration avec S. Sánchez Lorenzo), Oviedo, Gráficas Apel, 1988, 309 pages; 2<sup>o</sup> éd., 1989.
- Curso de Derecho internacional privado* (en collaboration avec S. Sánchez Lorenzo), Madrid, Civitas, 1991, 721 pages; 2<sup>o</sup> éd., 1993, 790 pages; 3<sup>o</sup> éd., 1996, 716 pages.
- Derecho del comercio internacional* (dir. publ.), Madrid, Eurolex, 1996, 596 pages.
- Derecho internacional privado* (en collaboration avec S. Sánchez Lorenzo), Madrid, Civitas, 1999, 661 pages.
- Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, 384 pages.

*Articles**1. Droit international privé*

- «Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto y ley rectora del estatuto internacional del apátrida», *Boletín informativo del Departamento de Derecho político* (UNED), 1979, pp. 201-236.
- «Sobre la ley rectora del estatuto personal del apátrida», *Anuario de Estudios sociales y jurídicos*, vol. VIII-IX, 1979-1980, pp. 27-76.
- «Aspectos recientes del nombre de las personas físicas en el Derecho internacional privado español», *Revista española de Derecho internacional*, vol. XXXIII, 1981, pp. 597-624.
- «Las obligaciones alimenticias en el Derecho internacional privado español», *Revista española de Derecho internacional*, vol. XXXVII, 1985, pp. 67-108.
- «Private International Law», *Spanish Business Law* (B. Cremades, dir. publ.), Deventer, Kluwer, 1985, pp. 53-74; 2<sup>o</sup> éd., Londres, Butterworth, 1992, pp. 30-48.
- «Sobre el contenido del Derecho internacional privado (1<sup>a</sup> parte)», *Revista española de Derecho internacional*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 69-108.
- «Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo», *Anuario del Instituto hispano luso-americano de Derecho internacional*, vol. VIII, 1986, pp. 45-70.
- «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», *Revista de Instituciones europeas*, vol. 17, 1990, pp. 758-824.
- «Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal», *Hacia un*



- nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1349-1372.
- «Problemas de cooperación entre España e Iberoamérica en el ámbito del Derecho internacional privado», *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1993, pp. 245-270.
- «Capítulo IV: Normas de Derecho internacional privado», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2 (M. Albaladejo et S. Díez Alabart, dir. publ.), Madrid, Edersa, 1995, pp. 1-95.
- «Artículo 9.9º del Código civil: doble nacionalidad» (en collaboration avec P. Rodríguez Mateos), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2 (M. Albaladejo et S. Díez Alabart, dir. publ.), Madrid, Edersa, 1995, pp. 392-428.
- «Artículo 9.10º del Código civil: ley aplicable de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2 (M. Albaladejo et S. Díez Alabart, dir. publ.), Madrid, Edersa, 1995, pp. 429-479.
- «Artículo 12.3º del Código civil: orden público» (en collaboration avec J. D. González Campos), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2 (M. Albaladejo et S. Díez Alabart, dir. publ.), Madrid, Edersa, 1995, pp. 894-926.
- «Artículo 12.6º del Código civil: Aplicación del Derecho extranjero», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2 (M. Albaladejo et S. Díez Alabart, dir. publ.), Madrid, Edersa, 1995, pp. 973-1082.
- «Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209-5237.
- «La aplicación del Derecho extranjero por los notarios», *Anales de la Academia matritense del Notariado*, t. XXXV, 1996, pp. 171-209.
- «Las relaciones entre España e Iberoamérica y la codificación internacional del Derecho internacional privado», *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 261-329.
- «Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial», *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los Jueces españoles*, Cuadernos de Derecho judicial, 1997, nº 1, pp. 59-158.
- «Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados», *La unificación jurídica europea* (J. M. García Collantes, dir. publ.), Madrid, Civitas, 1999, pp. 17-44.
- «Problemas de asimilación de los tratados internacionales de Derecho internacional privado en un sistema de base estatal: la experiencia española», *Mélanges Fritz Sturm*, vol. II, Liège, Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1999, pp. 1447-1468.
- «Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado», *Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Cáceres*, Madrid, Boletín oficial del Estado, 2000, pp. 127-177.
- «El Derecho privado de la Ciudad autónoma de Ceuta», *Derecho civil autonómico. Parte general* (R. Bercovitz et J. Martínez-Simancas, dir. publ.), vol. IX, Madrid, Aranzadi, 2000, pp. 5287-5322.
- «Espagne: Droit international privé» (en collaboration avec S. Alvarez González), *Juris-classeur. Droit comparé*, «Législation comparée: Espagne», fasc. 3, 2000, 22 pages.
- «Editorial», *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2000, pp. 31-111.
- «Orientaciones del derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI»,

*Revista mexicana de Derecho internacional privado*, número spécial, 2000, pp. 7-32.

- «El Capítulo IV del Título preliminar del Código civil («Normas de Derecho internacional privado»): Veinticinco años después», *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Madrid, Colegio de Abogados de Madrid, 2001, pp. 2411-2447.
- «La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano», *Anuario del Instituto hispano-luso-americano*, vol. 15, 2001, pp. 98-161.

## 2. Droit de la nationalité et condition des étrangers

- «Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre el desarrollo constitucional», *Revista española de Derecho internacional*, vol. XXXIII, 1981, pp. 141-159.
- «Derecho de la nacionalidad», titre I (chapitres I à VI) du volume II du *Curso de Derecho internacional privado*, de J. D. González Campos, Oviedo, Librerías Ojanguren, 1983, pp. 1-160.
- «Derecho de extranjería», titre II (chapitres VII à X) du volume II du *Curso de Derecho internacional privado*, de J. D. González Campos, Oviedo, Librerías Ojanguren, 1983, pp. 161-244.
- «La reforma del Derecho español de la nacionalidad», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, Université du Pays basque, 1983, pp. 135-233.
- «Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la DGRN, sobre nacionalidad española», *Anuario de Derecho civil*, t. XXXVI, 1983, pp. 1299-1319.
- «El acceso de los extranjeros al ejercicio de la profesión», *Profesiones técnicas y Derecho*, Oviedo, Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de O.P. del Principado de Asturias, 1985, pp. 51-106.
- «La nacionalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa» (en collaboration avec S. Alvarez González), *Revista jurídica española La Ley*, nº 1694, 22 avril 1987, pp. 1-7.
- «Extranjería: Principios de Derecho internacional general», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº 11, 1991, pp. 39-51.
- «Espagne» (en collaboration avec A. Alvarez Rodríguez), *Nationality Laws in the European Union* (B. Nascimbene, dir. publ.), Milan, Giuffrè, 1996, pp. 207-261.
- «Limitaciones a la pérdida de la nacionalidad española y desarrollo del derecho al cambio de nacionalidad», *Espanoles en el Mundo*, *Anuario*, 1996, pp. 66-73.
- «La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la Unión europea», *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, CESSJ Ramón Carande, 1996, pp. 51-84.
- «Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales», *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea* (collection Escuela Diplomática, nº 3), 1998, pp. 31-50.
- «La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista española de Derecho internacional*, 1998, vol. L, 1998, pp. 33-57.
- «La controvertida nacionalidad de Ricardo Maduro Joest, Candidato a la Presidencia de la República de Honduras» (en collaboration avec R. Arroyo Montero), *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. I, 2001, pp. 505-567.
- «Art. 57: Expulsión del territorio» et «Art. 58: Efectos de la expulsión y devolución» (en collaboration avec R. Arroyo Montero et A. Fernández Pérez), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, Grenade, Comares, 2001, pp. 763-815.

*3. Droit judiciaire international  
et arbitrage commercial international*

- «El exequátur de las condenas de las costas y gastos del juicio», *Revista de la Corte española de Arbitraje*, vol. I, 1984, pp. 99-107.
- «La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro», *Revista de la Corte española de Arbitraje*, vol. III, 1986, pp. 29-52.
- «El largo camino hacia la Ley de Arbitraje», *Revista de la Corte española de Arbitraje*, vol. V, 1988-1989, pp. 29-50.
- «La reforma del arbitraje comercial internacional en España: crónica de un singular proceso legislativo», *El Arbitraje internacional*, Saragosse, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1989, pp. 169-188.
- «Texto consolidado del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (nota introductoria)» (en collaboration avec M. V. Cuartero Rubio), *Revista jurídica española La Ley*, suppl. *Comunidades europeas*, décembre 1990, pp. 1-14.
- «Comentario al art. 56 de la Ley de Arbitraje», *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 1988* (A. Bercovitz, dir. publ.), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 797-841.
- «La primacía de los tratados internacionales en el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras», *Revista de la Corte española de Arbitraje*, vol. VII, 1991, pp. 9-29.
- «La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado», *Revista española de Derecho internacional*, vol. XLV, 1993, pp. 81-100.
- «Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, elaborada por la Corte española de Arbitraje (diciembre 1996)» (en collaboration avec E. Artuch Iriberry), *Revista de la Corte española de Arbitraje*, vol. XIII, 1997, pp. 303-380.
- «Nuevas perspectivas de la cooperación en el ámbito de la justicia en la Unión Europea», *Los dos pilares de la Unión Europea*, Madrid, Colección Veintiuno, 1997, pp. 239-267.
- «Notificaciones en el extranjero: experiencias en los procesos de integración y en las relaciones entre México y España», *Revista mexicana de Derecho internacional privado*, nº 7, 1999, pp. 45-74.

*4. Droit du commerce international et droit commercial européen*

- «La inversión extranjera en el sector bancario español», *Anuario de Derecho internacional*, vol. II, 1975, pp. 347-377.
- «La nouvelle réglementation de la banque étrangère en Espagne», *Droit et pratique du commerce international*, t. 4, 1978, pp. 363-385.
- «El derecho de establecimiento en materia bancaria: perspectivas españolas», *Problemas de la adhesión de España a las Comunidades europeas*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1979, pp. 201-236.
- «Establecimiento de bancos y otras instituciones de crédito», *Tratado de Derecho comunitario europeo* (E. García de Enterría, J. D. González Campos et S. Muñoz Machado, dir. publ.), t. II, Madrid, Cívitas, 1986, pp. 261-289.
- «La nacionalidad de los buques y los pabellones de conveniencia», *II. Jornadas sobre tráfico marítimo del Principado de Asturias*, Gijón, 1985, pp. 11-21.
- «El mercado único bancario y su influencia en el ordenamiento español», *Quaderni di Mondo bancario*, nº 6 (*Il Mercato unico europeo nel settore bancario. Incidenza sugli ordinamenti italiano e spagnolo*), Rome, 1992, pp. 77-88.
- «El sistema bancario español ante el Mercado Unico», *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. I, Madrid, *La Ley*, 1994, pp. 745-770.
- «Mercado unico bancario: una exigencia del proceso de integración europeo», *Jornadas uruguayas-santafesinas (2ª etapa). Libro de Ponencias*, Santa Fe, Faculté de droit de l'Université de Santa Fe, 1997, pp. 557-566.

- «Derecho aplicable al contrato de reaseguro internacional: perspectiva española» (en collaboration avec S. Sánchez Lorenzo), *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Madrid, Musini y Ed. española de Seguros, 1997, pp. 209-249.
- «La libre circulación de la energía eléctrica en la Unión Europea» (en collaboration avec J. M<sup>a</sup>. Nebot Lozano), *La Ley (Unión europea)*, n<sup>o</sup> 4639, 1998, pp. 1-7.
- «Título IV: Normas de Derecho internacional privado» (en collaboration avec V. Fuentes Camacho et A. Crespo Hernández), *Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (F. Sánchez Calero, dir. publ.), Madrid, Aranzadi, 1999, pp. 1903-1953; 2<sup>e</sup> éd., Madrid, Aranzadi, 2001, pp. 2026-2083.
- «El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización», *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, n<sup>o</sup> 5, 2000, pp. 161-230.
- «Los contratos internacionales en el Derecho minero», *Approfondimenti sul diritto minerario nazionale e introduzione al diritto minerario comunitario e comparato, 1<sup>o</sup> Convegno di studi di diritto minerario* (R. Federici, dir. publ.), Rome, Università degli studi di Roma «La Sapienza», 2001, pp. 127-166.
- «Balance y perspectiva de los sistemas de determinación de la *lex societatis*», *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid, McGraw Hill, 2002, pp. 197-214.

#### *5. Droit international public et droit communautaire européen*

- «La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el orden jurídico interno», *Política y Derechos humanos*, Valencia, Torres, 1976, pp. 103-125.
- «La competencia personal del Estado», *Lección 39 de Lecciones de Derecho internacional público (La protección de los intereses estatales y los poderes de los Estados)* (J. D. González Campos, dir. publ.), Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1979, pp. 121-141.
- «Universalidad e imperatividad del Ordenamiento internacional», *Curso de Derecho internacional público* de J. D. González Campos, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1980, pp. 287-318.
- «La succession d'Etats en matière de conventions fluviales», *Le régime des fleuves et lacs internationaux*, La Haye, M. Nijhoff, 1981, pp. 127-170.
- «Sucesión de Estados: Aspectos generales y efectos», *Curso de Derecho internacional público* de J. D. González Campos et L. I. Sánchez Rodríguez, vol. II, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1981, pp. 13-27.
- «Los poderes de los Estados sobre ciertos espacios de interés nacional (El Derecho fluvial internacional)», chapitre XIX du *Curso de Derecho internacional público* de J. D. González Campos, L. I. Sánchez et M. P. Andrés, 3<sup>e</sup> éd., Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1983, pp. 509-534.
- «Cooperación de la Administración de Justicia comunitaria y la Administración de Justicia nacional», *Memoria del Seminario sobre Derecho Comunitario*, Managua, Corte centroamericana de Justicia, 1998, pp. 118-150.

#### *Autres travaux*

- «Civilizaciones (conflicto de)» et «Leyes (conflicto de)», dans l'encyclopédie *Terminología científico-social. Aproximación crítica (Anexo)*, Madrid, Anthropos, 1991, pp. 32-34 et 325-330.
- «Artículo 9.6<sup>o</sup> del Código civil», «Artículo 9.7<sup>o</sup> del Código civil», «Artículo 10.11<sup>o</sup> del Código civil» et «Artículo 12.6<sup>o</sup> del Código civil», dans *Comentarios al Código Civil*, 2 vol., Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 90-92, 92-94, 133-136 et 147-150.

- « Alimentos », « Apátrida », « Arbitraje », « Buque (D<sup>o</sup>. Int. Pr.) », « Capacidad (D<sup>o</sup>. Int. Pr.) », « Conferencia especializada interamericana de Derecho internacional privado », « Codificación (D<sup>o</sup>. Int. Pr.) », « Comisión internacional del Estado civil », « Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado », « Derecho extranjero (aplicación judicial) », « Extranjero », « Nombre (D<sup>o</sup>. Int. Pr.) », « Reconocimiento y ejecución (laudos arbitrales extranjeros) », dans *Enciclopedia jurídica básica*, 4 vol., Madrid, Civitas, 1995, vol. I, pp. 413-417, pp. 490-493, pp. 535-538, pp. 847-851, pp. 901-905, pp. 1028-1030, pp. 1069-1076, pp. 1133-1134, pp. 1402-1404; vol. II, pp. 2292-2299, pp. 3030-3036; vol. III, pp. 4421-4425; vol. IV, pp. 5511-5519.

#### Jurisprudence

- « Jurisprudencia española de Derecho internacional público » (en collaboration avec J. D. González Campos et autres), *Anuario de Derecho internacional*, vol. II, 1975, pp. 677-724; vol. III, 1976, pp. 563-606, et vol. IV, 1977-1978, pp. 451-527.
- « Jurisprudencia española en materia de arbitraje comercial internacional y de Derecho del comercio internacional », *Revista de la Corte española de Arbitraje*, vol. I, 1984, pp. 147-204; vol. II, 1985, pp. 173-226; vol. III, 1986, pp. 187-253; vol. IV, 1987, pp. 137-200; vol. V, 1988-1989, pp. 211-352; vol. VII, 1991, pp. 145-191. Avec la collaboration de R. Arroyo Montero: vol. VIII, 1992, pp. 179-243; vol. IX, 1993, pp. 237-277; vol. X, 1994, pp. 271-317; vol. XI, 1995, pp. 355-392; vol. XII, 1996, pp. 135-167; vol. XIII, 1997, pp. 229-301; vol. XIV, 1998, pp. 199-249; vol. XV, 1999, pp. 275-325.
- « Jurisprudencia española de Derecho internacional privado » (en collaboration avec J. D. González Campos), *Revista española de Derecho internacional*, vol. XL, 1988, pp. 140-293; vol. XLI, 1989, pp. 271-336 et 595-656; vol. XLII, 1990, pp. 223-284 et 595-672; vol. XLIII, 1991, pp. 183-258.
- « Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado », *Revista española de Derecho internacional*, vol. XLIV, 1992, pp. 181-247.
- « Jurisprudencia española de Derecho internacional privado (en aplicación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado) », *Revista española de Derecho internacional*, vol. XLV, 1993, pp. 203-247.
- « Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado » (en collaboration avec M<sup>a</sup>. Victoria Cuartero Rubio), *Revista española de Derecho internacional*, vol. XLVI, 1994, pp. 283-423 et 807-849; vol. XLVII, 1995, pp. 209-277 et 353-431; vol. XLVIII, 1996, pp. 287-393 et 251-333; vol. XLIX, 1997, pp. 201-284 et 221-294; vol. L, 1998, pp. 277-342 et 209-272; vol. LI, 1999, pp. 163-262 et 695-773.
- « Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de primera instancia de la Comunidad europea » (chronique mensuelle), à la *Revista jurídica española La Ley* (supplément *Unión Europea*), depuis avril 1986.

#### Répertoires

- Derecho internacional privado. Materiales de prácticas* (en collaboration avec J. D. González Campos), Madrid, Tecnos, 1983, 606 pages.
- Textos básicos relativos a la adhesión de España a las Comunidades europeas* (selección y nota introductoria) (en collaboration avec P. Cervilla), *Revista jurídica española La Ley*, n<sup>o</sup> 4 (supplémento *Comunidades europeas*), 1985, 28 pages.
- Legislación básica sobre extranjeros* (en collaboration avec A. Alvarez Rodríguez), Madrid, Tecnos, 1987, 459 pages, 2<sup>e</sup> éd., 1989, 566 pages; 3<sup>e</sup> éd., Madrid, 1992, 651 pages; 4<sup>e</sup> éd., Madrid, 1996, 898 pages.

*Legislación sobre arbitraje interno e internacional*, Madrid, Cívitas, 1990, 290 pages.

*Derecho internacional privado español. Textos y Materiales, I: Derecho judicial internacional* (en collaboration avec J. D. González Campos), Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1990, 872 pages; 2<sup>o</sup> éd., 1992, 920 pages.

*Ley de extranjería y legislación complementaria* (en collaboration avec A. Fernández Pérez), Madrid, Tecnos, 2002, 727 pages.

## CHAPITRE I

LA COLLABORATION ENTRE JUGES ET ARBITRES,  
PRÉSUPPOSÉ D'UNE CULTURE ARBITRALE*I. Le domaine des relations entre le juge et l'arbitre**1. Compétence étatique résiduelle*

1. Avec toutes les nuances que souffre une telle affirmation, il est indéniable qu'à l'heure actuelle le rôle de l'Etat tend à diminuer dans le commerce international. Il est également certain que, parmi les mesures permettant d'accélérer les transactions commerciales internationales, l'arbitrage s'est imposé comme un mode intéressant de solution des conflits auxquels se heurtent quotidiennement les hommes d'affaires de cette nouvelle ère de globalisation<sup>1</sup>. Pour autant, l'activité arbitrale ne parvient pas encore à s'affranchir de l'activité législative et juridictionnelle de l'Etat. Un lien évident continue d'unir l'arbitrage commercial international à un système national déterminé, tant du point de vue légal que du point de vue jurisprudentiel. Ce n'est pas sans raison que l'article V de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales du 10 juin 1958 (ci-après : Convention de New York) fait référence à la constitution du tribunal arbitral ou à la procédure d'arbitrage « conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ». Cet assujettissement à un ensemble de règles de forme et de procédure résulte de la volonté des parties telle qu'elle est exprimée dans la convention d'arbitrage. Certes, l'arbitrage implique, par définition, une exclusion de la compétence juridictionnelle des tribunaux étatiques ; nonobstant, il requiert aujourd'hui encore un certain soutien de l'autorité judiciaire, non seulement en vertu de la doctrine selon laquelle le pouvoir de l'arbitre résulte d'un transfert de compétence juridictionnelle, mais aussi d'un point de vue purement contractuel<sup>2</sup>. C'est pourquoi, en marge du développement croissant

1. M. Blessing, « Globalization (and Harmonization?) of Arbitration », *J. Int. Arb.*, 1992, pp. 79 ss ; Ph. Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999, pp. 381-395.

2. B. Oppetit, « Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente », *Rev. arb.*, 1977, pp. 315-326.



de ce que l'on nomme les « arbitrages anationaux »<sup>3</sup>, on a coutume d'évoquer l'existence de l'« autorité judiciaire d'appui » de l'arbitrage<sup>4</sup>.

L'arbitrage est une procédure de règlement des litiges qui par essence découle directement d'une reconnaissance étatique et dont la portée se limite aux droits dont les parties ont la libre disposition. Si l'intérêt de la « société des marchands » est de parvenir à un règlement privé de ses litiges, l'intérêt de l'Etat réside en une application correcte des règles affectant des particuliers qui ne sont pas nécessairement parties à l'arbitrage. Pour reconnaître compétence aux arbitres, la loi exige que les parties aient exprimé dans une convention leur volonté de se soumettre à leur juridiction et qu'ultérieurement elles se soient entendues sur le choix des arbitres ; l'arbitrage évolue ainsi dans un cadre où existe une certaine liberté de disposition et se fonde sur l'exercice par les parties de leur liberté de conclure des pactes portant sur leurs droits disponibles. Mais cela n'implique pas que les parties renoncent à la protection des tribunaux<sup>5</sup> : l'activité judiciaire et l'activité arbitrale sont deux éléments d'un même édifice. Il n'est pas possible de détacher l'institution arbitrale de l'activité juridictionnelle de l'Etat et, en contrepartie, il convient d'exiger que les juges qui interviennent dans des affaires d'arbitrage veillent à une application précise des techniques arbitrales et respectent scrupuleusement les règles étatiques de façon à ce que l'arbitrage se déroule normalement. La pratique révèle toutefois, surtout dans certains systèmes, un antagonisme marqué entre les juges et l'arbitrage.

2. La collaboration étatique est nécessaire au succès de la procédure d'arbitrage et il ne doit pas exister d'opposition entre les sphères arbitrale et juridictionnelle, excepté lorsqu'une mauvaise utilisation est faite des garanties offertes par les tribunaux, lorsque l'on tente de dénaturer une clause attributive de compétence à un arbitre

3. Voir l'évolution législative et jurisprudentielle de l'arbitrage dans les pays occidentaux développés et une analyse de l'émergence d'un droit arbitral « anational » dans T. E. Carbonneau, « Étude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences », *Rev. int. dr. comp.*, 1984, pp. 727-780. Sur l'ensemble de cette question voir H. Smit, « A-National Arbitration », *Tulane Law Rev.*, vol. 63, I, 1988-1989, pp. 629-645.

4. A. Panchaud, « Le siège de l'arbitrage international de droit privé », *Rev. arb.*, 1966, pp. 3.

5. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 46-47.



ou lorsque l'usage qui est fait de l'arbitrage ne correspond pas aux principes essentiels de cette institution. Il ne faut guère s'étonner de ce que, dernièrement, les législateurs nationaux aient eu tendance à limiter l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage, ce qu'illustre bien la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Conformément à cette tendance, l'intervention du juge apparaît toujours comme exceptionnelle ou résiduelle et tend à favoriser l'arbitrage lui-même<sup>6</sup>.

Trois interventions du juge sont envisageables dans un arbitrage en cours ou achevé. En premier lieu, le juge national peut être appelé à intervenir au soutien de l'arbitrage, complétant la compétence des arbitres pour des questions qui excèdent leurs attributions. En second lieu, le juge national est naturellement compétent pour contrôler la sentence rendue qui lie désormais les parties. Enfin, le juge national peut à tout moment être appelé à se prononcer sur sa propre compétence, toutes les fois qu'une partie, en violation de la convention d'arbitrage, exerce un recours judiciaire. Dans tous les cas le juge national contrôlera la régularité de l'arbitrage, mais de façon fort différente : de toute évidence, il existe des différences notables entre l'adoption d'une mesure provisoire associée à un arbitrage et une déclaration d'incompétence ou le règlement d'un recours en annulation.

De ce point de vue, il convient de rappeler que l'arbitrage considéré en lui-même, en tant qu'institution juridique, a pour seul objet un règlement plus satisfaisant des litiges qui surgissent entre les opérateurs du commerce international. En ce sens, les relations entre arbitrage et juridictions étatiques obéissent à deux principes directeurs. D'un côté, l'efficacité de l'arbitrage en tant que mode définitif et contraignant de règlement des litiges et, de l'autre, la sécurité juridique des parties et le respect de leurs droits fondamentaux à chaque étape de la procédure, concrétisés par la régularité formelle et matérielle de l'arbitrage. De l'interaction entre ces deux principes naît une réalité fondamentale qui prendra corps tout au long de ce cours : on ne peut affirmer que l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage est nécessairement négative ; pour autant, cette intervention doit être limitée. Tel n'est pas le cas de l'action du juge d'appui en général, tout particulièrement lorsqu'il prend des mesures provi-

---

6. J. D. M. Lew, «The Unification of the Law of International Commercial Arbitration», *Business Law Review*, n<sup>os</sup> 145-146, 1984, p. 147.

soires. Toutes les fois où le juge dit d'appui intervient, c'est qu'il a été sollicité par une des parties ou par l'arbitre lui-même, et son action tend essentiellement à favoriser l'efficacité de l'arbitrage. Lorsque l'intervention du juge prend la forme d'un contrôle judiciaire, l'idée directrice est la défense des droits des parties et le respect fondamental de l'ordre public du ou des Etats concernés<sup>7</sup>. Pour cette raison, l'intervention du juge d'appui comme du juge de contrôle doit être envisagée de manière fonctionnelle, non seulement par les juridictions étatiques elles-mêmes mais aussi par les arbitres. Il y a là un préliminaire essentiel à toute tentative de jeter les bases d'une véritable collaboration entre institutions.

3. Dans le développement normal de l'arbitrage international, l'importance des questions liées à sa dépendance vis-à-vis d'un système étatique — qu'il s'agisse des questions relatives au siège du tribunal arbitral, à sa nationalité ou à son assujettissement aux lois d'un pays déterminé — tend à décroître à mesure que l'arbitrage institutionnel ou administré se développe. Le soutien apporté au tribunal arbitral par les institutions administratrices de l'arbitrage, notamment lors de la désignation des arbitres, et l'existence de règles de procédure toujours plus complètes brident considérablement la tendance interventionniste des juges internes. En effet, l'un des principaux traits de l'arbitrage institutionnel, par opposition à l'arbitrage *ad hoc*<sup>8</sup>, réside dans l'assistance que l'organisation arbitrale offre aux parties et au tribunal arbitral. L'existence d'un règlement d'arbitrage mis à la disposition des parties à la procédure, la possibilité de bénéficier d'un ensemble de services instrumentaires et, par-dessus tout, l'intervention décisive dans la désignation des arbitres: tout cela réduit le recours traditionnel aux tribunaux. Parallèlement s'accroît le rôle des institutions arbitrales auxquelles les parties font plus souvent appel, en particulier s'agissant d'arbitrage international. En

---

7. Si la régularité de la procédure occupe une place essentielle dans le contrôle exercé sur l'arbitrage, tant en ce qui concerne les questions accessoires qu'en ce qui concerne le respect des droits de la défense des parties, il faut bien admettre que le contrôle du fond du litige, lorsque celui-ci affecte des solutions essentielles d'ordre économique, est une réalité. Dans ce cas, le juge ne veille pas seulement à préserver les droits des parties à l'arbitrage, mais aussi les droits collectifs, comme nous le verrons plus loin (cf. CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Krombach c. Bamberski*, *La Ley*, 2000, 5165).

8. Voir P. Lalive, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage *ad hoc* », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pp. 301 ss.; J. Díez Clavero, « El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional », *Noticias de la Unión Europea*, n° 160, 1998, pp. 65-70.

conséquence, l'assistance offerte par l'institution arbitrale s'impose en tant que concurrente et se substitue progressivement à celle que réalise le juge dans l'arbitrage *ad hoc*<sup>9</sup>.

En effet, l'arbitrage *ad hoc* doit être intégralement conçu par les parties, de la désignation du ou des arbitres jusqu'à l'énonciation des règles de procédure applicables. Compte tenu de ce que la procédure arbitrale obéit aux dispositions de la convention d'arbitrage, pacte de soumission à l'arbitrage, il importe dans cette forme d'arbitrage que ce pacte ait été soigneusement élaboré. On évitera ainsi que, une fois le litige né, les parties soient incapables de s'accorder sur le minimum nécessaire à l'ouverture, à la poursuite et à l'achèvement de la procédure. A cet égard, l'arbitrage institutionnel est plus sûr que l'arbitrage *ad hoc* puisque l'organe administrateur se charge de suppléer à d'éventuelles lacunes, tout en respectant bien sûr l'intention réelle des parties. Cependant, le développement de l'arbitrage institutionnel (à l'exception de certaines expériences très concrètes) n'est pas parvenu à modifier, tant s'en faut, l'intervention du juge étatique. Il est certain qu'à mesure que ces institutions se renforcent et gagnent en prestige le juge se garde bien d'interférer directement dans leurs activités, surtout pour ce qui touche aux fonctions d'organisation de l'arbitrage. Mais il est également évident que les organisations d'arbitrage ne peuvent agir en toute impunité et que les parties qui s'y sont soumises doivent pouvoir compter sur une série de garanties tant en ce qui concerne le déroulement de la procédure qu'en ce qui concerne la sentence finale. On peut ainsi avancer que l'arbitrage institutionnel réduit les relations d'« assistance judiciaire » et maintient, quoique en les atténuant peut-être, les relations de « contrôle judiciaire ». Cette discrétion se transforme parfois en une absence presque totale d'intervention judiciaire et cette circonstance, qui se vérifie dans les systèmes favorables à l'institution arbitrale, est généralement considérée comme particulièrement attrayante à l'heure de choisir le siège d'une juridiction arbitrale.

Peut-être les manifestations les plus saisissantes de ce phénomène se rencontrent-elles dans les systèmes d'arbitrage suisse ou belge et dans celui du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), en tant que système « anational ». Dans la première hypothèse, le juge d'appui et le juge de

---

9. C. Asfar, *L'intervention du juge étatique dans l'arbitrage interne et international*, thèse, Paris, 1999, p. 130.

contrôle interviennent dans certains cas déterminés et, depuis peu, ils peuvent même exclure la compétence du juge de l'annulation, sous réserve d'un accord des parties sur une telle annulation<sup>10</sup>. Dans le cadre d'un arbitrage CIRDI, qui par ses caractéristiques propres et en vertu de son domaine d'intervention dispose d'un système institutionnel fort, l'annulation de la sentence peut être obtenue par application de la Convention de Washington de 1965, devant le CIRDI lui-même qui se charge de désigner les commissions d'annulation. Tout cela se déroule en dehors de toute intervention judiciaire. Dans cette hypothèse, tant l'intervention du juge d'appui que celle du juge de contrôle s'estompent au profit d'une plus grande indépendance de l'arbitrage.

4. La tendance qui vient d'être esquissée ne s'est pas généralisée et, dans de nombreux systèmes, les nécessaires relations entre juges et arbitres conduisent parfois à la dénaturation de l'institution arbitrale en raison de la défiance que celle-ci inspire aux juridictions étatiques. Un lieu commun subsiste, selon lequel l'arbitrage est une institution totalement dépendante du juge étatique, lequel est totalement réfractaire aux nécessités du commerce international. De nombreux juges ne prennent pas clairement position — ou ne souhaitent pas le faire — quant à la nature des relations qui doivent être les leurs avec l'arbitrage. Et il arrive encore qu'en dépit d'une convention d'arbitrage existante, lorsqu'une partie exerce une action devant une juridiction étatique, cette dernière s'adresse au tribunal arbitral pour lui interdire de façon péremptoire de poursuivre la procédure<sup>11</sup>, sans aucun égard pour la position que les arbitres auraient adoptée à cet égard. Certes, il est aisé aux arbitres d'ignorer une telle injonction lorsque le lieu où se déroule l'arbitrage est distinct de celui où la juridiction étatique a son siège. Mais si ces lieux coïncident, l'interférence peut être décisive et lier directement les arbitres. Selon les

10. Voir M<sup>a</sup>. V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 111-114. Dans le cadre des arbitrages CIRDI, l'acceptation du Règlement du CIRDI vaut techniquement renonciation à tout recours en annulation; cour d'appel de Rennes, 26 octobre 1984, *République populaire révolutionnaire de Guinée et Soguipeche c. Atlantic Triton*, *Rev. arb.*, 1985, pp. 439-448, note G. Flecheux, pp. 449-456.

11. Notamment dans le cadre de l'*Arbitration Act* anglais de 1996 (section 72), qui autorise le juge à prendre des mesures coercitives relativement à l'arbitrage en cours. La généralité des termes utilisés par la section 72 illustre un choix délibéré en faveur d'une compétence de contrôle étendue de la juridiction anglaise sur l'arbitrage.

possibilités offertes par la législation nationale de la juridiction qui intervient ainsi, celle-ci peut aller jusqu'à paralyser en partie la procédure arbitrale, comme ce fut le cas dans l'affaire *Caparo Group Ltd. v. Fagor Arrasate Soc. Coop.*<sup>12</sup> La défenderesse à un arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) avait demandé à un juge anglais qu'il rende une ordonnance restreignant la compétence des arbitres à l'égard de la personnalité juridique de Caparo Group. L'ordonnance fut concédée après un examen sommaire des éléments en présence, parmi lesquels l'efficacité de la convention d'arbitrage. En pratique, une telle décision rendait matériellement impossible de poursuivre la procédure arbitrale à l'encontre de la défenderesse. Il s'agissait là d'une authentique mesure antiprocès, d'une ordonnance de non-procéder. En tout état de cause, lorsque le lieu d'exécution d'une sentence coïncide avec celui où une juridiction agressive a son siège, l'efficacité de cette sentence risque fort d'être amoindrie<sup>13</sup>.

La nécessité de clarifier au plus vite les relations entre arbitrage et juridictions étatiques est bien illustrée par la pratique actuellement suivie en Espagne : trois décisions de la Cour suprême, rendues en matière de reconnaissance et exécution de sentences arbitrales étrangères, ont mis en évidence les conséquences que peut avoir le manque de communication entre les systèmes et une mauvaise compréhension de leurs relations mutuelles<sup>14</sup>. Chaque affaire concernait une sentence arbitrale rendue en dehors de l'Espagne dont la reconnaissance, régie par la Convention de New York, se heurtait à un obstacle insurmontable : l'existence d'une procédure en cours en Espagne entre les mêmes parties. A la lecture de ces arrêts, on aboutit principalement à la conclusion suivante : la juridiction nationale, saisie par une des parties, et qui ne s'est pas déclarée incompétente, prime la sentence arbitrale rendue antérieurement en vertu d'une convention d'arbitrage valable. La gravité d'une telle situation est accentuée par le fait qu'aux yeux de la Cour suprême espagnole

12. *Order* du 7 août 1998, High Court of Justice, Commercial Court, inédit.

13. Y. Derains, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *Journ. dr. int.*, t. 120, 1999, p. 840.

14. Cour suprême espagnole, 1<sup>er</sup> décembre 1998, *RCEA*, 2000, sous presse, 19 janvier 1999, *Smit Tak BV c. Transacciones Siderúrgicas*, *RCEA*, 1999, pp. 317 ss., et 20 juin 2000, *RAJ*, 2000, n° 4656. Curieusement cette doctrine modifie la pratique antérieure ; voir M. Aguilar Benítez de Lugo, « Una actitud crecientemente internacionalista en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras », *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 93-116.

l'opposition du défendeur à la compétence judiciaire ou son défaut de comparution sont indifférents. Seule semble prise en compte la question de savoir si la décision judiciaire à intervenir est inconciliable avec la sentence arbitrale. Il est évident qu'une telle contradiction n'a pas pour conséquence un défaut de reconnaissance des sentences arbitrales en application de la Convention de New York, puisque l'incompétence des juridictions nationales est présumée dès lors que la convention d'arbitrage a correctement fonctionné. Mais l'absence de communication entre les systèmes et le refus de donner effet à la convention d'arbitrage, que ce soit par voie d'exception ou pour défaut de comparution de la partie défenderesse, ont des conséquences néfastes sur ce qui est peut-être le plus important : l'exécution de la sentence. Cela signifie, comme il a déjà été avancé, que les relations entre juridiction et arbitrage doivent être appréhendées de façon globale, avec pour but ultime de faciliter le règlement des litiges. Les progrès réalisés en matière de procédure d'arbitrage sont vains si les juridictions qui se trouvent confrontées aux sentences rendues, ou qui sont susceptibles de l'être, se refusent à leur reconnaître une efficacité quelconque.

5. On ne saurait toutefois considérer que la situation évoquée s'est généralisée, et la pratique de l'arbitrage commercial international met en évidence une coopération croissante entre juges et arbitres<sup>15</sup>, quoique cette collaboration porte sur un nombre restreint de cas. Il est en effet indéniable que l'immense majorité des arbitrages n'entrent jamais en contact avec la juridiction, parce qu'ils se déroulent normalement dans le cadre qui leur est imparti. Mais pour pallier les insuffisances qui peuvent éventuellement surgir dans ce cadre d'intervention, la plupart des lois sur l'arbitrage mettent en place une complémentarité entre l'arbitre et le juge. A ce dernier incombe en effet une série de tâches essentielles, tant actives que passives : collaborer à l'exécution du compromis d'arbitrage, vérifier que l'arbitrage n'empiète pas sur les domaines réservés par le législateur à ses tribunaux ordinaires, assurer l'exécution de la sentence arbitrale et garantir le respect de l'ordre public tout au long de l'arbitrage. Il s'agit d'une évidente «judiciarisation» de l'institution<sup>16</sup>,

15. O. Glossner, «Sociological Aspects of International Commercial Arbitration», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, 1982, p. 148.

16. B. Oppetit, «Philosophie de l'arbitrage commercial international», *Journ. dr. int.*, 1993, p. 818.

qui met en relief l'intervention croissante du juge dans l'activité de l'arbitre dès lors que son assistance est nécessaire.

En droit comparé, on note aujourd'hui une nette division entre deux modèles de relations juge-arbitre. Les systèmes anglo-saxons se distinguent fortement des systèmes continentaux pour ce qui a trait à l'intervention du juge<sup>17</sup>. Ces derniers se caractérisent par la volonté de reconnaître aux arbitres un domaine d'intervention plus étendu et de les habilitier largement à se prononcer tant en fait qu'en droit; il est dès lors impossible de faire appel au juge au cours de la procédure d'arbitrage pour lui soumettre des questions de droit. Au contraire, les systèmes anglo-saxons sont dominés par l'institution du *case stated* en vertu de laquelle la décision du juge s'impose à l'arbitre et qui s'explique par un souci de préserver la sécurité juridique en garantissant l'unité de jurisprudence entre les décisions des arbitres et celles des juges. On a vu dans cette pratique, non sans raison, l'un des obstacles majeurs à une réelle harmonisation de l'arbitrage à une échelle mondiale<sup>18</sup>, et, bien que son domaine d'application tende dernièrement à décroître dans les systèmes dont elle est issue, elle réapparaît dans des systèmes appartenant à des familles différentes sous la forme de *rara avis*.

6. On a coutume de relever une certaine tendance au traitement différencié des relations entre juge et arbitre en fonction du caractère interne ou international de l'arbitrage. En effet, l'intérêt pour l'Etat de soumettre l'arbitrage à des règles obligatoires et au contrôle de ses juges est plus intense s'agissant des litiges de nature strictement nationale, sans que cela aboutisse pour autant à une situation totalement différenciée<sup>19</sup>. La garantie offerte par les règles internes de justice processuelle est une condition nécessaire pour tout système étatique prétendant accueillir des arbitrages commerciaux internationaux; et parmi ces règles figure en général l'obligation pour l'arbitre de remplir sa mission avec diligence, ainsi que certains contrôles destinés à remédier aux erreurs et aux abus d'autorité qui pourraient lui être reprochés. C'est pourquoi le législateur interne incline de plus en plus fréquemment à organiser les relations entre arbitres et

17. Voir notamment l'important volume de la Parker School of Foreign and Comparative Law, *International Commercial Arbitration and the Courts*, New York, 1989.

18. P. Sanders, «L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence)», *Rev. arb.*, 1980, p. 238.

19. C. M. Schmitthoff, «The Jurisdiction on the Arbitrator», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 285-288.



juges sans tenir compte de l'éventuel caractère international de l'arbitrage<sup>20</sup>. En d'autres termes, l'arbitre international n'est pas présumé plus compétent que l'arbitre interne.

Il faut encore relever que si, dans le cas de l'arbitrage « interne », les lois nationales réglementent souvent dans le détail l'assistance fournie par le juge à chaque étape de l'arbitrage, dans le cas de l'arbitrage international les lacunes de la législation sont nombreuses et sont une source d'incertitude importante pour l'interprète. Il convient ici de rappeler que le caractère interne ou international de l'arbitrage ne dépend ni du lieu dans lequel il se déroule, ni de la nationalité des parties, ni du droit applicable au fond ou à la procédure, ni même de la volonté des parties. Il suffit simplement que l'opération économique qui a donné naissance au litige réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières. Telle est la définition, volontairement large et générale, adoptée dans l'article 1 de la loi type de la CNUDCI qui, à un critère fonctionnel de l'internationalité, privilégie la détermination matérielle de ce qu'est un litige du commerce international.

7. Tout autre est la question de savoir quelles conséquences doivent être tirées du jugement d'internationalité. L'adoption du critère matériel interdit logiquement de retenir le critère territorial ou du siège pour déterminer l'internationalité et, en conséquence, l'application d'un régime juridique spécifique. La Convention de New York illustre bien ce propos puisque, tout en se déclarant applicable à la reconnaissance de sentences arbitrales rendues hors du territoire de l'Etat dans lequel est demandée cette reconnaissance (art. 1), elle s'applique également à titre d'exception

«aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées».

La Convention consacre ainsi l'existence d'un arbitrage par essence international en raison de la matière, indépendamment du lieu où le tribunal arbitral a son siège et, en particulier, dans toutes ces hypothèses où l'arbitrage se déroule sur le territoire d'un Etat mais ne peut être considéré comme purement national ou interne en fonction des éléments en présence.

---

<sup>20</sup> P. Lalive, « Le juge et l'arbitrage : Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1980, p. 358.



Les législations nationales énumèrent elles aussi, de façon plus ou moins étendue, les facteurs dont dépend l'internationalité de la situation, dans le but d'élaborer un système spécifique. De fait, la loi type de la CNUDCI elle-même se déclare applicable aux arbitrages internationaux qui se déroulent sur le territoire d'un Etat qui aurait adopté la loi; en d'autres termes, la loi type s'analyse comme une norme spécifique aux arbitrages internationaux par opposition aux arbitrages internes. Pour sa part, la Convention de Genève de 1961 énonce que ses dispositions sont applicables aux litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international entre des sociétés ayant leur siège dans des Etats contractants différents (art. 1). Le droit comparé témoigne d'une évolution similaire et révèle qu'une distinction est opérée entre les arbitrages rattachés à un seul Etat et ceux qui à un ou plusieurs égards présentent des rattachements avec plusieurs ordres juridiques. Dans cette perspective, il existe toutefois des différences notables. Certains systèmes exigent que l'arbitrage ne présente aucun lien avec l'Etat considéré<sup>21</sup>, d'autres se contentent d'exiger que l'une des parties à l'arbitrage n'ait pas sa résidence, son domicile, son siège social ou le centre de ses intérêts sur le territoire de cet Etat<sup>22</sup>, d'autres enfin combinent les critères, parmi lesquels le lieu d'exécution de la sentence à intervenir<sup>23</sup>. On trouve dans l'article 1492 du nouveau Code de procédure civile français une définition purement économique de l'internationalité, qui délaisse tout critère subsidiaire et dans laquelle l'élément d'extranéité se situe toujours dans le rapport litigieux et jamais dans l'arbitrage lui-même<sup>24</sup>. Il faut enfin évoquer la solution en vigueur en Espagne, où fait totalement défaut un critère d'internationalité, au profit du seul critère de l'extranéité<sup>25</sup>. Dans ce cas, l'assimilation de l'arbitrage à la juridiction — qui sera évoquée ultérieurement — fait obstacle à l'appréciation d'une éventuelle internationalité des arbitrages qui se déroulent en Espagne, indépendamment de la nationa-

21. Royaume-Uni, articles 3 et 4 de l'*Arbitration Act* de 1979.

22. Loi belge du 27 mars 1985, loi fédérale suisse de 1987, chap. 12.

23. Italie, loi du 5 janvier 1994 portant réforme du Code de procédure civile, selon laquelle il est suffisant, pour que l'arbitrage soit international, que l'une des parties réside hors de l'Italie ou qu'une part essentielle de la sentence doive être exécutée à l'étranger (art. 832).

24. Cf. sur ce point l'étude exhaustive de Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, pp. 63 ss.

25. J. C. Fernández Rozas, «Art. 56», *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991, pp. 798-802.

lité, de la résidence ou du siège social des parties et de l'objet du litige<sup>26</sup>.

La prise en considération de l'internationalité de l'arbitrage ne constitue pas un exercice purement rhétorique. Elle a pour conséquence immédiate, dans les législations considérées, la création de normes spécifiques à cet arbitrage qui présente des liens avec plusieurs Etats et dont les parties sont des opérateurs du commerce international. Est ainsi élaboré un cadre législatif très souple, dans lequel les parties pourront opter pour la forme institutionnelle ou *ad hoc* de l'arbitrage, choisir les règles et le droit applicables. En définitive, on donne à leur activité un cadre qui permet de concilier l'impératif de protection des parties avec les exigences du commerce international. Les limites qui leur sont assignées dépendent de la conception que chaque Etat se fait des relations à entretenir avec l'arbitrage. Ce que l'on peut affirmer, c'est que, sous réserve de certaines nuances, l'internationalité de la situation s'accompagne indéniablement d'une levée des obstacles au développement de l'arbitrage, de sorte que le droit national ne puisse s'opposer à son efficacité<sup>27</sup>. Pour sa part, l'inexistence de ce critère ou sa mauvaise compréhension s'accompagne en général de l'application de critères qui ne s'accordent ni avec la nature de l'institution, ni avec son appartenance au monde du commerce international<sup>28</sup>. Si les décisions qui établissent une séparation absolue entre l'arbitrage et tout

26. Dans le cas de l'Espagne, seuls les arbitrages régis par la Convention de Genève de 1961 peuvent être considérés comme internationaux, et cela même s'ils se déroulent sur le territoire national. Dans tous les autres cas, la seule différence possible tient à la nationalité face à l'extranéité. Cette situation a été récemment entérinée par la réforme de la loi de procédure civile (*Ley de enjuiciamiento civil*, ci-après : LEC) réalisée en 2000, en vertu de laquelle les règles applicables à l'arbitrage dans ses rapports avec la juridiction ne diffèrent pas selon qu'il est interne ou international mais selon qu'il est ou non considéré comme étranger (voir art. 722).

27. Bien que, techniquement, on puisse mettre en question la séparation de l'arbitrage vis-à-vis du droit étatique, la jurisprudence française en a affirmé le principe à plusieurs reprises. Deux décisions sont particulièrement frappantes : cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> ch. suppl.), 26 mars 1991, et Cour de cassation, 20 décembre 1993, *Comité populaire de la municipalité de Khoms c. Dalico Constructions*, *Rev. arb.*, 1994, 1, pp. 116 ss., note H. Gaudemet-Tallon ; *Journ. dr. int.*, 1994, pp. 494 ss., note E. Gaillard, et *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, p. 663, note P. Mayer.

28. La décision de la Cour suprême espagnole du 28 mars 1994 illustre l'application extensive de la législation interne à un arbitrage intervenant dans un environnement international. La Cour suprême prive en effet d'efficacité une sentence arbitrale qui n'a pas été établie en la forme notariée exigée pour l'arbitrage interne (*RCEA*, t. X, 1994, pp. 199 ss., note F. Mantilla Serrano, pp. 179-186).

ordre national sont contestables, il est certain que celles qui imposent le respect des règles internes quels que soient le litige et son mode de règlement sont clairement inadaptées<sup>29</sup>.

8. Une question voisine de la précédente et qui présente avec elle des liens étroits concerne la configuration juridique de l'arbitrage. L'appréciation des pouvoirs des arbitres est liée à la position que l'on adopte quant à la nature juridique — controversée — de cette institution<sup>30</sup>. Selon un point de vue juridictionnaliste, on admet que l'arbitre a pour mission de juger, ce dont il résulte que sa décision, la sentence arbitrale, est assimilée à un jugement et peut en conséquence faire l'objet de recours devant la juridiction ordinaire<sup>31</sup>, dont émane son autorité. Pour les tenants de cette théorie, l'arbitrage est juridictionnel non pas en raison de la fonction exercée par les arbitres — qui n'est pas juridictionnelle au sens technico-politique —, mais en raison de l'efficacité particulière que le droit confère aux effets de l'arbitrage. Ces effets, issus du droit contractuel ou privé, deviennent processuels dès lors que la loi leur accorde la même force qu'aux décisions judiciaires, quoiqu'ils demeurent distincts de ces dernières<sup>32</sup>. Nul ne peut ignorer que la théorie de la nature juridictionnelle de l'arbitrage a longtemps prédominé; on l'a souvent justifiée en faisant référence au Protocole et à la Convention de Genève de 1923 et de 1927 et surtout en tirant argument de l'impossibilité d'accueillir des sentences arbitrales qui ne soient pas issues d'une instance étatique, en d'autres termes, supranationales. Ainsi en France, pays fervent défenseur de l'arbitrage, retentit encore l'écho de l'affaire *Del Drago*, née de la succession de la reine Marie-Christine de Bourbon d'Espagne<sup>33</sup>, qui avait suscité de vives réactions en

29. On peut ici rappeler les décisions de la Cour suprême espagnole mentionnées ci-dessus; dans celle en date du 1<sup>er</sup> décembre 1998, la Cour suprême se borne à appliquer à la sentence étrangère des critères propres à la reconnaissance des jugements étrangers.

30. Ch. Carabibier, «L'évolution de l'arbitrage commercial international», *Recueil des cours*, tome 99 (1960), pp. 141-153; H. Motulsky «La nature de l'arbitrage», *Ecrits*, t. II, *Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, 1974, pp. 5 ss.; B. Oppetit, «Sur le concept d'arbitrage», *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 229-239.

31. E. Loquin, «Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international», *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, pp. 294-295.

32. Dans la doctrine espagnole voir L. Martínez de Castro, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, 1984, p. 25.

33. Cour de Paris, 10 décembre 1901, *Journ. dr. int.*, 1902, p. 314. Voir J. C. Fernández Rozas, «Art. 56», *loc. cit.*, pp. 798-799.

doctrine<sup>34</sup>. Sans aucun doute, la théorie contractualiste jouit elle aussi d'une certaine ancienneté. Elle fut consacrée par la résolution d'Amsterdam de l'Institut de droit international adoptée en 1957, sur la base du rapport présenté par G. Sauser-Hall. Sous cette réserve toutefois que l'autonomie de la volonté des parties ne peut s'exprimer que «dans les limites permises par les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral»<sup>35</sup>.

Sans ignorer que les positions des différents Etats considérés quant à la nature de l'arbitrage tendent à s'apaiser<sup>36</sup> et qu'existe une nette évolution vers la convergence, la position adoptée tout au long du présent cours sera éminemment contractualiste, position qui semble plus conforme à la réalité actuelle du commerce international et qui s'affranchit de la prétendue supranationalité de l'arbitrage, laquelle ne tient pas compte de sa nationalité ou de son siège. L'idée directrice ne peut être autre que celle d'un équilibre entre l'une et l'autre possibilité. Tout arbitrage passe par diverses étapes au cours desquelles il entre en contact avec différents secteurs du droit. Initialement, il est essentiellement un contrat, dont l'efficacité se traduit par la création d'une compétence spéciale conférée aux arbitres. En toute logique, la seule façon d'éviter que cette compétence n'entre en conflit avec celle des tribunaux étatiques est d'éviter que ces derniers ne soient amenés à en connaître. Au final, la décision à intervenir est revêtue de l'autorité de la chose jugée et, en tant que telle, doit pouvoir être soumise à un contrôle. Ce contrôle par voie de recours répond, comme il a déjà été affirmé, à l'intérêt des parties elles-mêmes et, en ce sens, est essentiellement garant de leurs droits et d'une correcte utilisation de la voie arbitrale. Rien de tout cela n'implique que les arbitres aient une quelconque relation avec la juridiction des Etats. La méthode consiste en une autocomposition et sa réglementation vise la sécurité juridique et le respect des droits des parties.

9. Le droit comparé révèle un large consensus autour de ces questions, la supranationalité n'étant plus aujourd'hui soutenue que dans le cas de centres d'arbitrages particuliers, tel le CIRDI, qui résolvent

34. Voir J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*, Paris, 1965, pp. 10-11.

35. *Annuaire de l'IDI*, 1952-I, p. 571.

36. Voir A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. I, Paris, 1987, pp. 135 ss. Par exemple, le caractère juridictionnel de l'arbitrage est reconnu par la jurisprudence belge : G. Horsmans, «Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1990, p. 799.

des litiges dont la particularité tient à la qualité des intervenants et où le droit international public tient une place très importante<sup>37</sup>.

A cette exception près, il faut comprendre que dans les arbitrages qui se tiennent à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle l'arbitre joue un rôle radicalement différent de celui du juge et n'est nullement investi, pas même par voie de délégation, de compétences juridictionnelles<sup>38</sup>. En d'autres termes, l'arbitre ne bénéficie pas d'une délégation de compétence de la part de l'autorité publique. Au contraire, sa mission est circonscrite par la volonté des parties à une question précise, il est privé de l'*imperium* et sa fonction est, essentiellement, discontinuée dans le temps<sup>39</sup>. Tandis que la compétence des tribunaux de justice est une émanation du monopole exercé par l'Etat sur la fonction de juger et de faire exécuter ce qui a été jugé, les arbitres tiennent leur pouvoir de résoudre les litiges directement des parties par l'intermédiaire de la convention d'arbitrage, dans ce que l'on nomme la « justice arbitrale »<sup>40</sup>. Pour cette raison, l'arbitrage n'est qu'une manifestation de l'autonomie de la volonté des parties et c'est cette volonté qui est à l'origine de la compétence reconnue à l'arbitre, de l'effet obligatoire de la décision qu'il prendra et de l'incompétence des tribunaux étatiques pour connaître du litige<sup>41</sup>. En ce sens, l'arbitre est dépourvu d'une authentique plénitude juridictionnelle : l'arbitrage n'exclut pas la compétence des tribunaux d'un Etat au profit de ceux d'un autre Etat, mais interdit à « toutes » les juridictions étatiques de connaître du litige. Il ne s'agit pas d'un transfert de compétence, mais de la création d'une compétence spéciale au profit d'un arbitre ou d'un collège arbitral<sup>42</sup>.

Il importe de bien comprendre cette relation pour bien distribuer les rôles entre les deux institutions<sup>43</sup>. A défaut, les arbitres sont considérés comme une sorte de juridiction spéciale, strictement liée à un territoire et au droit en vigueur sur celui-ci, notamment en ce

37. Voir J. A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, 1998.

38. B. Oppetit, « Justice étatique et justice arbitrale », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pp. 414-426 ; *id.*, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998, pp. 22 ss.

39. Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987, pp. 108-110.

40. P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Recueil des cours*, tome 217 (1989), p. 327.

41. Voir J. D. M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, pp. 57-59.

42. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 53.

43. S. Jarvin, « The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers », *Arb. Int.*, vol. 2, n° 1, 1986, pp. 153-154.

qui concerne les règles de procédure applicables à l'arbitrage. On en arrive à ne plus pouvoir prendre dûment en compte l'internationalité de l'arbitrage entendue comme un préliminaire à l'application de règles et de principes fondamentaux spécifiques. Et ce vice affecte alors chacune des étapes de l'arbitrage dans ses rapports avec la juridiction étatique.

## 2. Relations d'assistance et relations de contrôle

10. Un autre lieu commun consiste à considérer que le juge n'est appelé à intervenir dans l'arbitrage que lorsque, au cours de la procédure d'arbitrage, se produit une situation pathologique; en d'autres termes, le juge n'intervient que dans le cadre de ce que l'on nomme le «contentieux arbitral»<sup>44</sup>: c'est l'intervention de contrôle<sup>45</sup>. Mais il existe une dimension complémentaire et non moins importante, qui découle de l'absence d'*imperium* qui affecte l'arbitre: il s'agit des relations d'assistance judiciaire, qui conduisent précisément au développement notable du particularisme de cette forme spécifique de règlement des litiges. Les législations contemporaines confèrent au juge une série de pouvoirs qui découlent, précisément, d'une utilisation appropriée de la clause compromissoire et qui se concrétisent par une intervention dite *in favor arbitrii*, nettement distincte de l'intervention traditionnelle qui impliquait une véritable interférence avec l'arbitrage. Le juge devient de la sorte un véritable promoteur de la procédure arbitrale. La justification même de cette intervention implique que les décisions prises par le juge ne soient pas susceptibles d'un recours qui s'accompagnerait de retards incompatibles avec l'esprit qui l'anime. On ne pourrait éventuellement s'opposer à la solution adoptée par le juge à ce stade que dans le cadre d'un recours en annulation formé après le prononcé de la sentence arbitrale et fondé sur des motifs tels que la méconnaissance des principes fondamentaux de la procédure ou un excès de pouvoir.

Cette seconde dimension, qui implique une intervention positive, laisse clairement entrevoir un rapprochement entre l'arbitrage et la juridiction étatique puisque la réalisation du premier, qui est une manifestation de justice privée, suppose en de nombreuses hypo-

44. Ph. Fouchard, «Le juge et l'arbitrage: Rapport général», *Rev. arb.*, 1980, p. 416.

45. *Id.*, «L'arbitrage judiciaire», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 169.

thèses l'appui du juge étatique, que ce soit pour mettre en marche les procédures arbitrales dites irrégulières, pour désigner les arbitres, pour apporter son aide en matière probatoire ou enfin pour accorder des mesures provisoires... On peut sans offense qualifier cette dimension de l'office du juge d'auxiliaire de la justice arbitrale<sup>46</sup>. Pour cette raison, les juges nationaux ne doivent pas mettre en cause les facultés reconnues aux arbitres ni interférer avec elles. Bien au contraire, ils se doivent d'apporter leur soutien aux arbitres quand l'exige le bon déroulement de la procédure d'arbitrage. Les législations contemporaines énoncent clairement cette tâche et la loi fait obligation aux juges de s'en acquitter avec diligence, dans la mesure où il s'agit d'un aspect fondamental de leur mission en faveur de la réalisation de la justice. Cette assistance peut toutefois présenter un inconvénient que le législateur doit chercher à éluder dans la mesure du possible : elle risque en effet de retarder de façon excessive la solution du litige, ce qui dénaturerait cette institution fondée sur la rapidité.

11. La plupart des systèmes juridiques ont coutume de donner au juge la possibilité d'intervenir à toutes les étapes de la constitution et du fonctionnement du tribunal arbitral<sup>47</sup>. Dans de nombreux pays respectueux de l'arbitrage, l'organe public confère une réelle efficacité aux décisions de l'arbitre en accordant à celui-ci des pouvoirs illimités en matière de règlement des litiges, c'est-à-dire en l'autorisant à se prononcer sur tous les éléments qui concourent à la solution du litige et sur toutes les questions qui lui seraient soumises par les parties. Mais il n'a aucun pouvoir en matière d'exécution. Ainsi, pour recourir à des mesures de contrainte, il doit faire appel au juge ordinaire. De sorte que si les juges ordinaires sont obligés d'apporter l'aide de leur juridiction aux arbitres, les arbitres et les parties au litige doivent en user avec modération et de bonne foi. Parmi les pouvoirs juridictionnels qui font défaut à l'arbitre, il convient d'évoquer la condamnation à des peines d'amendes ; les mesures de

46. J.-L. Delvolvé, «L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1980, p. 616.

47. Articles 1684, alinéa 1, 1685 et 1687, alinéa 1, du Code judiciaire belge ; articles 1026 à 1035 du Code de procédure civile néerlandais ; articles 1029, alinéa 2, 1031 et 1045 du Code de procédure allemand ; articles 179, alinéa 2, 180, alinéa 3, et 185 de la loi suisse sur le droit international privé ; articles 809, alinéa 3, et 815, alinéa 2, du Code de procédure italien ; articles 27 et 38 à 44 de la loi d'arbitrage espagnole, etc. Dans les pays de *common law* le juge joue également un rôle considérable en la matière.



contrainte; les mesures disciplinaires; les injonctions judiciaires en vue de la production de certains documents; la désignation d'experts appelés à examiner des documents ou des preuves; les ordonnances visant à l'inscription, à la modification, à l'annulation ou à la radiation sur un registre d'un droit ou d'une décision arbitrale provisoire ou définitive; la publication par voie de presse; la saisie et les autres mesures conservatoires; les perquisitions; l'usage de la force publique pour effectuer tout acte ou diligence et, en général, toute autre prérogative du juge. Pour toutes ces mesures, l'arbitre devra donc solliciter le juge chaque fois que cela lui sera nécessaire, que ce soit pour faire exécuter la sentence elle-même ou tout autre acte pris au cours de la procédure. Aucune disposition ne permet au juge de s'opposer à une telle demande, il est au contraire tenu d'y accéder.

Ces interconnexions entre les activités judiciaires et arbitrales sont aujourd'hui une réalité et sont absolument indispensables à un bon déroulement de l'arbitrage. On a même soutenu le paradoxe selon lequel l'arbitrage, qui par essence repose sur un affranchissement à l'égard de la justice étatique, a néanmoins besoin de celle-ci pour s'épanouir. Et, à cet égard, rien ne vaut une spécialisation de la justice étatique dans ses rapports avec l'arbitrage. C'est pourquoi, dans les Etats où l'arbitrage se déroule normalement, il existe en marge des fonctions ordinaires d'assistance des juges aux arbitres une tendance à l'aménagement dans les tribunaux de chambres spécialement prévues pour connaître des recours en annulation contre les sentences. Est ainsi assurée une uniformisation de la jurisprudence, indispensable à la sécurité qu'exige le commerce international. A cet égard, la jurisprudence française illustre parfaitement l'efficacité que l'on peut attendre d'une telle approche<sup>48</sup>.

De fait, un des éléments le plus souvent pris en considération pour choisir le lieu de l'arbitrage est précisément la jurisprudence et la pratique, en matière d'arbitrage commercial international, des tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel aura lieu l'arbitrage. Il est évident que le sort réservé au recours en annulation de la sentence

---

48. Bien qu'il ne s'agisse que d'un exemple parmi tant d'autres, la cour d'appel de Paris se réfère fréquemment à sa propre jurisprudence en matière d'arbitrage sur les questions les plus controversées. Voir, en matière d'arbitrabilité d'un litige international, 23 mars 1993, *Société Labinal c. Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Jour. dr. int.*, 1993, n° 4, pp. 957-979, note L. Idot, pp. 979-989, décision dans laquelle la cour de Paris énonce que la compétence des arbitres pour apprécier leur propre compétence est un principe général de l'institution qui doit recevoir application en toute hypothèse.



dépend largement de la bonne compréhension que l'on a de la portée et des limites de l'institution arbitrale, ainsi que des possibilités de contrôle. La vision globale de l'institution est à cet égard essentielle ; pour cette raison, la Cour espagnole d'arbitrage a présenté en 2000 une proposition parlementaire visant à la création de chambres spécialisées dans l'examen des recours exercés en matière d'arbitrage, cela afin d'en garantir un traitement uniforme et homogène devant les Audiencias Provinciales espagnoles. A ce jour, la proposition est en cours d'examen par le Parlement.

### 3. Ubi partes sunt concordées nihil abjudicem

12. Le postulat général selon lequel l'accord d'arbitrage est exclusif de la juridiction ordinaire<sup>49</sup> reprend en un certain sens le principe *ubi partes sunt concordées nihil abjudicem* (« lorsque les parties s'accordent, le juge n'est pas nécessaire »). Une partie de la doctrine défend un glissement de la juridiction en affirmant que l'arbitrage s'assimile effectivement à une instance juridictionnelle, bien que les arbitres soient des personnes privées et non pas des fonctionnaires de l'Etat. C'est précisément cette dimension juridictionnelle de l'arbitrage qui permet de le distinguer d'autres institutions voisines telles que l'expertise, la médiation, la conciliation ou le mandat. Selon cette théorie, les arbitres sont temporairement investis d'un pouvoir juridictionnel, depuis l'instant où ils acceptent leur mission jusqu'à la fin de l'arbitrage. L'arbitrage étant librement convenu par les parties, le compromis ou la clause compromissoire opère dans chaque cas concret un transfert ou un déplacement du pouvoir juridictionnel et de la compétence du juge vers l'arbitre. L'arbitre détient un pouvoir décisionnel relativement au litige qui lui est soumis comme s'il était un juge, quoiqu'on ne puisse l'assimiler à celui-ci.

Il existe toutefois une différence de taille entre la convention d'arbitrage et la clause de prorogation de compétence : la dérogation ou la prorogation conventionnelle transfère une compétence d'un for à un autre, mais ne la crée pas, à la différence de ce qui se produit avec la convention d'arbitrage<sup>50</sup>. Sans vouloir créer des catégories

49. Article 5 de la loi d'arbitrage du Venezuela.

50. Voir P. A. Lalive, « Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international », *Recueil des cours*, tome 120 (1967), p. 586.

totallement imperméables, force est de reconnaître qu'il existe entre les deux figures des différences substantielles.

13. On ne peut concevoir que s'élève entre juges et arbitres un conflit de juridiction ou de compétence : à la base de toute l'institution arbitrale se situe la liberté de disposition des parties pour tous les litiges privés susceptibles de les opposer, liberté qui a pour conséquence l'activité des arbitres. Ce qui ne veut pas dire que les parties renoncent à la protection que leur offrent les tribunaux ; bien au contraire, toute la procédure arbitrale s'appuie fortement sur l'activité juridictionnelle de l'Etat, de façon occasionnelle (désignation des arbitres ou recours en annulation) ou systématique (reconnaissance et exécution de la sentence)<sup>51</sup>.

L'idée qu'il ne peut y avoir de conflits de compétence entre juges et arbitres est constamment exprimée dans les décisions arbitrales, en particulier dans deux hypothèses. Tout d'abord, lorsqu'un Etat ou une entité étatique intervient dans l'arbitrage, on s'attache à souligner que les arbitres ne sont pas des juges et qu'ils ne se situent pas, dans le cas de l'arbitrage international, dans un ordre juridique concret : à défaut, l'exception d'immunité de juridiction serait sans aucun doute soulevée<sup>52</sup>. En second lieu, quand une exception de connexité ou de litispendance est soulevée devant les arbitres, ceux-ci écartent toute possibilité de conflit car leurs propres compétences ne dépendent que d'un seul facteur : l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, laquelle a précisément pour objet d'écarter la compétence des tribunaux étatiques<sup>53</sup>. En ce sens, il

51. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 49.

52. Eventualité écartée, non sans réticence, dans les premières décisions CCI à ce sujet. Voir sentence n° 3493/1983, du 16 février, *SPP Middle East Ltd., Hong Kong Southern Pacific Properties Ltd. c. République arabe d'Égypte-EGÓTH*, *YCA*, vol. IX, 1984, pp. 111 ss.

53. Selon la sentence CCI rendue en 1988 dans l'affaire n° 5103,

«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 le défendeur, 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» (*Journ. dr. int.*, t. 115, 1988, p. 1207).

Voir Y. Derains, «Les tendances de la jurisprudence arbitrale...», *loc. cit.*, pp. 839-840.

existe un obstacle fondamental à l'apparition d'un cas de litispendance ou de connexité: juges et arbitres ne peuvent connaître dans les mêmes conditions d'une même affaire, comme s'il s'agissait de législations nationales. La compétence de l'un exclut naturellement celle des autres.

Néanmoins, les juges doivent connaître la conception que se font les législations concernées de la nature de la convention d'arbitrage lorsqu'ils examinent sa validité comme un présupposé de leur propre compétence. Il est donc important que les droits nationaux évitent d'établir des connexions inutiles qui risqueraient de porter atteinte à l'efficacité de la convention d'arbitrage. C'est pourquoi l'aspect juridictionnel de l'arbitrage revêt une importance considérable dans sa conceptualisation. De fait, la possibilité pour les arbitres de trancher un litige sur lequel les parties ne parviennent pas à s'entendre par le biais d'une décision contraignante est la différence essentielle entre l'arbitrage et d'autres institutions qui, telles la médiation ou la transaction, pourraient lui être assimilées. En ce sens, le juge acquiert en vertu de la convention d'arbitrage les pouvoirs d'un véritable juge, dès lors qu'il tranche un litige de manière définitive; mais ce n'est pas le seul aspect de la convention intervenue entre les parties ni, bien sûr, celui qui explique le mieux son efficacité réelle. La disponibilité des matières sur lesquelles elle porte et la volonté des parties de soumettre leur litige à la décision de personnes privées sont des idées fondamentales: c'est en elles que l'arbitrage trouve son origine.

14. Tandis que la compétence du juge lui vient directement de la loi, l'arbitre ne bénéficie pas d'une délégation de compétence de l'autorité publique, au-delà de la reconnaissance générale par les législations nationales de l'existence de l'institution arbitrale. Au surplus, l'arbitre voit sa compétence limitée par la volonté des parties à une question donnée et par la loi à un certain type de litiges, il est privé de *l'imperium* et son rôle est essentiellement discontinu dans le temps. Lui fait défaut la permanence qui caractérise les membres du pouvoir judiciaire: l'arbitre est désigné pour un litige déterminé.

A cet égard, les institutions arbitrales font preuve d'une prudence particulière dans la désignation des arbitres afin de ne pas dériver vers une « professionnalisation » de ces derniers.

En outre, l'arbitre ne dispose pas d'un ordre juridique étatique pour administrer la justice: il n'est pas l'organe d'application d'un

système de droit international privé<sup>54</sup>. C'est la prédominance de cette thèse qui justifie le contrôle exercé par les tribunaux de l'Etat où a lieu l'arbitrage et l'application de la loi de cet Etat à la convention d'arbitrage international. Si la convention d'arbitrage place les arbitres dans la structure juridictionnelle d'un Etat, la loi de celui-ci régira la plus grande partie de l'arbitrage et, bien sûr, la convention d'arbitrage, de sorte que les arbitres appliqueront la *lex fori* comme le font les juges de cet Etat.

Pour ces raisons, cette assimilation est excessivement dogmatique et partielle. Mais si, de plus, la convention d'arbitrage donne lieu à un arbitrage privé international, elle devient irréaliste : la convention implique, comme il a été dit, l'incompétence des juges et tribunaux non seulement de l'Etat considéré mais de tous les autres Etats, si bien qu'il n'y a pas lieu d'évaluer la fonction de l'arbitre selon la loi de cet Etat mais plutôt selon celle de tout autre Etat qui présenterait avec le litige des liens plus étroits. En définitive, la sentence intervenue entrera en contact, le cas échéant, avec l'ordre juridique et les juridictions de cet Etat à l'occasion d'un éventuel recours en annulation. Il se peut que l'intervention du juge ne soit sollicitée ni avant, ni pendant, ni après l'arbitrage, de manière que l'on peut difficilement admettre l'idée selon laquelle cette institution s'intègre nécessairement dans tel ou tel ordre juridique, et encore moins dans tel ou tel ordre juridictionnel<sup>55</sup>. Sur le plan international, de nombreux exemples montrent que les tribunaux arbitraux privés ne se considèrent pas comme des juridictions étatiques. Et cela implique, pratiquement, que l'appréciation de la validité et de l'efficacité des conventions d'arbitrage obéisse à des règles de droit international privé — règles matérielles ou règles de conflit — issues du droit des obligations. Si l'on analyse la convention d'arbitrage comme une clause de *derogatio fori*, on applique les règles relatives à la dérogation ou à la prorogation de compétence, en omettant son évident aspect conflictuel, lequel a pour origine la nature obligationnelle et non processuelle de la convention. On peut enfin faire valoir une différence fondamentale entre les différents types de clauses relatives à la compétence : tandis que les clauses de dérogation ou de prorogation de compétence transfèrent la compétence d'un tribunal à

54. B. Ancel, « Tronc commun, logique et expérience dans l'arbitrage international, *Il foro padano*, 1990, deuxième partie, p. 20.

55. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 52.

un autre, la clause d'arbitrage « crée » cette compétence au profit d'un tribunal qui, à défaut, n'existerait pas.

15. Une autre question particulièrement importante en pratique concerne la compétence judiciaire associée au choix d'un arbitrage. S'il est certain, comme l'affirme l'intitulé du présent paragraphe, que le juge n'est pas nécessaire là où les parties s'entendent, l'importance de sa compétence résiduelle est énorme. Le meilleur exemple en est sans doute fourni par les structures de règlement des différends mises en place par les traités bilatéraux de promotion et de protection réciproque des investissements, conclus par deux Etats en vue de créer un cadre juridique sûr pour les investissements privés réalisés à l'étranger. Dans ces traités, la création d'un environnement propice à l'investissement débouche inéluctablement sur l'élaboration d'une méthode de règlement des différends. Si nous verrons plus loin les questions que soulève cette technique comme point de départ d'un arbitrage, notons dès à présent que la solution qui a la faveur des traités est l'arbitrage CIRDI, en application de la Convention de Washington de 1965. Mais ce n'est pas la seule solution, notamment lorsque l'Etat dans lequel est réalisé l'investissement n'est pas partie à cette convention. Il existe alors d'autres possibilités, comme le recours aux mécanismes supplémentaires de la Convention (*Additional Facilities*) qui en autorisent une application partielle et assortie de correctifs. Cette option, ouverte parmi d'autres, permet une intervention judiciaire du juge du lieu de l'arbitrage qui ne serait pas possible dans le cadre de la procédure CIRDI habituelle. C'est exactement ce qui s'est produit dans l'affaire *Metalclad*, dans laquelle, à la requête de la défenderesse à une procédure d'arbitrage, le juge américain ordonna le remplacement de l'un des arbitres, décision récemment confirmée par la Cour suprême<sup>56</sup>. Cette affaire illustre bien la réalité suivante : l'enchevêtrement des règles, conventionnelles et légales, nationales et internationales, sur lesquelles se fonde un arbitrage, peut influencer directement sur son déroulement et sur son efficacité ultime. Comme dans les autres modes de règlement des litiges internationaux, la prudence s'impose : on ne peut affirmer catégoriquement que le choix de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges nés des relations com-

<sup>56</sup>. Voir *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, cas n° ARB (AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, *ILM*, vol. 40, 2001, pp. 36 ss., et Supreme Court of British Columbia du 2 mai 2001, *WTAM*, vol. 13, 2001, pp. 47 ss.

merciales internationales mette un terme à toutes les questions liées à la compétence judiciaire résiduelle des juridictions nationales. En ce sens, il est indispensable d'envisager leurs possibles interventions et leur caractère effectif dans chaque cas concret.

## II. Le siège du tribunal arbitral

### 1. Inexistence d'un *for* arbitral

16. Il n'y a pas dans l'arbitrage international d'ordre juridique qui s'impose *prima facie* à l'arbitre; celui-ci n'a pas de *for*, en ce sens qu'il n'est pas directement lié à un ordre juridique dont il doit scrupuleusement respecter les règles<sup>57</sup>. Privés d'une *lex fori*, les arbitres ont coutume d'agir avec une extraordinaire prudence en la matière, bien qu'ils ne soient pas tenus d'agir de la même façon qu'un juge étatique<sup>58</sup>. Mais une chose est l'absence de *for*, autre chose fort différente est l'absence totale de référence étatique: l'inexistence d'un siège de l'arbitrage. Le présent cours n'abordera pas la polémique, à la fois doctrinale et professionnelle, qui existe au sujet des bienfaits de l'arbitrage supranational, c'est-à-dire sans référence étatique<sup>59</sup>. Il s'agit d'un débat inachevé, qui se développe en parallèle au «contrat sans loi» et qui dernièrement évolue dans un sens favorable au caractère anational. Mais, dans le cadre d'un examen comparatif étendu, on ne peut ignorer que le siège de l'arbitrage joue aujourd'hui encore un rôle important<sup>60</sup>. Il ne faut pas oublier que le juge du siège de l'arbitrage appliquera ses propres règles de procédure pour déterminer la portée envisageable d'une intervention

57. B. Goldman, «Les conflits de lois en matière d'arbitrage international», *Recueil des cours*, tome 109 (1963), p. 367; E. Loquin, «Les pouvoirs des arbitres...», *loc. cit.*, p. 298; J. A. Pérez Beviá, «Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje comercial internacional», *RCEA*, vol. VI, 1990, p. 83.

58. G. R. Delaume, «L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux», *Journ. dr. int.*, t. 111, 1984, pp. 535-538. La sentence CCI de 1971 dans l'affaire n° 1512 a affirmé que «l'arbitre international ne dispose pas de *lex fori* à laquelle il pourrait emprunter des règles de conflit de lois» (*Journ. dr. int.*, t. 100, 1974, p. 907).

59. Voir l'étude classique de C. Fragistas, «Arbitrage étranger et arbitrage international», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 1-20.

60. «Le siège de l'arbitrage tend de plus en plus à devenir une fiction, sans lien matériel nécessaire avec le territoire où s'accomplissent les opérations arbitrales». Cf. G. Kaufmann-Kohler, «Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage», *Rev. arb.*, 1998, p. 534.

dans l'arbitrage. De ce point de vue, il est certain que l'existence d'un siège arbitral constitue une garantie effective des droits et intérêts des parties, dans la mesure où elle autorise l'existence d'un juge d'appui et des moyens de parer au déni de justice<sup>61</sup>.

En définitive, le siège du tribunal arbitral continue de jouer un rôle important, au point que sa détermination dépend généralement de la conception que le droit et la jurisprudence nationale se font de l'arbitrage<sup>62</sup>. La jurisprudence française, avec les décisions rendues dans les affaires *Dalico* et *Labinal*<sup>63</sup>, en fournit une bonne illustration. Ces arrêts sont même allés plus loin que les décisions arbitrales elles-mêmes dans la définition des paramètres de l'internationalité et l'affranchissement à l'égard de tout ordre national de référence. Bien que l'on ait souvent suggéré que les juridictions françaises appliquaient dans ces arrêts des règles matérielles de droit supranational<sup>64</sup>, il ne fait pas de doute qu'elles se bornent à appliquer une règle matérielle interne, quoique d'origine prétorienne, qui définit la conception française des relations entre la juridiction et l'arbitrage commercial international<sup>65</sup>.

Mais le lieu où se déroule l'arbitrage ne se confond en aucun cas avec le for de l'arbitre. Les circonstances qui motivent ce choix et les conséquences de celui-ci sont essentiellement au nombre de deux : d'une part, le choix de la loi appelée à régir subsidiairement la procédure d'arbitrage dans le silence des parties ; d'autre part, la détermination de la nationalité de l'arbitrage. En conséquence, le choix d'un siège arbitral ne confère pas à l'arbitre une fonction juridictionnelle dans le pays choisi ; il détermine en revanche l'autorité judiciaire d'appui, celle à qui il sera nécessaire de faire appel si le bon déroulement de l'arbitrage l'exige.

61. A. Panchaud, «Le siège de l'arbitrage international...», *loc. cit.*, p. 7.

62. W. W. Park, «Judicial Controls in the Arbitral Process», *Arb. Int.*, vol. 5, n° 3, 1989, pp. 255-259 ; P. Nygh, «Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration», *Forum international*, n° 24, 1997, pp. 12-13.

63. Cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> ch. suppl.), 26 mars 1991 et 19 mai 1993, *loc. cit.*

64. Que les règles, usages et principes du commerce international pénètrent dans les ordres nationaux, voilà qui n'est pas nouveau ; toutefois, cela exige certaines méthodes qui garantissent le respect du principe fondamental de légalité du droit national. Voir B. M. Cremades et S. L. Plehn, «The New *Lex Mercatoria* and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions», *Boston Univ. Int. L. Jour.*, vol. 2, 1984, pp. 317 ss., spéc. pp. 321-323.

65. Voir le commentaire de P. Mayer de l'arrêt *Dalico*, *loc. cit.*, p. 667 ; dans le même sens, E. Gaillard, *loc. cit.*, p. 439, niant la création d'une règle matérielle internationale ou son application par les juridictions françaises.



17. L'existence d'un régime de contrôle spécifique aux sentences rendues en matière d'arbitrage commercial international et l'éventuelle atténuation du contrôle judiciaire constituent sans aucun doute des éléments déterminants du développement de l'arbitrage dans un pays donné. A cet égard, les intéressés ont clairement tendance, lorsqu'ils élisent le siège de l'arbitrage, à rechercher un Etat dont le droit positif leur apporte sécurité et prévisibilité. Les motivations d'une telle attitude localisatrice peuvent avoir un caractère strictement légal<sup>66</sup>. De fait, les réformes législatives en matière arbitrale tentent ainsi d'attirer les sièges arbitraux, dans le même temps que les Etats sur le territoire desquels se déroulent normalement des arbitrages internationaux veillent à ce que leurs législations demeurent aussi attractives. C'est pourquoi, avec une longue tradition en ce sens, les réformes entreprises en France à partir de 1981 ont fait de ce pays un haut lieu de l'arbitrage international, les bonnes relations qu'y entretiennent juges et arbitres constituant un facteur décisif<sup>67</sup>.

De nombreux pays ne sont pas habituellement le siège d'arbitrages internationaux parce qu'une collaboration entre tribunaux et arbitres y fait défaut. Cette possibilité, licite en soi quel que soit l'ordre juridique considéré, ne doit pas cependant méconnaître la réalité. Les Etats ne sont pas tenus de s'aligner sur une tendance législative constatée en droit comparé, ni établir des canons d'internationalité ou d'anationalité maximalistes. Néanmoins, cette option ouverte aux législateurs nationaux ne doit pas être confondue avec une attitude de défiance excessive à l'égard de l'arbitrage qui conduit à méconnaître certaines règles. Si les bases de l'institution sont jetées par la ratification d'instruments internationaux, il n'y a évidemment aucune raison pour que ceux-ci ne soient pas correctement appliqués. Le cas de l'Espagne illustre bien cette réalité. En bonne logique, en vertu des sources qui régissent l'arbitrage commercial international, les relations entre celui-ci et la juridiction nationale ne devraient pas être conflictuelles; toutefois, en jurisprudence, on enregistre plus de reculs que de progrès, et l'on rencontre trop de solutions de type juridictionnel et d'applications extensives

66. Voir M. Storme et F. De Ly (dir. publ.), *The Place of Arbitration. Third International Symposium on the Law of International Commercial Arbitration, Ghent, 30-31 May 1991*, Gand, 1992, p. 5.

67. Y. Derains, «France As a Place for International Arbitration», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 112-114.



de la *lex fori*, tant en matière procédurale qu'au fond<sup>68</sup>. Il s'agit ni plus ni moins d'une conception objective de l'institution arbitrale.

Où situer le juste milieu ? Les approches française et espagnole symbolisent deux extrêmes : d'un côté des décisions étonnamment libérales, de l'autre le refus de certains ordres juridiques nationaux et de leurs juridictions d'assouplir le traitement de l'arbitrage, considéré comme une échappatoire vis-à-vis du droit étatique. Peut-être conviendrait-il de dédramatiser les effets de l'arbitrage, ce qui passe inévitablement par la reconnaissance de son fondement légal et de la nécessaire permissivité de l'Etat<sup>69</sup>.

18. Bon nombre d'Etats ont entrepris de réformer leur législation en matière d'arbitrage international dans le but de faire de leurs territoires des sièges arbitraux sûrs. Indépendamment du fait que ce phénomène, que l'on a même qualifié de *competitive era*, rencontre ses limites dans la libéralisation de la législation arbitrale, la tendance générale est clairement internationaliste. D'autre part, les Etats qui, comme nous l'avons vu, ont opté pour une réglementation dualiste connaissent toujours des solutions jurisprudentielles favorables à cet égard. Dans certains cas, c'est le critère du lien existant entre le litige et le commerce international qui est retenu, dans d'autres le critère subjectif. Il arrive que l'application de ces critères conduise à écarter le caractère international de la situation et ce sont alors les règles internationales qui sont évincées. Les exemples du Royaume-Uni<sup>70</sup> et des Etats-Unis sont particulièrement évocateurs, tant en ce qui concerne l'évolution jurisprudentielle de ces pays qu'en ce qui concerne l'importance revêtue par l'institution arbitrale dans leurs fors respectifs.

S'agissant de la question concrète du contrôle judiciaire de la sentence, une plus grande liberté implique une limitation des possibilités de contestation de la sentence ; derrière cette tendance transparaît l'objectif juridique du contrôle minimal. De fait, il semble exister un lien inévitable entre le développement de l'arbitrage international

68. L'arrêt rendu par la Cour suprême le 1<sup>er</sup> décembre 1998, *loc. cit.*, démontre que, en dépit de ce qu'affirme la législation applicable — en l'occurrence la Convention de New York — l'interprétation des tribunaux en termes de confrontation entre juridiction et arbitrage aboutit à des résultats indésirables : concrètement, à ce qu'une sentence arbitrale soit totalement privée d'effet parce que liée à un procès ouvert en Espagne.

69. E. Artuch Iriberrí, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 152.

70. R. Van Delden, « English Commodity Arbitrators : a Foreigner Looking Around in London », *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 95-110.

dans un Etat et la souplesse avec laquelle est entendu le minimum acceptable en termes de contrôle. L'expérience belge en est un parfait exemple. La Belgique a modifié sa législation sur l'arbitrage en 1985 en réduisant considérablement le contrôle du juge belge sur les sentences rendues en Belgique dans lesquelles étaient présents certains éléments internationaux. La justification profonde était de promouvoir l'arbitrage en Belgique («un paradis pour l'arbitrage commercial international»<sup>71</sup>) et d'aligner la législation belge sur le mouvement contemporain de faveur pour l'arbitrage commercial international.

## 2. Extraterritorialité de l'arbitre

19. L'extraterritorialité est, en matière procédurale, un autre élément important qui caractérise l'arbitre et le distingue du juge. Tandis que le juge est lié par sa compétence territoriale et ne peut agir dans de nombreux cas, sauf si les parties se sont expressément soumises à sa juridiction, l'arbitre ne connaît pas cette limite car les parties se soumettent toujours expressément à son autorité et parce que la loi en dispose ainsi. C'est pourquoi, dès lors qu'existe un compromis ou une clause compromissoire désignant l'arbitre, le problème de sa compétence ne se pose pas. Une autre contrainte territoriale pèse sur le juge lorsque celui-ci, compétent pour connaître d'un litige, rend une décision qui devra produire des effets hors de son territoire. Nous pensons ici à toutes les mesures d'instruction qui doivent se dérouler hors du territoire du juge : témoins domiciliés à l'extérieur du lieu du jugement ; archives et registres déposés dans un autre site de conservation et dont le juge sollicite l'envoi de documents ; exhumations, etc. Le juge ne peut se rendre au domicile des témoins pour les entendre, ni ordonner à un responsable de registre de lui expédier un document. Dans tous ces cas, il devra envoyer une commission rogatoire au juge du lieu où les mesures d'instruction doivent être réalisées afin que ce dernier les effectue à sa demande, dans la mesure où il les jugera conformes à la loi de son territoire. Cette seconde restriction épargne également l'arbitre, puisqu'il peut

71. M. Storme, «Belgium: A Paradise for International Commercial Arbitration», *Int. Bus. Lawyer*, 1986, pp. 294-295. Voir aussi M. Storme et D. Demeulenaere, *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, 1989, et B. Hanotiau, «L'arbitrage international en Belgique», *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, 1989, pp. 143-155.

se déplacer de son domicile jusqu'au lieu où se trouvent les témoins et procéder à leur audition, de même qu'il peut procéder à des inspections dans des lieux éloignés de son domicile, etc. Pour demander l'aide du juge d'un lieu distinct de son domicile, en vue de l'exécution de ses propres décisions, l'arbitre ne doit pas nécessairement s'adresser au juge de son domicile et lui demander d'envoyer une commission rogatoire au juge du lieu où cette décision doit être exécutée ; il peut adresser sa demande directement à ce dernier. Il suffit pour cela que les parties en soient convenues dans le compromis ou postérieurement.

Dans cet ordre d'idée, on peut évoquer ici l'un des nombreux avantages de l'arbitrage : les commissions rogatoires ont été et sont aujourd'hui encore la cause de procès interminables et sont souvent utilisées par des plaideurs de mauvaise foi. Du fait que le compromis permet de définir contractuellement la procédure d'arbitrage, ces commissions rogatoires ne sont guère fréquentes, et ce d'autant que la compétence arbitrale revêt un caractère extraterritorial<sup>72</sup>.

20. Les avantages qui viennent d'être soulignés rencontrent toutefois leurs limites quand le défaut d'*imperium* oblige l'arbitre à recourir au juge<sup>73</sup>. Il a déjà été souligné que le choix d'un siège arbitral ne confère pas à l'arbitre une fonction juridictionnelle dans le pays choisi ; il détermine en revanche l'autorité judiciaire d'appui<sup>74</sup>, celle à qui il sera nécessaire de faire appel si le bon déroulement de l'arbitrage l'exige. C'est pourquoi l'élection d'un pays donné pour y réaliser un arbitrage représente, bien plus qu'une intégration à un ordre juridique déterminé, une « immersion » qui, comme il a déjà été dit, doit être prévue. L'absence d'un for arbitral conditionne de manière décisive les pouvoirs des arbitres dans l'organisation de la procédure d'arbitrage<sup>75</sup>. Alors que le juge interne est soumis à la règle *lex fori regit processum*, l'arbitre ne connaît pas une telle obligation, cela parce que les parties sont libres de fixer les règles applicables à la procédure d'arbitrage et parce que, dans le silence des parties, l'arbitre dispose d'une grande liberté d'action. Comme l'affirme l'article IV, paragraphe 3, de la Convention de Genève :

72. E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux... », *loc. cit.*, p. 299.

73. Voir Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pp. 245-279.

74. A. Panchaud, « La siège de l'arbitrage... », *loc. cit.*, p. 3.

75. B. Goldman, « Instance judiciaire et instance arbitrale internationale », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pp. 220-221.

« Si les parties ont entendu soumettre le règlement de leurs litiges à un arbitrage *ad hoc* par un ou plusieurs arbitres sans que la convention d'arbitrage contienne d'indication sur les mesures nécessaires à l'organisation de l'arbitrage ... ces mesures seront prises ... par l'arbitre ou les arbitres déjà désignés. »

Une telle solution se justifie en outre par le fait que, si les parties sont demeurées silencieuses quant aux règles appelées à régir la procédure d'arbitrage, aucune *lex fori*, pas même celle du lieu où se déroule l'arbitrage, n'a vocation à s'appliquer à titre subsidiaire<sup>76</sup>. Il en va autrement si les parties se sont expressément soumises aux règles de procédure d'un pays déterminé. Et il convient ici de rappeler que la loi applicable à la procédure arbitrale ne doit jamais être confondue avec celle qui gouverne le fond du litige. En définitive, l'absence d'un for arbitral confère à l'arbitrage, en matière procédurale, une autonomie certaine à l'égard des règles étatiques<sup>77</sup>. A cet égard, on ne peut ignorer qu'il existe une tendance au renforcement des pouvoirs des arbitres, de leur *imperium*, dans des domaines qui touchent par exemple à l'appréciation de leur propre compétence. En même temps, la question de savoir s'ils peuvent ou non rendre des sentences partielles tend à recevoir des réponses plus claires. Quant à savoir si les arbitres ont le pouvoir de modifier ou de préciser des obligations contractuelles, ou d'en compléter certaines, un courant se prononce en faveur d'une réponse positive assortie toutefois de certaines réserves. Il est évident que, dans le cas de l'arbitrage institutionnel, les institutions dont l'activité est reconnue ont eu tendance, après une phase d'expérimentation, à accroître l'*imperium* des arbitres en estimant que cela contribuerait au prestige de l'institution.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que le caractère international du fond du litige est susceptible de rattacher l'arbitrage à plusieurs

76. Voir F. Eisemann, « La *Lex fori* de l'arbitrage commercial international », *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1973-1975, pp. 189-213 ; W. E. Park, « The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration », *ICLQ*, vol. 32, 1983, pp. 21-52.

77. Telle est en pratique l'une des manifestations les plus importantes de l'internationalité de l'arbitrage ; en effet, lorsque l'arbitrage est international, les législations nationales en matière de procédure arbitrale ne se déclarent applicables qu'à titre subsidiaire et jamais de façon impérative. Voir l'examen comparé de Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 54-59.

ordres juridictionnels nationaux. Si le siège de l'arbitrage détermine un certain juge d'appui « naturel », celui-ci n'est pas pour autant le seul à pouvoir être compétent dans certaines phases de la procédure. Ainsi, en matière de mesures provisoires, le juge compétent sera celui du lieu où la mesure doit être prise, lequel ne coïncide pas nécessairement avec le siège de l'arbitrage. Il en est de même avec l'administration de certaines preuves qui, liées aux activités matérielles des parties impliquées dans le litige, ne présentent aucun lien géographique avec le siège de l'arbitrage.

### *III. L'autonomie arbitrale*

#### *1. Intervention du juge dans l'activité de l'arbitre*

21. La plupart des systèmes juridiques donnent au juge étatique la possibilité d'intervenir à toutes les étapes de la procédure d'arbitrage, notamment dans les phases de constitution et de fonctionnement du tribunal arbitral et, bien sûr, dans la phase postarbitrale. Bien entendu, le rôle des tribunaux étatiques en cette matière est une tâche législative extrêmement délicate<sup>78</sup>. Cela posé, on ne peut ignorer que certains systèmes ont également tendance à affirmer l'« autonomie arbitrale » et à n'admettre l'intervention du juge que de façon exceptionnelle. Ainsi qu'il ressort des réformes récentes de lois sur l'arbitrage, on remarque une tendance à limiter l'intervention des tribunaux dans l'arbitrage commercial international dès qu'il ne s'agit plus de favoriser l'institution elle-même. Cette tendance paraît se justifier si l'on considère que les parties à une convention d'arbitrage ont pris de leur plein gré la décision d'exclure la juridiction des tribunaux et, pour les affaires commerciales notamment, préfèrent une décision rapide et définitive à des batailles judiciaires interminables. Dans cet esprit, la loi type prévoit l'intervention des tribunaux dans les cas suivants : un premier groupe comprend la nomination et la récusation d'un arbitre ou la cessation de son mandat (art. 11, art. 13-14), la compétence du tribunal arbitral (art. 16) et l'annulation de la sentence arbitrale (art. 34). Ces cas sont énumérés à l'article 6 comme étant ceux où, pour des raisons de centralisation, de spécialisation et d'accélération de la procédure, les fonc-

<sup>78</sup> P. Schlosser, « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1998, p. 298.

tions prévues doivent être confiées à un tribunal spécialement désigné ou éventuellement, s'agissant des articles 11, 13 et 14, à une autre autorité (une institution arbitrale ou une chambre de commerce, par exemple). Un deuxième groupe de cas comprend l'assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves (art. 27), la reconnaissance de la convention d'arbitrage, y compris sa compatibilité avec les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par le tribunal (art. 8-9) et la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (art. 35-36).

En marge des hypothèses appartenant à ces deux groupes, pour «toutes les questions régies par la présente loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit». C'est ce qu'affirme formellement l'article 5, qui ne prend pas lui-même position quant au rôle approprié des tribunaux judiciaires, mais garantit au lecteur et à l'utilisateur qu'ils trouveront énoncés dans la loi type tous les cas où les tribunaux peuvent intervenir, exception faite des questions qui ne sont pas régies par ladite loi (par exemple la jonction des procédures arbitrales, les relations contractuelles entre les arbitres et les parties ou les institutions arbitrales, ou la détermination des frais de justice et des honoraires, y compris les cautions). Il s'agit de garantir la prévisibilité et la sécurité juridiques, avant tout aux opérateurs étrangers, qui représentent la majorité des utilisateurs potentiels de toute loi spéciale sur l'arbitrage commercial international et peuvent être considérés comme en étant les premiers destinataires qui se féliciteront de ne pas avoir à chercher en dehors de cette loi. Le caractère catégorique de l'article 5 n'implique pas une défaveur pour l'intervention judiciaire et n'interdit pas celle-ci dans les matières qui ne sont pas énumérées par cette disposition; en d'autres termes, ce texte a pour conséquence de limiter l'intervention des tribunaux étatiques à certaines hypothèses déterminées. Chaque Etat adoptant la loi type précisera le tribunal ou l'autorité compétents pour s'acquitter de ces fonctions<sup>79</sup>, conformément à trois objectifs: l'unification des interventions judiciaires entre les différents systèmes juridiques, l'identification du tribunal compétent pour l'opérateur étranger soumis à une procédure arbitrale et la spécialisation dans chaque pays concerné des juges appelés à connaître de ce type

79. M. Kerr, «Arbitration and the Courts: the UNCITRAL Model Law», *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 1-24; G. Hermann, «The Role of the Courts under the UNCITRAL Model Law Script», *Contemporary Problems in International Arbitration* (J. D. M. Lew, dir. publ.), Dordrecht, 1987, pp. 164 ss.

d'affaires. Les critiques n'ont toutefois pas manqué au sujet de cette réglementation puisque l'intervention judiciaire peut être exigée par le *favor arbitrandum* lui-même et ne pas correspondre à l'une des hypothèses énumérées à l'article 6<sup>80</sup>. De fait, les législations nationales, selon leurs propres critères, configurent les interventions judiciaires tant en vue de lever les obstacles qui contrarient la procédure arbitrale que pour assurer la défense des droits des parties, en préservant une ultime possibilité de recourir à la justice<sup>81</sup>. De l'opposition entre ces deux extrêmes naîtra une législation interventionniste ou au contraire abstentionniste.

## 2. Intervention du juge dans l'activité de l'institution arbitrale

22. Dans le déroulement de l'arbitrage, une distinction doit être faite entre le rôle des arbitres dans l'exercice de leur activité d'arbitrage et le rôle de l'institution organisatrice de l'arbitrage. L'intervention judiciaire contribue à accentuer cette distinction, dans la mesure où les actes accomplis par l'institution d'arbitrage à travers ses différents organes et en application de son règlement sont considérés comme de simples actes d'administration arbitrale et ne sont soumis à aucun contrôle judiciaire. Cela s'explique par le fait que le lien qui unit les parties à l'institution arbitrale a son origine dans un contrat — que certains qualifient de mandat, bien qu'il s'agisse d'une question controversée que nous préférons ne pas aborder<sup>82</sup>. Ce lien suppose l'acceptation des décisions prises par l'institution arbitrale, décisions qui n'ont pas à être motivées. Dès lors que les parties ont choisi de confier leurs litiges futurs à un arbitrage administré par une institution arbitrale donnée, le juge interne ne peut en aucune façon intervenir dans les décisions prises par cette dernière et qui influent sur le déroulement de la procédure d'arbitrage.

Il en résulte que les décisions prises dans ce domaine et qui concernent, par exemple, la nomination ou la récusation des arbitres

80. C. A. Esplugues et M. McNerny, « Aproximación a la nueva Ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional », *RCEA*, vol. III, 1986, p. 24.

81. La section 72 précitée de l'*Arbitration Act* de 1996 exprime tout entière la conception qu'adopte cette législation au sujet de l'arbitrage, des droits des parties et de la possibilité, toujours existante, de recourir au juge national à n'importe quel stade de l'arbitrage.

82. M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, 1990, pp. 789 ss.



ou la prorogation du délai de l'arbitrage, sont insusceptibles d'un recours juridictionnel. Cette opinion, que nous partageons, a été combattue par une partie de la doctrine. Concrètement, les tenants de la dimension juridictionnelle de l'arbitrage n'admettent pas la valeur administrative des actes accomplis par les institutions d'arbitrage ayant une répercussion directe sur un arbitrage en cours. Considérant ces décisions comme d'authentiques actes juridictionnels, ils estiment que le juge est fondé à intervenir pour contrôler leur portée.

Cependant, cette position ne tient pas compte de la différence de nature qui oppose les décisions arbitrales aux actes de valeur procédurale accomplis par l'institution administratrice. En premier lieu, ces actes sont de simples décisions interlocutoires ou relatives à la bonne marche de l'instance. Ils n'affectent pas les droits subjectifs ni ne transforment la réalité juridique. C'est l'exemple bien connu de l'examen *prima facie* de l'existence d'une convention d'arbitrage par le secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI<sup>83</sup>; dans ce cas, conformément à la jurisprudence de l'institution elle-même, le secrétariat procède à un examen sommaire de l'existence apparente de la convention qui fonde la compétence, mais en aucun cas il n'entreprend de vérifier sa validité ou son efficacité juridiques. Nous avons déjà vu que le fait que les décisions arbitrales puissent faire l'objet de recours juridictionnels ne s'explique pas par l'intégration des arbitres dans l'ordre juridictionnel mais par la capacité de la sentence à modifier des droits subjectifs et à constituer de nouvelles situations juridiques. Ce contenu matériel, qui explique que la sentence ait l'autorité de la chose jugée, justifie aussi qu'elle soit susceptible de recours afin de respecter la nécessaire sécurité juridique. Inversement, cela implique que toute décision adoptée par un organe administratif sans pouvoir juridictionnel est insusceptible d'un quelconque recours devant les juridictions étatiques. Dans la mesure où il ne s'agit pas de décisions au fond, elles ne modifient aucun droit subjectif, pas plus qu'elles ne créent d'obligation ou ne sont susceptibles de recours. Dans ce cas leur caractère purement accessoire est évident.

23. La jurisprudence interne fait clairement la différence entre ces actes et ceux qui émanent du tribunal arbitral, sur lesquels elle

---

83. Cf. l'analyse de cette hypothèse dans la sentence CCI n° 4504/1985 (*Journ. dr. int.*, 1986, p. 1118), dans laquelle est soulignée l'expression *prima facie* comme caractérisant la nature de ce contrôle préalable.



exerce volontiers un contrôle. Il est évident que si les mesures prises par les institutions d'arbitrage étaient considérées comme de véritables sentences arbitrales, elles devraient satisfaire aux conditions posées pour garantir la régularité de la procédure, comme le principe du contradictoire ou l'obligation de motiver les sentences. Elles seraient en outre soumises aux voies de recours ouvertes contre les sentences arbitrales. Une telle solution aurait évidemment pour effet de priver l'arbitrage d'une grande partie de son efficacité<sup>84</sup> et d'autoriser un accroissement insoupçonnable des manœuvres dilatoires ou visant à bloquer le déroulement de l'arbitrage. L'instauration d'un recours extraordinaire permettant de contrôler le respect, par les décisions des organes de l'institution arbitrale, des garanties procédurales minimales, comme celles contenues dans l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ou dans l'article 14 du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques, aurait les mêmes conséquences.

La situation décrite ne signifie pas que l'institution arbitrale jouisse de pouvoirs discrétionnaires ou d'une totale immunité. Demeurent en effet ouverts les mécanismes qui dans la plupart des lois sur l'arbitrage permettent d'invoquer la responsabilité contractuelle de l'institution arbitrale à l'égard des parties qui se sont soumises à son autorité<sup>85</sup>. Il faut également mentionner la possibilité d'invoquer une responsabilité extracontractuelle lorsqu'une faute a été commise. L'institution doit donc constamment veiller à la conformité de ses décisions avec son propre règlement et à l'accomplissement scrupuleux du mandat que lui ont donné les parties. Il est par conséquent certain que l'activité de l'institution arbitrale demeure en partie soumise au contrôle indirect du juge étatique, et que celui-ci peut intervenir quand le règlement prive les parties de la possibilité de se défendre, tant en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral que pour ce qui touche à l'organisation de la procédure<sup>86</sup>.

24. Certains systèmes, tout en admettant que le juge n'a pas le pouvoir d'intervenir dans les décisions de l'institution administrative qui se répercutent sur un arbitrage en cours, lui reconnaissent un rôle subsidiaire. Concrètement, les articles 1444, 1456, 1463 et

84. C. Asfar, *L'intervention du juge étatique...*, *op. cit.*, pp. 139-142.

85. B. M. Cremades, «La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales», *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 9-25.

86. Voir Cour de cassation, 20 février 2001, *Rev. arb.*, 2002, n° 1.

1493 du nouveau Code de procédure civile français admettent qu'en certaines circonstances le juge se substitue à l'institution arbitrale au cas où celle-ci se serait révélée incapable de mener à bien l'organisation de l'arbitrage. Cette intervention peut porter sur la désignation ou la récusation des arbitres, le délai dans lequel la sentence doit être rendue ou la poursuite d'une procédure arbitrale paralysée. Une intervention de ce type n'a pas pour objet d'interférer brutalement avec l'institution arbitrage; elle se justifie, dans les systèmes qui l'admettent, par la volonté même des parties de se soumettre à un arbitrage administré par une institution déterminée. Il s'agit, au sens strict, d'une intervention de soutien à la procédure arbitrale convenue par les parties<sup>87</sup>.

#### *IV. Les relations entre le juge et l'arbitre dans le cadre d'une nouvelle culture arbitrale en droit comparé*

##### *1. La collaboration comme instrument essentiel d'une culture arbitrale*

25. Le droit comparé montre que depuis quelques années l'élaboration d'une authentique culture arbitrale est en cours, non sans difficultés toutefois. L'heure n'est plus à la confrontation des modèles économiques — confrontation dans laquelle, curieusement, l'arbitrage commercial international a joué un rôle important en tant qu'instrument de coopération pacifique entre les peuples<sup>88</sup>. Dans une ère de globalisation, la culture arbitrale semble faire tache d'huile dans tous les systèmes juridiques. Les pratiques arbitrales, les décisions judiciaires et les conventions internationales qui regroupent toujours plus d'Etats ont conduit à une reconnaissance généralisée de l'arbitrage. Celui-ci s'achemine vers une uniformisation qui dépasse la confrontation traditionnelle entre les différentes familles juridiques. Les manifestations les plus significatives de cette tendance sont les suivantes: le rapprochement entre les conceptions continentale et anglo-saxonne longtemps demeurées opposées en la

87. P. Bernardini, «Arbitral Justice, Courts and Legislation», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, supplément spécial, 1999, pp. 13-25.

88. R. David, «La technique de l'arbitrage, moyen de coopération pacifique entre nations de structure différente», *Problèmes de droit contemporain*, t. I, Tokyo, 1962, pp. 33 ss.; J. A. Pastor Ridruejo, «El arbitraje y el Derecho internacional privado de la coexistencia», *REDI*, 1965, pp. 20-33.

matière<sup>89</sup>, l'intégration des pays arabes dans ce mouvement en dépit des réticences témoignées par le droit islamique<sup>90</sup>, ou la nouvelle culture arbitrale qui se développe en Amérique latine<sup>91</sup> et, dans une certaine mesure, sur le continent africain<sup>92</sup>. La consécration de l'arbitrage par le traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) constitue un événement essentiel pour les opérateurs juridiques travaillant pour ou sur ce continent<sup>93</sup>.

Il faut toutefois observer que cette tendance à l'uniformité est beaucoup plus marquée dans le secteur de l'arbitrage qui concerne les arbitres que dans celui réservé aux juges. Tandis qu'en matière de procédure arbitrale les solutions tendent à se rapprocher, s'agissant de l'intervention du juge les modèles en présence ont tendance à se particulariser<sup>94</sup>. Cela explique peut-être que la loi type de la CNUDCI n'ait pas eu le rayonnement escompté et que, sur près d'une centaine de lois sur l'arbitrage qui se sont succédé de par le monde depuis 1985, la majorité ne l'ait pas prise pour modèle<sup>95</sup>.

26. Si certains Etats ont consolidé au fil des ans la vocation de leur territoire à accueillir des arbitrages internationaux, la majorité d'entre eux, tout en ayant adopté des législations favorables à l'institution, présentent des traits particuliers. Ces particularismes peuvent être systématisés comme suit : on constate en premier lieu une grande imprécision quant au contenu impératif ou supplétif des lois d'arbitrage, qui peut avoir des effets néfastes sur l'efficacité de l'arbitrage<sup>96</sup>; en second lieu, on peut observer une évidente déconnexion entre les règles à contenu processuel-judiciaire et de forme

89. J. Thorens, « L'arbitre international au point de rencontre des traditions de droit civil et de la *common law* », *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, pp. 693 ss.

90. A.-H. El-Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Paris, 1986.

91. C. Lécuyer-Thieffry, « Les nouvelles lois des Etats américains sur l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1989, pp. 43-50.

92. H. Grigera Naón, « Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility », *Arb. Int.*, vol. 5, n° 2, 1989, pp. 137-172; L. Leboulanger, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.*, 1999, pp. 541-593.

93. A. Fénéon, « Un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique (De l'apport de l'Acte uniforme sur l'arbitrage dans l'espace OHADA) », *Penant, Revue de droit des pays d'Afrique*, n° 833, 2000, pp. 126-136.

94. Voir par exemple, dans le contexte du Traité OHADA, J. P. Ancel, « L'arbitrage et la coopération du juge étatique », *Penant, Revue de droit des pays d'Afrique*, n° 833, 2000, pp. 170-189.

95. Avec exceptions significatives comme le cas du Mexique ou de l'Australie.

96. Il suffit de rappeler ici la décision précitée de la Cour suprême espagnole du 28 mars 1994, *loc. cit.*, qui exige de façon impérative que la sentence arbitrale CCI soit notariée avant d'être notifiée aux parties.

et l'institution qu'elles régissent; enfin, les règles existantes sont assurément incomplètes et inadaptées à la réalité de l'arbitrage commercial international<sup>97</sup>. Dans ces conditions, l'arbitrage ne constitue pas dans ces systèmes une technique sûre et efficace de règlement des différends commerciaux, mais une véritable succession de contrôles et d'obstacles qui, en bout de course, ruinent la rapidité et l'efficacité inhérentes à l'institution arbitrale. Dans ces hypothèses, l'inefficacité de la convention d'arbitrage, l'inapplication de textes conventionnels et le contrôle exercé par les juridictions nationales constituent aujourd'hui la réalité<sup>98</sup>.

Il est évident que cette attitude résulte d'un climat de défiance, tant législatif que judiciaire, à l'égard de l'institution. Plus concrètement, cette réserve masque le sentiment que l'arbitrage est un intrus dans le domaine juridictionnel. On ne peut oublier que pendant trop longtemps quelques juges ont envisagé le recours à l'arbitrage comme un processus juridique concurrent<sup>99</sup>. A cela s'opposent deux postulats de base, dont on a coutume d'affirmer catégoriquement l'existence mais qui sont bien peu respectés: la promotion de l'arbitrage, spécialement en matière commerciale où il apparaît comme une alternative efficace à la procédure judiciaire, et la compréhension de l'arbitrage comme une technique qui ne vise pas à rogner la compétence juridictionnelle de l'Etat mais constitue une alternative à celle-ci; en définitive, l'idée selon laquelle la collaboration entre le juge et l'arbitre n'a d'autre but que d'améliorer le règlement de litiges à caractère patrimonial inhérents aux exigences du commerce international. Si les arbitres ont la responsabilité de régler un différend en droit, les juges doivent leur apporter leur assistance en contrôlant leur décision et en la dotant de la force exécutoire. Il n'y a donc pas lieu à confrontation ni à un quelconque chevauchement de compétences, chacun devant exercer les mêmes

---

97. L'Espagne a tenté d'adapter sa législation à la réalité de l'arbitrage commercial international avec la proposition de réforme de la loi sur l'arbitrage de 1998 défendue par le Conseil supérieur des chambres de commerce, d'industrie et de navigation et par sa Cour d'arbitrage. Toutefois, cela n'a pas abouti, à ce jour, à une véritable réforme. Voir J. C. Fernández Rozas et E. Artuch Iriberrí, «Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje», *RCEA*, vol. XXII, 1997, pp. 282-379.

98. Telles sont les trois tendances relevées par Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman (*Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 111-112) dans les législations modernes en matière d'arbitrage.

99. H. M. Holtzmann, «L'arbitrage et les tribunaux: des associés dans un système de justice internationale», *Rev. arb.*, 1978, p. 254.

droits dans le cadre d'un système de garanties constitutionnelles<sup>100</sup> : un arbitrage efficace ne peut pas exister sans la coopération des tribunaux.

27. Il convient de se demander si les processus régionaux d'intégration économique favorisent ou non le développement de l'arbitrage dans les Etats membres. En d'autres termes, la réglementation de l'arbitrage commercial international favorise-t-elle cette intégration ou l'arbitrage demeure-t-il au contraire en marge de ces processus d'intégration, restant lié au mouvement général de codification régionale ou universelle du droit international privé ? Peut-être n'est-ce pas « pure coïncidence » si les processus d'intégration économique qu'a connus l'Amérique latine dans les années quatre-vingt-dix se sont accompagnés d'une réforme générale des lois d'arbitrage dans les pays concernés. Au sein du phénomène d'intégration économique régionale, le Mercosur met en place un système commun pour le règlement des litiges dans lequel un rôle fondamental est confié à l'arbitrage à travers le Traité d'arbitrage commercial Mercosur de 1998<sup>101</sup>. De la même façon, l'article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain fait obligation aux Etats de faciliter le règlement des différends privés par la voie de l'arbitrage. On remarquera également que la loi type de la CNUDCI, bien que la majorité des Etats ne l'aient pas adoptée, constitue une source d'inspiration importante en Amérique latine<sup>102</sup>, associée à d'autres textes spécifiques à cette région : tout d'abord la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international, adoptée à Panama en 1975 par douze pays d'Amérique latine sous les auspices de l'Organisation des Etats américains, qui marque incontestablement un changement radical par rapport aux pratiques antérieures ; en second lieu, la loi type d'arbitrage pour l'Amérique latine (1978), approuvée par la Conférence des ministres de la Justice des pays hispano-luso-américains, organisme qui a pour objectif d'étudier et de promouvoir des formes de coopération juridique entre les pays qui le composent. Sur

---

100. Le droit d'être entendu en matière d'arbitrage découle directement des normes constitutionnelles. Voir J. F. Poudret, « Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international », *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, pp. 607-624.

101. J. Albornoz, « El arbitraje en el Derecho internacional privado y el Mercosur (con especial referencia a los acuerdos de arbitraje de 23 de julio de 1998) », *RCEA*, vol. XV, 1999, pp. 15-45.

102. A. M. Garro, « El arbitraje en América Central y la Ley Modelo propuesta por la UNICITRAL », *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 51-80.

ces bases se sont succédé d'importantes réformes législatives. C'est, entre autres, le cas de l'Argentine, du Brésil, de la Colombie (1998), du Guatemala, du Pérou (1996), de la Bolivie (1997), du Venezuela (1998) et du Panama (1999). Il convient de rappeler que l'influence européenne s'est également faite sentir ; par exemple, certaines législations récentes, comme les législations brésilienne, vénézuélienne et panaméenne, présentent certaines similitudes dans leurs extrêmes avec la loi espagnole sur l'arbitrage<sup>103</sup>. Le Mexique illustre pour sa part l'acceptation délibérée d'une nouvelle culture arbitrale puisqu'il a adopté la loi type de la CNUDCI en 1993<sup>104</sup>.

28. L'intégration économique et juridique réalisée au sein de l'Union européenne a eu sur l'arbitrage un impact très différent<sup>105</sup>. Si la construction de la Communauté européenne s'est traduite par un souci constant de lever les obstacles au commerce intracommunautaire, l'arbitrage a été délibérément exclu de ce processus, de sorte que son utilisation n'est nullement encouragée ni même mentionnée de façon particulière par les institutions communautaires, et qu'elle dépend de la seule volonté des parties. Traditionnellement, au contraire, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)) avait pour habitude de s'abstenir de se prononcer sur un litige donnant lieu à une procédure d'arbitrage, au motif que l'arbitrage est un mode de règlement des différends indépendant de la réalité intracommunautaire et de ses règles<sup>106</sup>. Toutefois, ce cloisonnement doit aujourd'hui s'interpréter plus comme une indépendance réciproque que comme de l'indifférence. En effet, du point de vue européen,

103. G. Parra Aranguren, «La determinación del Derecho aplicable a la controversia en las recientes leyes sobre arbitraje comercial internacional», *Ley de Derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998*, vol. III, Caracas, 2001, pp. 231-246 ; M. Gonzalo Quiroga, «Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina : la colaboración entre jueces y árbitros», *RCEA*, vol. XV, 1999, pp. 339-350.

104. G. Aguilar Alvarez, «El Título IV del Código de comercio mexicano y la legislación comparada en materia de arbitraje comercial», *Revista de Derecho mercantil*, 1989, pp. 101-103 ; M. Tenenbaum, «International Arbitration of Trade Disputes in Mexico», *J. Int. Arb.*, 1995, pp. 53 ss. ; J. C. Treviño, «The New Mexican Legislation on Commercial Arbitration», *J. Int. Arb.*, 1994, 4, pp. 5 ss. ; J. A. Silva, *Arbitraje comercial internacional en México*, Mexico, 1994.

105. Voir M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea : la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, 2000.

106. Le fait que l'arbitrage soit soumis à ses propres conventions, ratifiées par la totalité des Etats membres, a été la raison invoquée pour exclure tout contact entre arbitrage et juridictions nationales dans la Convention de Bruxelles de 1968, comme l'affirme le «Rapport Jenard», *JOCE*, C-189, du 28 juillet 1990, p. 134.

l'arbitrage est une réalité tangible et, en tant que tel, il bénéficie du soutien — aussi peu interventionniste que possible — des juridictions nationales. Nonobstant, cette situation est contrastée. L'exclusion radicale de l'arbitrage de la Convention de Bruxelles de 1968, tant en matière de compétence judiciaire internationale que pour ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences, est conçue sur le mode de l'abstention<sup>107</sup> et non de l'intolérance. Dans l'affaire *Van Uden*<sup>108</sup>, la Cour énonce clairement la compatibilité — jugée naturelle — entre une procédure arbitrale et la demande de mesures provisoires auprès du juge national, conformément à l'article 24 de la Convention de Bruxelles. Mais elle jette le trouble dans l'affaire *Krombach*<sup>109</sup>, où elle déclare applicable en matière de reconnaissance l'interdiction de vérifier la compétence judiciaire internationale du juge d'origine, alors même que celui-ci se serait déclaré compétent au mépris d'une convention d'arbitrage valable. Si, dans le premier cas, la tolérance de la CJCE envers l'existence d'un arbitrage conduit à des résultats très positifs, dans le second l'indifférence envers ce même arbitrage a pour effet qu'en définitive la décision judiciaire est plus efficace que la sentence arbitrale, et cela sans que soit appliquée la moindre règle en matière d'arbitrage international.

## 2. Etendue de la collaboration en droit comparé

29. La grande majorité des systèmes juridiques étatiques donne au juge de larges pouvoirs d'intervention aux différents stades de la procédure arbitrale.

En Espagne, en dépit des difficultés que soulève la loi sur l'arbitrage de 1988, les arbitres ont la responsabilité de trancher un litige en droit et les juges leur apportent leur appui et contrôlent leurs décisions, auxquelles ils donnent force exécutoire. On peut affirmer qu'il n'existe ni confrontation ni chevauchement de compétences mais, au

107. Pour des exemples de cette réalité, voir les décisions rendues le 23 mars 1982, aff. 102/81, *Nordsee*, *Rec. 1982*, pp. 1095-1128, et le 25 juillet 1991, aff. 190/89, *Marc Rich*, *Rec. 1991*, pp. 3856-3904. R. Thomas, « The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968 : An English Perspective », *Journal of International Arbitration*, vol. 7, 3, 1990, pp. 43-52.

108. CJCE, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, et note E. Artuch Iriberry, « La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 1968 : precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso », *La Ley*, 1998, 5, D-343, pp. 2372-2378.

109. CJCE, 28 mars 2000, *loc. cit.*



contraire, exercice des mêmes droits dans le cadre d'un système de garanties constitutionnelles. Concrètement, le Tribunal constitutionnel a défini dans une succession de décisions la constitutionnalité de l'arbitrage et sa conformité avec les garanties procédurales<sup>110</sup>.

Néanmoins, comme il a été exposé, cette déclaration d'intention ne s'accompagne pas d'une réaction jurisprudentielle linéaire, ce qui implique qu'il faut non seulement tenir compte de la précision légale des relations entre juridiction et arbitrage, mais aussi de leur application effective. C'est pourquoi les parties doivent s'enquérir des possibilités que leur offre telle ou telle législation nationale telle qu'interprétée par la jurisprudence qui l'accompagne. Dans d'autres domaines, notamment celui de la demande de mesures provisoires associées à un arbitrage, elles n'ont d'autre choix que d'attendre un progrès de la législation applicable à cette activité d'assistance judiciaire dans le territoire où cette mesure doit produire ses effets ou, à défaut, une éventuelle reconnaissance de mesures provisoires adoptées par une autorité judiciaire étrangère.

### 3. *Evaluation du siège arbitral*

30. La nécessité de prendre en considération un maximum de facteurs explique pourquoi le présent cours développe l'idée selon laquelle il serait opportun de réaliser ce que nous appelons l'évaluation du siège arbitral. Cette évaluation permet d'apprécier, avant le commencement de la procédure, et avant même la signature de la convention d'arbitrage, la façon dont les tribunaux du siège arbitral réagiront à l'arbitrage. Il est dès lors possible d'anticiper l'attitude de coopération ou au contraire d'opposition des organes judiciaires et, tout particulièrement, l'efficacité extraterritoriale des décisions à intervenir<sup>111</sup>. Tous ces éléments permettent de mesurer l'étendue de la coopération de l'autorité judiciaire à l'arbitrage.

110. Voir TC 288/1993, du 4 octobre, *BOE*, 9 novembre 1993, *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 311-315; TC 174/1995, du 23 novembre, *BOE*, 28 décembre 1995, et TC 75/1996, de 30 avril, *ibid.*, 31 mai 1996.

111. L'internationalité de l'arbitrage suppose le risque d'entrer en contact avec plusieurs fors au cours des différentes phases de la procédure. Pour cette raison, on ne doit pas seulement tenir compte de l'existence d'un recours en annulation, mais aussi de l'efficacité qu'aurait celui-ci dans l'Etat où les parties ont leur siège social ou leur résidence habituelle. De même, il ne suffit pas que le juge du siège puisse accorder une mesure provisoire, mais il faut encore que celle-ci soit efficace dans l'Etat où elle doit l'être. Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour de cassation française du 23 mars 1994, *OTV c. Hilmarton*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1995, pp. 356-357, note B. Oppetit, pp. 357-362.



Relations de collaboration :

- mise en marche des procédures arbitrales dites irrégulières ;
- désignation des arbitres à défaut d'accord entre les parties ;
- assistance dans la phase probatoire : deux options sont alors possibles. Il est d'abord possible de solliciter la collaboration du juge du siège de l'arbitrage, lorsque les éléments de preuve se trouvent sur son territoire comme lorsqu'ils se trouvent à l'étranger ; dans ce dernier cas, il ne faut pas perdre de vue que l'autorité judiciaire peut être amenée à solliciter à son tour le juge étranger au titre de la coopération internationale ;
- intervention pour accorder des mesures provisoires : comme dans l'hypothèse précédente, la demande de mesures provisoires peut emprunter deux voies distinctes. La première, directe, consiste à s'adresser directement au juge du lieu où la mesure doit produire ses effets, qui ne coïncide pas nécessairement avec celui de l'arbitrage. La seconde, indirecte, consiste à obtenir le prononcé de la mesure désirée par le juge du siège arbitral et à demander sa reconnaissance et son exécution dans l'Etat où elle doit intervenir.

Relations de contrôle :

- possibilité de contester à titre principal la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage ;
- portée du contrôle judiciaire sur la convention d'arbitrage dans l'exception d'incompétence judiciaire : les relations avec le principe de compétence-compétence ;
- étendue et limites du recours en annulation de la sentence.

## CHAPITRE II

EFFICACITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE  
DEVANT LES TRIBUNAUX ÉTATIQUES*I. Caractéristiques de la convention d'arbitrage**1. Spécificité*

31. On peut qualifier la convention d'arbitrage d'instrument de règlement hétérogène du différend susceptible de naître de l'exécution d'un contrat. Point de départ, la convention se borne à établir un mode de règlement de litiges qui, au plan international, peut consister par exemple pour les arbitres à agir en équité dans un ou plusieurs Etats déterminés<sup>112</sup>. C'est pourquoi la clause compromissoire est le plus souvent contenue dans le contrat lui-même, même si elle se présente comme un accord de se soumettre à la décision des arbitres, ce qui constitue un véritable accord-cadre juridiquement contraignant. L'autonomie de la volonté<sup>113</sup> qui se manifeste dans la clause compromissoire peut entraîner la soumission à l'arbitrage de n'importe quelle question : lieu de l'arbitrage ; loi applicable au fond et à la procédure ; langue(s) utilisée(s) ; délai ; identité du ou des arbitres ou de l'institution administratrice, ou mode de désignation de ceux-ci ; modalités de la contribution aux dépens ; limitation des recours éventuels ; etc.<sup>114</sup> Il s'agit d'un mécanisme destiné à préserver les contrats de l'influence des ordres juridiques et de leurs juridictions, et qui parfois inclut des clauses d'exécution volontaire : de là naît une sorte de système juridique commercial transnational. De façon imagée, on peut dire que les opérateurs du commerce international placent leurs controverses dans un environnement neutre, qui

112. E. Kanaan et J. I. El-Koury, « Domaine de la clause compromissoire », *Rev. dr. aff. int.*, 1993, pp. 310 ss.

113. Voir, sur ce problème concret, F. E. Klein, « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 255 ss. et pp. 479 ss., spéc. pp. 489-491, et H. Motulsky, « L'évolution récente en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1959, pp. 3 ss., spéc. pp. 9-10.

114. H. Verbist, « Le lieu de l'arbitrage dans le processus de négociation et de rédaction d'une clause d'arbitrage », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 220 ss. ; E. Verdura y Tuells, « La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral », *RCEA*, t. XI, 1995, pp. 35-57.

n'est pas influencé par la meilleure connaissance qu'aurait une des parties de son système juridique national, tant au fond qu'en ce qui concerne la procédure. Tel est le point de départ et l'essence même de l'institution arbitrale.

Toutefois, la convention d'arbitrage évolue dans un domaine de la réalité juridique — celui du règlement des différends — qui est déjà couvert et gouverné par la juridiction étatique. Et les relations, en termes de compétence-incompétence, entre arbitrage et juridiction étatique doivent être définies avec soin. Ce nouveau domaine d'intervention judiciaire touche à l'efficacité même de la convention d'arbitrage chaque fois que l'une des parties qui l'ont conclue s'oppose expressément ou tacitement au commencement de la procédure arbitrale. En général, le contact entre elles se produit lorsque la partie hostile à l'arbitrage présente une demande devant la juridiction ordinaire; mais il peut aussi résulter, dans les systèmes juridiques qui l'admettent, d'une contestation directe de la validité ou de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Il se peut aussi qu'aucune de ces hypothèses ne se produise; mais dans la mesure où le présent cours a pour objet d'étudier l'intervention du juge national et les problèmes qu'elle suscite, nous n'examinerons pas les effets processuels positifs de la convention d'arbitrage qui existent à l'égard des seuls arbitres et indépendamment de toute intervention étatique.

32. Il importe, afin d'éviter des controverses conceptuelles ultérieures, de définir d'emblée la nature des relations entre juridiction et arbitrage à ce stade. Apprécier l'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard des tribunaux étatiques, c'est vérifier que cette convention réunit les éléments et conditions nécessaires pour que la compétence des tribunaux soit considérée comme écartée<sup>115</sup>. En dehors des oppositions concrètes qui peuvent surgir à cet égard entre les parties, la question ainsi posée revêt une importance considérable. Il ne faut pas perdre de vue que les juridictions étatiques sont «naturellement» compétentes pour connaître de tous les litiges pour lesquels leur ordre juridique leur donne une compétence judiciaire internationale<sup>116</sup>. C'est sur cette sphère de compétence, proche du

115. D'un point de vue procédural et général, voir M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, pp. 219 ss.

116. Dans le cas de l'Europe communautaire, les tribunaux des Etats membres sont compétents dans les hypothèses et aux conditions fixées par la Convention de Bruxelles de 1968. De cette façon, les opérateurs du commerce savent à l'avance à quel tribunal s'adresser.

concept de juridiction<sup>117</sup>, qu'agit la convention d'arbitrage en soustrayant certains litiges à la connaissance des tribunaux nationaux. Pour cela, les ordres juridiques nationaux exigent sans exception la réunion de deux circonstances : en premier lieu, que le litige porte sur des questions susceptibles d'être soumises à arbitrage et, en second lieu, que les parties soient convenues de le soumettre à la décision des arbitres. Si ces deux conditions sont réunies, la compétence judiciaire internationale des tribunaux étatiques diminue dans l'exacte mesure où s'accroît la compétence arbitrale (de façon directement proportionnelle). Mais il ne faut pas oublier l'hypothèse de départ : les arbitres sont compétents, en vertu de la convention d'arbitrage, pour connaître de litiges « naturellement » attribués à une juridiction nationale, quelle qu'elle soit. Cela implique que, lorsqu'une partie s'oppose à l'exécution de la convention d'arbitrage et forme une demande devant une juridiction étatique, celle-ci doit se déclarer incompétente pour de justes motifs : le principe de légalité et la prohibition du déni de justice l'exigent. Dans ce cas, le principe de légalité implique que le tribunal national examine la cause de son incompétence conformément aux règles dont dépend, dans son ordre juridique, l'efficacité de l'arbitrage<sup>118</sup>. Pour sa part, la prohibition du déni de justice lui impose de vérifier que les arbitres disposent d'une compétence leur permettant de trancher le litige. Tout cela signifie que lorsqu'un tribunal étatique est saisi par une des parties, sa déclaration d'incompétence doit être régulière et motivée ; qu'en définitive, le tribunal apprécie la cause de son incompétence : la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage.

33. L'examen de cette question oblige à se prononcer préalablement, même de façon très générale, au sujet de la nature et des effets de la convention d'arbitrage. Et cela conduit nécessairement à prendre position sur la nature de l'institution arbitrale, laquelle influe directement sur le fonctionnement de cette convention. La

117. Voir la délimitation de ces concepts par J. C. Fernández Rozas et S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1999, pp. 79 s.

118. A l'exclusion d'autres règles, comme celles qui visent à délimiter les hypothèses d'incompétence lorsque le litige est du ressort d'autres juridictions nationales. La confusion entre les causes d'incompétence produit, ainsi que nous le verrons, des résultats très fâcheux. Voir E. Artuch Iriberry, « Comentario a la sentencia de 18 de febrero de 1993 », *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, vol. 32, 1993, pp. 459-471, où sont analysées les conséquences d'une application à la convention d'arbitrage des règles relatives aux dérogations de for.

définition de la nature juridique de la convention d'arbitrage ou de l'ensemble de l'institution arbitrale ne permet que dans une faible mesure de caractériser celle-ci — opération qui, ainsi que nous le verrons, est nécessairement complexe. Mais cette définition est utile s'agissant d'en évaluer fonctionnellement le résultat, en tant que mécanisme destiné à faciliter l'articulation et l'explication des règles et principes intervenant dans le résultat final.

Si la convention arbitrale est bien le résultat d'un accord de caractère privé intervenu entre les parties, sa finalité ne peut qu'être éminemment processuelle. Et cette finalité processuelle a suscité en doctrine de nombreux débats au sujet du caractère juridictionnel que revêtirait la convention d'arbitrage en dépit de son origine clairement contractuelle. En d'autres termes, les suites processuelles attachées par la loi à la convention d'arbitrage et l'autorité de la chose jugée reconnue à la sentence donnent à la convention et à l'arbitrage des caractéristiques spécifiques et peu unitaires<sup>119</sup>. Comme il a déjà été dit, la convention d'arbitrage, pour pouvoir être invoquée devant les juridictions étatiques, doit déployer toute son efficacité processuelle, orchestrée dans les actes de procédure pertinents. A partir de ce constat se sont développées en doctrine des controverses aussi nombreuses qu'infructueuses<sup>120</sup>.

Néanmoins, la polémique concernant la nature de la convention d'arbitrage ne saurait être assimilée à un exercice de pure rhétorique. Derrière elle transparait une technique fondamentale et l'un des points de départ du droit international privé: la qualification. En effet, il importe avant d'aborder la question de la loi applicable de qualifier juridiquement la situation de fait. Si la qualification est de nature procédurale, les règles du for seront applicables *qua lex fori regit processum*. Si au contraire cette qualification est contractuelle, le tribunal recherchera, conformément à la méthode des rattachements, l'ordre juridique appelé à régir la situation litigieuse. Pour cette raison, et compte tenu de la forte internationalisation de l'arbitrage, il est essentiel de distinguer les questions purement procédurales de celles qui sont d'ordre contractuel. Tel est le sens qu'il convient de donner à l'utilisation de la qualification préalable dans

119. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

120. Voir *supra*, n° 8, et, pour un examen complet des possibilités théoriques en droit comparé, A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration. A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West Germany Law*, Zurich, 1989, pp. 31-75.

le développement et les effets d'une convention d'arbitrage. C'est pourquoi il est inopportun de considérer la convention d'arbitrage comme un accord purement procédural, accessoire au contrat. Il n'est pas plus pertinent d'assimiler l'arbitrage à un simple équivalent juridictionnel, non seulement parce qu'une telle thèse néglige certains aspects de l'institution, mais aussi parce qu'elle peut provoquer des heurts entre l'institution arbitrale et la juridiction entendue comme une prérogative étatique<sup>121</sup>. En outre, si les parties conviennent dans leur contrat de soumettre à l'arbitrage leurs différends à venir, elles le font exclusivement dans les domaines autorisés par la loi.

Les juridictions étatiques voient donc leur champ de compétence dans l'ordre international autolimité. Et, même dans les domaines qui sont de leur compétence, certains litiges peuvent leur être soustraits par la volonté des parties. Cela implique que le concept d'arbitrage est distinct de celui de juridiction, nationale ou étrangère, et que la convention d'arbitrage qui en est à l'origine ne constitue pas une clause attributive de juridiction puisqu'elle ne désigne ni l'une ni l'autre<sup>122</sup>. Il ne faut pas pour autant en déduire que l'arbitrage et la juridiction soient deux concepts étanches ; au contraire, la négation de la compétence étatique doit emprunter la voie processuelle et, comme chacun sait, les interventions juridictionnelles sont essentielles tout au long de l'arbitrage. Mais lier étroitement l'arbitrage à la notion de juridiction étatique augmente significativement la difficulté d'associer une sanction légale à cet acte juridique privé.

34. Dans cette perspective, il faut en outre s'interroger sur la relation qu'entretient l'arbitrage avec le droit à une protection judiciaire effective. D'un point de vue juridictionnaliste, la convention d'arbitrage entrerait en conflit avec le principe énoncé dans les constitutions modernes selon lequel l'Etat est exclusivement compétent pour juger et faire exécuter ce qui a été jugé, principe dont le respect

<sup>121</sup>. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 46. La conceptualisation de la nature de la convention d'arbitrage est un présupposé à son traitement ; si l'on accentue l'une quelconque de ses composantes au détriment des autres, ce traitement sera forcément déséquilibré. Voir P. Schlosser, *Das recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, vol. I, Tübingen, 1985, pp. 190-192.

<sup>122</sup>. P. Lalive, « Problèmes relatifs à l'arbitrage... », *loc. cit.*, p. 586. L'auteur précise la différence essentielle entre la convention d'arbitrage et les clauses attributives de compétence. Tandis que les secondes transfèrent la compétence d'un tribunal national à un autre, la convention d'arbitrage crée la compétence arbitrale de toutes pièces.

s'impose aux juges et aux tribunaux<sup>123</sup>. On ne peut en effet admettre, sans être en nette contradiction avec la constitution, qu'en vertu de la convention d'arbitrage l'arbitre exerce la fonction juridictionnelle que la constitution réserve aux juges et aux tribunaux. Si l'on admettait que la convention d'arbitrage opère un transfert de pouvoir juridictionnel aux arbitres, ceux-ci seraient dans l'obligation de respecter et donner effet aux droits constitutionnels, ce qui ne semble pas être la tâche de l'arbitre en tant que tel. Que l'arbitrage ne doive pas porter atteinte à ces droits ni conduire les parties à y renoncer, cela est indiscutable. La convention d'arbitrage n'implique pas une renonciation des parties à leurs droits fondamentaux et à la protection des tribunaux. Le droit de s'adresser aux juges et aux tribunaux ne disparaît à aucun moment ; bien au contraire, il est à tout moment une garantie pour les parties. Pour ce qui nous intéresse, à savoir l'invalidité ou l'inefficacité de la convention qui est à l'origine de l'arbitrage, la voie judiciaire demeure ouverte afin de garantir le droit à une protection judiciaire effective. Si au cours de l'arbitrage les droits fondamentaux de la défense ont été violés, il demeure également possible de contester la sentence, non pour inconstitutionnalité mais pour illégalité.

35. Tel est le point de départ des relations entre juridiction et arbitrage. Evidemment, la convention n'est pas seulement un contrat qui ne produirait d'effets qu'entre les parties. Mais elle n'est pas non plus un simple accord d'élection de for, puisqu'elle exclut tous les fors dans leur intégralité. On peut affirmer qu'en accentuant l'aspect juridictionnel de l'arbitrage on aboutit à un système de contrôle de la convention et de l'institution arbitrale : la surévaluation de la dimension processuelle conduit à assimiler les arbitres à l'ordre juridique de l'Etat dans lequel ils interviennent<sup>124</sup>. Au contraire, la prééminence de l'aspect contractuel aura pour conséquence un recours à l'autonomie de la volonté dans tous les cas. Cela résulte logiquement de ce que l'arbitre ne doit sa compétence qu'à la convention intervenue entre les parties, de sorte que, formellement déconnecté de tout système juridique, il ne doit en appliquer aucun plus qu'un autre. Si

123. J. C. Fernández Rozas, «La situación del arbitraje comercial en España. Perspectivas de futuro», *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 46-48.

124. Cette tendance, généralement admise en Espagne, est la cause des régressions constamment enregistrées dans le traitement jurisprudentiel de l'arbitrage. Pour une assimilation des sentences arbitrales aux décisions judiciaires, voir M. Virgós Soriano et F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, *op. cit.*, pp. 574-575.

la théorie juridictionnelle intègre l'arbitrage à l'ordre national, la théorie contractuelle ne parvient pas à expliquer sa parfaite efficacité ni les contacts qu'il peut avoir, avant ou après la procédure, avec les ordres juridiques nationaux<sup>125</sup>.

Le point de départ du présent cours est la négation même de ce qui précède. Il est évident que l'arbitrage, en raison des vicissitudes qu'il peut traverser, peut entrer en contact avec les juridictions nationales, ce qui discrédite la thèse contractualiste. Et il est également certain qu'une bonne partie des problèmes qui se posent s'expliquent par une mauvaise compréhension de ce que l'arbitrage implique pour une juridiction nationale : sa négation, à certaines conditions et dans le respect des procédures adéquates<sup>126</sup>. En raison de cette interaction entre effets processuels et effets contractuels, on peut affirmer que la convention d'arbitrage est un accord indépendant qui doit être traité comme tel.

## 2. *Efficacité négative*

36. L'effet négatif de la convention d'arbitrage montre clairement l'efficacité processuelle de ce contrat : la nature hybride de la convention d'arbitrage se manifeste dans sa dimension processuelle, non juridictionnelle, en interdisant aux tribunaux et aux juges étatiques de connaître de la même affaire. Comme il a été affirmé à juste titre, c'est cet effet qui altère le plus la nature contractuelle de la clause compromissoire et qui explique l'essor de la thèse juridictionnelle, par une surévaluation des effets négatifs ou processuels de la convention<sup>127</sup>. Néanmoins, si l'incompétence des juridictions étatiques est un effet important de la convention d'arbitrage, ce n'est pas le seul. Le rattachement, comme critère de localisation de la convention, au siège de l'arbitrage est la conséquence de l'idée exprimée : si l'arbitrage est une juridiction, il devra obéir aux règles applicables sur le territoire où il siège. La Convention de New York elle-même, en matière de reconnaissance et d'exécution, reconnaît un caractère international à la sentence arbitrale lorsque celle-ci a été

125. De façon suprenante, le Parlement européen a semblé accueillir cette thèse dans sa résolution sur la promotion du recours à l'arbitrage pour le règlement des conflits juridiques de juillet 1995 (*Rec. D.*, 1995), en affirmant que l'arbitrage présente « un caractère particulier, soumis à aucun droit national ».

126. H. Motulsky, « Etudes et notes sur l'arbitrage », *Ecrits*, t. I, p. 9, conteste qu'arbitrage et juridiction soient deux concepts étanches, comme le démontrent précisément l'exception d'incompétence et le régime des recours.

127. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 225.



rendue hors du territoire de l'Etat requis<sup>128</sup>. Et il est certain que l'efficacité accessoire de la convention d'arbitrage doit respecter les règles procédurales établies par la loi de cet Etat; en revanche, à la différence de tout autre contrat, la validité substantielle de la convention n'est pas nécessairement régie par la loi de cet Etat.

Les règles relatives aux effets négatifs de la convention d'arbitrage sont énoncées aux articles II, paragraphe 3, de la Convention de New York<sup>129</sup> et VI, paragraphe 3, de la Convention de Genève<sup>130</sup>. Ces textes optent pour une formulation dualiste qui n'a pas toujours été accueillie ni correctement interprétée par les tribunaux qui ont eu à les appliquer<sup>131</sup>. Des exemples d'une application correcte existent cependant, comme ce fut le cas dans l'affaire *The Marqués de Bolarque*<sup>132</sup> où le juge anglais, appliquant le droit espagnol, déclara valable et efficace une clause d'arbitrage maritime soumise au droit espagnol, en application de l'article II, paragraphe 3, de la Convention de New York.

Il convient d'insister sur le fait que l'effet négatif de la convention d'arbitrage ne signifie pas que son contraire, l'effet positif processuel, ait pour conséquence d'intégrer les arbitres dans un quelconque ordre juridictionnel. La compétence des arbitres est un effet procédural attaché à un accord privé et, en tant que telle, elle ne confère pas à ses destinataires un pouvoir juridictionnel mais un pouvoir de décision<sup>133</sup>. Pour cette raison, l'effet positif processuel se conçoit, au

---

128. Voir A. J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, La Haye, 1981, pp. 28-43.

129. «Le tribunal d'un Etat 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.»

130. «Lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des Etats contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale.»

131. B. M. Cremades, «Les effets de la clause d'arbitrage dans la jurisprudence espagnole récente», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 83-89.

132. Queen's Bench Division, Commercial Court, 6, 7 et 8 décembre 1983, *Lloyd's Law Reports*, 1984, 1, pp. 652 ss.; *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 137-143 et note J. M. Vulliemin.

133. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, op. cit., p. 227.

sens strict, comme une obligation faite aux parties de soumettre leurs différends à la décision des arbitres ; et dans bon nombre de cas cette première intervention est tout simplement inexistante : si les parties respectent l'obligation qu'elles ont assumée dans la convention d'arbitrage, la compétence arbitrale est un fait indiscutable<sup>134</sup>. Il arrive cependant que l'une d'elles rechigne à s'y soumettre et qu'une autorité judiciaire soit appelée à intervenir, non pas directement dans l'arbitrage, mais pour se prononcer sur sa propre incompétence. Comme il a déjà été affirmé, l'exclusion de la compétence judiciaire internationale du juge national est une question suffisamment sérieuse pour mériter un examen attentif. Dans ces conditions, si les règles procédurales de l'ordre juridictionnel partiellement incompétent en vertu de la convention ne jouent aucun rôle dans la détermination des pouvoirs de l'arbitre, elles régissent la déclaration d'incompétence des juges. La Cour suprême espagnole s'est prononcée en ce sens. Saisie d'une exception d'incompétence juridictionnelle en application d'une convention d'arbitrage, elle a affirmé qu'il

« est inapproprié de parler d'incompétence ou d'absence de juridiction, comme d'absence de juridiction objective, le concept de juridiction devant être entendu de façon unitaire car il désigne le pouvoir des juges et tribunaux de juger et de faire exécuter ce qui a été jugé, de sorte qu'on ne peut concevoir une division de la juridiction en deux branches, l'une publique et l'autre privée. En conséquence, le pouvoir des arbitres, en tant que puissance arbitrale, est la conséquence de la liberté contractuelle et leur est conféré par la volonté des parties à un rapport de droit déterminé. »<sup>135</sup>

L'efficacité négative de la convention d'arbitrage s'impose de manière impérative, comme en témoigne l'article II de la Convention de New York en renvoyant les parties à l'arbitrage convenu, même si ce dernier demeure accessoirement soumis aux règles de procédure de l'Etat dont les tribunaux perdent leur compétence en vertu d'une exception de fond. En conséquence, le juge ne peut se déclarer compétent qu'en établissant la nullité ou l'inefficacité de la convention. Et, bien que les législations étatiques montrent certaines

134. Voir Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 396-402.

135. Cour suprême, 23 décembre 1991, *RCEA*, vol. VII, 1992, p. 134.

différences, on observe une convergence en ce sens que le juge saisi d'une exception d'incompétence fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage, après avoir vérifié la validité de la convention d'arbitrage, manifeste une certaine disposition à se déclarer incompétent<sup>136</sup>. Certes, en pratique, l'efficacité négative de la convention peut être diminuée en raison de normes matérielles manquant de souplesse ou d'une législation processuelle tendant à empiéter sur les questions arbitrales. Nonobstant, l'étendue et le contenu de l'effet négatif ne peuvent être exactement transposés dans l'effet positif processuel de la convention d'arbitrage<sup>137</sup>. En outre, la forme que prend l'effet négatif dépend en bonne partie de l'extension en pratique de la compétence-compétence reconnue aux tribunaux arbitraux, laquelle est aussi un effet processuel — mais cette fois positif — de la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage produit donc un effet obligatoire en tant qu'elle est un contrat et deux séries d'effets processuels, en tant qu'accord portant sur la compétence : déroatoires à l'égard des juges, attributifs à l'égard des arbitres.

37. Alors que sont écrites ces lignes, un double procès judiciaire et arbitral vient de s'achever qui illustre à la perfection notre propos. Le 30 septembre 1998, CCT, société commerciale ayant son siège à Panama, formait une demande contre FCC, domiciliée en Espagne. La demande portait sur un contrat de construction conclu entre les parties et soumis aux *Conditions FIDIC* relatives aux contrats d'ingénierie civile. La clause 67 de ces *Conditions* prévoit le règlement des éventuels litiges entre les parties par le biais d'une méthode combinant un *référé préarbitral* obligatoire, qui a lieu devant l'ingénieur, et une seconde étape, purement arbitrale, pour les litiges qui n'auraient pas été réglés par l'intervention de l'ingénieur<sup>138</sup>. Mais, dans l'affaire rapportée, le cours normal des événements préalables à l'arbitrage fut perturbé par une activité judiciaire frénétique des deux parties devant les tribunaux panaméens. L'exercice par chaque partie

136. La loi type CNUDCI énonce à cet égard :

«Le 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 au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend.»

137. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 230.

138. Sur le caractère et l'étendue de l'intervention de l'ingénieur dans la phase préarbitrale, voir Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 20-21.

d'actions provisoires ou préventives précipita le dépôt de leurs conclusions au fond, toutes deux relatives à l'objet de la convention d'arbitrage<sup>139</sup>. A partir de ce moment, l'affaire se dédoubla, pour suivre deux voies parallèles indépendantes l'une de l'autre : d'un côté, la procédure judiciaire entraînait dans sa phase processuelle, de l'autre, l'arbitrage localisé à Genève se heurtait à l'exception d'incompétence arbitrale soulevée par la défenderesse, FCC. Pour simplifier et ne retenir que les éléments qui nous intéressent ici, le débat judiciaire se focalisa sur une question purement processuelle : l'exception d'incompétence, soulevée par CCT devant le Juez Cuarto de Circuito et fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage, avait-elle été valablement invoquée ? Il convient de signaler que la loi applicable à cette question était exclusivement la loi panaméenne, elle seule pouvant fixer le délai dans lequel doit être soulevée l'exception d'incompétence. Tandis que l'arbitrage suivait son cours, les tribunaux panaméens, se prononçant sur un premier recours, décidèrent que l'exception avait été soulevée par CCT dans le délai exigé<sup>140</sup> et qu'en conséquence toute la procédure accomplie devant le Juez Cuarto devait être annulée. Toutefois, la législation panaméenne — qui demeurerait applicable au procès — autorise dans ce type de cas un recours devant la Corte Suprema de Justicia. Saisie, la Corte Suprema estima que l'exception avait été soulevée hors délai et renvoya en conséquence l'affaire devant le Juez Cuarto de Circuito<sup>141</sup>. En d'autres termes, près de trois ans après avoir été saisis de la demande, les tribunaux panaméens se déclaraient finalement compétents, et cela pour une seule raison : indépendamment de la validité de la convention d'arbitrage ou du fonctionnement de la clause 67 FIDIC, ce qui est certain, c'est que l'effet négatif de la convention d'arbitrage fut défectueux. Et il le fut tout simplement parce qu'il ne fut pas mis en œuvre dans le délai exigé par les règles de procédure panaméennes.

Entre-temps, le tribunal arbitral se déclarait compétent, accueillant l'efficacité positive de la convention d'arbitrage conformément

---

139. En effet, FCC agissait le 12 mars 1998 contre CCT devant le Juez Cuarto de Circuito de Panamá ; pour sa part, CCT agissait le 17 du même mois contre FCC devant le Juez Cuarto.

140. Décision du Primer Tribunal Superior de Justicia du 23 février 1999, révoquant la décision n° 1796, du 26 juin 1998, par laquelle le Juez Cuarto s'était estimé compétent pour connaître du litige, l'exception d'incompétence ayant été soulevée hors délai.

141. Décision de la Corte Suprema du 22 janvier 2001.

aux règles FIDIC<sup>142</sup>. Certes, l'arbitrage n'avait pas lieu d'être influencé par les règles procédurales panaméennes sur la compétence judiciaire des tribunaux panaméens et les moyens de contester celle-ci. Le siège de l'arbitrage étant situé à Genève, seuls les tribunaux suisses étaient compétents pour contrôler la sentence rendue. Et si cette question est évoquée ici, c'est pour la raison suivante : alors que les tribunaux panaméens se déclaraient compétents pour connaître du litige, la sentence arbitrale faisait l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral suisse. Deux juridictions nationales avaient donc à connaître d'un même litige sous des angles différents. Tandis que les tribunaux panaméens devaient examiner son efficacité négative, purement processuelle, les tribunaux suisses étaient saisis de son efficacité positive, appelés à se prononcer sur la validité de la création d'une compétence arbitrale. Le 17 mai 2001, le Tribunal fédéral suisse prononçait la nullité de la sentence arbitrale du 30 novembre 2000 et, en conséquence, déclarait le tribunal arbitral incompétent.

38. Comme le montre l'affaire rapportée, c'est l'efficacité négative de la convention d'arbitrage qui interdit aux tribunaux étatiques de connaître des mêmes questions que celles soumises à l'arbitrage. Cependant, cette efficacité négative passe nécessairement par une phase processuelle qui peut se révéler très lourde. Ce qui fait difficulté dans la plupart des pays d'Amérique latine, ce n'est pas l'articulation processuelle interne de l'exception d'incompétence, mais l'absence de dispositions évoquant expressément l'efficacité négative de la convention d'arbitrage dans les diverses lois d'arbitrage. Si l'on y ajoute qu'une manœuvre dilatoire, consistant à saisir le juge, peut empêcher la procédure arbitrale de suivre son cours, on comprend l'importance de l'affaire qui vient d'être évoquée<sup>143</sup>. On peut affirmer aujourd'hui que les réformes introduites en Amérique latine reconnaissent, comme il a été signalé, l'efficacité processuelle de la convention d'arbitrage. La jurisprudence l'applique elle aussi en pratique, se conformant en cela à une tendance internationale inspirée de l'article 8 de la loi type. On constate une évolution identique

---

142. Sentence interlocutoire du 30 novembre 2000, adoptée par la majorité des arbitres, une voix s'opposant à la déclaration de compétence.

143. Dans cette affaire, si l'arbitrage avait eu pour siège le territoire panaméen, la déclaration de compétence judiciaire aurait fait obstacle à la poursuite de l'arbitrage. L'article 1414 du Code de procédure édicte une présomption de renonciation tacite à la convention d'arbitrage lorsque, une fois introduite la demande en justice, le défendeur ne soulève pas à temps l'exception pertinente. Tel était le fondement de la compétence judiciaire dans l'affaire rapportée.

s'agissant de reconnaître au tribunal arbitral la faculté de se prononcer sur sa propre compétence, y compris lorsque sont invoquées des exceptions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage<sup>144</sup>.

## *II. Efficacité négative de la convention d'arbitrage et recours devant les tribunaux*

### *1. Devoir d'abstention du juge*

39. L'instance arbitrale se déroule devant les arbitres et ceux-ci établissent conjointement avec les parties les règles qui lui sont applicables. Dans cette perspective, les tribunaux de justice n'ont pas leur mot à dire. Bien plus, le meilleur soutien que puisse apporter un juge au déroulement d'une procédure arbitrale consiste à s'abstenir de toute immixtion dans les litiges soumis aux arbitres<sup>145</sup>. En d'autres termes, le juge doit en règle générale s'abstenir d'intervenir dans un litige que les parties ont choisi de régler en empruntant la voie arbitrale. Cette règle n'a toutefois plus lieu de s'appliquer lorsque les parties elles-mêmes, en dépit de ce choix, décident expressément de s'adresser au juge et renoncent d'un commun accord à l'arbitrage. Cette question ne fait pas de difficulté, pas plus que l'hypothèse dans laquelle le défendeur s'oppose opportunément en soulevant l'exception d'arbitrage. Cette question sera abordée ultérieurement.

La situation est tout autre lorsque la renonciation est tacite, c'est-à-dire lorsque malgré l'existence d'une clause compromissoire le demandeur adresse sa demande au juge et que le défendeur ne s'y oppose pas immédiatement ou, s'y opposant, soulève un incident de procédure sur lequel le juge doit se prononcer. La réponse à ce type de difficulté varie selon le système dans lequel on se trouve, mais les solutions tendent à converger. Concrètement, en Belgique<sup>146</sup>, aux Pays-Bas<sup>147</sup> ou en Suisse<sup>148</sup>, le juge est autorisé à examiner la vali-

144. Le principe de compétence-compétence est réaffirmé, entre autres, par les articles 6 LAV, 207, al. 1 et 2, LAC, 37 LACR, 1432 et 1433 C. com. mexicain, 17 LAP et 39 LGA.

145. « Si le juge coupe l'herbe sous les pieds des arbitres, l'arbitrage n'a plus de raison d'être » (Cf. H. Van Houtte, « Le juge et l'arbitre. Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, p. 28).

146. Art. 1679, al. 1, CJ.

147. Art. 1022, al. 1, CPC.

148. Art. 7 LDIP. S'agissant de cette disposition, on consultera avec un intérêt particulier la décision rendue dans l'affaire *Westland* par le Tribunal fédéral le 19 avril 1994, *Bull. ASA*, 1994, pp. 404 s.

dité de la convention d'arbitrage, mais les lois d'arbitrage donnent aux arbitres la même faculté (la *Kompetenz-Kompetenz*), ce qui peut conduire à l'existence de procès parallèles si le juge comme l'arbitre s'estiment fondés à poursuivre la procédure. Il est certain qu'une grande majorité des législations nationales reconnaissent à leurs juges la faculté de vérifier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, comme il a été dit plus haut, parce que de cette dernière dépend leur propre incompétence ; il est dès lors indifférent que les arbitres aient eu ou non l'occasion de se prononcer à cet égard. Deux raisons expliquent cette politique législative : le respect de la décision du juge sur sa propre compétence et un principe d'économie de moyens qui incite à régler en un seul acte l'incident intervenu. Il existe en revanche deux raisons de douter de son efficacité. En premier lieu, et il s'agit là d'un argument purement empirique, le règlement du problème de compétence judiciaire peut prendre plusieurs mois et même plusieurs années ; comme nous le verrons ultérieurement, selon la législation processuelle applicable, la question de l'exception d'arbitrage peut ne pas être réglée avant le prononcé de la sentence<sup>149</sup>. En second lieu, même si le fait qu'une exception soit pendante devant les tribunaux étatiques n'empêche pas l'arbitrage de suivre son cours, il est indéniable que la situation comporte, surtout si elle est internationale, une bonne dose d'insécurité juridique. Dans deux instances indépendantes l'une de l'autre, des juges et des arbitres souvent situés dans des Etats distincts et ayant de la même réalité juridique une perception très différente, vont être appelés à se prononcer sur une même affaire. On ne peut éviter un conflit entre deux principes antagonistes : la légalité, qui oblige le juge national à justifier son incompétence, et la sécurité juridique associée à l'exigence d'efficacité, qui invitent à laisser à la seule instance arbitrale le soin d'apprécier sa propre compétence<sup>150</sup>. Pour éviter une telle confrontation, le droit français autorise seulement le juge à constater l'inefficacité de la clause compromissoire lorsqu'elle est « manifes-

149. Telle était la situation qui prévalait en Espagne en application de l'ancienne LEC, art. 533, al. 8, qui, pour les jugements ordinaires impliquant des sommes peu importantes, n'exigeait pas qu'il soit statué préalablement et de façon incidente sur l'exception, de sorte que celle-ci pouvait être examinée avec le fond du litige. La situation a changé avec l'entrée en vigueur de l'actuelle LEC, en date du 8 janvier 2001.

150. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 423-426, justifient la politique législative française, que partage également la Convention de Genève, par la nécessité de garantir la sécurité du système et de permettre aux arbitres de rechercher eux-mêmes la solution.



tement nulle»<sup>151</sup>. En ce sens, le contrôle effectué par le juge français devient une espèce d'examen *prima facie* dans lequel ne sont vérifiées qu'une sorte de validité apparente et l'existence formelle de la convention<sup>152</sup>.

Le principe est toutefois diversement accueilli par les autres systèmes juridiques, dans lesquels le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire et n'est pas tenu de se dire incompétent pour connaître d'une question soumise à l'arbitrage, du moins tant que l'arbitre lui-même ne s'est pas prononcé sur ce sujet. Tel est le cas du droit anglais, qui admet la possibilité de soumettre à la Commercial Court la question de la validité de la convention d'arbitrage tout au long de la procédure d'arbitrage; concrètement, si la convention d'arbitrage elle-même est contestée, la décision arbitrale n'a aucune valeur définitive et la partie qui s'y oppose peut s'adresser aux tribunaux afin de solliciter une déclaration d'invalidité<sup>153</sup>. Le droit anglais part du principe que la clause compromissoire n'a aucune incidence sur les pouvoirs du juge normalement compétent et qu'elle peut tout au plus conduire à une suspension de l'instance judiciaire si le juge l'estime opportun; si toutefois il existe dans l'arbitrage un élément d'extranéité, le juge sera tenu de suspendre l'instance et ne pourra la reprendre que lorsqu'il estimera que la clause est caduque ou que son exécution est impossible<sup>154</sup>. Autrement dit, rien ne s'oppose à ce que l'arbitre examine sa propre compétence, mais sa décision à cet égard aura une portée limitée, réduite à la phase postarbitrale: si la sentence n'est pas annulée, cette décision subsiste inchangée et il n'est pas nécessaire de recommencer la procédure d'arbitrage<sup>155</sup>.

40. La Convention de New York n'a certes pas pour objet de garantir l'efficacité négative de la convention d'arbitrage, mais elle en régleme néanmoins les effets. Son article II, paragraphe 3,

151. Art. 1458, al. 2, NCPC.

152. Toute autre question affectant la validité formelle ou substantielle de la convention doit être soumise aux arbitres. Le meilleur exemple, peut-être parce qu'il porte sur une affaire très controversée, nous est donné par l'arrêt rendu le 19 mai 1993 par la cour d'appel de Paris, première chambre, section A (*Société Labinal c. Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, 4, pp. 957-979, note L. Idot, *ibid.*, pp. 979-989), dans lequel le juge français refuse de se prononcer sur l'arbitrabilité même du litige.

153. Court of Appeal, 4 novembre 1977, *Pickfords Removal Ltd. (UK) v. Mrs. Willcock (UK/Nueva Zelanda)*, *Yearbook CA*, vol. VII, p. 365.

154. Section 1 (1) de la loi d'arbitrage de 1975.

155. P. Gross, «Competence of Competence: An English View», *Arb. Int.*, vol. 8, 1992, p. 205.



oblige le juge à renvoyer les parties à l'arbitrage sauf s'il constate que «ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée». En d'autres termes, le juge doit avant toute chose se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage<sup>156</sup>. La solution retenue par cette disposition est claire et incontournable : les tribunaux étatiques sont incompétents pour connaître d'une question que les parties ont convenu de soumettre à arbitrage. Mais il n'est pas mis fin pour autant aux litiges que peuvent susciter des règles annexes, la disposition précitée demeurant silencieuse quant aux conditions et à la mise en œuvre de l'exception. Concrètement, le risque demeure que l'on échappe à son strict énoncé en invoquant dans chaque cas une présentation irrégulière de l'exception.

Pour sa part, la Convention de Genève est allée plus loin en ce qui concerne l'obligation d'abstention du juge national, qui s'étend même à l'existence et à la validité de la clause compromissoire. Ce texte distingue deux hypothèses. Il se peut tout d'abord qu'une des parties à la convention d'arbitrage forme une demande en justice avant que toute activité arbitrale ait commencé. Dans ce cas, le paragraphe 2 de l'article VI autorise les juges nationaux à examiner la cause de leur incompétence et énonce même une véritable règle de conflit permettant de se prononcer sur la validité et l'efficacité de la convention. La solution est ici parfaitement classique. La perspective change lorsque la demande en justice intervient alors que la procédure arbitrale est entamée, puisque le paragraphe 3 du même article interdit clairement aux juges nationaux de se prononcer sur la convention d'arbitrage. Nul doute que cette solution est pleinement favorable au principe de compétence-compétence et qu'elle implique dans ce domaine une prééminence de la compétence judiciaire sur la compétence arbitrale. Elle interdit en outre à la partie hostile à l'arbitrage toute manœuvre dilatoire. Et il convient de relever que cette seconde solution est applicable tant aux demandes portant sur le fond du litige formées devant les tribunaux nationaux qu'aux demandes relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage — dans les législations qui les admettent<sup>157</sup>. En définitive, il ne fait pas de doute que cette solution, tout comme la solution française, permet de se prémunir contre deux risques évidents : la coexistence de deux

156. Voir D. T. Warren, «The Concept of Null and Void in International Arbitration», *Arb. Jour.*, vol. 45, 1990, 4, pp. 57-59.

157. Ce qui est, ainsi que nous l'avons vu, le cas de la législation anglaise, la Grande-Bretagne étant partie à la Convention de Genève de 1961.

instances portant sur une même affaire et l'apparition de difficultés liées au fonctionnement des règles de procédure.

41. En vertu du paragraphe 1 de l'article 8 de la loi type, qui prend pour modèle le paragraphe 3 de l'article II de la Convention de New York, le tribunal étatique renvoie les parties à l'arbitrage si l'une d'elles lui soumet une demande portant sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. Le renvoi dépend d'une demande que chaque partie peut exercer au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend. Bien que cette disposition, à la supposer approuvée par un Etat adoptant la loi type, n'oblige par définition que les tribunaux de cet Etat, elle ne se limite pas aux conventions fixant l'arbitrage dans cet Etat; elle facilite par conséquent la reconnaissance et l'efficacité mondiales des conventions d'arbitrage commercial international. Elle contribuerait en ce sens à une unification largement souhaitée.

L'article 8 précité présente en outre l'avantage d'envisager les différentes hypothèses dans lesquelles la convention d'arbitrage va être analysée par le juge: il n'y a pas encore de sentence; la procédure n'a pas débuté; peut-être ne commencera-t-elle pas; il peut exister une incertitude quant au lieu où se déroulera l'arbitrage. Cette disposition reprend donc la solution de l'article II de la Convention de New York<sup>158</sup>. Sa rédaction constitue un progrès certain et devrait être prise en exemple tant par les lois nationales (dans lesquelles elle aspire à s'intégrer en tant que loi type) que par les instruments conventionnels. Elle permet de pallier dans une large mesure les inconvénients liés au particularisme processuel de chaque Etat, en déterminant le moment opportun pour soulever l'exception pertinente. Le juge national se voit clairement obligé de renvoyer les parties à l'arbitrage convenu dès lors que l'une d'elles allègue l'existence de la convention d'arbitrage « au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend ». Et l'exception peut être soulevée jusqu'au moment même où les parties commencent à exposer leurs prétentions au fond, ce qui permet d'éliminer le système des soumissions tacites aux tribunaux étatiques, à

---

158. A. Broches, « The 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. An Exercise in International Legislation », *NYIL*, 1987, pp. 15-17.

condition toutefois qu'elle soit opportunément invoquée. On peut d'autre part déduire des termes mêmes de l'article 8, sans forcer en rien la technique herméneutique, que le juge ou le tribunal étatique saisi d'une telle allégation doit immédiatement s'abstenir de connaître du litige, à moins qu'il ne constate dans la même phase du procès que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. On peut donc affirmer que la loi type a le mérite de résoudre l'un des problèmes liés aux législations étatiques : l'inconvénient processuel disparaît et cesse d'obéir aux particularismes nationaux, mais le contrôle au fond que le juge national peut exercer à ce stade subsiste. De cette façon, il n'est plus possible de se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage qui fonde l'exception dans la décision finale réglant le fond du litige. Est également écarté le risque le plus gênant, qui consiste à priver de sa finalité propre l'exception d'arbitrage. Celle-ci doit nécessairement être examinée préalablement et dans une décision distincte du jugement au fond pour atteindre son objectif : permettre à la convention d'arbitrage de produire ses effets dès le début, d'une manière rapide et efficace, sans retards anormaux ni doubles procès ; lui donner pour effet, comme les parties l'ont souhaité, d'empêcher juges et tribunaux de connaître des différends nés de leurs relations privées.

L'article 8 de la loi type intègre une règle de droit processuel qui a l'avantage d'éviter d'infructueuses tentatives de qualification de cette exception : déclinaoire ou non, dilatoire ou péremptoire ou donnant lieu à un jugement avant dire droit. Simplement, elle doit être invoquée au plus tard avec les premières conclusions au fond et son sort doit être réglé avant que le juge ou le tribunal ne commence à examiner le litige que les parties ont soumis à l'arbitrage. Et, si tel n'était pas le cas, le second paragraphe continue de faire prévaloir l'arbitrage en autorisant les parties, en dépit de l'action judiciaire introduite, à poursuivre la procédure arbitrale, y compris jusqu'au prononcé de la sentence<sup>159</sup>. En définitive, cette solution se caractérise par le refus de donner une qualification procédurale à l'exception d'arbitrage ou de se prononcer sur sa situation exacte en tant que question de compétence ou de juridiction. Les lois étatiques qui

---

159. Pour une application pratique, dans une législation nationale, des dispositions de la loi type, voir H. C. Alvarez, «Judicial Intervention and Review under the International Commercial Arbitration Act», *UNCITRAL Arbitration Model Law in Canada, Canadian International Commercial Legislation*, R. K. Paterson et B. J. Thompson, Toronto, 1987, p. 137.

ont incorporé cette disposition ont adopté à cet égard la même attitude. Elle permet d'éviter les divergences d'interprétation qui continuent d'exister au sujet de l'article VI de la Convention de Genève, dans la mesure où ce dernier laisse aux législations étatiques le soin de déterminer la nature procédurale ou substantielle de l'exception d'arbitrage et, en conséquence, sa mise en œuvre dans le procès. D'une manière plus générale (dans la mesure où elle est d'application universelle), la Convention de New York laisse subsister le même aléa en ne précisant pas le moment où doit être soulevée l'exception, justifiant aisément le recours à l'adage *lex fori regit processum*<sup>160</sup>. Il s'agit en définitive d'une réglementation matérielle et directe de l'exception, qui se tient dans un juste milieu entre les principes en conflit, et peut donner d'excellents résultats.

42. Le 9 octobre 1997, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) vénézuélienne se prononçait dans l'affaire *Embotelladora Caracas, C.A. y otras v. Pepsi Cola Panamericana, S.A.*<sup>161</sup> La clause 30 des contrats souscrits par les deux sociétés prévoyait que tout litige à naître entre les parties serait réglé par un arbitrage dont le siège était fixé à New York. Cette clause avait été conclue par un groupe de sociétés anonymes constituées et domiciliées au Venezuela, d'une part, et par une société constituée dans l'Etat américain du Delaware et domiciliée au Venezuela, d'autre part, qui avait pris la forme d'une société anonyme conformément à la loi vénézuélienne. Les contrats avaient été signés dans la ville de Purchase, Etat de New York, et devaient être exécutés au Venezuela. En dépit de la clause, Embotelladora Caracas, C.A., forma une demande en justice, mais le Tribunal de Primera Instancia déclina sa compétence et consulta la CSJ comme l'y obligeait l'article 62 du Code de procédure civile. La CSJ confirma la décision de première instance. Pour parvenir à cette solution, elle s'attacha à vérifier que la compétence des juridictions vénézuéliennes pouvait être écartée; l'arbitrage ayant pour siège les Etats-Unis d'Amérique, la CSJ jugea applicables les traités en vigueur entre ce pays et le Venezuela en matière d'arbitrage du commerce international, à savoir la Convention de Panama de 1975 et la Convention de New York. Ces deux instru-

160. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 239.

161. Voir E. Hernández-Bretón, «Aplicación judicial en Venezuela de los Convenios en materia de arbitraje comercial internacional (Comentario a la S CSJ de Venezuela de 9 de octubre de 1997)», *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 99-104.

ments régissent, d'une part, les questions relatives à la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères et, d'autre part, celles qui touchent à la reconnaissance de la convention d'arbitrage. C'est à ces dernières que s'intéressait la CSJ dans l'affaire rapportée. Aucun de ces deux textes ne précisant les types de conventions d'arbitrage auxquels il est applicable, la CSJ estima qu'il fallait appliquer la disposition la plus favorable à la réalisation des objectifs communs à ces deux traités : faire en sorte que les conventions d'arbitrage soient applicables conformément à leurs propres dispositions et que les sentences puissent être appliquées dans des pays distincts sans que soit nécessaire un examen préalable du fond du litige qu'elles tranchent (ces deux objectifs concourant à favoriser le recours à l'arbitrage dans le commerce international). En conséquence, la CSJ estima que la dérogation de compétence en faveur des arbitres était valable, à la condition que la convention fût « internationale »<sup>162</sup>, ce caractère devant être entendu dans son sens le plus large. Doivent ainsi être pris en compte tous les facteurs possibles, objectifs et subjectifs, relatifs aux parties et au rapport de droit dont est née la controverse, qu'ils soient légaux (nationalité, domicile, lieu de conclusion) ou bien économiques (transfert international de fonds, déplacement de biens et de services). La notion de contrat international doit donc être entendue de façon très large, c'est-à-dire en retenant non seulement des critères juridiques mais aussi économiques, de manière à n'exclure que les situations qui ne comporteraient aucun élément international, c'est-à-dire les contrats qui pour toutes les questions pertinentes se rattachent à un seul et même pays. Poursuivant son raisonnement, la CSJ estima que la Convention de New York ainsi que la Convention de Panama de 1975 étaient parfaitement applicables à l'espèce, puisque le contrat était international, compte tenu de l'importance que revêtent dans le commerce international les produits identifiés par la marque Pepsi-Cola. En conséquence, elle affirma que les juges de première instance s'étaient à bon droit déclarés incompétents en faveur d'un tribunal arbitral siégeant à New York.

43. Il existe une autre hypothèse dans laquelle le juge étatique peut être appelé à connaître de la convention d'arbitrage, afin là

162. Il ne s'agit pas d'un cas isolé. La jurisprudence française elle-même fait une distinction entre le traitement de la convention d'arbitrage interne et celui de la convention internationale. Voir Cour de cassation, 28 juin 1989, *Eurodif c. République islamique d'Iran*, *Rev. arb.*, 1989, p. 653, note Ph. Fouchard.

encore d'apprécier sa compétence judiciaire internationale, mais cette fois pour ordonner une mesure provisoire ou conservatoire associée à l'objet du litige. L'article 9 de la loi type pose le principe selon lequel l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires par les tribunaux judiciaires en vertu des lois processuelles nationales (par exemple, des saisies conservatoires) n'est pas incompatible avec une convention d'arbitrage. Comme l'article 8, cette disposition s'adresse aux tribunaux d'un Etat déterminé, puisqu'elle énonce que l'octroi de mesures provisoires est compatible avec la convention d'arbitrage indépendamment du lieu de l'arbitrage. Dans cette mesure, l'article 9 sera applicable que la demande ait été adressée aux tribunaux d'un Etat déterminé ou de tout autre pays. Quel que soit le lieu ou sera exercée cette demande, elle ne pourra être invoquée, en vertu de la loi type, à l'appui d'une exception mettant en cause l'existence ou l'efficacité de la convention d'arbitrage.

De façon similaire, l'article VI, paragraphe 4, de la Convention de Genève interdit de considérer une demande de mesures provisoires ou conservatoires comme incompatible avec l'efficacité processuelle de la convention d'arbitrage. Ainsi la Convention de Genève empêche de faire du recours aux tribunaux une hypothèse de renonciation tacite à la convention d'arbitrage et ce, indépendamment des règles procédurales de l'Etat requis<sup>163</sup>. Cette considération n'est pas sans importance. De nombreuses législations exigent que la demande d'une saisie conservatoire soit suivie, dans un délai variable, de la présentation d'une demande au fond. Cela s'explique par la nature même de ce type de mesures, provisoire et préventive, qui nécessite une confirmation postérieure. Essentiellement temporaires, ces mesures doivent pouvoir faire l'objet d'une ratification. La question sera abordée ultérieurement; pour l'heure, il suffit de signaler que l'idée selon laquelle cette confirmation au fond peut résulter aussi bien d'une procédure arbitrale que d'une procédure judiciaire consti-

163. Lesquelles peuvent opter pour une solution exactement inverse. La pratique espagnole en est un bon exemple. La législation processuelle antérieure à la réforme de 2000 exigeait qu'une demande au fond soit présentée dans le mois suivant la demande de mesure provisoire (art. 1411 et 1428 LEC). Cette exigence était interprétée de façon stricte par les tribunaux, qui exigeaient la présentation d'une demande exclusivement judiciaire confirmant la mesure demandée, ce qui supposait une renonciation tacite à la convention d'arbitrage. Puis, dans une évolution notoire, les tribunaux acceptèrent que la mesure provisoire soit confirmée par une demande arbitrale. Voir Audiencia Provincial de Cádiz, 12 juin 1992, *Bahía Industrial, S.A. c. Eintacar-Eimar, S.A.*, RCEA, vol. VIII, 1992, p. 221, note S. Barona Villar, pp. 222-230.

tue l'une des avancées majeures de la pratique de l'arbitrage dans la seconde moitié du vingtième siècle. Dans le cas de mesures antérieures à la procédure, l'arbitrage est perçu comme un bon moyen de garantir le caractère temporaire de celles-ci, le fait de solliciter une telle mesure ne valant par ailleurs aucunement renonciation à la convention d'arbitrage<sup>164</sup>.

La position inverse aboutit à une totale inefficacité. Il suffit de rappeler ici l'affaire *CCT c. FCC* précitée. On se souvient que la coexistence de trois instances judiciaires à Panama et d'une instance arbitrale en Suisse avait pour origine une tentative désespérée d'obtenir des mesures conservatoires tout en engageant une procédure d'arbitrage. Mais cela présentait un inconvénient : la législation panaméenne en matière de procédure exige, pour que soit maintenue la mesure conservatoire<sup>165</sup>, que les tribunaux judiciaires compétents soient saisis d'une demande au fond. En pratique, une telle exigence crée une incompatibilité entre la procédure conservatoire et la procédure arbitrale ; non pas parce que la mesure conservatoire suppose une renonciation tacite, mais parce que cette renonciation est indispensable au maintien de la mesure ordonnée.

## 2. Exceptions procédurales liées à l'existence de la convention d'arbitrage

### a) Efficacité processuelle de la convention à l'égard de l'activité judiciaire

44. Les juges étatiques peuvent être saisis de la convention d'arbitrage avant ou au même moment que les arbitres eux-mêmes. Le problème essentiel, comme on peut le concevoir, consiste à harmoniser le fonctionnement de l'institution arbitrale et le traitement que peut recevoir devant un tribunal étatique la convention qui lui sert de

<sup>164</sup>. La CJCE elle-même, dans la décision *Van Uden, loc. cit.*, aborde de façon très naturelle le traitement des mesures conservatoires associées à un arbitrage. Elle considère en effet que, en ce qui concerne l'octroi de ces mesures en application de l'article 24 de la Convention de Bruxelles, le fait que l'organe saisi du fond du litige soit de nature arbitrale est indifférent.

<sup>165</sup>. FCC avait sollicité et obtenu la saisie conservatoire d'une garantie à première demande donnée par la BEX en faveur de CCT, pour garantir l'exécution du contrat. Pour sa part, CCT avait obtenu la mise sous séquestre du chantier de construction d'un terminal portuaire, objet du litige, et de tout l'équipement qui s'y trouvait. Dans les deux cas, le maintien de la mesure exigeait la présentation d'une demande au fond devant le tribunal qui l'avait ordonnée.



fondement. Le juge peut être amené à constater la nullité, l'inefficacité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage et cette faculté, présente dans de nombreux systèmes juridiques, souligne la grande fragilité de l'arbitrage, en ce sens que l'activité juridictionnelle n'est jamais totalement neutralisée. On ne peut imaginer entre juges et arbitres des conflits de juridictions ou de compétence de même type que ceux qui se produisent fréquemment entre juridictions d'Etats distincts mais, comme il a été dit, il est certain que les tribunaux étatiques doivent justifier techniquement leur incompétence pour se dessaisir d'une affaire.

Examinons à présent les moyens permettant d'invoquer cette incompétence et leur portée.

b) *Portée de l'exception d'arbitrage*

45. Aucun problème ne se pose lorsque les parties qui ont inséré dans leur contrat une clause compromissoire renoncent au bénéfice de celle-ci en s'adressant d'un commun accord à un tribunal étatique. Le principe de la *prorogatio fori* joue alors pleinement. Mais une telle situation n'est pas extrêmement fréquente : la pratique commerciale internationale montre bien les avantages de l'arbitrage et il ne semble pas logique d'y renoncer, surtout quand l'inclusion d'une clause compromissoire dans le contrat a été opportunément négociée par les parties. Plus délicate est la renonciation implicite d'une partie à l'arbitrage lorsque, le juge ayant été saisi d'une demande, celle-ci ne fait l'objet d'aucune opposition dans les délais prévus par la loi du for<sup>166</sup>. L'attitude dilatoire ou équivoque du défendeur peut ainsi priver d'efficacité la clause compromissoire et faire échec à l'arbitrage convenu. Bien souvent, l'imagination des parties va au-delà des situations décrites, et la justice étatique se trouve saisie en dépit de l'existence d'une clause compromissoire valable. Supposons une hypothèse d'inexécution dans laquelle le demandeur, tout en recourant à l'arbitrage, intente contre le défendeur une action judiciaire en responsabilité extracontractuelle. Certes, une attitude aussi surprenante peut se justifier, comme il a été dit, par une mise en œuvre malhabile d'une mesure provisoire, à laquelle peut donner

<sup>166</sup>. Cette passivité revêt une importance pratique fondamentale. Le juge n'examine jamais d'office la convention d'arbitrage, ce qui rendrait impossible la renonciation/soumission tacite aux tribunaux ; cf. Convention de New York, art. II, et Convention de Genève, art. VI, par. 6.



lieu une mauvaise collaboration entre juges et arbitres. Mais elle est particulièrement dangereuse pour celui qui l'adopte car elle peut impliquer une renonciation de sa part à la procédure arbitrale engagée<sup>167</sup>.

46. Dans ces conditions une pratique très répandue consiste à saisir les juges étatiques dès que naît un différend dans les relations commerciales qu'entretiennent les parties. Ce comportement, chez une personne qui s'était volontairement soumise à l'arbitrage, peut avoir diverses explications. La méfiance à l'égard de personnes privées qui pourraient appliquer leurs propres critères à la solution du litige contraste avec la sécurité qu'inspirent à certains égards les paramètres rigides qui guident habituellement l'activité judiciaire; plus fréquemment, on peut y voir une simple manœuvre dilatoire tendant à retarder le cours de l'arbitrage. Pour cette raison — et compte tenu de ce que ces motivations sont en opposition radicale avec les principes qui gouvernent l'institution arbitrale et la finalité pratique de celle-ci — il n'est pas souhaitable de maintenir en législation ou en jurisprudence des solutions qui favorisent au-delà de ce qui est strictement nécessaire l'interruption de l'activité arbitrale. Lorsque les juges se prêtent au jeu des parties désireuses de gagner du temps à l'égard de décisions exécutoires, ils encouragent l'accroissement des procès factices. Il en va de même lorsque la lettre de la loi rend trop difficile ou compliquée la mise en œuvre de l'exception appropriée.

Le cas espagnol n'est, hélas, guère éloigné de ces deux hypothèses, qu'il s'agisse de l'attitude traditionnellement sévère de nos juges à l'égard de l'arbitrage commercial international comme de la complexité des règles de procédure de l'ancienne loi de procédure civile (LEC) s'agissant de faire valoir une exception d'incompétence devant un tribunal étatique. En janvier 2001 est entrée en vigueur la réforme de la LEC qui réalise, pour ce qui concerne l'exception d'arbitrage, un progrès théorique important. Mais à ce jour aucun litige n'a donné à la jurisprudence l'occasion de montrer quelle serait à l'avenir son attitude.

---

167. Ainsi s'explique en partie la tentative désespérée d'obtenir une protection conservatoire dans l'affaire *CCT c. FCC*. En effet, la demanderesse à l'arbitrage, consciente de la situation créée, plaça la demande judiciaire sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle, fondée sur le préjudice que la partie adverse lui aurait causé en exerçant diverses actions en justice, elles-mêmes de nature conservatoire.

Dans ce type de situations, le juge doit examiner la validité de la convention qui fonde son incompétence. C'est le seul tempérament que connaît le principe, essentiel dans l'arbitrage commercial international, selon lequel l'arbitre est compétent pour se prononcer sur sa propre compétence. Ici, c'est le juge qui décide que la clause répond ou non aux conditions de fond nécessaires à son efficacité, positive et négative — cette dernière nous intéressant principalement ici car c'est elle qui interdit au juge ou au tribunal étatique de connaître du fond du litige. Ce n'est que dans l'hypothèse où la procédure arbitrale aurait déjà été engagée par la partie adverse que le juge espagnol devrait renoncer à connaître de la clause et s'en remettre à la décision des arbitres, comme l'y oblige l'article VI, paragraphe 3, de la Convention de Genève. Mais seule cette convention semble énoncer une telle obligation; dans tous les autres cas, c'est-à-dire dans les situations soumises à la Convention de New York, la question reste en suspens. Nous verrons par ailleurs qu'il est parfois possible de considérer cette option comme une véritable exception de litispendance.

47. Deux séries de questions doivent être examinées à ce stade. D'une part se posent des questions exclusivement processuelles, qui concernent la forme et le délai requis pour soulever l'exception d'incompétence fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage. D'autre part, il convient de s'interroger sur la possibilité de soulever une véritable exception de litispendance arbitrale<sup>168</sup>.

En ce qui concerne l'exception d'incompétence fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage, la législation espagnole était jusqu'à une époque récente un amoncellement de dispositions qui ne tenaient pas compte de la spécificité de la matière. Dans le meilleur des cas, si le juge espagnol dont la compétence était contestée s'en tenait scrupuleusement aux règles existantes, il se heurtait à la LEC et à ses obligations complexes en matière de présentation de l'exception dilatoire, auxquelles se mêlaient des questions relatives à la *derogatio fori*. En effet, l'article VI de la Convention de Genève régit, pour les situations auxquelles il est applicable, la compétence des tribunaux étatiques. Mais ce texte renvoie dans son premier paragraphe *in fine* aux règles de procédure de chaque Etat pour ce

<sup>168</sup>. Comme le suggère l'article VI, paragraphe 3, de la Convention de Genève, l'exception d'arbitrage diffère selon que l'arbitrage est ou non en cours. Cette différence n'est certainement pas secondaire, puisqu'elle limite le contrôle exercé sur le fond du litige.

qui est de la qualification et des modalités de présentation de l'exception<sup>169</sup>. C'est aux législations étatiques qu'il appartient en définitive de déterminer de quelle façon, concrètement, l'exception doit être portée devant le juge. Il en va de même avec la Convention de New York qui ne règle pas la question processuelle. Pour ce qui concerne la loi espagnole, c'est, depuis la réforme de 2000, la voie du déclinatoire qu'il convient d'emprunter pour saisir d'une question de compétence le juge ou le tribunal que l'on estime incompetent (art. 39, LEC)<sup>170</sup>.

Cette réforme mérite un bref commentaire. Le fait de traiter l'exception d'arbitrage comme une exception dilatoire de plus (art. 533, al. 8, LEC) sans tenir compte de la spécificité de la clause soumise à l'examen du juge, conjugué avec le dispositif particulièrement strict de la soumission tacite aux tribunaux espagnols, débouchait fréquemment sur une prétention parfaitement fondée de commencer ou poursuivre l'arbitrage<sup>171</sup>. En effet, la rédaction antérieure des règles de procédure faisait de l'exception d'arbitrage une sorte de loterie judiciaire, au mépris de la plus élémentaire sécurité juridique, et ce pour deux raisons. D'abord, parce que dans l'hypothèse majoritaire, celle du procès ordinaire portant sur une somme peu élevée, la mise en œuvre de l'exception dilatoire était un piège qu'il était impossible de déjouer. Il fallait soulever l'exception en même temps que la défense au fond, puisque le juge statuait sur l'exception dans le jugement principal et non dans un jugement incident ; outre le retard dont elle s'accompagnait, cette défense au fond impliquait la soumission tacite du défendeur et, par suite, la renonciation tacite à la convention d'arbitrage (art. 11, al. 2, LA espagnole). Mais, en second lieu, la décision du juge de première instance quant à sa propre compétence

169. Quand bien même elle ne le ferait pas, la règle générale est que le procès obéit à la loi du for. C'est pourquoi, comme il a déjà été dit, seule la substitution à cette législation de règles d'origine conventionnelle, ainsi que le suggère la loi type, garantirait l'uniformité juridique.

170. Disposition finale 8, LEC 2000, qui emporte modification de l'article 11 de la loi d'arbitrage.

171. La décision de la Cour suprême du 18 février 1993 dans l'affaire *Black Sea Shipping Co. c. Novo Viaje S.A.* (RCEA, vol. VIII, 1992, p. 230) est un exemple classique de la pratique espagnole. La Cour suprême y estime que la défenderesse avait tacitement renoncé à la convention d'arbitrage en présentant une contestation au fond tout en soulevant une exception dilatoire d'arbitrage. Cette décision obéit à la lettre à la législation procédurale alors en vigueur. Par ailleurs, elle ferme tout recours contre la décision rendue par le juge de première instance qui, trois ans plus tôt, s'était déclaré incompetent pour connaître du litige en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage.

donnait lieu à une succession de recours qui s'achevait devant la Cour suprême, en troisième instance<sup>172</sup>. Il est inutile de souligner combien cette réglementation était inopérante et dissuasive de toute tentative de se soumettre à l'arbitrage.

La réforme de la LEC, en ce sens, semble très positive. Elle met un terme à l'exception dilatoire d'arbitrage et à sa mise en œuvre confuse, et organise le déroulement de l'exception déclinatoire. Mais le traitement réservé aux voies de recours est peut-être le plus remarquable. La nouvelle LEC prévoit que la décision de dessaisissement pour incompétence ne peut être attaquée que par voie d'appel; si le juge rejette le déclinatoire, seule une opposition est admise<sup>173</sup>. Quoique toute voie de recours ne soit pas fermée, du moins leur portée est-elle limitée.

48. Le cas espagnol illustre bien la réalité processuelle. Il montre parfaitement les conséquences que peut avoir une réglementation procédurale trop rigide. S'il est certain que l'incompétence judiciaire doit être encadrée car il s'agit d'une décision particulièrement importante, il n'est pas question pour autant de priver d'effet l'exception d'arbitrage. Il ne faut pas oublier que dans la plupart des législations nationales le fait qu'un tribunal arbitral soit déjà saisi d'un litige impose au juge de s'abstenir sans délai d'en connaître (art. VI, par. 3, Convention de Genève). C'est cette idée d'abstention qui doit guider la procédure, et non l'idée inverse: le respect de règles accessoires ne doit en aucun cas conduire à méconnaître ce principe essentiel d'inhibition. Soulignons toutefois qu'il faut demeurer très vigilant à l'égard des règles de procédure de l'Etat dans lequel la partie hostile à l'arbitrage exerce sa demande.

---

172. Les graves conséquences de cette réglementation sont aujourd'hui encore perceptibles. De fait, ce système de recours contre la décision de compétence offre au plaideur souhaitant déférer à l'arbitrage des possibilités hors du commun. Il n'est que de rappeler la décision rendue par la Cour suprême le 19 janvier 1999, *loc. cit.*, dans laquelle est refusée la reconnaissance d'une sentence arbitrale rendue par la Lloyd's de Londres, l'existence d'une procédure judiciaire en Espagne ouvrant un cas de litispendance. Ce qu'il y a de préoccupant dans cette espèce, outre une mauvaise application des règles relatives à l'exequatur, c'est cette possibilité d'exercer des recours sans fin. Le défendeur en Espagne (demandeur à l'arbitrage à Londres) avait soulevé l'exception d'arbitrage devant le juge espagnol, qui l'avait accueillie. Cette décision fit l'objet d'un recours, qui fut rejeté. Ainsi, au moment où est demandée la reconnaissance de la sentence arbitrale, l'affaire fait l'objet d'un troisième recours judiciaire et, par suite, la Cour suprême espagnole estime qu'il y a litispendance.

173. Art. 66 LEC 2000.

c) *Allégation de défaut de compétence judiciaire fondé sur l'existence entre les parties d'une convention d'arbitrage*

49. Tout en tenant compte des particularités de l'Etat dans lequel est exercée la demande en justice, il convient à présent de faire référence à une règle opérante commune: l'incompétence judiciaire internationale fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage doit toujours être invoquée. Le juge ne peut la relever d'office, ce qui, comme nous l'avons vu, peut avoir des conséquences en matière de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale prononcée. La raison en est évidente: la convention d'arbitrage résulte de l'exercice de la liberté contractuelle à laquelle les parties peuvent par définition renoncer, expressément ou tacitement<sup>174</sup>. En ce sens, le fait d'exercer une action en justice est déjà en soi une renonciation tacite à la convention de la part du demandeur; du comportement du défendeur dépendra donc la compétence ou l'incompétence des tribunaux étatiques. Trois possibilités s'offrent à lui.

Le défendeur peut tout d'abord comparaître devant le juge et présenter en bonne et due forme l'exception prévue par les règles de procédure du for. Techniquement, ce comportement rend impossible une soumission/renonciation tacite à la convention d'arbitrage. Dans cette hypothèse, que nous avons déjà rencontrée, le juge est obligé de décliner sa compétence et l'on ne peut qu'espérer qu'un dysfonctionnement processuel ne vienne pas contredire cette règle. En réalité, la partie qui souhaite se prévaloir de la convention d'arbitrage « doit » suivre cette voie. Aussi bien les conventions internationales<sup>175</sup> que la plupart des règles nationales<sup>176</sup> évoquent l'obligation d'introduire une instance. De même que l'effet positif de la convention suppose une activité arbitrale, l'effet négatif implique une confirmation de la volonté de ne pas se soumettre aux tribunaux judiciaires<sup>177</sup>. Et

174. Et cette renonciation vaut soumission tacite au juge étatique qui se trouve lié comme par toute autre clause d'élection de for. Ce qui constitue une très bonne preuve de ce que les compétences judiciaires et arbitrales s'annulent ou se font renaître mutuellement. Cf. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 419.

175. Art. II, par. 3, Convention de New York et art. VI, par. 3, Convention de Genève.

176. Par exemple art. 11 LA espagnole; art. 1022 CPC hollandais; art. 7 LDIP suisse; art. 1679 CJ belge; art. 1027 ZPO allemand.

177. Le Tribunal fédéral suisse a fait référence à la caducité de la convention d'arbitrage, précisément lorsque celle-ci n'était invoquée ni positivement ni négativement. Cf. arrêt du 17 août 1995, *Transport "Vekoma" B. V. v. Maran Coal Corp.*, *Bull. ASA*, 1996, p. 673.

cela, d'après la lettre de l'article VI, paragraphe 3, de la Convention de Genève, alors même que la procédure d'arbitrage aurait déjà commencé.

Le défendeur peut aussi répondre au fond de la demande et perdre le droit d'engager une procédure arbitrale, auquel cas la renonciation tacite est consommée. Il en va de même lorsque l'exception n'est pas présentée dans le délai exigé par la loi du for<sup>178</sup>. Dans cette hypothèse, il faut en outre rappeler que, lorsqu'un juge étatique se déclare compétent en application de la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence en matière judiciaire et l'exécution des décisions civiles et commerciales, les juges des autres Etats parties ne peuvent procéder au contrôle de cette compétence (art. 28)<sup>179</sup>.

Il lui est enfin possible de s'abstenir de toute activité processuelle devant le juge. Dans cette hypothèse, peut-être la plus conflictuelle, la doctrine majoritaire, les législations et la jurisprudence sont unanimes<sup>180</sup> : il y a là encore renonciation tacite à la convention d'arbitrage et le défendeur doit donc s'estimer soumis (volontairement, quoique par omission) à la compétence des tribunaux étatiques. En principe, le juge ne peut examiner d'office sa compétence<sup>181</sup>, sauf s'il est le seul compétent précisément par l'effet d'une soumission tacite<sup>182</sup>. Dans ce cas, si aucun critère objectif ne fonde la compétence du juge national, nous sommes en présence d'un contrôle exercé d'office mais, du point de vue de la technique juridique pure, le juge ne se déclare pas incompetent en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage mais bien parce que sa compétence ne repose sur aucun fondement. Il faut cependant signaler que lorsque la partie hostile à l'arbitrage forme une demande en justice, elle choisit habituellement un for présentant des liens objectifs avec le litige, de sorte qu'en règle générale il coïncide sans grande difficulté avec un for compétent selon les règles de compétence judiciaire internationale.

178. A l'exception de la loi type CNUDCI, tous les instruments conventionnels renvoient à la loi du for pour la détermination de ce délai. A. J. van den Verg, *The New York Arbitration...*, *op. cit.*, p. 139.

179. CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, *loc. cit.*

180. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 419.

181. M. Virgós Soriano et F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 222-225, estiment que cette négation ne souffre aucune exception.

182. Voir, par exemple, l'article 20 de la Convention de Bruxelles et, pour l'Espagne, l'article 36 de la LEC 2000. Ces deux textes obligent le juge étatique, en cas de non-comparution du défendeur, à examiner sa propre compétence et à se déclarer incompetent si sa compétence n'est pas fondée sur un critère objectif.

d) *La litispendance arbitrale internationale*

50. L'exception de litispendance peut se présenter de deux façons en matière d'arbitrage. Elle peut tout d'abord être soulevée alors que débute un procès civil sur une question préalablement soumise par les parties à une convention d'arbitrage, à la condition que celle-ci ait commencé à produire ses effets positifs. Cette exception peut par ailleurs être soulevée au commencement d'une procédure arbitrale, quand un juge étatique est déjà saisi de la question litigieuse. Si le jeu de cette exception dans les procès qui se tiennent devant les tribunaux judiciaires est controversé, il l'est encore plus quand elle concerne l'arbitrage<sup>183</sup>.

On pourrait déduire des termes de l'article VI, paragraphe 3, de la Convention de Genève que la Convention crée une véritable exception de litispendance, distincte de l'exception d'arbitrage en ce qu'elle découle de l'existence d'une instance arbitrale ouverte. Cette disposition institue en effet un système d'abstention sans contrôle de la part du juge national, beaucoup plus souple que lorsque l'arbitrage n'a pas encore commencé. Toutefois, cette solution ne permet pas, techniquement, de parler de litispendance. Simplement, l'exception d'incompétence (quelle que soit sa forme en vertu des règles de procédure du for) doit être réglée plus rapidement et fait l'objet d'un contrôle réduit, mais pas parce qu'existe de fait une situation de litispendance. L'explication se trouve dans le respect du principe de compétence-compétence : les arbitres sont déjà saisis du litige et une décision va intervenir en matière de compétence, qui sera bien sûr susceptible d'être annulée ultérieurement. En revanche, tant que l'arbitrage n'a pas commencé, le contrôle est plus étendu et intense, non pas parce qu'il n'y a pas litispendance mais parce qu'il faut s'assurer que l'abstention du juge ne se traduira pas par un déni de justice en acquérant la certitude que la convention d'arbitrage est valable, efficace et opérante.

A la différence des règles conventionnelles relatives à la compétence judiciaire internationale<sup>184</sup>, les règles qui gouvernent la situa-

183. Voir, dans un sens négatif, E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 52. B. M. Cremades Sanz-Pastor utilise cette terminologie pour faire référence à certains conflits de compétence entre juges et arbitres, bien que ce faisant il ne suggère pas une mise en œuvre processuelle autonome de l'exception. Cf. «La nueva Ley de Arbitraje española», *La Ley*, 1989, n° 2198, p. 1.

184. Cf. l'article 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, en relation avec l'article 27, paragraphe 3, des mêmes textes et les dispositions des conventions bilatérales précitées.



tion parallèle dans le cas de l'arbitrage n'envisagent pas une situation de litispendance mais une exclusion<sup>185</sup>. Et il est véritablement incorrect de parler de litispendance dans la mesure où l'on n'est pas en présence de deux juridictions connaissant d'un même litige: il n'y a pas ici de relation d'égalité<sup>186</sup>. Il s'agit simplement d'un autre type d'incompétence étatique, qui doit être invoquée. Si la litispendance est un concept clé dans les Conventions de Bruxelles ou de Lugano ainsi que dans certaines conventions bilatérales, il n'en va pas de même quand le procès est arbitral. Le silence des textes conventionnels sur l'arbitrage est révélateur: ou bien les tribunaux étatiques sont compétents ou bien ce sont les arbitres qui le sont<sup>187</sup>, mais les uns et les autres ne «concourent» jamais, s'excluant mutuellement par définition. Les arbitres ne sont compétents que parce que les parties l'ont voulu, ils ne disposent pas d'une compétence générale qui puisse générer une litispendance avec un autre tribunal, de même que cette volonté des parties explique à elle seule l'incompétence des tribunaux nationaux<sup>188</sup>. Et si la question se pose en ces termes s'agissant de déterminer la compétence judiciaire internationale, il faut la formuler de façon cohérente pour ce qui est de la reconnaissance. Si la litispendance, en tant que technique juridique, relève de la logique de la reconnaissance, ce qui explique que l'on tente d'éviter la confrontation de décisions valables et potentiellement inconciliables<sup>189</sup>, l'inexistence de la circonstance de fait initiale peut faire tomber toute la construction postérieure. Dans une construction idéale, la litispendance ne se produirait jamais: si la convention d'arbitrage est exécutée, les juridictions nationales sont incompétentes et réciproquement.

51. La jurisprudence arbitrale a eu l'occasion de se prononcer sur cette question, affirmant que la litispendance ne pouvait exister entre

<sup>185</sup>. Voir l'interprétation de A. Samuel, *Jurisdictional Problems...*, *op. cit.*, p. 260.

<sup>186</sup>. Curieusement, cette réalité est soulignée par une décision espagnole qui n'est pourtant pas très récente: voir Cour suprême, 17 décembre 1986, *East Wind Co. c. Compañía internacional de productos metálicos e industriales, S.A.*, *RCEA*, 1987, pp. 189-190.

<sup>187</sup>. En ce sens, on ne rencontrera pas la situation prévue par l'article 21 de la Convention de Bruxelles, dans laquelle les juridictions de deux Etats parties sont également compétentes, ce qui impose le recours à un critère chronologique.

<sup>188</sup>. Voir en sens contraire et méconnaissant ouvertement les règles conventionnelles, Audiencia Provincial de Madrid, 10 décembre 1991, *RCEA*, 1992, p. 117.

<sup>189</sup>. J. C. Fernández Rozas et S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 117-120.



juges et arbitres<sup>190</sup>. Si l'on tient compte du présupposé précédemment évoqué selon lequel il ne se pose pas de question de compétence entre juges et arbitres, la réponse à la question est évidente : on ne peut parler de litispendance que lorsque deux organes juridictionnels d'un même Etat ou de deux Etats distincts peuvent connaître d'un même litige et que leurs règles de compétence les y autorisent. Quand au contraire le conflit surgit entre un juge et un arbitre, ces règles sont inapplicables puisque la compétence de l'arbitre découle exclusivement de la convention d'arbitrage, de sorte que la présentation d'une exception procédurale valable est inopérante. C'est pourquoi l'arbitre devra se borner à examiner sa propre compétence à partir de la convention d'arbitrage ; ce n'est pas un hasard si l'article II, paragraphe 3, de la Convention de New York est muet quant à l'éventualité d'une exception de litispendance.

### 3. *Le recours exercé devant les tribunaux étatiques et le principe de la compétence-compétence*

52. Il n'est donc pas concevable qu'un conflit de compétence oppose juges et arbitres, et cette circonstance ne doit pas affecter le principe de « compétence-compétence ». La relation entre juge et arbitre est une relation de concurrence : si l'arbitre peut examiner sa propre compétence afin d'éviter retards et interruptions dans le déroulement de l'arbitrage, le juge est quant à lui tenu d'examiner la cause éventuelle de son incompetence. A cet égard, l'examen préalable de l'efficacité de la convention peut être à l'origine de contestations ultérieures, surtout lorsque sa mise en œuvre répond aux principes arbitraux en litige.

Le paragraphe 1 de l'article 16 de la loi type accueille les deux importants principes que sont la *Kompetenz-Kompetenz* et la séparabilité ou l'autonomie de la clause compromissoire<sup>191</sup>. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, la clause compromissoire sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat, et la constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraînera pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire. Les disposi-

190. Sentence arbitrale CCI, affaire n° 5103, *Journ. dr. int.*, 1988, p. 1210.

191. P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international... », pp. 327 ss.

tions détaillées du paragraphe 2 requièrent que les exceptions relatives à la compétence soient soulevées le plus tôt possible.

La compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence, c'est-à-dire sur le fondement même de son mandat et de ses attributions, est bien sûr soumise au contrôle du juge. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, le paragraphe 3 de l'article 16 prévoit un contrôle judiciaire immédiat afin d'éviter d'inutiles pertes de temps et d'argent. Trois précautions sont cependant ajoutées pour réduire le risque et les effets des manœuvres dilatoires : le recours au tribunal doit être exercé dans un bref délai (trente jours), la décision du juge sur ce point n'est pas susceptible de recours, le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence alors que la question est pendante devant le tribunal judiciaire. Dans les cas, moins fréquents, où le tribunal arbitral combine sa décision en matière de compétence avec une sentence au fond, le contrôle de la compétence pourra être effectué en même temps que l'examen du recours en nullité.

53. L'arbitre doit être guidé par un souci de diligence et, en ce qui concerne le sort que pourra connaître sa décision et l'intervention des tribunaux judiciaires, on peut considérer qu'en application des lois sur la matière la sentence prononcée pourra être immédiatement exécutée, au besoin par une exécution forcée, du moins pour ce qui concerne la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage.

Plus difficile est la question de l'éventuelle contestation de la clause elle-même, dans la mesure où est en cause le respect du principe de compétence-compétence. En effet, les arbitres étant déjà saisis, ce principe est destiné à éviter des retards indus ou même des interventions indésirables. Nous avons vu que la Convention de Genève contient une disposition précise à cet effet<sup>192</sup>. Dans les cas qui ne relèvent pas de cet instrument, c'est, comme nous l'avons vu, la loi du for qui détermine la portée de l'intervention judiciaire,

---

192. Pour ce qui est des législations nationales, seul l'article 9 de la loi suisse sur le droit international privé prévoit clairement une exception de litispendance qui, selon une partie de la doctrine, peut s'appliquer dans le cas de l'arbitrage, même de façon implicite. Ainsi, les arbitres siégeant en Suisse doivent tenir compte de l'existence d'une instance ouverte dans un autre Etat si la décision à intervenir est susceptible de reconnaissance et d'exécution en Suisse, et il en est de même pour les tribunaux suisses à l'égard d'un arbitrage constitué à l'étranger. Voir P. Lalive, F. Poudret et J. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1988, p. 386.

l'examen de la clause par le juge et les voies de recours contre la décision judiciaire statuant sur la compétence.

La sentence interlocutoire CCI, affaire n° 4695/1984<sup>193</sup>, constitue un bon exemple de la pratique arbitrale puisqu'elle examine tant le principe d'autonomie que celui de « compétence-compétence », pour connaître d'un contrat soumis à la loi brésilienne, laquelle, d'après le défendeur, ne reconnaîtrait pas en l'espèce l'existence d'une convention d'arbitrage. La loi brésilienne exige en effet que le compromis obéisse à certaines formalités, qu'il constitue une soumission formelle à l'arbitrage. Le tribunal arbitral, quant à lui, estime qu'il faut clairement distinguer la loi applicable au contrat et la loi applicable à l'arbitrage. Et dans le cas du contrat litigieux, indiscutablement international, le principe de l'autonomie de la volonté des parties est pleinement applicable, s'agissant aussi bien du choix de la loi applicable au fond que de celui de la loi gouvernant l'arbitrage, de sorte que si la soumission au droit brésilien est un fait, la soumission de l'arbitrage aux règles CCI l'est également. Or, cette situation est clairement incompatible avec certaines dispositions du Code de procédure brésilien, lesquelles ont de toute évidence été édictées pour régir les arbitrages internes. Le défendeur prétendait que si la convention d'arbitrage a deux effets, l'un positif et l'autre négatif, la pratique n'en reconnaissait qu'un, le premier mais pas le second, ce qui privait de valeur l'effet positif. L'arbitre répondit que, quand bien même il en serait ainsi, la question ne se posait pas en l'espèce puisque le défendeur avait saisi les tribunaux de New York, lesquels ont pour habitude de renvoyer les parties à l'arbitrage. En outre, l'arbitrage ayant son siège à Paris, seuls les tribunaux français avaient la possibilité, le cas échéant, de faire obstacle à l'arbitrage, dans une des très rares hypothèses où la loi française interdit la poursuite d'un arbitrage. En ce qui concerne les deux effets de la convention, l'impossibilité de se prévaloir judiciairement de l'effet négatif ne signifie pas que l'arbitre ne doive pas garantir l'effet positif, comme l'y oblige l'accomplissement de sa mission.

Bien que l'affaire rapportée donne une idée exacte de la position arbitrale en la matière, on ne peut empêcher celle des tribunaux d'être différente et de susciter parfois de sérieux problèmes dans les

---

193. *YCA*, vol. XI, 1986, p. 149; énonçant que l'exigence selon laquelle la convention d'arbitrage doit obéir à la forme exigée par la loi brésilienne est applicable en matière internationale.

phases ultérieures de l'arbitrage. Dans une mesure variable, les tribunaux nationaux se reconnaissent une compétence générale pour statuer sur la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage, la validité s'appréciant en fonction de considérations que nous évoquerons ci-après et l'efficacité dépendant de ce que la convention a été correctement invoquée. Tous les aspects matériels et processuels de la convention d'arbitrage doivent être envisagés pour fonder une décision d'incompétence. Dans cet ordre d'idée, et pour récapituler, on ne peut qu'espérer que les législations procédurales applicables n'entraînent pas des délais excessifs privant d'efficacité la sentence arbitrale. Si tel est le cas, et si ces règles sont compatibles avec les exigences de souplesse et d'efficacité de la convention d'arbitrage, le fait que juges et arbitres soient appelés à connaître d'une même affaire ne soulève en pratique aucune difficulté: en définitive, chacun statue sur sa propre compétence.

### *III. Validité substantielle de la convention d'arbitrage devant les tribunaux étatiques*

#### *1. Invalidité et inefficacité de la convention d'arbitrage*

54. Nous avons vu que le juge étatique doit décliner sa compétence lorsqu'il est saisi d'un litige soumis à une convention d'arbitrage. Cette règle souffre toutefois deux exceptions, d'abord lorsque le litige en question n'est pas susceptible d'un arbitrage, ensuite lorsque la convention n'est pas valide ou lorsque, pour tout autre motif, elle est devenue inefficace à l'égard de l'une ou de toutes les parties à l'arbitrage. Ainsi, si au mépris évident de la convention d'arbitrage une partie saisit la juridiction étatique, y compris avant que l'instance arbitrale n'ait débuté, le juge étatique est tenu de renvoyer les parties à l'arbitrage, à moins que les circonstances évoquées ne soient réunies, c'est-à-dire que les arbitres ne soient pas objectivement compétents pour connaître du litige ou que la convention d'arbitrage soit inefficace. Evidemment, la portée de cet examen de validité et d'efficacité dépendra des conceptions du juge saisi à ce sujet. Dans la plupart des systèmes, y compris ceux d'origine conventionnelle, on autorise simplement le juge à s'assurer de ce que la convention soit en mesure de jouer correctement son rôle. D'autres, comme l'article VI, paragraphe 3, de la Convention de Genève ou l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile, ne font pas l'économie d'un contrôle superficiel de la convention d'ar-

bitrage<sup>194</sup>. Nous n'examinerons pas ici la question, déjà analysée, de l'inefficacité de la convention qui n'aurait pas été valablement invoquée au regard des règles de procédure. Tous les cas analysés dans lesquels la convention n'est pas invoquée ou est invoquée tardivement répondent à des techniques différentes.

Il convient donc d'examiner toutes les hypothèses dans lesquelles le juge national doit examiner la validité et l'efficacité au fond de la convention d'arbitrage, que ce soit pour statuer sur sa propre compétence comme lorsque la question de la validité de la convention se pose de façon autonome. Le cas anglais, comme nous l'avons souligné, est le plus frappant. Ce système autorise en effet les parties à saisir le juge avant ou pendant la procédure arbitrale pour lui demander de statuer sur la validité et l'efficacité de la clause, sans qu'entre en jeu sa compétence au fond. Dans l'affaire *Fagor Arrasate Soc. Coop. v. Caparo Group Ltd. y Caparo Maruti Ltd.*, la High Court of Justice se prononça sur une question de fond. Consultée sur le point de savoir si la convention d'arbitrage étendait ses effets à la société mère du groupe, elle examina les liens unissant celle-ci à sa filiale et s'interrogea sur l'éventuelle soumission des deux sociétés au contrat. La réponse au fond affecta la portée de la convention d'arbitrage, qui fut déclarée applicable exclusivement à la filiale. L'arbitrage ne put se poursuivre qu'à l'égard de celle-ci, par le biais d'une mesure anti-procès.

55. Une autre possibilité consiste en effet à solliciter d'un tribunal étatique une mesure anti-procès, ordonnance de non procéder ou *antisuit injunction*<sup>195</sup>. Cette mesure, inconnue des pays de droit civil mais courante dans les systèmes de *common law*, consiste en une injonction de ne pas faire adressée à la partie qui est demanderesse devant une juridiction ordinaire: son destinataire doit s'abstenir d'engager ou de poursuivre l'instance devant le juge. D'un point de vue dogmatique, l'*antisuit injunction* trouve sa justification dans la théorie générale du contrat. Comme la convention d'arbitrage est un

194. P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 417-418, constatent que les deux techniques obéissent à des politiques différentes et tendent à privilégier la seconde.

195. Voir M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero y medidas antiprocésos (antisuit injunctions)*, Saint-Jacques-de-Compostelle, 2000. Pour la jurisprudence, voir *Pena Copper Miles Ltd v. Rio Tinto Co. Ltd.*, [1902] *The Law Times* 846; *Tracomin S.A. v. Sudan Oil Seeds*, [1983] 1 *WLR* 1026; *Sohio Supply v. Gatoil*, [1989] 1 *Lloyd's Rep.* 588; *The Angelic Grace*, [1994] 1 *Lloyd's Rep.* 168, [1995] 1 *Lloyd's Rep.* 87; *Philip Alexander Securities & Futures Ltd. v. Bamberger and Others*, [1996] *The Times*, 22 juillet.

contrat liant deux personnes privées, son inexécution par l'une d'elles constitue un *breach of contract*. En pratique, la portée de cette mesure, et avec elle l'efficacité de la fonction d'assistance du juge à ce stade, est liée à la portée de la sanction dont est assortie l'injonction en cas de non respect; son inobservation s'analyse comme un outrage au tribunal et emporte des conséquences quant aux biens et éventuellement quant à la personne de son destinataire. Sa force exécutoire dépend toutefois de la présence physique de ce dernier ou de ses biens sur le territoire de la juridiction étatique susceptible de faire exécuter la sanction. A défaut, l'inobservation de l'injonction reste en fait impunie et l'instance judiciaire commencée malgré la convention d'arbitrage se poursuit. Toutefois, la décision qui serait rendue à l'issue de ce procès ne serait pas reconnue dans l'Etat où a été prononcée l'ordonnance de non-procéder.

Si tels sont les outils typiquement utilisés pour préserver la possibilité même d'engager une procédure arbitrale et de la mener à son terme une fois qu'elle a débuté, en évitant qu'il soit statué deux fois sur un même litige, il ne faut certainement pas croire en leur infailibilité: l'*antisuit injunction* n'est efficace que si l'est également la menace de sanction dont elle s'accompagne. Aux termes de l'article VI, paragraphe 4, de la Convention de Genève relatif à la litispendance, le juge étatique dispose d'une marge d'appréciation des circonstances, qui lui permet de se prononcer en faveur de la poursuite du procès parallèle à l'instance arbitrale plutôt que de le suspendre. En définitive, si certaines législations font obligation au juge de renvoyer les parties à l'arbitrage en vertu d'une exception ou d'un déclinatoire, d'autres (celles appartenant à la famille anglo-saxonne) lui confèrent un certain pouvoir discrétionnaire lui permettant d'ignorer la clause d'arbitrage lorsque la partie qui l'a saisi parvient à établir qu'il serait juste et approprié d'autoriser la poursuite de l'instance judiciaire.

Dans ces circonstances, la partie favorable au procès arbitral, qui voit ses espérances déçues, peut tenter d'obtenir le soutien judiciaire, par la voie indirecte d'une action en déclaration de non-responsabilité qui, ultérieurement et en tant que *res judicata*, pourra être opposée à une demande de reconnaissance de la décision judiciaire prononcée en dépit de la clause d'arbitrage<sup>196</sup>; elle pourra également

<sup>196</sup>. *Philip Alexander Securities & Futures Ltd. v. Bamberger and Others*, préc.

servir de fondement à une demande d'indemnisation contre la partie qui n'a pas respecté cette clause<sup>197</sup>. Cette indemnisation devra couvrir toutes les dépenses et pertes auxquelles son bénéficiaire aura été exposé en conséquence de la violation de la clause d'arbitrage par la partie adverse, y compris, par conséquent, les frais engagés pour invoquer l'exception à la compétence judiciaire ou pour solliciter une mesure antiprocès.

56. Nous avons ouvert le présent chapitre en affirmant que la convention d'arbitrage est un contrat ayant des effets processuels. Il a pour origine un accord des parties destiné à créer une compétence arbitrale pour un litige arbitral. Arbitrabilité et autonomie de la volonté sont deux piliers de l'arbitrage qui ne se conçoivent pas l'un sans l'autre. La première donne la mesure de la tolérance étatique à l'égard de l'arbitrage et la seconde vise le nécessaire consentement des parties. A des titres divers, ces deux éléments vont être l'objet de contrôles portant sur les conditions de validité auxquelles doit satisfaire un accord de ce type pour ne pas être considéré, selon les termes de l'article II de la Convention de New York, caduc, inopérant ou non susceptible d'être appliqué.

S'agissant de l'arbitrabilité, la convention d'arbitrage doit porter sur des droits dont les parties ont la libre disposition et auxquels elles peuvent renoncer. Il n'y a ici qu'une seule vérification à opérer, mais elle peut avoir lieu à divers moments. La question de l'arbitrabilité peut en effet être examinée dans la phase préarbitrale, lorsque est sollicitée une mesure provisoire ou dans la phase postarbitrale. Plusieurs juridictions nationales peuvent donc être amenées à connaître de cette question, ce qui implique que celle-ci sera soumise à chaque droit national.

S'agissant de l'autonomie de la volonté des parties, ce second pilier de l'arbitrage suppose la vérification de plusieurs éléments :

- a) forme et preuve : la convention arbitrale doit être constatée par écrit. On rencontre la plupart des difficultés dans ce domaine, plus précisément en ce qui concerne la valeur de la signature et ce que nous nommerons les clauses pathologiques. En règle générale, conformément aux dispositions de la Convention de New York (art. II), la convention d'arbitrage doit être constatée par écrit, ce qui exclut tout accord tacite ;

---

<sup>197</sup>. *Mantovani v. Carapelli*, [1980] 1 *Lloyd's Rep.* 375 ; *The Jay Bola*, [1997] 2 *Lloyd's Rep.* 279.



- b) consentement : si la convention est constatée par écrit, le consentement est généralement considéré comme établi, bien qu'il puisse, comme pour n'importe quel contrat, être vicié. Les clauses pathologiques sont depuis quelque temps source de conflits, de même que les hypothèses de transmission de la clause et les clauses compromissaires par référence ;
- c) capacité : celui qui conclut une convention d'arbitrage doit évidemment avoir la capacité juridique et, le cas échéant, le pouvoir de le faire, comme pour n'importe quel contrat. Dans le commerce international, la majorité des problèmes naissent d'hypothèses de représentation.

Si l'un de ces éléments de la convention d'arbitrage fait défaut, est défectueux ou ne lie pas toutes les parties à l'arbitrage, la convention encourt une nullité manifeste, est privée totalement ou partiellement d'efficacité ou encore devient inopérante pour le cas d'espèce. On le voit, ces causes affectent l'essence même de la convention et non pas sa mise en œuvre processuelle, positive (devant les arbitres) ou négative (devant les juges). Nous avons vu au paragraphe précédent qu'une convention d'arbitrage pouvait devenir inefficace en raison d'une méconnaissance des règles de procédure, mais il s'agissait là, en un certain sens, d'une cause exogène d'inefficacité. Elle n'implique pas l'invalidité de la convention, mais seulement que certains tribunaux nationaux ne lui reconnaissent aucune efficacité. La même chose peut se produire dans une procédure arbitrale : une convention d'arbitrage peut devenir caduque parce qu'elle n'est pas invoquée ou simplement parce que le contrat auquel elle se réfère est éteint, toutes les obligations qu'il engendre ayant été exécutées. Elle peut être inopérante parce que les arbitres n'ont pas statué dans le délai imparti ou parce que les parties ont transigé au cours de l'arbitrage. Ce ne sont pas des hypothèses dont le juge national peut connaître à ce stade car elles dépendent de l'exécution même de la convention d'arbitrage et non pas de sa validité intrinsèque<sup>198</sup>. A cet égard, il convient à présent d'examiner dans quelle mesure et sur quel fondement les juges étatiques peuvent déclarer une convention d'arbitrage inapplicable.

57. La question de la validité et de l'efficacité de la convention d'arbitrage peut être soulevée devant l'arbitre ou devant le juge,

---

<sup>198</sup>. Voir l'énumération des possibilités par E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, pp. 179-181.



selon la phase ou le moment de la procédure arbitrale où elle se pose. L'arbitrabilité signifie qu'une question est susceptible d'arbitrage par nature ou parce qu'aucune disposition légale ne la soumet à la compétence exclusive d'un tribunal étatique<sup>199</sup>. Il se peut également que la convention ne fasse pas preuve du consentement donné par les parties ou par certaines d'entre elles. Il va sans dire que l'arbitre peut statuer sur ces questions lorsqu'il procède, d'office ou à la demande d'une partie, à l'examen de sa propre compétence, mais nous avons signalé en commençant ce cours qu'il ne porterait pas principalement sur l'activité arbitrale. Les deux cas les plus fréquents (bien que ce ne soient pas les seuls) dans lesquels les juges doivent statuer sur l'arbitrabilité du litige sont les suivants : lorsque la compétence du juge est contestée parce que le litige a été soumis à arbitrage, et lorsque est exercé un recours en annulation parce que l'arbitre a statué sur des questions qui ne peuvent faire l'objet d'un arbitrage.

Dans le cas d'un arbitrage privé international, il se peut que les tribunaux appelés à se prononcer sur l'arbitrabilité ou sur la validité de la clause dans une même affaire appartiennent à deux ordres juridictionnels distincts. Et ce, parce que les critères de compétence judiciaire internationale en matière d'arbitrage varient selon la phase de la procédure arbitrale au cours de laquelle les juges ou tribunaux sont appelés à intervenir. En principe, les tribunaux compétents pour connaître d'un déclinatoire de compétence fondé sur l'existence d'une convention d'arbitrage sont les tribunaux étatiques qui, en l'absence d'une convention d'arbitrage, auraient été compétents pour statuer sur le litige<sup>200</sup>. En revanche, si c'est la sentence arbitrale qui est contestée sur le fondement de l'inarbitrabilité du litige, les tribunaux compétents pour connaître du recours en annulation seront ceux de l'Etat où l'arbitrage a son siège. Enfin, les tribunaux compétents en cas d'opposition à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence fondée sur l'inarbitrabilité du litige sont les tribunaux de l'Etat dans lequel l'exécution est demandée qui, en règle générale, est celui du domicile de la partie contre laquelle la sentence a été rendue ou du lieu où se trouve tout ou partie de son patrimoine.

199. P. Schlosser, *Das Recht...*, *op. cit.*, p. 188, estime que ce rattachement de l'arbitrabilité au tribunal privé de sa compétence est inspiré de la théorie juridictionnaliste de l'arbitrage.

200. M. L. Niboyet-Hoegy, « Les conflits de procédures », *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1995-1998, Paris, Pedone, 2000, pp. 71-88.

Cette pluralité de fors favorise les interprétations divergentes d'un même litige, dans la mesure où les critères d'arbitrabilité ou d'appréciation de la clause compromissoire peuvent varier selon les arbitres et les juges des divers Etats appelés à intervenir<sup>201</sup>.

58. On ne peut clore cette évocation de la validité substantielle de la convention d'arbitrage sans faire référence à la loi applicable à la convention d'arbitrage. C'est par nécessité pratique que l'on a été amené à aborder cette question de façon autonome : il était indispensable de séparer la convention d'arbitrage du contrat auquel elle se réfère et dans lequel elle s'insère souvent. Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage était essentiel pour garantir l'efficacité de la clause dans tous les cas où le contrat s'avérait nul ou inefficace et, précisément, pour déterminer la portée et les conséquences de cette nullité ou de cette inefficacité<sup>202</sup>. Le fait que les actes nuls dans le commerce international puissent produire certains effets qu'il convient de régler n'est pas nouveau<sup>203</sup>. Quand le contrat comporte une clause compromissoire ou fait référence à une convention d'arbitrage, ce litige doit être réglé par un arbitrage, que n'affecte pas nécessairement la cause de la nullité du contrat. Ce principe est aujourd'hui largement repris par les législations nationales et les conventions internationales, quoique peut-être de manière moins explicite<sup>204</sup>. Or, cette autonomie fonctionnelle a pour conséquence le principe de l'autonomie conflictuelle, en vertu duquel la désignation de la loi applicable à la convention d'arbitrage est indépendante du contrat. Ce principe se reflète dans les règles de conflit classiques en la matière, qui tentent de rattacher la conven-

201. M. Requejo Isidro, « Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional », *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 44-45.

202. Voir J. D. González Campos, « Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español », *Anuario de Derecho internacional*, vol. II, 1975, pp. 26-40.

203. Comme l'a affirmé l'arbitre B. Gomard dans une sentence *ad hoc* du 14 janvier 1982 (*Elf Aquitaine c. National Iranian Oil Co.*, *YCA*, vol. XI, 1986, pp. 97-105), il convient de procéder à l'arbitrage même si le contrat est nul et sans effet. Il importe précisément alors de déterminer les responsabilités et les conséquences de cette nullité.

204. Art. 178, al. 3, LDIP suisse ; art. 8 LA espagnole ; dans d'autres cas, la formulation du principe est d'origine essentiellement jurisprudentielle. Ainsi en France, où la Cour de cassation (1<sup>re</sup> ch. civ.) énonce clairement le principe dans un arrêt du 7 mai 1963 (*Carapelli c. Gosset*, *Journ. dr. int.*, 1964, p. 82), aux Etats-Unis d'Amérique (Cour suprême, 1967, *Prima Paint Corp. v. Flood & Comkin Mfg.*, 38 US 1967, p. 395, et commentaire R. Coulson, « Prima Paint : an Arbitration Milestone », *Arb. Jour.*, 1967, pp. 237 ss.) ou en Allemagne (Landgericht de Hambourg, 16 mars 1977, *YCA*, 1978, p. 274).

tion d'arbitrage à un ordre juridique national. Tel est le cas des articles VI de la Convention de Genève et V, paragraphe 1, de la Convention de New York.

Néanmoins, ces deux règles de conflit, qui soumettent la convention d'arbitrage à la loi choisie par les parties et, à défaut, à la loi de l'Etat du siège de l'arbitrage, dévoilèrent rapidement leurs faiblesses, liées à leur inapplication généralisée plus qu'à leur imperfection<sup>205</sup>. Il est certain que la désignation par les parties d'une loi applicable est très inhabituelle ; en outre, le rattachement au siège de l'arbitrage n'est pas significatif. Il arrive que l'instance arbitrale, pour des raisons pratiques, entre en contact avec le droit du siège de l'arbitrage, mais la convention d'arbitrage, qui est antérieure et indépendante, n'entretient aucune relation avec lui. Mais, à elles seules, ces raisons n'expliquent pas les développements postérieurs et l'abandon de la technique conflictuelle. Pour arriver à une décision du type de celle rendue dans l'affaire *Dalico*<sup>206</sup>, il fallait plus qu'une imperfection dans la technique de localisation. L'abandon général de la méthode conflictuelle s'explique par la nature même de la convention d'arbitrage. Sa nature complexe, la diversité des effets qu'elle produit dans des domaines distincts n'autorisent pas à l'appréhender de façon unitaire. On ne peut prétendre que l'arbitrabilité soit régie par la même loi que celle applicable à la forme du contrat (encore moins s'il s'agit de la loi du siège de l'arbitrage). Et celle-ci n'apporte pas de solution à des problèmes de consentement ou de capacité ; elle est inapte à déterminer si une convention d'arbitrage s'étend à toutes les entités d'un groupe de sociétés ou se transmet dans une chaîne de contrats. Il s'agit là de problèmes très divers, qui appellent des réponses différentes.

Autre chose est d'accepter que l'abandon de la méthode conflictuelle signifie que la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune loi ou, comme on a pu l'affirmer, qu'elle est régie par une loi matérielle de validité, appartenant à l'ordre public international<sup>207</sup>. On ne peut pas dire que cette solution, admise par la jurisprudence française, se soit généralisée. Ce qui est certain, en revanche, c'est que

205. La méthode conflictuelle ne jouerait ici qu'un rôle résiduel. Voir J. Robert, *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1993, pp. 267 ss.

206. Cour de cassation française, 20 décembre 1993, *loc. cit.*

207. P. Mayer, note sous Cour de cassation, 20 décembre 1993, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, p. 663.

la plupart des tribunaux étatiques ont cessé de considérer la convention d'arbitrage comme un bloc monolithique et statuent, sans se prononcer sur la loi applicable, sur les contestations dont ils sont saisis. Saisis d'une question relative au consentement, ils tenteront de vérifier que celui-ci a ou non été donné et de déterminer sa portée. S'il s'agit d'une question de capacité, il la trancheront conformément à leurs règles, etc. C'est la raison pour laquelle nous avons directement choisi d'analyser ici les causes les plus fréquentes de nullité ou d'efficacité de la convention, qui bien sûr reflètent négativement les éléments essentiels à sa validité.

## 2. Arbitrabilité du litige

59. Un des principaux motifs de contestation concerne l'arbitrabilité du litige international : la partie hostile à l'arbitrage la conteste devant l'arbitre international ou les juges étatiques, au cours des débats. Cette éventualité ouvre deux options. On peut tout d'abord, alors que commence l'arbitrage, soulever une exception d'incompétence pour inarbitrabilité du litige devant les arbitres eux-mêmes ou le tribunal arbitral, qui statueront à son sujet. Mais il est également possible, alors qu'existe une convention d'arbitrage, d'introduire une demande en justice et d'invoquer l'inarbitrabilité du litige devant le tribunal judiciaire, la partie adverse se défendant en soulevant une exception d'incompétence. Dans ce second cas, le juge ou le tribunal étatique compétent n'est pas nécessairement celui du domicile ou du siège social de la partie hostile à l'arbitrage ; ce peut être n'importe quel juge ou tribunal désigné par les parties, en application des règles générales d'attribution de compétence judiciaire internationale.

En réglementant dans son article VI le déclinatoire de compétence du tribunal étatique fondé sur l'existence d'une convention d'arbitrage, la Convention de Genève opte également pour un traitement différencié de la validité de la convention d'arbitrage et de l'arbitrabilité<sup>208</sup>, comme nous l'avons déjà suggéré. L'existence et la validité de la convention d'arbitrage sont régies par la règle de conflit de l'article VI, paragraphe 2, qui utilise les mêmes rattachements que l'article V, paragraphe 1, lettre *a*), de la Convention de New York, à

208. F. Cerdón Moreno, «La eficacia procesal de la cláusula arbitral internacional», *Anuario de Derecho internacional*, vol. VI, 1982, pp. 164-166.

la seule différence que, dans le cas où les parties n'auraient pas désigné la loi applicable ni le pays où la sentence doit être rendue, l'article VI, paragraphe 2, de la Convention de Genève prévoit un critère subsidiaire consistant à appliquer les règles de conflit du pays du tribunal auquel a été soumis le déclinatoire<sup>209</sup>. Cette solution se comprend, car au moment où le tribunal étatique doit statuer sur l'exception d'arbitrage, le siège du tribunal arbitral peut n'avoir pas encore été fixé. La question de l'arbitrabilité échappe à la disposition précitée pour être soumise à la *lex fori* (art. VI, par. 2 *in fine* : la loi du tribunal saisi du litige).

Quant à la question de savoir quelle loi appliquer pour déterminer l'arbitrabilité du litige, le juge ou le tribunal national compétent appliquera, conformément à la loi du for, tous les critères dont il dispose pour statuer à cet égard. Ainsi, les juges sont tenus d'appliquer les règles de l'ordre juridique auquel ils appartiennent, y compris la ou les lois auxquelles aboutit l'application des règles du droit international privé. Inévitablement, la question posée au juge étant une question d'arbitrabilité, celui-ci aura naturellement tendance à constater que le litige « n'est pas arbitral » conformément aux exigences de légalité de son ordre juridique étatique. Il serait souhaitable que dans sa décision le juge ait recours à la méthode comparative, afin d'envisager les risques de contrariété à l'ordre public international de son propre système juridique mais également de la *lex causae* susceptible d'être affectée. Toutefois, la pratique montre clairement que le juge se prononce exclusivement en considération de son ordre public étatique, de caractère international dans le meilleur des cas<sup>210</sup>, voire purement interne. Il ne faut cependant pas perdre de vue la justification profonde de sa décision : le juge se déclare incompetent et il doit pour cela établir la cause de son incompetence. Il ne sera incompetent que si son ordre juridique autorise l'arbitrage dans la matière litigieuse.

Cette attitude n'est pas imputable au juge, qui est évidemment lié par le principe de légalité. Il ne peut s'en affranchir dans l'application de la loi à l'arbitrabilité du différend international ni retenir des critères incertains relatifs à des principes de validité matérielle qui se fonderaient sur des critères étrangers à l'ordre public international

209. Dans le cas espagnol, ce renvoi évoque l'article 61 de la loi 36/88.

210. Cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> ch., sect. C), 29 mars 1991, *Société Kinsqahalasi c. Société nationale des chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, n° 3, pp. 478-481, note L. Idot, *ibid.*, pp. 481-486.

ou réellement international<sup>211</sup>. Ici, la critique la plus évidente consiste à contester, en premier lieu, l'emploi par le juge national de critères d'ordre public interne pour examiner l'arbitrabilité dans un arbitrage international. Tel est le cas, par exemple, lorsque le juge déclare contraire à l'ordre public l'arbitrabilité d'un litige relevant du droit de la concurrence parce qu'elle serait contraire aux règles impératives internes, alors que le litige est clairement arbitral du point de vue de l'ordre public international en matière d'arbitrage international<sup>212</sup>.

Dans une seconde éventualité, le juge estime que le litige est arbitral et renvoie les parties à l'arbitrage. Il se peut alors que l'arbitre s'interroge sur la question de l'arbitrabilité et que, après avoir procédé à un examen attentif et étudié toutes les possibilités, il conclue que le litige est inarbitral car contraire à un ordre public international ou réellement international en matière d'arbitrage international en raison de l'illicéité du litige, et se déclare par conséquent incompétent. Il est difficile d'énoncer la problématique de façon abstraite et sa solution exige que juges et arbitres collaborent de façon équilibrée.

60. Loin d'être purement théorique, ce problème se pose couramment en pratique. Saisi d'une exception d'incompétence arbitrale, le juge étatique n'a d'autre possibilité que de statuer à son sujet en appliquant les règles légales dont il dispose, afin d'élaborer une solution juridique fondée sur le principe de légalité. Il serait souhaitable qu'il n'ait pas à se prononcer sur l'arbitrabilité au cours des débats, car il ne l'apprécie pas en tenant compte de l'ordre public international ou du principe d'efficacité qui doit guider l'arbitre

---

211. Cette affirmation souffre quelques exceptions importantes. La jurisprudence française a souvent utilisé les caractères international et commercial du litige pour justifier son arbitrabilité, indépendamment des solutions du droit interne à cet égard. Voir cour d'appel de Grenoble (ch. soc.), 13 septembre 1993, *Rev. arb.*, 1994, pp. 337 s., note M. A. Moreau, « Validité de la clause compromissoire dans un contrat international de travail », *id. loc.* Dans cette affaire, la cour se prononça en faveur de la validité de la clause visant un contrat de travail, matière qui pourtant est inarbitrale en droit interne français. Bien que l'on invoque souvent cette décision pour illustrer les différences entre les limites qui pèsent sur l'arbitrabilité interne et celles qui touchent à l'arbitrabilité internationale, un examen attentif de cet arrêt donne à penser que la cour a plutôt tendance à tenir compte non seulement de l'internationalité du litige, mais également de la qualité d'actionnaires (et non pas seulement de travailleurs) des défendeurs.

212. Par exemple, en vertu de l'article 722 de la LEC espagnole, il est impossible de coopérer à un arbitrage en cours à l'étranger lorsque celui-ci porte sur des compétences exclusives.

international<sup>213</sup>. Par conséquent, le juge et l'arbitre n'agissent pas de la même façon lorsqu'ils vérifient la validité de la convention eu égard à l'arbitrabilité du litige international. Bien qu'il jouisse d'une plus grande liberté dans la détermination de la loi applicable à l'arbitrabilité, l'arbitre international est très prudent et scrupuleux dans l'application qu'il en fait. Même quand il applique, comme le ferait le juge, la Convention de New York à l'arbitrabilité du litige international, l'arbitre a (ou devrait avoir) toujours présente à l'esprit la finalité de ce texte, ce qui le conduit à considérer l'article II, paragraphe 3, et l'ordre public du pays où la sentence devrait être reconnue et exécutée, conjointement avec l'article V, suivant l'interprétation antérieurement adoptée. Si en revanche c'est le tribunal étatique qui est appelé à statuer sur l'arbitrabilité du litige, il obéira au principe de légalité, passant outre l'ordre public international du pays de la reconnaissance et de l'exécution et de tout autre critère qui n'appartiendrait pas à son droit positif. Les juges n'ont en effet aucun devoir « moral » de veiller à la prévisibilité de l'efficacité de la sentence<sup>214</sup>. En définitive, l'arbitre soupèse en général plus minutieusement la valeur de sa décision *ratione materiae*. Non seulement parce que sa propre compétence en dépend, mais aussi parce que de sa décision dépend, dans une large mesure, l'efficacité de la sentence qu'il rendra. Il y va de sa compétence comme de la réputation même de l'institution arbitrale, d'où sa diligence toute particulière.

C'est pourquoi, sans oublier l'idée de départ selon laquelle aucune voie procédurale n'est adaptée aux exigences liées au fond du litige international, ni méconnaître les contraintes inhérentes à la mission juridictionnelle étatique, tenue au respect du principe de légalité, on ne peut demander au juge d'aller plus loin dans la consolidation d'un ordre public international lorsqu'il doit statuer sur une exception d'incompétence arbitrale. Ce qui n'empêche pas, une fois que l'on a cerné dans ce domaine la fonction judiciaire et ses limites naturelles, de se prononcer en faveur d'un devoir de diligence de l'arbitre en matière de détermination de l'arbitrabilité internationale des litiges aux fins d'apprécier sa propre compétence. L'affirmation de ce

213. Tel est le raisonnement de la cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt du 23 mars 1993 (*Société Labinal c. Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *loc. cit.*), retient la compétence absolue des arbitres pour statuer sur leur propre compétence, y compris lorsque les doutes pesant sur cette dernière sont liés à l'arbitrabilité du litige. Il appartient à l'arbitre de déterminer si le litige est ou non arbitral, le juge national pouvant être saisi d'un recours en annulation.

214. B. Hanotiau, « L'arbitrabilité... », *loc. cit.*, p. 922.



devoir de diligence constitue un moyen de mettre définitivement fin à des manœuvres dilatoires et traduit une confiance absolue dans un critère qui a donné de si bons résultats en matière arbitrale : concilier les valeurs d'efficacité et de justice matérielle auxquelles est tellement attachée l'instance arbitrale internationale. La responsabilité et la capacité d'anticipation de l'arbitre sont plus grandes s'agissant de tenir compte de tous les ordres publics et règles impératives susceptibles d'influer sur la validité de la situation matérielle. Il se pourrait que les arbitres soient les seuls à pouvoir légitimement statuer sur l'adéquation de l'ordre public à l'arbitrabilité des litiges internationaux au cours des débats. De fait, une majorité de la doctrine préférerait que la question de l'arbitrabilité soit exclusivement tranchée devant le for arbitral au cours des débats. Il ne s'agit évidemment pas de balayer la fonction judiciaire pour ce qui est de déterminer l'arbitrabilité en rapport avec la compétence arbitrale. En renvoyant la question de l'ordre public et de l'arbitrabilité à la phase postarbitrale, le contrôle a posteriori du juge étatique paraît plus que suffisant pour préserver les principes d'ordre public que la question de l'arbitrabilité pourrait avoir heurtés dans une phase préliminaire<sup>215</sup>.

61. Chaque Etat détermine souverainement les matières qui peuvent être soumises à arbitrage, cette faculté n'étant pas restreinte par les conventions internationales, lesquelles demeurent silencieuses sur ce point. Les limites à l'arbitrabilité du litige doivent être recherchées dans chaque système juridique interne<sup>216</sup>. La pratique arbitrale récente montre clairement la vocation de l'arbitrage à s'étendre comme une tache d'huile à des matières « sensibles » car susceptibles de mettre en jeu l'intérêt général ou celui de tiers (droit de la concurrence, droit des sociétés, droit des procédures collectives, propriété industrielle, contrats passés par des consommateurs, contrats de travail, etc.)<sup>217</sup>. Cette expansion s'explique par la confiance et le soutien des pouvoirs publics à l'égard de l'arbitrage, comme le démontrent de nombreuses décisions judiciaires étrangères ou de la CJCE elle-même<sup>218</sup>.

215. D. Hascher, « Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory Report », *Competition and Arbitration Law*, Paris, 1993, p. 165.

216. M. Requejo Isidro, « Arbitrabilidad de la controversia... », *loc. cit.*, pp. 44-45.

217. Voir N. Bouza Vidal, « La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral », *REDI*, vol. LII, 2000 (sous presse).

218. CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, aff. C-126/96, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*.



L'extension de l'arbitrage à des secteurs traditionnellement considérés comme étrangers à son domaine d'application, loin de réduire l'importance théorique et pratique de la question de l'arbitrabilité des litiges, suscite de nouveaux problèmes, impose de réexaminer de vieux concepts, de formuler des questions nouvelles, et autorise une relecture des conventions internationales en la matière<sup>219</sup>. Il faut toutefois être conscient de ce que cette expansion ne s'accompagne pas d'une uniformisation des systèmes étatiques à partir des actions exercées à un niveau international. Il suffit de rappeler que le rapport de la CNUDCI sur les «Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international» (1999), met en évidence les difficultés qu'il y a à parvenir à une formulation uniforme de la notion d'arbitrabilité<sup>220</sup>.

Toute tentative en ce sens se heurte au dilemme suivant : en adoptant une formulation très générale de l'arbitrabilité, on s'expose à des divergences d'interprétation de la part des tribunaux de pays distincts ; en choisissant au contraire de dresser une liste détaillée, on risque que celle-ci, outre qu'elle ne soit pas acceptée par de nombreux Etats, ne réponde pas à la variété des critères d'arbitrabilité qui, comme le montre la pratique, sont en constante expansion. Devant ce dilemme, il convient d'envisager une troisième solution : s'accorder sur les trois ou quatre matières généralement jugées inarbitrables par les Etats, et inviter ces derniers à ajouter à la liste de base les matières qui conformément à leur droit interne ne peuvent être tranchées par voie d'arbitrage, lesquelles devront faire l'objet d'une notification aux autres Etats parties<sup>221</sup>. Etant donné la diffi-

219. N. Bouza Vidal, «La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada...», *loc. cit.*

220. CNUDCI, trente-deuxième session, Vienne, 17 mai-4 juin 1999, A/CN.9/460 du 6 avril 1999 :

«Lorsque l'on recherche la meilleure approche, la plus viable au niveau mondial et celle qui assurerait la certitude et la transparence voulues, on se trouve confronté à un dilemme. Plus la formule est générale, plus est grand le risque potentiel d'interprétations divergentes par les tribunaux des différents Etats ; et plus la liste est détaillée, plus est grand le risque de non-acceptation par les Etats et, pour autant que la liste soit acceptée, plus grand est le risque de figer des questions et d'empêcher ainsi une évolution qui permette à terme de limiter le nombre de litiges ne se prêtant pas à l'arbitrage. Il semble néanmoins souhaitable de faire une tentative réfléchie dans ce sens puisqu'un échange de vues au niveau international serait à la fois révélateur et utile.»

221. G. Hermann, «Does the World Need Additional Uniform Legislations on Arbitration?», *Arb. Int.*, 1999, 5, p. 219.

culté de formuler un critère uniforme, il appartient à chaque Etat de désigner le droit que devront appliquer ses tribunaux chaque fois qu'ils auront à statuer sur l'arbitrabilité du litige soumis par les parties à un arbitrage privé international.

62. Le fait, qui a déjà été évoqué, qu'il n'existe pas de for dans l'arbitrage commercial international implique que l'arbitre n'est pas tenu de se rattacher à un quelconque ordre public étatique. Par suite, c'est au juge qu'il revient d'agir comme le principal garant de l'ordre public. Ainsi s'explique le lien très marqué qui unit l'arbitrabilité et le contrôle de la sentence pour des raisons d'ordre public, au point que l'on peut affirmer que plus l'arbitrabilité des litiges s'étend, plus le contrôle exercé sur le contenu de la sentence s'intensifie. Le risque est que le juge de la nullité ou le juge de l'exequatur puissent non seulement vérifier la compatibilité de la sentence avec les valeurs et principes fondamentaux du for, mais aussi examiner le litige en fait et en droit, procédant ainsi à une véritable révision au fond. Nous verrons quand nous aborderons le recours en annulation de la sentence et l'extension du contrôle étatique qu'il est sans doute inexact d'invoquer un principe d'impossibilité de révision au fond de la sentence. Mais lorsque l'arbitrage intervient dans ces matières « sensibles » ou spécifiquement régies par des règles matérielles de protection, il est normal d'exiger une utilisation correcte de la règle impérative qui doit être appliquée.

En d'autres termes, le juge et l'arbitre jouent des rôles très différents en ce qui concerne l'exception d'ordre public et sa relation avec l'arbitrabilité<sup>222</sup>. Le juge est tenu de faire clairement la différence entre les lois de police du for et les lois de police étrangères, alors que l'arbitre doit prendre en considération les unes et les autres. L'arbitre s'intéresse en effet d'une manière égale à toutes les règles affectant le litige dont il connaît, indépendamment de leur provenance et à condition pour lui de donner préférence à la loi choisie par les parties. En matière d'arbitrabilité du litige, l'ordre public joue un rôle majeur, tant dans l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international : concrètement, à partir du moment où il est invoqué, de nombreuses questions ne peuvent plus accéder à l'arbitrage.

---

<sup>222</sup>. Voir P. Mayer, « Mandatory Rules of Law in International Arbitration », *Arb. Int.*, 1986, pp. 274-322; Y. Derains, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, pp. 375-413.

On peut dès lors donner à l'arbitrabilité une signification différente selon le cas dans lequel on l'envisage : devant les arbitres, l'arbitrabilité est un présupposé de l'instance arbitrale dans son ensemble, condition de validité et d'efficacité de la convention d'arbitrage et présupposé de la compétence des arbitres dans l'examen que ceux-ci font de leur propre compétence ; devant le juge, l'arbitrabilité intervient aussi bien au cours des débats, dans l'analyse que fait le juge de la validité de la convention afin de constater ou de nier la compétence arbitrale, que dans la phase postarbitrale, lorsque le juge examine un recours en annulation ou lorsque, saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution, il rejette ou approuve *ex officio* la sentence arbitrale.

Dans un premier temps, le juge confronté à un arbitrage international devra appliquer les règles contenues dans les conventions internationales relatives à l'arbitrage, si ces règles existent. Il s'agit de vérifier que le litige est internationalement arbitral et que la convention d'arbitrage est valable, compte tenu de la validité de son présupposé matériel, dans le respect des limites imposées par l'ordre public international<sup>223</sup>. La question de l'arbitrabilité du litige et l'ordre public dans les principales conventions internationales conduisent inmanquablement à appliquer des critères lexforistes. Le juge qui statue se fonde sur la *lex fori* pour vérifier si la matière sur laquelle porte le litige peut ou non être soumise à arbitrage. Sans prendre en compte, en principe, le facteur international qui contribue à la flexibilité matérielle. Ce n'est qu'en dépassant cette tendance initiale à recourir au *for* que l'on peut adopter des critères plus souples que ceux du droit interne, eu égard à l'internationalité du litige. Inversement, les arbitres ne sont pas tenus d'appliquer les conventions internationales relatives à l'arbitrage. Leur application n'est pas pour eux impérative mais facultative, quoique en pratique les arbitres prêtent une attention toute particulière à ces instruments conventionnels lorsqu'ils statuent au fond ou sur la procédure, ce qui illustre une fois de plus la juridictionnalisation de l'arbitrage.

L'arrêt *Mitsubishi* constitue un précédent important, en ce qu'il marque une ouverture vers l'arbitrabilité d'un litige lié en l'espèce au droit antitrust. La reconnaissance, par la Cour suprême des Etats-

<sup>223</sup> Cour suprême (1<sup>re</sup> ch.), 17 juin 1983, *Ludmila C. Shipping Co. Ltd. c. Maderas G. L., S.A.*, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 187-190; *YCA*, vol. XI, 1986, p. 525; *Rev. dr. aff. int.*, 1985, n° 6, pp. 763-765.

Unis d'Amérique, de l'extension de la compétence arbitrale à des matières qui traditionnellement leur étaient interdites pour des raisons d'ordre public, amorce une évolution désormais irréversible : l'accroissement de l'interdépendance entre l'arbitrage international et les lois étatiques et l'extension de l'arbitrage à des matières antérieurement fermées à la justice privée<sup>224</sup>.

L'accroissement du nombre de matières considérées comme arbitrables répond à une idée double, qui anime aujourd'hui le traitement de l'arbitrage. D'une part, la confiance en l'institution s'accroît, de sorte que certaines oppositions tendent à disparaître, comme celle concernant l'arbitrage dans des matières gouvernées par l'ordre public, qui paraissait insurmontable il y a peu. D'autre part, il ne faut pas oublier qu'avec le développement du commerce international et l'importance particulière que tendent à prendre ses opérateurs, il est relativement courant qu'un contrat privé porte sur des matières affectant l'intérêt général ou un intérêt public. Si l'arbitrage était exclu de toute convention impliquant le droit de la concurrence, cela restreindrait considérablement son domaine d'intervention, et on peut en dire autant d'autres branches du droit. L'obligation pour les arbitres de respecter les implications publiques du litige, qui n'emportent pas son inarbitrabilité, est le prix que l'arbitrage doit payer à la sécurité juridique et à l'ordre public, lesquels bénéficient en définitive aux usagers de l'institution.

### 3. *Consentement et preuve de la convention d'arbitrage : conséquences des clauses pathologiques*

63. L'examen d'une clause compromissoire ne s'achève pas sur une appréciation de sa validité ou de son invalidité, conformément aux règles applicables, mais sur une évaluation éminemment pratique de son efficacité réelle, tant positive que négative. A cet égard, la clause peut présenter des difficultés, liées en général à des questions de fait, qui empêchent de se prononcer clairement et immédiatement sur la volonté réelle des parties de se soumettre à l'arbitrage. Et la recherche de cette intention peut exiger une intervention judiciaire, soit parce que la question est directement soumise au juge en

<sup>224</sup> J. A. Bertrand, « Arbitration: Public Policy Exception to Arbitration of Antitrust Issues: *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth* », *Harvard Int. LJ*, vol. 25, 1984, pp. 427-433.

dépôt de la clause compromissoire, soit dans la phase d'annulation de la sentence. L'efficacité de la clause dont découlent des obligations à la charge des parties à la convention, et qui justifie la compétence des arbitres et, corrélativement, l'incompétence des juges, peut être sérieusement affectée par une incertitude quant à la volonté des parties, à l'institution chargée de l'arbitrage ou à la renonciation à la voie judiciaire, bref, par un ensemble de causes qui, en définitive, constituent la liste de ce que la doctrine française, habituée pour des raisons évidentes aux problèmes pratiques que pose l'arbitrage, nomme les clauses d'arbitrage pathologiques<sup>225</sup>.

En toute rigueur, on se trouve en présence d'une clause pathologique dans un certain nombre d'hypothèses que l'on peut, sans prétendre à l'exhaustivité, énumérer comme suit: *a*) clause d'arbitrage désignant comme applicable à l'instance arbitrale une règle abrogée; *b*) clause n'énonçant pas clairement et formellement la volonté de se soumettre à l'arbitrage<sup>226</sup>; *c*) absence de renonciation expresse et formelle à la protection judiciaire des juges et tribunaux; *d*) désignation incorrecte de l'institution chargée d'administrer l'arbitrage<sup>227</sup>; *e*) désignation d'une institution arbitrale inexistante<sup>228</sup>; *f*) coexistence d'une soumission à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges à naître du contrat et d'une clause d'élection de for; *g*) énonciation de modalités d'exercice de l'activité arbitrale impossibles ou difficiles à respecter, comme des délais excessivement brefs pour rendre la sentence ou l'énonciation d'une procédure de désignation des arbitres excessivement alambiquée; *h*) le renvoi à une institution arbitrale dont les statuts ne prévoient pas la possibilité de procéder à un arbitrage du type de celui qui est demandé. En définitive, on se trouve en présence d'une clause pathologique quand la clause est équivoque quant à la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage, dans l'identification de l'institution arbitrale compé-

225. F. Eisemann, «La clause d'arbitrage pathologique», *Essais in Memoriam de Eugenio Minoli*, Turin, 1974, pp. 120 ss.

226. Sentence CCI n° 2138 (1974), *Journ. dr. int.*, 1975, p. 934.

227. Par exemple, désignation dans la clause compromissoire d'un organisme d'arbitrage inexistant dénommé «Chambre de commerce officielle de Paris», ordonnance (réf.) du tribunal de grande instance de Paris, 13 décembre 1988, *Rev. arb.*, 1990, pp. 521 ss. Dans ce cas, le président du tribunal a jugé la clause valable, car se référant à la Chambre de commerce internationale, «centre d'arbitrage reconnu à Paris par la pratique des relations internationales, tant en France qu'à l'étranger».

228. Ordonnance (réf.) du tribunal de grande instance de Paris, 8 septembre 1983, *Rev. arb.*, 1983, pp. 479 s., note B. Moreau.

tente ou quant à la certitude de la renonciation à la juridiction étatique.

64. Pour résoudre ces difficultés, le juge doit en interprétant la clause compromissoire en détacher ce qui est défectueux ou invalide<sup>229</sup> et s'attacher à faire produire à la convention d'arbitrage son « effet utile »<sup>230</sup>. Il doit donc distinguer, parmi les clauses obscures, celles qui ne sont pas un obstacle à la réalisation de l'arbitrage de celles qui le sont, comme par exemple, dans les hypothèses que nous avons évoquées, la clause ne permettant pas d'identifier clairement l'organisme arbitral auquel les parties ont entendu se soumettre. Dès lors que les parties ont introduit une clause compromissoire dans leur contrat, le juge doit présumer que leur intention est de mettre en place pour l'avenir un mécanisme de règlement de leurs litiges fondé sur l'arbitrage.

Le juge doit donc prendre acte de la volonté réelle des parties de recourir à l'arbitrage et il ne peut aboutir à une solution contraire que si cette volonté n'est pas suffisamment accréditée par des circonstances objectives. Il ne s'agit pas pour le juge d'altérer la signification littérale des clauses compromissoires, mais de reconstruire, s'il le juge opportun, la volonté incorrectement exprimée par les parties de se soumettre à l'arbitrage, et de se refuser à une lecture purement littérale de la clause litigieuse. Mais il ne doit pas non plus outrepasser son rôle et procéder à une révision de la clause, ce qui implique qu'il doive bien souvent rechercher un équilibre délicat<sup>231</sup> entre les deux extrêmes que sont la révision de la clause et un éventuel déni de justice.

La présence d'erreurs dans la rédaction de la convention d'arbitrage oblige à en vérifier le caractère substantiel ou formel afin de voir dans quelle mesure elles affectent la volonté des parties, de manière à vérifier l'efficacité positive et négative de la convention<sup>232</sup>: interprétation stricte, mais *pro validitate*, comme l'admet

229. Voir E. Artuch Iriberry, « El convenio arbitral defectuoso », *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 415-421.

230. Cour d'appel de Paris, 5 mai 1989, *Rev. arb.*, 1989, pp. 723 ss., note P. Bellet.

231. La jurisprudence française offre des exemples de révision judiciaire de la clause compromissoire et déclare irrecevable la désignation opérée par le président du tribunal de commerce de Paris : Cour de cassation, 19 novembre 1985, *Rev. arb.*, 1986, pp. 425 ss., note Ph. Fouchard, et Cour de cassation, 10 mai 1995, *Rev. arb.*, 1995, pp. 605 ss., note A. Hory.

232. J. M. Chillón Medina et J. F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1991, p. 689.

une pratique arbitrale constante<sup>233</sup>. Par exemple, la référence à une langue déterminée ne constitue pas un élément substantiel du consentement à la convention d'arbitrage. Quelle que soit la loi applicable et la langue utilisée, la volonté des parties serait la même, tendant au règlement du litige par la voie de l'arbitrage. Pour le reste, il ne s'agit que d'erreurs accidentelles et réparables. Comme l'affirme la sentence interlocutoire rendue dans l'affaire CCI n° 4145 en 1983, la référence à l'anglais, qui correspond par exemple à la nationalité nord-américaine d'une des parties, peut être rectifiée par le déclenchement de l'instance en espagnol, accord tacite qui annule le précédent et n'influe pas substantiellement sur la validité de la convention d'arbitrage. Selon la doctrine dominante, de tels événements n'ont pas pour conséquence une impossibilité de l'arbitrage fondée sur une erreur substantielle et irréparable<sup>234</sup>. Dans l'affaire précitée, l'utilisation de l'anglais dans la convention d'arbitrage et le déclenchement postérieur de la procédure en espagnol n'emporte pas la nullité ou l'inefficacité de la convention d'arbitrage, mais seulement une modification d'un de ses éléments accessoires.

Dans le cas des clauses pathologiques, l'existence même de la convention d'arbitrage n'est nullement remise en cause. Un simple examen des faits conduit à retenir son existence matérielle et son acceptation par les parties, conjointement à l'ensemble du contrat. Quant à la validité, il convient de signaler qu'aucune règle légale n'est enfreinte, de sorte que l'arbitrage est valable et légitime. La volonté des parties doit donc être exprimée dans la convention d'arbitrage, mais une contradiction concrète affecte son contenu ou l'ensemble des clauses du contrat.

La fréquence de l'arbitrage dans les litiges commerciaux favorise une bonne compréhension de ce type de clauses. La généralisation de celles-ci dans les relations commerciales contemporaines, jointe aux obligations de diligence et de bonne foi entre commerçants, favorise une interprétation extensive en matière de consentement, y

233. Aff. CCI n° 4145, 1983, première sentence interlocutoire, *Journ. dr. int.*, 1985, p. 985, et aff. n° 3460, 1980, *Journ. dr. int.*, 1981, p. 939, interprétation non démentie par la décision judiciaire (décisions de la Cour suprême du 17 juin 1983, *Ludmila C. Shipping Co. Ltd. c. Maderas G. L., S.A.*, RCEA, vol. I, 1984, p. 187, spéc. p. 189, et du 22 décembre 1983, *Fletamentos marítimos S.A. c. Star Dispatch Shipping*, RCEA, vol. I, 1984, p. 195.

234. Voir en ce sens J. M. Chillón Medina et J. F. Merino Merchán, *op. cit.*, p. 689, F. Eisemann, «Les clauses arbitrales pathologiques», *Essais in memoria d'Eugenio Minoli*, Turin, 1974, pp. 152-156, et H. Scalbert et L. Marville, «Les clauses d'arbitrage pathologiques», *Rev. arb.*, 1988, pp. 117 s., spéc. p. 119.



compris lorsque celui-ci est tacite. La rapidité et l'efficacité inhérentes à l'institution arbitrale s'accommodent mal d'une interruption de la procédure entamée, au moins du point de vue élémentaire du respect dû à l'effet utile des conventions, principe qui lui aussi est inhérent à la pratique commerciale.

65. Le concept de convention d'arbitrage « pathologique » renvoie aux conventions valablement conclues, mais dont certaines imprécisions peuvent entraîner l'inefficacité de l'accord. Le concept ne s'étend donc pas aux hypothèses dans lesquelles la convention est radicalement nulle pour une raison qui affecte son essence même, comme le caractère indisponible du litige. En effet, si le litige porte sur une question intimement liée à l'ordre public, son inarbitrabilité n'a pas pour conséquence une imperfection de la convention d'arbitrage, mais sa nullité. En revanche, le consentement, second pilier de l'institution, favorise tout particulièrement l'apparition des pathologies dont il est ici question. Le caractère volontaire de la soumission à l'arbitrage, question qui revêt une importance fondamentale s'agissant d'une institution directement rattachée à l'autonomie de la volonté des parties et qui s'inspire de ce principe même, doit être clairement établi. Et ce, non seulement quant à son existence, mais aussi dans son contenu et sa portée. C'est dans ce domaine qu'interviennent les imprécisions qui peuvent créer un doute raisonnable quant au choix par les parties du mode de règlement de leurs litiges. Pour autant, il ne faudrait pas croire que les causes d'inefficacité de la convention appartenant à cette catégorie procèdent exclusivement de simples imprécisions<sup>235</sup>.

L'article II de la Convention de New York énumère trois causes très générales d'inefficacité de la convention d'arbitrage. Nous ne reviendrons pas ici sur l'arbitrabilité du litige, qui a déjà été étudiée. Concrètement, la Convention prévoit que les tribunaux étatiques respectent le contrat conclu par écrit entre les parties et renvoient celles-ci à l'arbitrage, à moins qu'ils ne constatent que ladite convention est nulle, inefficace ou insusceptible d'être appliquée. La notion de convention d'arbitrage « pathologique », valable mais ne traduisant pas suffisamment la volonté des parties, ne figure pas parmi ces notions très générales.

La nullité s'étend aux hypothèses de défaut absolu de consente-

<sup>235</sup> E. Artuch Iriberry, « El convenio arbitral defectuoso », *loc. cit.*, 1995, p. 416.



ment, de défaut de capacité des parties, de fraude ou d'erreur. En ce qui concerne l'inefficacité, dans la formulation de l'article II, paragraphe 3, elle renvoie aux cas dans lesquels le contrat valide et inefficace devient inopérant, pour diverses raisons : renonciation des parties, novation, inobservation de délais par le demandeur ou par les arbitres. Logiquement, ce n'est que lorsque l'erreur ou l'incertitude pesant sur la portée du consentement ne sont pas suffisamment graves pour entraîner l'invalidité de la convention que l'on se trouve en présence d'un défaut potentiellement réparable. Seule l'expression « non susceptible d'être appliquée », utilisée par l'article II de la Convention de New York pouvait traduire cette hypothèse. Dans le contexte général de la Convention, ces termes font référence aux clauses compromissaires dont l'exécution ou l'interprétation sont impossibles. Si cette exécution ou interprétation n'est pas rigoureusement impossible mais simplement compliquée ou insuffisamment définie par la lettre même de la convention d'arbitrage, on se trouve en présence d'une convention dite défectueuse ou pathologique. Ainsi, si de telles clauses sont voisines de celles que prévoit l'article II de la Convention de New York, *in fine*, elles n'y correspondent pas complètement ni même initialement puisque la validité et l'efficacité demeurent possibles, de sorte que le juge pourra constater l'efficacité de l'accord et renvoyer les parties à l'arbitrage. C'est cette même possibilité qui justifie toute l'attention qu'on leur porte en pratique.

66. Tant dans le régime conventionnel que dans le régime légal autonome, le problème des clauses compromissaires défectueuses se résume, comme nous l'avons dit, à mesurer l'importance de l'erreur ou des contradictions apparentes. Pratiquement, la question consiste dans l'un et l'autre cas à se demander si la convention qui présente une inexactitude peut malgré cela être efficace, c'est-à-dire si elle indique suffisamment la volonté des parties ou si son contenu peut être interprété en dépit de l'imprécision de ses termes. Devant des défauts de cette nature, un travail d'interprétation est nécessaire pour déterminer si la convention d'arbitrage peut ou non produire ses effets, interprétation qui passe par la qualification de l'erreur. Il est indispensable de vérifier si celle-ci, portant sur un élément essentiel de la convention, en affecte la validité même ou si, touchant à une question accessoire, elle est réparable. Si on voit dans cette erreur une simple inexactitude de fait, elle apparaîtra réparable ; si en revanche elle est jugée substantielle, cette erreur sera considérée

comme un indice fiable de l'absence de volonté des parties de soumettre leurs litiges à arbitrage. Dans ce cas, on estimera simplement que les exigences légales ou conventionnelles ne sont pas satisfaites.

De façon fondamentale, la présence d'erreurs dans la rédaction de la convention d'arbitrage impose de déterminer son effet invalidant à l'égard de la volonté des parties, afin de pouvoir mettre en œuvre l'efficacité positive et négative de la convention. En somme, il faut se livrer à une interprétation stricte, mais *pro validitate*, comme l'admet une pratique arbitrale constante non démentie par la pratique judiciaire.

67. Il importe de ne pas perdre de vue que, dans les cas que nous examinons ici, l'existence même de la convention d'arbitrage ne suscite aucun doute. La seule vérification des circonstances de fait permet de conclure à son existence matérielle et à sa signature conjointement avec le reste du contrat. Pour ce qui est de la validité, elle ne contredit aucune règle légale qui pourrait impliquer sa nullité *ab initio*. La question se résume en effet à savoir si la volonté de se soumettre à l'arbitrage a ou non existé. Cette volonté peut être obscurcie par un facteur déjà évoqué : la soumission concurrente à un tribunal judiciaire, national ou étranger<sup>236</sup>. Devant ce type de contradiction, qui peut se manifester dans le même contrat, il importe que le travail d'interprétation soit extensif, ce qui suppose la prise en considération de circonstances telles que les relations précontractuelles des parties, les autres stipulations contractuelles qui font référence à l'arbitrage ou à la procédure judiciaire et, surtout, le moment de la signature. A vrai dire, même s'il existe une contradiction entre plusieurs clauses qui n'a pas été éclaircie lors de la signature de l'ensemble du contrat, la clause compromissoire doit être considérée comme ayant été acceptée avec les autres. Si rien dans le comportement précontractuel de la partie qui s'y oppose n'atteste une volonté contraire à l'arbitrage, quelle que soit la forme dans laquelle a été incorporée la convention d'arbitrage, celle-ci peut être réputée valable. Il faut insister sur le fait que l'hypothèse évoquée n'implique pas une confrontation entre clauses successives non pathologiques : une telle confrontation se résout par application des règles relatives aux conflits de dispositions. Ce type de situation se rencontre notamment lorsque les clauses compromissoires sont incluses dans des conventions bilatérales de protection et de promotion des

236. E. Artuch Iriberry, « El convenio arbitral defectuoso », *loc. cit.*, p. 418.

investissements. Ces conventions, qui optent unanimement pour l'arbitrage comme mode de règlement des différends susceptibles de naître entre l'Etat et l'investisseur, sont parfois contredites par le contrat même d'où naît le litige. Mais il n'y a dans ce cas aucune pathologie, ni aucune erreur dans le consentement qui aurait pour origine une rédaction erronée : il s'agit bel et bien d'une collision entre deux clauses successives et la solution de cette difficulté passe dans une bonne mesure par le recours aux règles du droit des traités internationaux relatives aux conflits de dispositions<sup>237</sup>.

Il existe toutefois une autre possibilité en ce qui concerne l'hypothèse examinée. On peut fort bien estimer que les clauses concurrentes sont compatibles, de sorte que la possibilité de recourir à l'arbitrage reste ouverte et qu'à défaut, si quelque cause d'inefficacité devait affecter la convention d'arbitrage, il serait possible de s'adresser aux tribunaux. Dans ce cas, les parties s'accordent sur le tribunal qui sera saisi, parmi ceux qui seraient compétents pour connaître du litige. Mais il convient de souligner que, dans certains cas, l'existence d'une telle concurrence n'implique rien de plus qu'un défaut de diligence dans la rédaction des conventions et dans l'ensemble de la relation contractuelle. La possible existence de fors concurrents saisis d'une même affaire n'est pas nouvelle dans la pratique espagnole. Le 12 février 1985, le tribunal de première instance n° 5 de Barcelone a rendu un jugement dans une hypothèse similaire : le contrat litigieux contenait deux clauses contradictoires. L'une, relative au droit applicable, renvoyait expressément à la loi espagnole et donnait compétence aux tribunaux de Barcelone. L'autre, sous le titre «règlement des litiges», renvoyait à la cour d'arbitrage de la CCI. Devant ce dilemme, le tribunal se prononça en faveur de la validité de la clause d'arbitrage, celle-ci ayant un caractère plus spécifique que la clause relative à la compétence judiciaire. Cette dernière demeure toutefois territorialement efficace, en ce qu'elle permet de désigner concrètement le tribunal compétent pour tous les actes intervenant à l'appui de l'arbitrage, véritable juridiction choisie par les parties<sup>238</sup>.

Le souci d'intégration du juge chargé de statuer sur ces diverses questions trouve son expression ultime dans l'efficacité de la

237. Voir E. Artuch Iriberry, «La jurisdicción de CIADI de acuerdo al art. 25 del Convenio de Washington», *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 287-297.

238. *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 137 ss., note M. Amores Conradi, *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 189-190.

convention d'arbitrage. Lorsque l'interprétation est stricte et rigide, la moindre erreur peut être fatale à la convention d'arbitrage. Il s'agit d'une question de fait plus que de droit : il faut songer avant tout à l'importance de l'erreur, afin de savoir si elle est substantielle ou simplement instrumentaire. Et il ne faut jamais oublier que, dans l'arbitrage commercial international au sens strict, aucune situation n'implique des parties bénéficiant d'une protection spéciale ou dont l'expérience professionnelle puisse être douteuse. Ainsi, le principe général de l'efficacité maximale est compatible avec celui de la sécurité juridique des parties.

#### 4. *Domaine d'application de la convention d'arbitrage*

68. La convention d'arbitrage ne doit pas seulement porter sur une matière arbitrable et exprimer réellement le consentement des parties ; elle doit en outre avoir un domaine d'application matérielle et personnelle concret. Les relations du commerce international se caractérisant par une complexité croissante, il convient de préciser à quels litiges et entre quelles parties la convention d'arbitrage sera applicable. Bien que cette question soit généralement tranchée au cours des débats par les arbitres, il arrive également que le juge étatique en soit saisi. Nous faisons ici référence aux conventions d'arbitrage conclues par des groupes de sociétés, ou dans le cadre de chaînes de contrats ou incluses dans des traités bilatéraux de protection des investissements, qui par nature portent sur un volume indéterminé d'opérations futures entre investisseurs et Etats. Cette dernière hypothèse est d'ailleurs exclusivement soumise aux arbitres intervenant dans le cadre du CIRDI, de sorte qu'il n'existe à ce jour aucune décision judiciaire en la matière<sup>239</sup>.

Dans ces trois hypothèses, le litige porte sur l'étendue du consentement : les parties ont-elles envisagé lors de la conclusion de la convention tous les membres d'un groupe, ou seulement ceux qui étaient parties à une opération économique ? Pour répondre à cette question, il faut rechercher l'intention réelle des parties et s'interroger sur sa portée.

69. L'extension de la convention d'arbitrage aux sociétés apparte-

---

239. Voir, par exemple, l'affaire CIRDI *Compañía de Aguas del Aconquija-Vivendi c. República de Argentina*, dans laquelle les arbitres déclinèrent partiellement leur compétence et qui est actuellement soumise à la commission d'annulation de cette institution, conformément à son règlement.

nant à un groupe suppose, au préalable, que chacune de ces sociétés ait une personnalité juridique propre, indépendante des autres, même si toutes obéissent sous une forme quelconque à un contrôle ou à une finalité unique. La jurisprudence arbitrale est très prudente sur ce point, mais aussi très efficace. Elle cherche en effet à apporter une réponse globale aux prétentions qui lui sont soumises, mais en évitant d'employer des concepts agressifs comme la «levée du voile social» qui, au cours des débats, peuvent supposer une extension injustifiée de la portée de la convention d'arbitrage<sup>240</sup>. Pour ce qui est des tribunaux étatiques, leur jurisprudence oscille entre plusieurs positions : une conception stricte de l'effet relatif des conventions ; la doctrine de l'*alter ego* ou de la direction unique d'un groupe de sociétés ; des solutions pragmatiques consistant à vérifier la participation effective de chaque société dans l'opération litigieuse. La première position, largement adoptée par les tribunaux anglais, a été fixée par l'arrêt *Fagor* précité, dans lequel fut refusée l'extension de la clause à une société mère. C'est la jurisprudence nord-américaine qui a conçu et utilise le plus souvent la doctrine du contrôle unique, qui consiste à mesurer le degré de finalité économique commune<sup>241</sup>. Enfin, la jurisprudence française a opté pour une analyse des circonstances dans chaque cas concret ; l'attention se porte, plus que sur l'existence d'un groupe de sociétés, sur l'opération juridique, dans le but de déterminer le degré d'implication de chaque participant<sup>242</sup>.

70. La question des groupes ou chaînes de contrats se centre depuis quelques années sur la portée du consentement *ratione materiae*. L'indétermination ne porte plus dans ce cas sur les personnes impliquées dans les opérations, mais sur les litiges eux-mêmes. Lorsque l'opération est complexe, comme lorsque les parties ont conclu plusieurs contrats successifs, la clause est susceptible d'être transmise des uns aux autres. De façon imagée, on pourrait dire que la clause «circule» parmi des opérations liées les unes aux autres. En ce qui concerne l'arbitrage, cette circonstance soulève la difficile question des arbitrages multipartites ou de la consolidation d'ins-

240. La sentence CCI n° 5721 de 1990, *Journ. dr. int.*, 1990, pp. 1020 ss., résume parfaitement la position arbitrale à l'égard des groupes de sociétés.

241. Voir US Court of Appeals, 2nd Cir., 19 août 1993, *Carte Blanche v. Diners Club International*, *Int. Arb. Rep.*, vol. 8, 1993, p. 3.

242. Cour d'appel de Paris, 31 octobre 1989, *Kis France c. Société générale*, *Rev. arb.*, 1992, p. 90, note D. Cohen.

tances arbitrales connexes, nées dans des hypothèses où une seule opération juridique se réalise par le biais de contrats successifs qui tous aboutissent à un même arbitrage. Une bonne administration de la justice commande généralement dans ce cas un traitement conjoint des affaires<sup>243</sup>.

Du point de vue juridictionnel, une seule législation nationale, celle des Pays-Bas, autorise expressément le juge à ordonner la consolidation d'instances arbitrales connexes (article 1046 du Code de procédure civile de 1986). La jurisprudence américaine, pour sa part, est peu encline à des décisions de ce type. Et il est fréquent qu'à défaut d'une volonté expresse des parties elle refuse la consolidation dans ces hypothèses<sup>244</sup>. Il s'agit là d'un élément essentiel dans l'analyse de la question : lorsque celle-ci parvient devant les tribunaux étatiques au cours des débats (avant que la sentence ne soit rendue), c'est parce qu'une des parties à l'arbitrage multipartite conteste, d'une manière ou d'une autre, la consolidation ou l'intégration. L'un des participants à la chaîne de contrats ne s'estime pas lié par les mêmes clauses que les autres. Dans la mesure où c'est sa volonté même qui est discutée, la question de l'extension de la convention devant les tribunaux n'est pas simple. A tout le moins, elle impose une réinterprétation de la volonté des parties qui exige, il ne faut pas l'oublier, un critère strict d'efficacité. La doctrine de l'effet utile, dans ces cas, doit être contrebalancée par l'interprétation stricte des clauses.

---

243. Voir E. Gaillard, «L'affaire Sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multipartite», *Rev. arb.*, 1987, pp. 275-291.

244. *The Government of United Kingdom v. Boeing Company*, 2nd Cir., 1993, *Int. Arb. Rep.*, 1993, p. 3.

## CHAPITRE III

## L'INTERVENTION DU JUGE DANS L'INSTANCE ARBITRALE

*I. L'exigence d'un «juge d'appui»**1. Objet et portée de l'intervention*

71. Le déroulement de la procédure arbitrale devant les arbitres a lieu dans une partie de l'«édifice arbitral» que constitue l'ensemble complexe et varié des relations que détermine la soumission du litige à l'arbitrage. Le juge n'a nul accès à cette partie de l'édifice, l'étage noble où il s'agit de régler le sort du contrat à l'origine du désaccord et qui est placé, si l'on peut dire, sous l'autorité exclusive des parties et des arbitres<sup>245</sup>. Normalement, et malgré les tensions naturelles que toute confrontation d'intérêts économiques génère, la procédure arbitrale se déroule en ce lieu sans contretemps, surtout lorsqu'elle est effectivement patronnée par une institution arbitrale pourvue d'un règlement<sup>246</sup>. Comme nous l'avons déjà signalé, l'arbitrage international éprouvant un net penchant pour l'assistance institutionnelle, l'éventuel appel au juge présente une portée beaucoup plus réduite que dans le cas de l'arbitrage interne, où l'arbitrage *ad hoc* est plus développé<sup>247</sup>.

Cela dit, on ne peut cependant pas négliger une éventuelle intervention du juge dans l'étape qui précède immédiatement le début de la procédure arbitrale et, surtout, dans son développement. La fonction d'assistance de l'institution arbitrale est ici reléguée à un deuxième plan, avec l'apparition de la figure du «juge d'appui». En

245. Ph. Fouchard, «Relationships between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, supplément spécial, 1995, pp. 12-23.

246. Voir la fonction de surveillance dévolue à la CCI dans A. Kassis, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, Paris, 1988; J.-J. Arnaldez, «Réflexions sur l'autonomie et le caractère international du règlement d'arbitrage de la CCI», *Journ. dr. int.*, t. 114, 1993, p. 862; B. M. Cremades, «Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio internacional», *Revista jurídica española La Ley*, 1997, 5, D-287, pp. 1855-1861 et *Derecho de los Negocios*, n° 85, 1997, pp. 1-10.

247. H. L. Arkin, «International *ad hoc* Arbitration. A Practical Alternative», *International Business Lawyer*, janvier 1987, pp. 6 ss.

termes imagés, les parties, et plus particulièrement les arbitres, peuvent se voir obligés de descendre au rez-de-chaussée de l'édifice arbitral pour demander l'aide judiciaire. A partir de ce moment, le juge doit prévenir toute tactique dilatoire et donc agir lui-même avec célérité. La plupart des législations ouvrent à cet effet de très brefs délais pour permettre aux parties de remonter à l'étage arbitral et reprendre la procédure, et dans ce but elles éliminent souvent la voie des recours juridictionnels en réservant la protection effective des droits des parties au stade de l'annulation de la sentence arbitrale, le cas échéant. La portée de ce compagnonnage du juge et de l'arbitre dans cette étape de la procédure arbitrale constitue un nouvel élément du test qui détermine le niveau de la culture arbitrale existant dans un système étatique donné<sup>248</sup>.

72. Cet élément révélateur de la culture arbitrale varie de façon substantielle d'un système à l'autre et constitue un indice sûr du degré de méfiance à l'égard de l'intervention judiciaire. A cet égard, l'article 5 de la loi type CNUDCI<sup>249</sup> dispose que :

« Pour toutes les questions régies par la présente loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit. »

Le sens et la valeur de ce précepte ont été discutés : depuis ceux qui y voient une tendance à minimiser l'intervention des tribunaux étatiques, jusqu'à ceux qui le considèrent comme une règle « neutre »<sup>250</sup>, dont la portée se voit, en outre, réduite à ce qui est expressément réglementé par la loi type. Une vision systématique de celle-ci semble indiquer que ladite intervention serait possible en ce qui concerne la désignation, la récusation et le remplacement des arbitres, le recours en annulation de la sentence arbitrale, l'obten-

248. Comme B. Goldman l'a mis en relief :

« La complémentarité de l'action des juges et de celle des arbitres est considérée comme un acquis ... dans les rôles qui leur sont dévolus pour atteindre l'objectif commun, l'efficacité de l'arbitrage commercial international. » (Cf. « L'action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », *Rapport général pour le soixantième anniversaire de la cour d'arbitrage de la CCI*, Paris, 1984, p. 271.)

249. Tenu pour un des *Schwerpunkte* de la loi type par P. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1989, pp. 103-104.

250. C. A. Esplugues et M. McNerny, « Aproximación a la nueva ley modelo UNCITRAL... », *loc. cit.*, p. 23.



tion de preuves, l'adoption de mesures provisoires et conservatoires et, naturellement, l'exécution de la sentence arbitrale.

Les différentes législations présentent, dans ce contexte, une liste assez longue des formalités procédurales spécifiquement prévues : prolongation du délai pour le commencement de la procédure arbitrale, prorogation du délai pour rendre la sentence arbitrale, détermination de mesures en vue de garantir les dépens de l'arbitrage, consolidation de différentes procédures arbitrales au moyen d'une décision judiciaire, intimations d'activer la procédure arbitrale (*order compelling arbitration*), etc.<sup>251</sup> Face à ces formalités, et à beaucoup d'autres, qui sont spécialement prévues par les différents systèmes, se pose la question de délimiter la portée exacte de la fonction auxiliaire du juge étatique en relation avec la procédure arbitrale lorsque cette fonction s'abrite derrière une « clause générale ouverte ».

L'évolution de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, à l'abri de l'article 1493, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile est extrêmement significative<sup>252</sup>. Selon ce précepte :

« Si, pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457. »

Son application montre que ce texte est appelé non seulement à remplir sa véritable fonction d'appui à l'arbitrage dans tous les cas où l'intervention judiciaire s'avère nécessaire pour que la clause arbitrale puisse produire tous ses effets, mais aussi à bloquer les effets de celle-ci ou à combattre la portée du règlement arbitral en cause et à obtenir du juge une décision qui paralyse l'instance arbitrale ou qui corrige son fonctionnement. La question a été posée avec la plus grande franchise : « d'assistant, le juge deviendrait-il alors censeur ? »<sup>253</sup>

251. Les sections 455 et suivantes de la loi de procédure civile norvégienne sont particulièrement intéressantes. Voir G. Cordero Moss., *International Commercial Arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules*, Oslo, 1999, pp. 161-162.

252. Voir Ph. Fouchard, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985, pp. 5-50.

253. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, pp. 502 ss.

Ce genre d'autorisations génériques, qui mettent en jeu le délicat équilibre entre fonction judiciaire et fonction arbitrale, équivaut à laisser une porte ouverte à l'intervention judiciaire qui, utilisée avec modération, ne peut que favoriser l'arbitrage. Par exemple, l'article 185 de la loi suisse sur le droit international privé signale que

«si l'aide de l'autorité judiciaire est nécessaire *dans d'autres cas*, on requerra le concours du juge du siège du tribunal arbitral».

Sa portée va au-delà des mesures auxiliaires spécialement mentionnées : désignation, révocation et changement d'arbitres, adoption de mesures provisoires et administration de preuves. Le caractère général de la clause permet d'y inclure non seulement la fixation judiciaire des délais de la procédure mais aussi toute intervention qui aurait pour but la sauvegarde des droits de la défense des parties<sup>254</sup>.

73. En l'absence d'autorisation spécifique, les clauses de ce genre servent aussi à légitimer le «portage» judiciaire, consistant à adresser une question préjudicielle à la CJCE pour le compte des arbitres qui doivent appliquer le droit communautaire dans l'accomplissement de leur mission. L'arrêt de la CJCE du 23 mars 1982<sup>255</sup> mit en évidence qu'un arbitre ne peut pas être considéré comme «juridiction d'un Etat membre» au sens de l'ancien article 177 du traité CE, étant donné qu'il n'existe aucune obligation légale ni de fait pour les parties de soumettre nécessairement leurs litiges à l'arbitrage. Si un arbitrage pose des questions de droit communautaire que devront résoudre les juridictions ordinaires dans le cadre de leur fonction auxiliaire ou de contrôle de la sentence arbitrale, ce sera à celles-ci d'introduire éventuellement la question préjudicielle devant la CJCE à fin d'obtenir l'interprétation ou l'appréciation de la validité des dispositions en cause. En principe, il semblerait que cette possibilité vise spécifiquement les problèmes susceptibles de surgir au cours des tâches d'aide et de surveillance judiciaires, mais rien ne s'oppose à ce que l'arbitre demande l'aide du juge pour l'interprétation d'une règle qui exige la présentation d'une question préjudicielle.

254. A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, 1988, pp. 78-79.

255. CJCE, 23 mars 1982, aff. 102/81, *Nordsee/Reederei Mond*, *Rec.*, p. 1095.

## 2. Détermination de la compétence judiciaire internationale

74. La détermination du juge compétent pour intervenir dans l'arbitrage peut présenter une certaine complexité dans certains cas, surtout lorsque les parties et le siège du tribunal de l'arbitrage se trouvent dans des pays différents. Certains systèmes établissent comme solution générale que le juge compétent sera celui du siège de l'arbitrage, justifiant cette solution par le fait que la loi arbitrale du pays du siège doit être appliquée à titre subsidiaire; à partir de là, par exemple, si le siège est fixé dans un pays déterminé, les juges dudit Etat seront compétents pour intervenir dans la désignation des arbitres. D'autres systèmes, néanmoins, établissent la compétence sur la base de la soumission des parties à leurs règles directrices de la procédure arbitrale, même si l'arbitrage se déroule dans un autre pays. Hormis le degré de justesse de ces solutions, la situation se complique de façon extraordinaire lorsque le siège de l'arbitrage ou la loi directrice de la procédure ne sont pas expressément déterminés. L'affaire *Marc Rich* est un exemple éloquent de la complexité de ce problème.

La société suisse Marc Rich avait passé avec l'entreprise italienne Impianti un contrat de vente qui comprenait une clause compromissoire établissant l'arbitrage à Londres. A la suite d'une succession de problèmes découlant de la livraison de marchandises, Impianti s'adressa au juge italien pour qu'il déclare qu'elle était exonérée de responsabilité, mais Marc Rich s'opposa à la compétence du juge faisant appel à la clause d'arbitrage, tout en déclenchant la procédure d'arbitrage à Londres. Impianti, fidèle à son attitude réticente, refusa de désigner un arbitre et, une fois l'incident introduit devant le juge anglais, invoqua l'incompétence de celui-ci en invoquant les dispositions de la Convention de Bruxelles de 1968. A son avis, même si ladite convention n'était pas applicable à l'arbitrage, dans ce cas précis elle était pertinente parce qu'il s'agissait de la validité d'une clause d'un contrat; de ce fait, et l'affaire portant sur une matière contractuelle, la compétence judiciaire internationale pour désigner l'arbitre revenait, selon la Convention, au juge italien et non pas au juge anglais.

La CJCE rejeta radicalementt cette thèse au motif que la désignation d'un arbitre par une juridiction étatique est une mesure qui a pour objet l'impulsion même de la procédure arbitrale et, de ce fait, s'inscrit dans la matière arbitrale, laquelle est expressément exclue de la Convention. En conséquence, et d'après cette décision, l'inter-

vention d'un tribunal pour la constitution d'un organe d'arbitrage ne rentre pas dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles<sup>256</sup>. Cette position a fait l'objet d'importantes critiques parce que soutenir que le traité ne comprend pas dans son champ d'application les sentences arbitrales est une chose et la thèse de l'«exclusion formelle», qui envisage les procédures arbitrales en sens strict, en est une autre<sup>257</sup>.

75. En tout cas, il est certain que la compétence judiciaire internationale des tribunaux étatiques pour intervenir au soutien d'une procédure arbitrale présente ou future (ou même passée, dans le cas, par exemple, d'une demande de mesures conservatoires destinées à préserver la bonne exécution de la sentence arbitrale) active de multiples variables en fonction du système juridique que l'on prend en compte. Ainsi, aux Etats-Unis d'Amérique il suffit normalement qu'il y ait *jurisdiction* sur la partie contre laquelle doit être adoptée la mesure d'aide ou, plus simplement, que le moyen de preuve exigé existe dans le ressort territorial du juge étatique pour que celui-ci détienne la compétence d'appui à l'arbitrage. En Europe, l'idée d'une «corrélation» entre la compétence des juges étatiques d'appui de l'arbitrage et la loi applicable à la procédure arbitrale est acceptée dans des systèmes comme le système allemand, le système français ou le système suisse, entre autres. Ce critère cependant opère en général de concert avec celui qui assoit la compétence du juge étatique du siège de l'arbitrage et tous les deux sont subsidiaires des normes du droit commun de la compétence judiciaire internationale, et surtout, du jeu de l'autonomie de la volonté.

L'autonomie de la volonté dans ce domaine est spécialement efficace. Rien ne s'oppose à ce que les parties désignent expressément les tribunaux qu'elles considèrent comme appropriés pour l'adoption des mesures d'appui à l'arbitrage, en marge des critères spécifiques qui puissent être dérivés du droit étatique. Cette désignation peut simplement se faire en signalant expressément le lieu où l'arbitrage devra se dérouler<sup>258</sup>; cela est relativement fréquent et est souvent

256. CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-190/89, *Marc Rich and Co. AG/Società Italiana Impianti Spa*; R. Monaco, «Compétence arbitrale et compétence selon la Convention communautaire de 1968», *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, pp. 587-594.

257. M. Amores Conradi et J. Serra Callejo, «Arbitraje y Convenio de Bruselas (A propósito de la S TJCE de 25 de julio de 1991, Asunto C-190/89: *Marc Rich and Co c. Società Italiana Impianti*)», *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 85-93.

258. P. Schlosser, *op. cit.*, p. 456, pour le système allemand.

confondu avec la compétence ordinaire des tribunaux du lieu où l'arbitrage doit se dérouler. Par contre la désignation «expresse» de tribunaux étatiques différents de ceux qui correspondent au siège de l'arbitrage, ou de ceux qui correspondent à la loi gouvernant la procédure quand celle-ci n'est pas conforme à celle du siège, est moins fréquente. L'autre face de la monnaie, c'est-à-dire, la dérogation à la compétence ordinaire du tribunal étatique qui serait en principe compétent, est aussi possible, mais elle a été subordonnée à l'existence d'un tribunal effectivement compétent, aux fins de prévenir un éventuel déni de justice<sup>259</sup>.

Ce jeu de l'autonomie de la volonté peut se trouver sous la protection d'une norme *ad hoc*<sup>260</sup> ou de normes générales sur la compétence judiciaire internationale. De même, il peut s'énoncer de façon expresse ou, plus fréquemment, à travers des dispositions des règlements des institutions qui administrent l'arbitrage, lorsque les parties se soumettent à ceux-ci.

76. Les normes générales sur la compétence judiciaire internationale jouent un rôle particulièrement important dans le chapitre de l'adoption de mesures provisoires et conservatoires. Dans ce sens, l'arrêt de la CJCE du 17 novembre 1998, affaire C-391/95, *Van Uden Maritime BV c. Deco Line et autres*, accomplit un important pas en avant, puisqu'il admet la compétence judiciaire fondée sur l'article 24 de la Convention de Bruxelles pour l'adoption de mesures provisoires et conservatoires à l'appui d'une procédure arbitrale, avec les mêmes formalités et sous les mêmes conditions que si le litige principal se déroule devant un juge étatique<sup>261</sup>. Plus précisément la CJCE indique que :

259. P. Schlosser, *op. cit.*, p. 456. Aussi, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *op. cit.*, p. 507.

260. L'article 1493 cité, alinéa 2, NCPC, quand il signale : «sauf clause contraire...»

261. En Espagne, les commentaires à cette sentence ont été nombreux. Voir, entre autres, B. M. Cremades, «Convenio de Bruselas y Arbitraje», *La Ley*, n° 4752, du 11 mars 1999 ; E. Artuch Iriberry, «La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso», *La Ley*, n° 4704, du 31 décembre 1998 ; F. Gascón Inchausti et M. Gómez Jene, «Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (a propósito de la sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998 en el asunto Van Uden c. Deco Line)», *Tribunales de Justicia*, 1999/4, pp. 303-318, et M. Requejo Isidro, «Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 17 de septiembre de 1968 (Comentario a la S TJCE — Pleno — de 17 de noviembre de 1998: Asunto C-391/95, Van Uden/Deco Line)», *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 83-97.

« Dans la mesure où l'objet d'une demande de mesures provisoires porte sur une question relevant du champ d'application matériel de la convention du 27 septembre 1968, cette dernière s'applique et son article 24 est susceptible de fonder la compétence du juge des référés même si une procédure au fond a déjà été engagée ou peut l'être et même si cette procédure devait se dérouler devant des arbitres. »

La portée de l'arrêt *Van Uden* est fondamentale, entre autres raisons parce qu'il emporte reconnaissance sans réserve de la collaboration entre la juridiction étatique et l'arbitrage en vue de fournir une protection judiciaire effective et parce qu'il manifeste une volonté indubitable d'intégration. En effet, le point de départ n'était pas spécialement propre à mener à la solution donnée par la CJCE. Conformément aux prévisions de l'alinéa 4 du paragraphe 2 de l'article 1 de la Convention, l'arbitrage était exclu de son champ d'application. Avec cette disposition, les parties contractantes avaient l'intention d'exclure intégralement toute matière relative à l'arbitrage, et même les procédures entamées devant les tribunaux étatiques, comme le montre l'arrêt de la CJCE du 25 juillet 1991, affaire C-190/89, *Marc Rich*<sup>262</sup>. Le rapport Schlosser élaboré à l'occasion de l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni tournait le dos à cette collaboration en établissant un champ d'exclusion très ample : la Convention ne s'appliquerait pas aux décisions judiciaires déclarant la validité ou la nullité d'un compromis arbitral ou obligeant les parties à ne pas poursuivre une procédure d'arbitrage en raison de l'invalidité de celle-ci, ni aux procédures et décisions relatives aux demandes en annulation, modification, reconnaissance et exécution de sentences arbitrales. Les procédures qui accompagnent l'application d'une procédure d'arbitrage, telles que les procédures de désignation ou de récusation d'un arbitre, ou de détermination du lieu de l'arbitrage et de prorogation du délai fixé pour prononcer la sentence arbitrale, seraient de même exclues du champ d'application de la Convention.

Si on ajoute à tout cela le précédent de l'arrêt *Marc Rich* précité, qui interprétait au sens large la portée de l'exclusion de l'arbitrage, l'importance de la décision *Van Uden* prend toute sa valeur. C'est

---

262. *Rec.*, p. I-3855, point 18.

dans ce contexte qu'il faut apprécier et approuver le raisonnement de la CJCE :

« les mesures provisoires n'ont pas, en principe, pour objet de mettre en œuvre une procédure d'arbitrage, mais sont adoptées parallèlement à une telle procédure et sont destinées au soutien de celle-ci. En effet, l'objet de ces mesures ne porte pas sur l'arbitrage en tant que matière, mais sur la sauvegarde des droits de nature fort variée. Leur appartenance au champ d'application de la Convention est donc déterminée non par leur nature propre, mais par la nature des droits dont elles assurent la sauvegarde. »<sup>263</sup>

Tout cela révèle une normalisation de l'adoption de mesures provisoires et conservatoires d'appui à l'arbitrage du point de vue de la compétence judiciaire internationale, qui pourrait bien s'étendre au reste des mesures d'appui.

## *II. Désignation et récusation des arbitres par le juge d'appui*

### *1. Justification de l'intervention du juge*

77. Il faut de nouveau rappeler ici que, lorsque les parties décident d'inclure dans un contrat une clause compromissoire, elles manifestent leur indubitable volonté de s'éloigner de la juridiction étatique pour réserver aux arbitres la résolution des éventuels litiges. Cependant, avant de commencer la procédure arbitrale proprement dite, les parties ont la possibilité et l'habitude de débattre du mécanisme de désignation des arbitres. Cette discussion non seulement obéit au désir de choisir des arbitres qui remplissent les nécessaires conditions d'indépendance, d'impartialité et de spécialisation dans le litige<sup>264</sup>, mais aussi prête à d'évidentes manœuvres dilatoires de la part de la partie hostile à l'arbitrage. La pratique met en évidence que cette discussion préalable peut souvent retarder le début de la procédure d'arbitrage, même quand elle n'obéit pas à une tactique dilatoire élaborée d'avance par une des parties. Pour cette raison,

<sup>263</sup>. Point 33. Voir aussi arrêt du 26 mars 1992, *Reichert et Kockler*, C-261/90, *Rec.*, p. I-2149, point 32).

<sup>264</sup>. Sur le choix des arbitres par les parties et les risques de conflit d'intérêt voir L. Matray, « La déontologie de l'arbitrage commercial international », *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1985, pp. 96 ss.



comme nous l'avons déjà signalé, dans le cadre de l'arbitrage international on fait plus fréquemment appel au concours d'une institution arbitrale qui, en principe, est mieux informée des capacités des éventuels arbitres et peut résoudre ce genre de questions avec plus de promptitude. Mais cette option majoritaire n'exclut pas tout à fait l'intervention du juge dans la matière. Si au début de la procédure d'arbitrage on constate que l'un des arbitres ne remplit pas sa tâche avec diligence, une des parties, ou les deux conjointement, pourra, sur la base de ce fait, essayer de l'écarter de la procédure avec l'appui du juge. Finalement, dans la personne de l'arbitre peuvent survenir des faits qui rendent nécessaire ou recommandable sa révocation.

Toutes ces situations, analysées d'un point de vue radical, auraient la vertu de mettre un terme à la procédure d'arbitrage. C'est pour cela que la grande majorité des lois internes prévoient sur ce point une intervention judiciaire destinée à favoriser la continuité de l'arbitrage. En ce sens, la loi type de la CNUDCI inclut, dans ses articles 11 à 15, un ensemble de dispositions détaillées sur la désignation, la récusation, la cessation du mandat et le remplacement des arbitres. On vise ainsi à éliminer les obstacles qui relèvent de lois inappropriées ou fragmentaires. Ce point de vue reconnaît la liberté des parties de déterminer, au moyen d'un accord spécial ou en faisant référence à un ensemble de règles d'arbitrage, la procédure à suivre, tout en respectant les exigences fondamentales de justice et d'équité.

En conclusion, le concours des tribunaux judiciaires ou d'autres institutions n'est prévu, dans le cadre des procédures qui ont trouvé l'accord des parties, qu'en cas de difficultés dans le processus de désignation, de récusation, ou de fin de mandat des arbitres. Compte tenu de l'urgence de l'affaire et en vue de réduire le risque et les conséquences de toute tactique dilatoire, les parties peuvent faire appel directement au juge, et dans un très bref délai, et la décision qui en résultera sera sans appel. La pratique cependant démontre que cela ne se passe pas ainsi, et que la conséquence la plus directe de l'intervention du juge est justement le contraire, c'est-à-dire un retard de la procédure d'arbitrage.

78. Dans le cas de l'arbitrage administré, la plupart des incidents qui dérivent de la désignation ou de la récusation des arbitres sont directement réglés par le propre règlement de l'institution et, bien qu'il existe une grande variété de solutions remarquables en la matière, un dénominateur commun prédomine, consistant à exclure



ces matières de la compétence du juge<sup>265</sup>. L'autonomie de la volonté des parties se soumettant à cette modalité d'arbitrage exclut automatiquement toute intervention judiciaire dans ce sens. La juridiction étatique ne peut pas se substituer à la volonté commune des parties dans la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage administré<sup>266</sup>. Parallèlement, les parties ne peuvent pas saisir les tribunaux pour contester l'éventuelle modification des mesures adoptées par l'institution d'arbitrage dans l'exercice de ses fonctions et en application de son propre règlement<sup>267</sup>.

Néanmoins, il y a certaines exceptions à cette règle générale, qui permettent au juge d'exercer une action correctrice sur les décisions de l'institution d'arbitrage. Par exemple, dans certains systèmes étatiques la décision adoptée par l'institution d'arbitrage n'empêche pas une éventuelle action correctrice de l'autorité judiciaire puisqu'on considère que cette action repose sur une norme d'application nécessaire du for<sup>268</sup>. De même, ces exceptions se justifient par d'autres circonstances qui se présentent plutôt dans l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international. Ces circonstances prévoient l'intervention correctrice du juge à un moment où, soit les arbitres désignés n'ont pas encore accepté leur mandat, soit le tribunal d'arbitrage ne s'est pas encore constitué<sup>269</sup>. En outre, elles sont étroitement liées à

---

265. M. de Boissésou, «La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel», *Rev. arb.*, 1990, pp. 337 ss ; D. Hascher, «ICC Practice in Relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6, 2, 1995, pp. 4-18.

266. «Qu'en désignant un centre organisateur de l'arbitrage, les parties ont fait de son règlement la charte convenue et acceptée de leur procédure et, par là même, lui ont confié la charge d'organiser les opérations d'arbitrage, en conformité à la mise en œuvre des opérations d'arbitrage et plus spécifiquement de la constitution du tribunal arbitral que le règlement du centre préconstitué a pour fonction d'organiser» (tribunal de grande instance, Paris, 23 juin 1988, *Rev. arb.*, 1988, p. 657, note Ph. Fouchard).

267. Voir Ph. Fouchard, «Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente)», *Rev. arb.*, 1987, pp. 222 ss.

268. L'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 24 septembre 1976 (*Westland Helicopters c. Arab Republic of Egypt*) affirmait expressément que les tribunaux suisses étaient compétents pour adopter une décision sur un incident de récusation d'un arbitre et que les dispositions contraires de l'institution d'arbitrage n'évinçaient absolument pas cette compétence (ATF 129 II 155). Voir H. Arfazadeh, «L'ordre public du fond et l'annulation des sentences arbitrales internationales en Suisse», *SZIER/RSDIE*, 1995, pp. 223-253 ; M. Rubino-Sammartano, *L'arbitrato internazionale*, Padoue, 1989, pp. 317-318.

269. Dans la jurisprudence française, ordonnance du tribunal de grande instance de Paris, 28 octobre 1988, dans l'affaire *Philipp Brothers*.

la spécialisation des arbitres dans la matière précise objet de l'arbitrage qui permettrait de justifier une éventuelle récusation pour défaut d'impartialité. Et, il va sans dire, la jurisprudence étatique n'est pas encline, sauf cas exceptionnels, à corriger les dispositions de l'institution d'arbitrage.

## 2. Désignation des arbitres

79. La présente considération de l'arbitrage repose sur le postulat que les parties ont la faculté de désigner librement les arbitres. Cela est spécialement évident quand elles choisissent de commun accord un arbitre unique, ou, dans le cas d'un tribunal composé de trois arbitres, lorsque chacune d'elles choisit un arbitre et que le troisième est nommé par les deux arbitres désignés. Cette liberté est aussi manifeste dans le cas, plus fréquent, où les parties délèguent la désignation du troisième arbitre à une institution d'arbitrage. Et, à l'inverse, l'institution d'arbitrage devra généralement accepter les arbitres, ou le président, désigné par les parties. Mais, à défaut de l'accord des parties, cette institution sera appelée à jouer un rôle bien défini, procédant à la désignation du président ou bien à la désignation de tous les acteurs de la procédure d'arbitrage. L'intervention judiciaire présente donc un caractère résiduel et ne peut se déployer efficacement qu'après l'écoulement d'un certain délai<sup>270</sup>.

Sauf ces limitations imposées à son intervention pour la désignation des arbitres, le juge remplit une mission d'appui importante qui est reconnue par la grande majorité des lois d'arbitrage. Une réglementation appropriée de l'arbitrage repose sur le pouvoir du tribunal étatique de désigner un ou plusieurs arbitres lorsque les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur ce point ou lorsqu'une des parties refuse de coopérer dans la procédure de désignation. C'est pour cela que l'intervention du juge dans la phase préarbitrale joue le rôle indiqué en ce qui concerne la constitution du tribunal d'arbitrage. Ici, l'aide judiciaire intervient lorsqu'une des parties se refuse à mettre en œuvre le mandat de la clause compromissoire et refuse de désigner un arbitre une fois le litige entamé. Le juge peut également jouer un rôle capital dans la désignation du troisième arbitre si les

---

<sup>270</sup>. Selon le Code judiciaire belge le juge ne peut être saisi que lorsque les parties ou arbitres chargés de la désignation n'ont pas rempli leur mission dans le délai d'un mois (art. 1684-1685).

parties ne sont pas arrivées à un accord sur le sujet. Cette éventualité se présente essentiellement dans l'arbitrage non administré, puisque l'une des principales fonctions des institutions d'arbitrage consiste à apporter aide aux parties, entre autres, dans ces situations<sup>271</sup>.

80. La fonction décisive du juge, qui est essentielle à la mise en œuvre de l'arbitrage, peut se voir favorisée par les normes nationales, lorsque celles-ci s'abstiennent d'énumérer les circonstances typiques de nature à inciter les parties à utiliser des tactiques dilatoires susceptibles de mettre en danger la procédure d'arbitrage même, et qui constituent un véritable cancer de celle-ci<sup>272</sup>; dans ce cas, le devoir de diligence des arbitres devient le meilleur antidote contre la volonté malicieuse des parties de retarder la procédure. Tel est le cas des législations qui incluent des critères objectifs, comme par exemple l'indépendance de l'arbitre, qui peuvent donner lieu à des contestations forcées, fondées sur une apparente impartialité de l'arbitre<sup>273</sup> ou qui exigent une qualification professionnelle déterminée. Par exemple, l'article 12, alinéa 1, de la loi d'arbitrage espagnole exige que l'arbitre, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage de droit, soit un avocat en exercice, c'est-à-dire qu'il soit inscrit auprès du barreau correspondant. Laissant de côté l'origine corporatiste de ce genre d'exigences, le juge doit surtout tenir compte, aux effets d'une éventuelle contestation, des règles établies dans les traités internationaux et ne doit pas oublier le caractère générique de normes comme celle de l'article III de la Convention de Genève qui reconnaît, sans aucune exigence complémentaire, que «les étrangers peuvent être désignés comme arbitres». Les exigences de circonstances de ce genre peuvent sans doute donner lieu à une différence de traitement entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne, ce dernier étant caractérisé par une plus grande flexibilité dans l'admission d'arbitres<sup>274</sup>.

Cependant l'autonomie de la volonté occupe encore un espace très important et conditionne les possibilités d'intervention du juge.

271. Ordonnance du président du Tribunal fédéral suisse, 7 juillet 1962, *Journ. dr. int.*, 1966, pp. 173 ss. et commentaires de P. Lalive, «Problèmes relatifs à l'arbitrage...», *loc. cit.*, pp. 691-692, et de J. D. González Campos, «Sobre el convenio de arbitraje...», *loc. cit.*, pp. 24-25.

272. B. M<sup>a</sup>. Cremades, «El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada», *Revista jurídica española La Ley*, 1998, 5, D-233, pp. 1535-1537.

273. E. Gaillard, «Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international», *Rev. arb.*, 1990, p. 761.

274. J. M. Vulliemin, «La Ley de Arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional», *RCEA*, 1990, pp. 57 ss.

En effet, les parties peuvent, le cas échéant, limiter le champ des arbitres non seulement de façon positive, en exigeant certaines conditions spécifiques de caractère personnel ou professionnel, mais aussi de façon négative, par l'exclusion de certaines catégories de personnes de l'exercice de cette activité<sup>275</sup>. L'autonomie de la volonté pour désigner les arbitres est cependant bridée par la condition que ceux-ci ne présentent aucun élément de contrariété à l'ordre public du for, par exemple qu'ils n'exercent pas la fonction de magistrat du siège ou du ministère public, de greffier ou de notaire.

81. L'intervention du juge ne doit pas être interprétée comme une intrusion; bien au contraire, elle constitue une activité qui tend à favoriser le développement de la procédure d'arbitrage<sup>276</sup>. Cependant, ce recours à l'institution judiciaire, qui dans beaucoup de systèmes exige une procédure spécifique plus ou moins complexe, qui entraîne le retard de la procédure, pourrait être évité, et la question pourrait être résolue par le biais de méthodes plus expéditives. Une voie possible pourrait être fondée sur une loi d'arbitrage qui obligerait l'arbitre de la partie demanderesse à agir comme arbitre unique dans tous les cas où la partie défenderesse ne désignerait pas le sien. Mais cette solution a un accent « punitif » trop marqué pour être compatible avec l'esprit qui doit animer l'arbitrage commercial international. C'est pour cela que le rôle du juge possède encore une place éminente, qui donne lieu à différentes hypothèses<sup>277</sup>.

La première, très peu courante, envisage la possibilité pour les parties de désigner expressément les arbitres dans la clause. Dans ce cas l'intervention judiciaire se limiterait, hormis une éventuelle récusation, au remplacement de l'arbitre en raison d'une circonstance afférente à sa personne, telle qu'une incapacité survenue, ou pour cause de décès. Néanmoins, la désignation de personnes concrètes comme arbitres peut avoir un effet décisif sur la clause compromissoire qui peut être inefficace si les personnes élues par les parties ne peuvent pas exercer leur fonction.

Une deuxième situation, plus fréquente même si elle n'a pas non plus trouvé trop d'écho dans l'arbitrage commercial international, est celle où les parties délèguent à un tiers la mission de désigner l'ar-

275. Article 1692 du Code judiciaire belge.

276. Une description de certaines de ces solutions étatiques se trouve chez M. Rubino-Sammartano, *L'arbitrato...*, *op. cit.*, pp. 321-323.

277. Voir R. Drouillat, « L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence) », *Rev. arb.*, 1980, pp. 255-258.

bitre ou les arbitres, mission souvent confiée à un magistrat qui en général est le président d'un tribunal d'une localité donnée. Dans ce cas, la partie hostile à l'arbitrage essaie normalement par tous les moyens d'écartier le juge de la mission que la clause compromissoire lui attribue. Dans l'arbitrage commercial international certains problèmes peuvent se présenter en rapport avec la portée des compétences de l'autorité judiciaire désignée chargée de nommer l'arbitre, et avec le droit applicable à l'exercice de cette compétence<sup>278</sup>. L'hypothèse la plus courante est peut-être celle où la clause compromissoire autorise chacune des parties à désigner un arbitre, un troisième arbitre étant nommé à son tour par les deux premiers. S'ils n'arrivent pas à un accord, alors le juge doit intervenir de nouveau pour trouver une solution à la situation. Finalement, il est fréquent que la clause compromissoire garde le silence sur la procédure de désignation des arbitres. C'est ici que le juge joue un rôle plus important, puisque c'est à lui, à défaut d'une volonté concordante des parties, qu'il appartient de désigner les arbitres.

La tâche judiciaire de désignation des arbitres peut être subordonnée, dans l'arbitrage international, à l'existence d'un lien effectif entre l'arbitrage et le tribunal qui doit remplir cette fonction. Par exemple, conformément à l'article 1493, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile précité, l'intervention dans la désignation des arbitres du juge français, dans l'arbitrage commercial international, se limite, sans préjudice des dispositions spéciales contraires<sup>279</sup>, aux situations où l'arbitrage se déroule en France ou à celles où les parties se seraient soumises expressément ou implicitement<sup>280</sup> à la loi de procédure française.

L'intervention du juge dans cette étape de la procédure, hormis les risques dilatoires signalés, a été l'objet de critiques de la part de certaines réglementations étatiques. Plus précisément, de la part du système français, qui considère qu'elle suppose une modification de l'image de l'instance. Si l'on comprend l'instance comme la période d'un procès échelonnant la suite des actes et délais depuis la demande introductive jusqu'au jugement, il est certain que son

278. *Sapphire c. National Iranian Oil Company*, *Ann. suisse dr. int.*, vol. XIX, 1962, pp. 273 ss. et note J. F. Lalive. Voir P. Lalive, «De la désignation par un tiers de l'arbitre international», *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönberger*, Fribourg, 1968, pp. 373-386.

279. C. Asfar, *L'intervention du juge étatique...*, *op. cit.*, p. 50.

280. Ordonnance du tribunal de grande instance de Paris, 11 mai 1987, *Rev. arb.*, 1988, pp. 699 ss., note Ph. Fouchard.

essence, dans l'arbitrage, est altérée par l'intervention judiciaire provoquée par le contentieux arbitral<sup>281</sup>. Même s'il est dit que l'intervention du juge garantit l'efficacité de l'arbitrage, elle suppose, de ce point de vue particulier, une dénaturation de l'institution, la rapprochant d'un système quasi-public et semi-privé<sup>282</sup>.

### 3. Récusation des arbitres

82. La majorité des législations nationales comportent des dispositions afférentes à la récusation des arbitres qui expriment l'exigence que les arbitres remplissent certaines conditions d'indépendance et d'impartialité, et répondent aux critères définis par les parties<sup>283</sup>. Ces législations établissent que la récusation se demande directement à l'arbitre, qui sera chargé de résoudre l'incident<sup>284</sup>, différant l'éventuel contrôle juridictionnel jusqu'à l'étape éventuelle de l'annulation de la sentence arbitrale. Il existe cependant d'autres systèmes qui octroient directement cette compétence à la juridiction. La réponse au problème que pose l'intervention du juge quand l'arbitre déclare la récusation non recevable n'est pas non plus unanime. Et il n'y a pas non plus de réponse unanime à la question de la détermination de la juridiction compétente pour vider l'incident, à savoir celle du siège de l'arbitrage ou celle qui correspond à la loi choisie par les parties. Cette dernière possibilité a un caractère résiduel. En revanche, là où il semble y avoir unanimité, c'est pour affirmer que l'autorité judiciaire ne peut pas annuler la désignation d'un arbitre effectuée par une autre autorité judiciaire<sup>285</sup>.

En conclusion, lorsque, en vertu d'une procédure quelconque convenue par les parties, surgissent des difficultés dans le processus de récusation ou de terminaison du mandat d'un arbitre, les lois nationales en général établissent un mécanisme de soutien des tribu-

281. Voir C. Asfar, *L'intervention du juge étatique...*, *op. cit.*, pp. 27-28.

282. B. Oppetit, «Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique», *Justices*, 1995, n° 1, p. 53.

283. E. Gaillard, «Les manœuvres dilatoires...», *loc. cit.*, p. 761.

284. Article 18, alinéa 1, de la loi d'arbitrage espagnole.

285. L'arrêt de la cour d'appel de Milan du 27 mai 1986, affaire *Trans Air Sud c. Malvisi*, déterminait que la désignation d'un arbitre effectuée par un tribunal ne pouvait pas être contestée devant la cour d'appel, et réservait cette possibilité à l'éventuel recours en annulation contre la sentence arbitrale. Dans cette affaire, la partie appelante, de nationalité française, réclamait la révocation de la nomination d'un arbitre en alléguant que la convention arbitrale était nulle et que la compétence pour instruire le procès revenait à la juridiction française (*Mediterranean and Middle East Arbitration Quarterly*, 1987, n° 1).

naux judiciaires, dont la formulation la plus complète peut-être se retrouve dans les systèmes qui ont adopté la loi type de la CNUDCI. Compte tenu de l'urgence de l'affaire et en vue de réduire le risque et les conséquences de toute manœuvre dilatoire, les parties ont la possibilité de faire appel directement au juge, lequel devra décider dans un bref délai, sans que sa décision soit susceptible d'appel. Dans ce cas, le juge doit observer en principe une certaine retenue, afin de réfréner l'utilisation abusive de cette possibilité pour la partie hostile d'entraver effectivement l'arbitrage. A ce propos, les différents systèmes nationaux et la loi type incorporent une série de normes dont la mission principale est de protéger la partie favorable à l'arbitrage et d'éviter toute perturbation oiseuse de la procédure d'arbitrage<sup>286</sup>. La première consiste à déclarer la récusation non recevable s'il est prouvé que la partie qui l'a présentée a eu connaissance au préalable des circonstances invoquées qui existaient en la personne visée par une mesure aussi drastique; c'est ce qu'énonce l'article 12, paragraphe 2, de la loi type quand il dispose qu'une

«partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination».

La deuxième règle exclut toute possibilité de recours contre la décision étatique qui décide sur cette matière (art. 13, par. 3). La troisième contribue à minimiser l'effet dérangeant de la récusation sur la procédure d'arbitrage en permettant que celle-ci se poursuive dans l'attente de la décision judiciaire pertinente (art. 13, par. 3, *in fine*).

83. Mais les systèmes n'admettent pas toujours l'intervention du juge dans cette étape de la procédure d'arbitrage. Certains régimes juridiques considèrent plus convenable que l'autorité judiciaire n'intervienne pas au moment où se présente l'incident de récusation, et réservent cette intervention à la phase de contestation de la sentence arbitrale pour cause d'une éventuelle violation des «principes fondamentaux» qui doivent guider toute démarche arbitrale. En d'autres mots, la récusation peut être débattue judiciairement, uniquement par la voie du recours en annulation de la sentence arbitrale lorsqu'elle a été refusée par l'arbitre, c'est-à-dire pendant la procédure d'arbitrage. L'intervention judiciaire est ainsi différée jusqu'à l'étape

<sup>286</sup> E. Gaillard, «Les manœuvres dilatoires...», *loc. cit.*, pp. 766-768.



finale de l'arbitrage, ce qui a l'inconvénient de priver la personne intéressée de la possibilité de se défendre, c'est-à-dire à l'arbitre récusé dans ce cas<sup>287</sup>. Ce système offre, cependant, l'avantage d'éviter la récusation aux fins purement dilatoires qui pourrait se produire si on ouvrait dans cette phase un incident pour décider sur la pertinence des causes de la récusation. Face à cette tendance, dans d'autres systèmes l'intervention judiciaire se produit au moment même du rejet de la récusation<sup>288</sup>.

En effet, il s'agit de sauvegarder dans la procédure d'arbitrage, qu'elle soit de droit ou d'équité, deux principes fondamentaux et d'ordre constitutionnel : l'indépendance et l'impartialité. A cet égard, il est certain que les arbitres peuvent, avant ou après leur nomination, se voir frappés des causes de récusation contenues dans les règles de la récusation des juges. Néanmoins, le catalogue de causes de récusation est fermé, et ne peut pas être élargi par la volonté des parties. Il faut noter que l'interprétation des causes de récusation doit avoir un caractère restrictif, réfractaire à l'analogie, de telle façon que la situation ou le comportement qui constitue la cause de la récusation s'inscrive parfaitement dans le précepte. La partie récusante peut invoquer le précepte qui cite, comme cause de récusation, «l'amitié intime ou l'inimitié manifeste» avec les parties.

Quant au moment de la procédure où l'on élève l'incident de récusation, il faut prendre en considération, en premier lieu, que les arbitres peuvent être récusés pour des causes survenues à leur nomination, aussitôt que les parties les connaissent. Si l'incident doit être soulevé devant l'arbitre après le début des délibérations sur l'objet de la sentence arbitrale, ou à la fin du délai pour rendre celle-ci, la récusation n'aura aucun sens. En deuxième lieu, la récusation fondée sur une cause postérieure au début du procès devra être demandée dès que celle-ci est connue par la partie. Il faut signaler que la récusation n'est pas une faculté discrétionnaire qui peut être réservée pour être utilisée au moment que l'on considère le plus approprié. La bonne administration de la possibilité de récuser un ou plusieurs magistrats ou juges exige que la récusation soit présentée au moment où la raison invoquée arrive à la connaissance de la personne inté-

287. Article 18 de la loi d'arbitrage espagnole.

288. Article 1463, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile; article 1691 du Code judiciaire belge, article 1035 de la loi de procédure civile néerlandaise, art. 3, *b*), du concordat suisse, ou article 815 du Code de procédure civile italien.



ressée. Ces exigences temporelles sont justifiées par le besoin d'éviter l'abus de la partie concernée, qui pourrait utiliser au moment le plus décisif la récusation pour prolonger la durée du procès. Finalement, ce système se heurte à une difficulté particulière lorsque l'arbitre récusé n'a pas été directement désigné par les parties, mais par un tiers : c'est-à-dire quand il a été désigné à la suite d'une procédure de formalisation judiciaire.

84. Dans les systèmes dans lesquels est admise l'intervention judiciaire pendant le déroulement de la procédure d'arbitrage, la conséquence de la récusation est la substitution de l'arbitre récusé conformément aux normes de désignation des arbitres. De sorte que la plupart des législations prévoient qu'il appartient à la partie qui l'avait proposé de désigner son remplaçant. Le juge, cependant, rencontre certaines limitations en rapport avec l'exercice de la faculté de substitution en l'absence de disposition contraire des parties. Evidemment, nous sommes face à une solution dont la tonalité punitive atteint la partie qui avait désigné l'arbitre récusé. Mais il s'agit d'une solution qui ne peut pas se généraliser, puisqu'elle est seulement justifiée quand la partie a enfreint la loi au moment de la désignation, mais non pas quand l'intervention de l'arbitre découle d'actes ultérieurs qui en aucun cas ne peuvent être attribués à celle-là.

### *III. L'intervention du juge dans le déroulement de la procédure d'arbitrage*

#### *1. Conséquences du défaut d'imperium de l'arbitre*

##### *a) Le juge, défenseur de l'intégrité de la procédure d'arbitrage*

85. Il a été dit maintes fois que l'arbitre n'est pas muni ou revêtu d'*imperium*, c'est-à-dire que ses décisions non pas le pouvoir de l'Etat ou l'autorité du pouvoir public pour faire qu'elles soient respectées, avec l'aide de la force publique souveraine le cas échéant<sup>289</sup>. L'arbitre n'étant pas une autorité publique, il ne peut pas faire respecter coercitivement ses décisions par lui-même. Seul l'Etat, en tant que dépositaire du pouvoir public souverain, peut

<sup>289</sup>. Voir notamment du point de vue de l'Angleterre, D. R. Thomas, *Default Powers of Arbitrators. An Analysis of the Law and Practice Relating to the Default Powers of Arbitrators*, Londres, 1996.

imposer par la force ses décisions, donc l'arbitre a besoin de l'organisme étatique pour faire respecter coercitivement ses décisions. L'arbitre n'aura d'autorité que celle que les parties auront voulu lui donner contractuellement ; l'Etat et uniquement l'Etat peut doter cette autorité d'une force coercitive à défaut de laquelle l'autorité contractuellement octroyée à l'arbitre par les parties serait stérile et inefficace. Ainsi, par pure logique, les systèmes juridiques qui offrent aux parties la possibilité de soumettre leurs différends au jugement d'un arbitre comportent nécessairement des dispositifs légaux pour munir d'efficacité cette activité, qui n'aurait pas de raison d'être sans ces dispositifs ; du moins pas dans le monde des règles juridiques.

Parmi les avantages de l'arbitrage, il faut souligner sa procédure qui a fidèlement conservé la pratique de l'audience au cours de laquelle les exposés oraux sont libres, dépourvus de formalismes anachroniques : pour exposer l'affaire il suffit de la détailler avec la même simplicité que les parties utilisent normalement entre elles, sans la structure bureaucratique qui demande d'instrumenter et de justifier chaque acte. On affirme souvent, et ceci est vrai dans la plupart des cas, que dans l'arbitrage la communication est directe et que la situation personnelle à l'intérieur du lieu désigné comme siège de l'arbitrage favorise la perception instantanée des intentions et la connaissance immédiate de la volonté des parties. Ce qui est tout à fait certain c'est que l'arbitrage favorise et simplifie les interrogatoires, les éclaircissements et les examens de choses et de documents, parce qu'il se réalise dans une instance exempte des contraintes de la mise en scène du procès judiciaire, et qui se tient à huis clos. Cependant, une procédure de ce type peut donner lieu à des atteintes aux droits de la défense qui réclament l'intervention judiciaire. C'est pour cela que dans certains systèmes le juge étatique est habilité à intervenir quand survient une « conduite scandaleuse » (*misconduct*) de la part de l'arbitre ou du tribunal d'arbitrage. Cette intervention a pour but d'adopter les mesures pertinentes pour veiller à l'intégrité de la procédure d'arbitrage. L'admission de cette figure divise sérieusement les systèmes actuels, ceux favorables au développement de l'arbitrage y étant fortement opposés<sup>290</sup> ; entre autres raisons parce que l'intervention ouvrirait à la partie hostile à l'arbitrage une grande marge de manœuvre pour retarder à sa guise

290. Voir, dans la jurisprudence française, cour d'appel de Paris, 18 novembre 1987 et 4 mai 1988, *Rev. arb.*, 1988, pp. 657 ss., note Ph. Fouchard.

la procédure d'arbitrage. C'est pourquoi ce contrôle est souvent différé à la phase d'annulation de la sentence arbitrale, certaines législations se contentant de régler l'intervention judiciaire pour la récusation des arbitres.

b) *Assistance du juge d'appui du lieu de l'arbitrage*

86. Toute réglementation étatique de l'arbitrage qui se veut moderne doit être consciente de l'importance capitale que celui-ci a dans les transactions commerciales internationales. Et cette conscience doit se traduire dans la reconnaissance d'une éminente capacité d'auto-organisation qui lui permette de se développer, avec le minimum possible d'interférences de la part des ordres normatifs et processuels de l'Etat. Les législations les plus récentes, ainsi que le modèle CNUDCI, prétendent déférer à ce postulat en affirmant que l'intervention ou la présence du pouvoir judiciaire dans les procédures d'arbitrages renforcent notablement le développement de la procédure d'arbitrage. Mais il est évident que l'intérêt de l'Etat diffère selon les interventions. Comme nous l'avons signalé, nous sommes face à un impératif juridique auquel l'Etat ne peut se soustraire, comme c'est le cas pour les contrôles afférents à la régularité et à l'intégrité du procès, qui sont exercés par l'Etat au moyen d'un système de recours déterminé, ou au moment de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales. Mais dans d'autres cas il s'agit d'un mécanisme d'aide qui ne possède aucune finalité de contrôle, comme c'est le cas de la réalisation de mesures d'instruction que les arbitres, en raison de la limitation de leurs pouvoirs et à défaut de capacité coercitive, ne peuvent pas assurer eux-mêmes.

L'aide judiciaire se développe donc dans cette dernière dimension pendant le déroulement de la procédure d'arbitrage. C'est pourquoi les réglementations étatiques modernes établissent normalement avec précision les modalités d'assistance que les tribunaux doivent fournir aux arbitres en raison, comme il a été dit, de leur défaut de *potestas* ou d'*imperium* que seuls détiennent les tribunaux étatiques. Cette assistance s'établit, en termes généraux, autour de l'administration de la preuve ou de l'obtention de certains éléments probatoires. Rappelons ici que la loi type de la CNUDCI dispose dans son article 27 que :

« Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du pré-

sent Etat une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves.»

Le cadre de l'assistance organisée par cette disposition se dresse uniquement sur le plan interne et ne comprend en aucun cas la mise en marche d'un système de coopération internationale, ce qui est logique si l'on considère que la loi type n'est pas un cadre approprié pour établir un système d'assistance internationale, en raison de son contenu qui est essentiellement unilatéral. Ainsi, selon la loi type, le tribunal d'arbitrage et le tribunal judiciaire qui doit offrir l'assistance développent leur activité dans le territoire juridictionnel d'un seul Etat. Le problème se complique lorsqu'une démarche doit se réaliser dans un Etat différent de celui où se déroule l'arbitrage.

c) *Limitations des mécanismes d'entraide internationale en matière d'arbitrage*

87. En règle générale, les tribunaux étatiques sont les véritables destinataires de l'entraide judiciaire, ce qui invite à s'interroger sur le caractère exclusif de cette fonction<sup>291</sup>, dès lors que le besoin de faire appel à cette assistance peut se faire sentir pendant le déroulement d'une procédure d'arbitrage. L'entraide judiciaire internationale constitue un secteur du système juridique destiné à pallier les inconvénients qui naissent au cours du procès de l'impossibilité des juges d'exercer le pouvoir juridictionnel en dehors du territoire de l'Etat et ainsi de réaliser certaines démarches de la procédure, comme des significations ou l'administration de la preuve, qui doivent avoir lieu à l'étranger. Hormis quelques polémiques doctrinales dépassées autour du fondement de l'entraide judiciaire internationale et de l'existence d'une éventuelle *opinio juris* qui fonderait l'obligation de fournir l'aide, il est indubitable qu'il s'agit d'une matière parfaitement couverte par les traités internationaux, et en particulier par ceux qui proviennent de la Conférence de La Haye de droit international privé<sup>292</sup>. Cependant ces instruments gardent souvent le silence sur la participation des tribunaux d'arbitrage au système.

291. Voir O. Capatina, «L'accès des tribunaux arbitraux à l'entraide judiciaire internationale», *Journ. dr. int.*, t. 111, 1984, pp. 549-565.

292. Voir J. C. Fernández Rozas, «La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado», *Revista española de Derecho internacional*, vol. XLV, 1993, pp. 81-100.

Un certain secteur doctrinal professe que la référence aux « autorités extrajudiciaires » qui est employée dans certains textes, comme la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> mars 1954, permet une interprétation qui comprend l'intervention directe des arbitres dans le secteur, mais les préceptes concrets de ces instruments visent un monopole des juges. Et on peut ajouter que ces conventions ne considèrent pas l'arbitrage d'une façon expresse<sup>293</sup>, sauf dans de très concrètes exceptions que nous examinerons un peu plus loin.

88. Nous avons déjà dit que le défaut de for arbitral confère à la procédure d'arbitrage une remarquable autonomie en ce qui concerne la procédure, par rapport aux droits judiciaires étatiques. Ainsi, de même que l'on ne peut pas parler de loi du for, dans l'arbitrage commercial international, il n'existe pas de loi étrangère proprement dite. Cette absence confère à l'arbitre une grande liberté d'action en ce qui concerne la détermination du droit applicable au fond de l'affaire<sup>294</sup>. Cette possibilité, et chaque fois plus fréquente, « dénationalisation » de la loi applicable à l'arbitrage a la vertu de trancher le traditionnel problème du droit international privé relatif au droit applicable : la conséquence juridique de la règle de conflit. De même, à défaut d'une désignation expresse du droit applicable, l'arbitre dispose d'un large pouvoir d'initiative pour déterminer la loi applicable au fond de l'affaire. Comme l'article VII de la Convention de Genève le met en relief :

« Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce. »

Le défaut d'un for arbitral permet à l'arbitre d'appliquer au fond de l'affaire les règles coutumières du commerce international laissant à l'écart toute intervention des règles étatiques<sup>295</sup>. Contrairement à ce qui se passe dans la justice étatique où la *lex mercatoria*

293. Voir O. Capatina, « L'accès des tribunaux arbitraux... », *loc. cit.*, pp. 550-551.

294. B. Goldman, « Les conflits de lois en matière d'arbitrage... », *loc. cit.*, p. 443.

295. Y. Derains, « State Courts and Arbitrators », *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, supplément special, 1999, pp. 28-29.

ne peut être applicable qu'à titre subsidiaire, l'arbitre, n'étant pas soumis à une souveraineté étatique déterminée, jouit d'un vaste champ d'action dans ce sens<sup>296</sup>. Ainsi, le traditionnel problème du droit international privé afférent à la condition de la loi étrangère s'efface dans l'arbitrage devant celui de la procédure d'application des lois étatiques<sup>297</sup>. En effet, dans l'arbitrage commercial international la question de la confrontation entre la loi du for et la loi étrangère perd totalement son sens<sup>298</sup>, de même qu'il n'y a pas de sens à ce que l'arbitre se trouve obligé d'appliquer une loi étrangère que les parties n'avaient pas alléguée expressément ou dont le contenu n'aurait pas été approuvé par celles-ci.

En conséquence, l'exigence de s'informer sur le droit étranger déclaré applicable par la règle de conflit ne semble pas plus péremptoire ni, cela va sans dire, quantitativement plus significative dans l'arbitrage que dans la justice étatique. En outre, les mécanismes de coopération judiciaire dans le cadre de l'information du droit étranger sont en principe interdits aux arbitres, dès lors que la Convention de Londres de 1968 (art. 3, par. 1) établit que la demande d'informations devra toujours découler d'une autorité judiciaire. Même si les arbitres, et les parties autorisées par ceux-ci le cas échéant, peuvent s'adresser à l'autorité judiciaire compétente de l'endroit où se déroule l'arbitrage pour obtenir l'information nécessaire au sujet du droit positif applicable au procès. Cette interprétation a été matérialisée du point de vue législatif par l'article 1044 de la loi néerlandaise de 1986, qui s'en remet explicitement à la Convention de 1968.

Cependant, même si l'article 4, paragraphe 2, de la Convention de Montevideo de 1979 établit que «les Etats parties pourront étendre l'application de cette convention aux demandes d'informations d'autres autorités», il ne semble pas possible d'inclure les tribunaux d'arbitrage dans l'expression «autres autorités». En conséquence, les caractéristiques propres à la procédure d'arbitrage liées aux questions afférentes au droit appliqué par l'arbitre ne commandent pas

---

296. Sentence CCI n° 3131 (1979), *Norsolor*, *Rev. arb.*, 1983, pp. 525-531; B. Goldman, «Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*», *Rev. arb.*, 1983, pp. 379-409; O. Lando, «The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration», *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 747-768.

297. B. Ancel, «Tronc commun, logique et expérience...», *loc. cit.*, pp. 21-22.

298. B. Goldman, «Les conflits de lois en matière d'arbitrage...», *loc. cit.*, p. 449.

l'instauration d'un système spécifique de coopération judiciaire d'aide aux arbitres en ce domaine<sup>299</sup>.

## 2. *Notifications*

89. Comme dans le procès judiciaire, une manifestation fondamentale des droits procéduraux de la partie défenderesse se retrouve dans la communication transfrontière de la notification du déclenchement de la procédure d'arbitrage<sup>300</sup>. La notification dans l'arbitrage a aussi pour mission principale de satisfaire l'exigence de régularité; cette exigence veut que la notification du début de la procédure se conforme à un certain régime légal, qui dépendra de ce que les parties, dans l'exercice de l'autonomie de la volonté, ou, le cas échéant, l'arbitre, auront stipulé. Ainsi, la régularité de la notification arbitrale constitue une condition requise pour la validité de la sentence arbitrale, et il est tout à fait nécessaire que les notifications adoptent une forme prédéterminée. L'énoncé insistant de la cause visée à l'article V, paragraphe 1, lettre *b*), de la Convention de New York («que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage»), et faisant obstacle à l'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère, constitue une mise en garde incitant les arbitres à une diligence spéciale sur ce point<sup>301</sup>.

La nécessité d'une notification régulière ne doit pas donner lieu à une interprétation stricte de cette exigence, étant donné que sa portée s'écarte du formalisme traditionnel caractérisant la notification propre aux procès judiciaires. Cela est logique si l'on considère que dans la procédure judiciaire la notification est une affaire d'Etat: une notification réalisée sans le respect dû aux formes préétablies affecte la souveraineté de l'Etat. En revanche, dans le procès d'arbitrage la notification a lieu entre particuliers, en marge de l'organisation de la justice étatique. Il n'y a donc aucune raison pour qu'elle soit soumise à certaines formalités officielles qui exigent l'intervention des autorités consulaires ou diplomatiques. Dans l'arbitrage, les procé-

299. I. García Velasco, «Arbitraje comercial y cooperación judicial...», *loc. cit.*, p. 212.

300. N. Marchal Escalona, «La ley aplicable a la validez de la notificación transfronteriza en el proceso arbitral», *RCEA*, vol. XIV, 1998, p. 40.

301. Voir la pratique espagnole dans J. D. González Campos et J. C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, 2<sup>e</sup> éd., vol. I, *Derecho judicial internacional*, Madrid, 1992, pp. 775-778.

dures utilisées pour les notifications sont beaucoup plus expéditives et directes, étant donné que les arbitres se limitent à vérifier que les notifications sont correctement faites, à veiller à ce que la communication offre des garanties de réception adéquates et à ce qu'elle arrive dans un délai suffisant pour que la partie puisse disposer du temps raisonnablement nécessaire pour préparer sa défense. A cet effet, rien n'empêche d'utiliser les techniques de communication les plus récentes (télégramme, télex, télécopieur, courriel, etc.), qui s'accompagnent souvent de l'appel aux services des compagnies de messagerie internationale, plus rapides que la poste ordinaire. Il est donc possible d'avoir recours à un système efficace de notification d'une façon autonome, sans aucune référence à un droit national particulier, en se rapportant simplement à des principes de régularité procédurale qui se consolident peu à peu par l'action de la justice<sup>302</sup>.

90. La notification arbitrale pose la question de savoir si l'arbitre peut faire appel aux mécanismes de coopération judiciaire qui servent à notifier les actes judiciaires. En d'autres mots, dans quelle mesure est-il possible d'étendre au procès d'arbitrage l'application d'un système de coopération judiciaire, comme celui établi par la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires ? La réponse, en principe, est négative. La pratique arbitrale révèle sur ce terrain, comme il a été dit, une dynamique flexible et rapide, de sorte que les mécanismes traditionnels de coopération judiciaire non seulement sont dépassés mais risquent aussi de gêner le déroulement d'une procédure d'arbitrage rapide et efficace. En outre les inconvénients que présente l'extension de la Convention de La Haye de 1965 à la procédure d'arbitrage découlent de sa propre mise en œuvre, dès lors que les actes auxquels elle fait référence empêchent cette extension. Non seulement parce que les actes arbitraux ont un caractère très différent de celui des actes judiciaires, mais surtout parce que les actes extrajudiciaires visés par cet instrument sont uniquement ceux qui émanent des autorités ou des officiers ministériels (art. 17). Les arbitres, au regard de la Convention, sont de simples « personnes privées » et, en conséquence, ne sont pas compétents pour adresser des notifications à l'étranger. La possibi-

302. M. Virgós Soriano, note à l'« Auto TS de 3 de marzo de 1982 », *REDI*, vol. XXXV, 1983, p. 518.



lité d'établir une communication directe entre les tribunaux d'arbitrage et les autorités étrangères, évitant ainsi la médiation des autorités judiciaires de l'endroit où se déroule l'arbitrage, devient impossible, puisque la faculté de notifier à l'étranger par des voies de notification réglées conventionnellement (par exemple, interadministrative — entre autorités centrales, postale, consulaire ou diplomatique) est prévue uniquement en faveur des différentes autorités judiciaires ou publiques des Etats contractants<sup>303</sup>.

Dans le système interaméricain la situation présente une portée différente puisque la Convention de Panama de 1975 sur les commissions rogatoires, visant les notifications, citations et autres actes procéduraux à l'étranger, donne la possibilité d'étendre son champ d'application à l'arbitrage. Il est exigé cependant que les Etats parties qui souhaitent bénéficier de cette extension le déclarent expressément et en avisent le Secrétariat général de l'Organisation des Etats américains (art. 16). Mais cette possibilité n'a pas rencontré un grand succès<sup>304</sup>.

91. Rien n'empêche l'arbitre de s'adresser au tribunal ou à l'autorité compétente de l'endroit où se déroule l'arbitrage pour que celui-ci à son tour lui prête son concours à la notification. Mais cette démarche imposera en général un retard excessif de la procédure d'arbitrage à cause de l'intervention d'un nombre important d'organismes intermédiaires non seulement de l'Etat requérant mais aussi de l'Etat requis.

Il est aussi possible d'étendre le champ de la Convention de 1965 à la pratique arbitrale en attribuant aux arbitres la qualité d'« autorités compétentes » pour utiliser les mécanismes prévus dans cet instrument. A partir de là, les arbitres pourraient adresser directement toutes sortes de demandes de communications aux autorités compétentes (autorité centrale, autorités consulaire ou diplomatique, officier ministériel, etc.). Mais comme dans le cas précédent, cette possibilité est peu appropriée puisque, non seulement elle peut générer des dépenses excessives, mais aussi elle revient à transformer la procédure d'arbitrage en une procédure pseudo-judiciaire. Il est vrai que cette dernière situation pourrait être évitée si l'arbitre, en qualité d'autorité compétente, pouvait s'adresser directement à la partie

---

303. N. Marchal Escalona, «La ley aplicable a la validez de la notificación...», *loc. cit.*, pp. 46-48.

304. Le Chili a fait une déclaration de ce type.

défenderesse par voie postale (art. 10 *a*)), puisque, dans ce cas, la validité de la notification serait soumise au respect de deux conditions: que ce système de notification constitue une possibilité admise par la loi de l'endroit où se déroule l'arbitrage, et que l'Etat destinataire ne s'y oppose pas<sup>305</sup>. Mais un tel rôle de l'arbitre est impossible du fait même que la Convention est exclusivement conçue pour la coopération internationale, de sorte que son extension au champ de la justice privée pourrait avoir des effets nuisibles.

De telles réflexions valent aussi pour le système décentralisé de coopération établi dans le règlement (CE) n° 1348/2000, du 29 mai, relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres d'actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale. Et cela pour deux raisons. D'une part, parce que l'arbitrage semble avoir été exclu des mesures adoptées en application de l'article 65 du traité CEE, après sa révision à Amsterdam (il en est uniquement fait mention à l'article 293, qui reproduit l'ancien article 220 du traité CE). D'autre part, parce que la mise en œuvre du nouveau règlement exige aussi, tout comme la Convention de La Haye de 1965, le concours d'un officier ministériel, ou d'une autorité judiciaire ou administrative, désigné comme compétent de l'Etat où se déroule l'arbitrage, pour qu'il transmette à son tour le document à son destinataire par l'intermédiaire du fonctionnaire, ou de l'autorité compétente, désigné à cet effet par l'Etat requis<sup>306</sup>.

### 3. Administration de la preuve

92. Le principe selon lequel les preuves peuvent être administrées à l'initiative des arbitres est vraiment frappant dès lors qu'il s'écarte de façon radicale du principe d'initiative des parties, ou principe dispositif, gouvernant la procédure civile ordinaire<sup>307</sup>. La fonction de l'arbitre dans l'administration de la preuve, particulièrement dans la production forcée des pièces ou dans la convocation des témoins, est

305. N. Marchal Escalona, «La ley aplicable a la validez de la notificación...», *loc. cit.*, p. 48.

306. J. C. Fernández Rozas, «Notificaciones en el extranjero: experiencias en los procesos de integración y en las relaciones entre México y España», *Revista mexicana de Derecho internacional privado*, n° 7, 1999, pp. 57-67; N. Marchal Escalona, «Algunas reflexiones en torno al Reglamento (CE) número 1348/2000 de 29 de mayo», *Revista jurídica española La Ley*, n° 5320, 31 mai 2001, pp. 1-6.

307. Voir Ch. Dieryck, «Procédure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international», *Rev. arb.*, 1988, pp. 267-282.

beaucoup plus limitée<sup>308</sup> ; notamment, les arbitres n'ont pas la même capacité que les juges de recevoir le serment des témoins<sup>309</sup> ; les arbitres ne peuvent pas non plus forcer une institution étatique à prêter une aide déterminée, par exemple à fournir, si les parties le demandent, une liste de traducteurs assermentés qui puissent assister les témoins ou traduire certains documents. Le fait que, dans l'arbitrage, ceux qui sont appelés à décider puissent, de leur propre initiative, administrer les preuves, met en évidence un aspect qui sépare encore plus l'institution arbitrale du procès judiciaire. Cette séparation repose sur le fait que l'arbitrage est le produit d'un accord par lequel les parties manifestent leur volonté de résoudre le litige qui les oppose par voie d'arbitrage. C'est encore l'une des manifestations de l'interprétation « contractualiste » de l'arbitrage, en opposition à l'interprétation dénommée « juridictionnaliste ».

Au cours de la procédure judiciaire, les parties se soumettent aux règles du jeu de la loi, dont celle qui dispose qu'il appartient à chacune des parties de proposer les moyens qu'elle estime propres à prouver ses allégations. Dans l'arbitrage, au contraire, il semble que les parties se soient mises d'accord sur un objectif minimum (que les arbitres tranchent les conflits nés d'une relation juridique donnée), mais en laissant aux arbitres non seulement les aspects formels de la procédure, mais aussi ceux qui vont au-delà (procédure au sens large). Le fait que les arbitres puissent déterminer les termes sur lesquels eux-mêmes doivent décider est, essentiellement, la conséquence de cette vue. Il s'agit d'une règle qui confère aux arbitres un instrument précieux, même s'ils administreront la preuve de leur propre initiative, expression qui ne peut se comprendre que dans le sens de l'utilisation, de leur propre mouvement, des moyens destinés à forger leur conviction sur le conflit. Ce n'est pas par hasard qu'au sein de la CNUDCI il fut mis en évidence que l'intervention des tribunaux judiciaires dans l'administration de la preuve au cours de la procédure d'arbitrage risquait d'affecter l'essence même de l'institution arbitrale et pouvait donner lieu à des interférences indésirables<sup>310</sup>.

Les indubitables vertus signalées ne peuvent cependant pas cacher la réalité des faits : un organe juridictionnel peut difficilement obliger

308. B. Moreau, « L'intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et comparé », *Rev. arb.*, 1978, pp. 323-340.

309. Voir par exemple l'article 1461, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile.

310. Doc. A/CN.9/233, *Ann. CNUDCI*, 1983, p. 63.

contre leur gré les parties ou une partie spécialement récalcitrante à apporter une preuve quelconque<sup>311</sup>. Ainsi, en vue d'éviter un obstacle de ce genre, les lois internes établissent un système de collaboration entre juges et arbitres aux fins de l'administration des preuves<sup>312</sup>. Il est entendu que ce concours ne peut être sollicité que pour des preuves que les arbitres ne pourraient pas recueillir par eux-mêmes, c'est-à-dire celles relatives aux témoins qui refusent de comparaître, aux organismes ou entités qui refusent de collaborer et, en général, dans tous les cas où il existe une opposition de la part de ceux qui doivent intervenir; pour vaincre ces résistances et pour pallier le défaut d'*imperium* des arbitres, on saisit le juge, qui détient cette force étatique ou ce pouvoir coercitif. Les preuves que les arbitres ne peuvent pas produire par eux-mêmes ou directement sont celles dont l'administration exige le «pouvoir juridictionnel» que seuls possèdent les organes judiciaires de l'Etat, c'est-à-dire celles que seuls les juges ou les tribunaux peuvent obtenir en faisant usage des moyens ou des instruments exécutoires dont ils disposent, ou par la voie de la sanction pénale. Les législations d'arbitrage modernes imposent normalement aux juges l'obligation de prêter cette assistance pour obtenir les moyens de preuve en utilisant l'*imperium*, la force de l'Etat, qui manque aux arbitres. Le défaut de pouvoir coercitif des arbitres pourrait sinon entraîner l'inefficacité de leur intervention. Les preuves visées sont, par exemple: l'obtention d'un certificat délivré par l'administration publique (comme ceux que doivent délivrer les autorités fiscales); les données ou les informations que doit fournir un établissement bancaire ou une compagnie d'assurances, pour citer deux cas fréquents; toute hypothèse où la coopération de la force publique serait nécessaire pour la reconstitution des faits, au cours d'un transport sur les lieux; l'émission d'un rapport technique de la part d'un organisme ou ordre professionnel; la remise de copies certifiées conformes de la part d'une fédération quelconque; et même, sans aller plus loin, l'administration d'une

311. E. Loquin, «Les pouvoirs des arbitres internationaux...», *loc. cit.*, p. 307.

312. H. M. Holtzmann, «L'arbitrage et les tribunaux...», *loc. cit.*, p. 276. Voir la solution rendue en Belgique, aux Pays-Bas, en Suisse et en Angleterre dans H. Van Houtte, «Le juge et l'arbitre...», *loc. cit.*, pp. 44-46. L'article 26 de la loi suédoise sur l'arbitrage du 4 mars 1999 prévoit que, lorsqu'une partie souhaite qu'un témoin, un expert ou une partie témoigne sous serment, cette partie peut, sur autorisation des arbitres, en faire la demande auprès du tribunal de première instance.

preuve par témoins si les personnes appelées à déclarer ne défèrent pas à la convocation des arbitres.

93. Une question intéressante se pose lorsqu'un juge refuse, par application des dispositions de la loi d'arbitrage pertinente<sup>313</sup>, l'administration d'une preuve requise par les arbitres. A part, bien sûr, l'hypothèse où la non-administration s'explique par l'irrégularité de la demande, comme quand un des arbitres composant le tribunal, passant par-dessus la tête du président, s'adresse directement au juge. Etant donné que les décisions judiciaires sur cette matière ne sont généralement pas susceptibles de recours<sup>314</sup>, on peut s'interroger sur les situations dans lesquelles la partie qui a requis la preuve se trouve sans moyens de défense. Il s'agit d'un refus de production d'une preuve qui a été pourtant, soulignons-le, jugée pertinente et recevable, et donc agréée par l'arbitre, qui devient impossible parce que le juge à qui l'on a demandé assistance considère qu'elle est « contraire aux lois ».

Hormis les cas où l'on se trouve effectivement en présence d'une preuve contraire à la légalité, on n'utilise normalement que deux voies pour résoudre une situation de ce genre, conduisant toutes les deux à l'annulation de la sentence arbitrale. La première consisterait à considérer que les formalités et les principes essentiels établis par la loi n'ont pas été respectés au cours du déroulement de l'activité arbitrale; la deuxième serait de faire appel au recours générique de l'ordre public. Mais il ne faut pas oublier que dans l'hypothèse que nous sommes en train d'examiner l'éventuelle violation des formalités ou des principes ne résulte pas de l'activité arbitrale proprement dite, mais de l'activité du juge auquel on demande assistance pour la production d'une preuve. Et cela peut créer une situation où les parties se trouvent désarmées, dès lors que les preuves pour l'administration desquelles on demande l'aide judiciaire ne peuvent s'obtenir qu'avec le concours du juge, qui précisément les considère comme non recevables contre l'avis de l'arbitre, sans que cette décision soit susceptible d'appel. En d'autres mots, c'est le juge qui, en considérant illégale la preuve dont on demande la production mène à l'annulation de la sentence arbitrale. Dans ce cas, on pourrait considérer

---

313. Articles 27, 43 et 44 de la loi d'arbitrage espagnole (ci-après : LA). Le juge pourra refuser l'administration lorsqu'il considère que les preuves requises sont « contraires aux lois » (art. 44).

314. « Ses décisions étant sans appel » (art. 44, *in fine* de la loi d'arbitrage espagnole).

aussi que le refus de la preuve de la part du juge fait que les parties se trouvent sans défense et que, finalement, il met en péril des principes essentiels de contradiction et d'égalité des armes, puisque la partie qui propose la preuve se voit empêchée de la produire alors que, dans beaucoup de cas, elle peut être essentielle. Il est donc utile, et même nécessaire, que la partie concernée dénonce toute violation des formalités ou des principes essentiels qui surviendrait au cours de la procédure, soit par le moyen d'un écrit, soit par celui de sa consignation dans l'acte dressé par le greffier ou par l'arbitre, en vue de fonder ultérieurement le recours en annulation, pour que l'on ne puisse pas objecter à cette partie un défaut de contestation de la décision judiciaire jusqu'au moment où, face à une sentence arbitrale défavorable, elle dépose le recours en annulation contre celle-ci. Si la violation de ces principes fondamentaux se produit avant que ne soit rendue la sentence arbitrale, pendant le déroulement de la procédure au cours de laquelle avait eu lieu la demande d'assistance judiciaire pour la production d'une preuve, il serait possible d'introduire, le cas échéant, un recours en protection des droits individuels devant le tribunal constitutionnel. Autre chose serait d'essayer d'introduire ce dernier recours directement à l'encontre de la décision du juge dans les systèmes qui considèrent que cette décision est sans appel, ce qui pourrait aussi provoquer une situation où les parties se trouvent sans défense, et donc serait susceptible d'un recours en protection devant le tribunal constitutionnel.

Ces problèmes peuvent être évités uniquement quand les lois nationales établissent qu'en cas d'appel le délai pour rendre la sentence arbitrale sera suspendu non pas à ce moment précis de la phase de la procédure, mais justement au moment antérieur au prononcé de la sentence arbitrale, dans l'attente d'une décision sur le recours. Cela n'empêcherait pas les arbitres de continuer à examiner les preuves restantes, ni même d'adopter de leur propre initiative d'autres dispositions en vue de l'examen des preuves. A tout cela il faut ajouter la coopération que l'on est en droit d'attendre des organes juridictionnels, non seulement du juge lorsque son assistance est requise, mais aussi, dans ce cas concret, de la cour d'appel, pour qu'ils agissent avec la plus grande célérité. C'est ainsi que pourraient être évités des cas d'annulation de sentences arbitrales pour cause de refus judiciaire non fondé de la production d'une preuve, qui seraient réparés par l'organe compétent sur le recours en annulation avant la prononciation de la sentence arbitrale.

Il serait intéressant de suivre une ligne législative dans cette perspective d'instaurer des systèmes qui soient le plus respectueux possible du droit fondamental de la défense, et du droit, qui lui est étroitement rattaché, à un procès sans retards indus. Ces deux droits pourraient, en revanche, être sérieusement lésés si, une fois toute la procédure de l'arbitrage achevée, une aberration comme le refus indu de la preuve de la part du juge, faisait que toute la procédure d'arbitrage s'est déroulée en vain ; il en découlerait la frustration des aspirations légitimes du justiciable à obtenir ce qui constitue l'un des principaux attraits de l'arbitrage : une décision rapide sur le fond, puisqu'il se trouverait dans la situation paradoxale de découvrir, après avoir attendu que toute la procédure d'arbitrage et ultérieurement toute la procédure du recours en annulation se déroulent, qu'il doit entamer de nouveau la procédure d'arbitrage, dès lors que, dans le cas considéré, la cause d'annulation ne dériverait ni d'une convention arbitrale nulle ni du fait que la matière ne pouvait pas faire l'objet d'un arbitrage.

94. L'obtention des preuves à l'étranger met encore en évidence les insuffisances des mécanismes d'entraide internationale, les instruments internationaux étant limités, comme nous l'avons déjà dit, au cercle judiciaire exclusivement. La renonciation à la collaboration du juge qui assurerait le profit de ces mécanismes a été délibérée dans l'arbitrage international, parce que les parties préfèrent résoudre entre elles ce genre de questions, en renonçant à la production extraterritoriale d'une preuve, en raison des difficultés et pour ne pas imposer un atermoiement à la procédure<sup>315</sup>.

La flexibilité de l'arbitrage se reflète aussi dans la production de la preuve, puisque les arbitres peuvent se déplacer directement dans tous les pays pour y réaliser une inspection ou constatation personnelle ou pour recevoir les déclarations des témoins. C'est pour cela que lorsqu'on dresse l'acte de mission, au moment de déterminer l'endroit de l'arbitrage, on autorise normalement les arbitres à se déplacer à l'étranger pour recueillir les preuves qu'ils jugent pertinentes ; cela est aussi prévu dans la grande majorité des règlements des institutions arbitrales. On veut ainsi éviter le mécanisme complexe des commissions rogatoires prévues dans des instruments comme la Convention de La Haye de 1970 ou la Convention de

315. Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents*, quinzième session, t. I, 1984, p. 115.



Panama de 1975 sur l'obtention de preuves à l'étranger<sup>316</sup>, bien que celles-ci puissent être plus économiques. Il faudrait aussi tenir compte des démarches et des formalités afférentes à la requête que l'arbitre adresse au juge pour que celui-ci mette en œuvre le système de coopération internationale. Cependant, le déplacement de l'arbitre vers l'Etat où la preuve doit se produire ne va pas sans difficultés, puisque cette possibilité doit être admise dans cet Etat, et, dans le cas contraire, la collaboration de celui-ci pour la production de la preuve peut souffrir d'entraves ou même carrément être refusée. Considérons, par exemple, une procédure d'arbitrage qui oppose un investisseur étranger à une entreprise étatique au cours de laquelle le juge doit pour l'examen de certaines preuves se transporter du lieu de l'arbitrage dans l'Etat du siège de cette dernière entreprise. Les difficultés auxquelles il se heurterait pour trouver une collaboration efficace de la part des autorités judiciaires locales sont évidentes.

La codification internationale n'a donc pas écarté l'idée de progresser dans l'adoption de règles permettant aux arbitres, ou aux parties à l'arbitrage, d'obtenir directement les preuves à l'étranger en établissant des mécanismes qui obligent le juge de l'Etat requis à collaborer d'une façon active. Il est vrai que la CNUDCI s'abstint expressément d'inclure cette possibilité dans la loi type, en considérant que le caractère unilatéral du texte empêchait l'établissement d'un mécanisme de coopération efficace en la matière et qu'il fallait se garder d'ajouter les inconvénients émanant de l'application obligatoire du principe de réciprocité à ce secteur<sup>317</sup>. Indéniablement, le cadre approprié pour l'élaboration d'une future convention sur l'obtention de preuves à l'étranger pour les besoins d'une procédure d'arbitrage devrait être la CNUDCI elle-même, même s'il a aussi été envisagé d'assigner cette tâche à la Conférence de La Haye de droit international privé à partir de l'extension à ce domaine de la Convention de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en

316. Qui, tout comme la Convention sur les commissions et les lettres rogatoires de la même date, admet la possibilité d'étendre le mécanisme de coopération à l'arbitrage si les Etats parties le déclarent expressément (art. 15).

317. Doc. A/CN.9/245, *Ann. CNUDCI*, 1984, pp. 170 ss. Le texte proposé, qui fut éliminé ultérieurement, établissait aussi la possibilité pour le tribunal requis de refuser de fournir une telle assistance si les tribunaux de l'Etat dans lequel l'arbitrage avait lieu n'étaient pas habilités à demander une assistance judiciaire similaire dans l'Etat du tribunal requis, ou si les tribunaux dudit Etat n'étaient pas tenus d'accorder une assistance similaire en cas d'arbitrage dans ce même for.



matière civile ou commerciale<sup>318</sup>; mais un travail de ce genre se heurte à de nombreuses difficultés.

#### IV. Adoption des mesures provisoires ou conservatoires

##### 1. Portée de la collaboration dans ce secteur

95. Une des plus importantes manifestations de la fonction auxiliaire du juge se rattache aux mesures provisoires ou conservatoires qui peuvent être nécessaires au cours de la procédure d'arbitrage. Nous sommes sans doute face à une compétence qui est reconnue au juge étatique dans le champ de sa fonction juridictionnelle, et face à l'absence d'*imperium* qui affecte l'arbitre<sup>319</sup>. Le problème est de savoir si une telle faculté peut être attribuée de façon exclusive aux arbitres. Si la convention arbitrale confère à l'arbitre la possibilité d'adopter toutes sortes de mesures en vue de garantir les droits et les obligations des parties au cours de la procédure d'arbitrage, c'est parce que les parties, en application de l'autonomie de la volonté, en ont décidé ainsi. Et cette situation se trouve renforcée dans le cas de l'arbitrage administré puisqu'il en est ainsi établi dans la plupart des règlements. Le problème est que l'arbitre, face au refus d'une des parties d'exécuter la mesure qu'il a prescrite, n'a pas de pouvoir de sanction. C'est un lieu commun assez fréquent de dire que l'arbitre est titulaire d'un «pouvoir théorique» pour décider la mesure, mais qu'il est incapable de la prendre de façon efficace à cause des particularités qui caractérisent la procédure d'arbitrage<sup>320</sup>.

Nous sommes donc en présence d'une attribution de compétence en faveur des arbitres qui n'élimine absolument pas la possibilité de saisir les tribunaux étatiques pour qu'ils adoptent des mesures de ce genre. Il est aussi important d'analyser la possibilité d'accorder à l'arbitre, organe décisif du litige auquel se rattache la mesure de précaution, le pouvoir de décider sur l'objet et la portée de celui-ci. Préalablement à toute autre considération, il faut constater que l'étude de cette question ne peut pas s'affranchir du fondement et de

318. I. García Velasco, «Arbitraje comercial y cooperación judicial...», *loc. cit.*, p. 220.

319. P. Mayer, «*Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires», *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, pp. 437-452.

320. Ph. Ouakrat, «L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale», *DPCI*, t. 14, 1988, pp. 244-245.

la finalité même de chacune des institutions. A l'extérieur du champ de l'arbitrage, la CJCE a donné une définition générale des mesures provisoires, conservatoires ou de précaution, en interprétant l'article 24 de la Convention de Bruxelles; conformément à l'arrêt du 26 mars 1992 (*Reichert*, affaire C-261/90), ce sont les mesures destinées à maintenir une situation de fait ou de droit en vue de sauvegarder les droits dont on a demandé la reconnaissance au juge chargé de prononcer sur le fond de l'affaire<sup>321</sup>.

La question des mesures provisoires qu'il faut décider par rapport à une procédure ou à une sentence d'arbitrage ne reçoit pas une réponse univoque, mais revêt encore un caractère controversé. Ce caractère se manifeste sur le plan de la collaboration entre juges et arbitres: quand et comment un juge peut-il décider une mesure conservatoire des biens litigieux ou protectrice de l'objet du litige soumis à la procédure d'arbitrage? Sans rentrer dans une polémique doctrinale autour de l'objet de ces démarches<sup>322</sup>, faisons simplement référence à un ensemble de mesures qui se caractérisent comme mécanisme accessoire d'une procédure d'arbitrage déjà entamée, dont l'action se limite à la durée de cette dernière procédure, et qui implique, d'une certaine façon, l'anticipation de l'exécution, sous réserve de ce qui sera décidé à la fin de la procédure principale<sup>323</sup>. Il va sans dire que les décisions qui prescrivent une mesure conservatoire ou provisoire se heurtent à d'évidents obstacles de circulation internationale, et qu'elles déploient en général leurs effets uniquement sur le territoire du juge qui les décide et non pas à l'étranger. Ce qui explique la très rare attention que lui accordent les conventions internationales sur l'entraide judiciaire internationale<sup>324</sup>.

Il est vrai que les mesures provisoires sont au service du procès principal. Mais elles exigent pour leur établissement une procédure propre qui doit avoir un caractère sommaire et être caractérisée par la célérité. Ce n'est qu'à ces conditions que peuvent être atteintes les

321. Voir V. Fuentes Camacho, *Las medidas provisionales y cautelares en el Espacio judicial europeo*, Madrid, 1996, pp. 192-195; F. J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996, pp. 80-82.

322. F. Knoepfler et Ph. Schweizer, «Les mesures provisoires et l'arbitrage», *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, Lausanne, Zurich, 1984, pp. 223-224.

323. F. Ramos Méndez, *Derecho procesal civil*, Barcelone, 1980, pp. 899 ss.; *id.*, «Arbitrage international et mesures conservatoires», *Rev. arb.*, 1985, p. 53.

324. G. de Leval, «Le juge et l'arbitre: les mesures provisoires», *Rev. dr. int. et dr. comp.*, vol. 70, 1993, pp. 12-13.

finalités spécifiques de ces mesures, fondamentalement en ce qui se rattache à la conservation des biens de la partie défenderesse<sup>325</sup>. Même si son caractère instrumentaire pourrait conseiller que la mesure soit prise par l'organe même qui est chargé du fond de l'affaire, la spécificité de son objet, de sa fonction et de sa procédure rend préférable l'intervention d'un organe différent. A cet effet l'article VI, paragraphe 4, de la Convention de Genève établit que :

« Une demande de mesures provisoires ou conservatoires adressée à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage, ni comme une soumission de l'affaire quant au fond au tribunal judiciaire. »

La mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage ne peut donc pas empêcher l'accès à la protection conservatoire qui est une partie intégrante du droit, plus général, à la protection judiciaire effective. Quand les parties décident de soumettre leurs controverses à l'arbitrage il est logique qu'il n'y ait pas une dérogation de la juridiction, mais simple suspension de son exercice, et cette possibilité légalement articulée est une forme d'exercice du droit à une protection judiciaire effective. C'est pour cela que l'on ne peut pas admettre que ceux qui souhaitent exercer le droit constitutionnel précité par une voie d'arbitrage légalement admise et régulière soient privés de cet autre versant de la protection judiciaire que constituent les mesures conservatoires. Nous sommes face à une manifestation de la coopération entre juges et arbitres qui, dans le cas de l'adoption de mesures conservatoires, est absolument nécessaire. L'appel à la juridiction étatique, dans ces cas, non seulement est indispensable, mais a aussi vocation à éteindre une des craintes latentes que suscite l'utilisation de cette assistance, à savoir que les avantages qu'offre l'arbitrage se dénaturent dans la pratique ; l'équilibre entre la finalité des mesures conservatoires, d'anticipation ou d'urgence, et les exigences de la procédure arbitrale, qui, dans la mesure du possible, doit se dérouler sans retards indus, est ainsi assuré.

96. Il s'agit de mesurer l'opportunité de l'intervention judiciaire dans l'arbitrage comme activité externe à la procédure d'arbi-

---

325. Voir Ph. Ouakrat, « L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires : étude générale », *DPCI*, vol. 14, n° 2, 1988, p. 243.

trage<sup>326</sup>, et dont les parties peuvent demander le bénéfice au juge en vue de la conservation de certains biens impliqués dans un arbitrage. Seules les autorités judiciaires peuvent, à partir de ce moment, prendre des mesures conservatoires<sup>327</sup>; c'est ce qui se passe en Italie (art. 818 CPC), en Suisse (art. 26 Concordat)<sup>328</sup>, en Belgique<sup>329</sup> ou en France, pays qui présentent des systèmes complets sur ce point, et qui, pour les derniers, désignent le juge des référés comme juge du provisoire, sous réserve de stipulation contraire des parties<sup>330</sup>. Et les parties peuvent disposer, dans un cas et dans l'autre, que les arbitres décident les mesures conservatoires, bien qu'avec certaines limitations que nous examinerons un peu plus loin. Contrairement à certaines réglementations étatiques, la loi type de la CNUDCI autorise le tribunal arbitral, sauf convention contraire des parties et à la demande de l'une d'elles, de prescrire toute mesure provisoire ou conservatoire en rapport avec l'objet du litige. Sur ce point son article 9 dispose que :

«La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.»

Cette disposition s'appliquera, que la demande soit adressée aux tribunaux de l'Etat en question ou à ceux d'un autre Etat. Où qu'elle soit formulée, une telle demande ne peut, en vertu de la loi type, être invoquée pour contester l'existence ou l'effet d'une convention d'arbitrage. En complément, l'article 17 établit le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires en affirmant que :

«Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de

326. Voir J. M. Chillón Medina et J. F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, 1991, p. 868.

327. Pour une étude de quelques droits nationaux en présence dans ce domaine (Allemagne, Angleterre, Belgique, France, Italie, Suisse et Pays-Bas) voir S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires. Etude de droit comparé*, Zurich, 1998.

328. G. Broggin, «I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale. Analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera», *L'arbitrato commerciale internazionale in Svizzera e in Italia*, Milan, 1992, pp. 79-97.

329. Article 1679, alinéa 2, du Code judiciaire belge.

330. J. Robert, *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1993, pp. 272 ss.; M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1990, pp. 759 ss.

prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée.»

Cet article, comme on peut le voir, n'établit pas les modalités de l'exercice de telles mesures et, à cet effet, les Etats qui adoptent la loi type ont la possibilité d'établir une procédure spécifique pour le développement de l'assistance judiciaire.

## 2. *Les relations entre le juge et l'arbitre dans l'adoption de mesures conservatoires*

97. L'arbitrage obéit aussi à des caractéristiques spécifiques qui dotent de particularités ses relations avec les mesures conservatoires. Nous avons affirmé à plusieurs reprises que certaines activités propres à la procédure d'arbitrage ne peuvent s'accomplir qu'avec la collaboration des tribunaux de l'Etat; selon l'interprétation qu'on retient de l'extension de la juridiction arbitrale, l'adoption de mesures conservatoires fera partie de celle-ci ou bien appartiendra au domaine des matières transférées aux arbitres; mais elle se trouve, en tout cas, dans la zone de compétences partagées. La pratique arbitrale et judiciaire démontre que la protection provisoire et conservatoire constitue précisément une des fréquentes hypothèses dans lesquelles il faut demander souvent l'appui des tribunaux étatiques, en vertu des limitations importantes qui grèvent l'arbitrage dans ce domaine<sup>331</sup>. Le pouvoir des arbitres d'accorder des mesures provisoires est une possibilité théorique, dont la matérialisation pratique dépend de la volonté exprimée sur ce point par les parties, soit directement, soit en se remettant à un règlement arbitral ou bien à la loi qui serait applicable à l'arbitrage en absence de toute indication. Il s'agit, en outre, d'une possibilité limitée, d'une part, car le besoin de la mesure peut surgir quand le tribunal n'est pas encore constitué, et, d'autre part, l'arbitre ne peut en tout cas pas conduire l'exécution contraignante d'une mesure<sup>332</sup>.

<sup>331</sup>. G. de Leval, «Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage», *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, 1989, pp. 119-123.

<sup>332</sup>. Voir A. Reiner, «Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI», *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 853-904, qui examine le droit et la pratique en matière de mesures conservatoires dans l'arbitrage international, mettant en relief l'évolution subie par les pouvoirs des arbitres.

L'appui prêté à la juridiction arbitrale par la juridiction étatique est donc nécessaire; cependant il présente des contradictions et des dangers. D'emblée, en s'adressant aux tribunaux pour obtenir leur assistance dans la procédure d'arbitrage, les parties sont dans la situation qu'elles essayaient précisément d'éviter au moyen du compromis d'arbitrage, même s'il n'y va que d'un aspect précis lié au litige, celui de l'adoption de mesures conservatoires. L'appel au juge peut, en outre, détruire quelques-uns des avantages typiques de l'arbitrage, comme la rapidité, le caractère privé ou la confidentialité; et peut même conduire à la substitution pure et simple de la procédure d'arbitrage. Ce dernier cas se produirait si, de la demande d'une mesure conservatoire, le juge déduisait une soumission tacite à la juridiction étatique, avec désistement de la procédure d'arbitrage, sans avoir égard aux nombreuses dispositions qui, nous l'avons vu, repoussent cette soumission: l'article VI, paragraphe 4, de la Convention de Genève, l'article 26, du règlement de la CNUDCI, l'article 21, paragraphe 3, du Règlement d'arbitrage international de l'American Arbitration Association, ou le numéro 46 *d*) du règlement de l'OMPI, établissent expressément que la demande de mesures conservatoires adressée au juge étatique ne peut pas être considérée comme une renonciation à l'arbitrage<sup>333</sup>. Ce même risque de «substitution» de la voie arbitrale se matérialise lorsque la décision conservatoire, en anticipant la décision sur le fond, finit par la supplanter, parce que les parties perdent leur intérêt au procès.

La pratique française du *référé-provision* fournit assez d'exemples de cette situation<sup>334</sup>. Dans le *référé-provision* (tout comme dans d'autres mesures similaires présentes dans d'autres systèmes juridiques, comme le *kort-geeding* néerlandais), le juge décide la remise au demandeur d'une somme qui parfois peut même atteindre les cent pour cent du montant litigieux, si les obligations qui servent de base à la demande ne sont pas «sérieusement contestables». La clause arbitrale peut ainsi perdre son objet, puisque le demandeur, satisfait, ne ressent plus le besoin de plaider: un «quasi-jugement sur le fond en la forme simplifiée» aurait eu lieu. Reprenant les réticences

333. L. Collins, «Provisional and Protective Measures in International Litigation», *Recueil des cours*, tome 234 (1992), pp. 69-91, avec une contribution approfondie de la pratique en Angleterre.

334. V. Delaporte, «Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1986-1987, 1987-1988, Paris, 1989, pp. 153-154.

exprimées par la doctrine, la jurisprudence française admet le *référé-provision* en présence d'une convention d'arbitrage, mais subordonne l'admissibilité de la demande à de strictes conditions. Premièrement, la demande ne sera pas recevable une fois entamée la procédure d'arbitrage, ce qui serait considéré comme une atteinte au pouvoir de juger exclusif des arbitres ; deuxièmement, la demande ne sera admise qu'en cas d'urgence.

L'intervention du tribunal étatique dans l'octroi de mesures conservatoires doit donc être délicate pour ne pas devenir un obstacle dirimant au développement de la procédure d'arbitrage : on dit même qu'elle doit être subsidiaire et restreinte<sup>335</sup>. Dans cette ligne, certains règlements des institutions d'arbitrage, comme la CCI, le CIRDI, ou la LCA, admettent la possibilité de demander aux tribunaux des mesures conservatoires ou provisoires, tout en la subordonnant au concours de certaines conditions : par exemple, d'ordre temporel, comme dans l'article 23, paragraphe 2, du Règlement de la CCI (la demande des parties doit être formée « avant » de porter la demande devant le tribunal d'arbitrage ; après ce ne sera possible que si des « circonstances appropriées » interviennent), ou dans l'article 25, paragraphe 3, du Règlement de la London Court of International Arbitration (le droit des parties à demander la protection conservatoire d'un tribunal étatique existe « avant » la constitution du tribunal arbitral, et seulement « exceptionnellement » après) ; cette disposition *in fine* présume que les parties, du fait de s'en remettre à celui-ci, renoncent à la juridiction étatique quant aux mesures visées à l'article 25, paragraphe 2, mesures que seul l'arbitre pourrait alors prononcer. Il faut rappeler sur ce point la pratique américaine, pas si éloignée dans le temps, qui interprétait l'article II de la Convention de New York comme une interdiction d'octroi de mesures conservatoires de la part des tribunaux étatiques<sup>336</sup>.

Nous sommes face à un secteur caractérisé par une prééminence nuancée de la figure du juge. Et c'est justement là que doivent être considérées les critiques émises par la doctrine sur l'arrêt de la CJCE, du 17 novembre 1998, *Van Uden c. Deco Line*<sup>337</sup>. La décision

335. P. Schlosser, *op. cit.*, pp. 306-307.

336. Voir J. D. Becker, « Attachments in Aid of International Arbitration. The American Position », *Arb. Int.*, 1985, pp. 40-48 ; P. Schlosser, « The Competence of Arbitrators and of Courts », *Arb. Int.*, 1992, pp. 189-204, spéc. pp. 193-194 ; A. Reiner, *loc. cit.*, pp. 878-879.

337. Affaire C-391/95 et note H. Gaudemet-Tallon, *Rev. arb.*, 1999, pp. 143-166, spéc. p. 159.



*Van Uden* établit une ligne de communication entre les juridictions étatique et arbitrale, prônant l'application de la Convention de Bruxelles à l'octroi de mesures conservatoires décidé par un tribunal ordinaire en appui d'une procédure d'arbitrage. Plus précisément, la CJCE adosse cette possibilité à l'article 24 de la Convention de Bruxelles, malgré l'éclatante clarté de sa teneur littérale, qui fait référence aux procès qui se poursuivent devant les tribunaux des Etats contractants. Cette habilitation des tribunaux des Etats membres conférée au soutien des procédures d'arbitrage s'actualise lorsque les données que la CJCE elle-même a rattachées à l'application de l'article 24 se présentent: le tribunal communautaire a décanté les conditions de mise en œuvre de cette disposition en éliminant, tout particulièrement, toute limite de temps ou d'urgence<sup>338</sup>, et en exigeant un lien direct entre la compétence judiciaire internationale du juge d'appui et l'application de la mesure conservatoire dans son territoire<sup>339</sup>. Eh bien, il n'est pas trop difficile de remarquer que ces situations portent en elles-mêmes le germe de futurs problèmes compte tenu des conditions qui, conformément aux règlements des institutions d'arbitrage ou aux dispositions nationales, pèsent sur l'intervention d'un tribunal étatique dans les affaires soumises à arbitrage: conditionnements liés à l'urgence de la mesure ou au moment où elle est demandée, comme nous venons de le voir au sujet du *référé-provision*, et des articles 23, paragraphe 2, du Règlement de la CCI, ou 25, paragraphe 3, du Règlement de la London Court précités. D'autres conditions se rattachent à l'application de la mesure sur le territoire du tribunal<sup>340</sup>, où au lieu de la procédure d'arbitrage<sup>341</sup>. On comprend ainsi pourquoi on dit qu'il serait préférable de

« [laisser] au droit de l'arbitrage international le soin de se pro-

338. Points n<sup>os</sup> 36 ss.

339. Conclusion n<sup>o</sup> 4: « l'article 24 de la Convention doit être interprété en ce sens que son application est subordonnée, notamment, à la condition d'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet de cette mesure et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi », à la lumière des fondements n<sup>os</sup> 36 à 42.

340. Voir A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, 1988, n<sup>o</sup> 210, en relation avec la loi suisse sur le droit international privé.

341. Voir au sujet de cette condition, par exemple, l'arrêt de l'Audiencia Provincial de Cadix, du 12 juin 1992 (troisième fondement: « il est déduit ... qu'il est possible qu'un juge espagnol puisse octroyer des mesures conservatoires, même si la procédure arbitrale se déroule dans un autre pays... »), *RCEA*, 1992, pp. 221-224.



noncer sur cette question délicate et, éventuellement, d'introduire des nuances selon le type d'arbitrage en cause»<sup>342</sup>.

98. Les relations entre juges et arbitres dans le domaine que nous étudions ont survécu à une longue période de circonspection qui se reflétait dans divers obstacles de la procédure. Un exemple éclairant est offert par la plus récente jurisprudence espagnole, qui commence à mettre en évidence de façon continue que l'arbitrage est perçu comme une méthode habituelle de résolution de litiges, une méthode avec laquelle il est nécessaire et plus pratique de coopérer, ce qui aboutit à une normalisation considérable des relations entre les institutions. Le tribunal de première instance n° 69 de Madrid, dans sa décision du 28 juin 1999, affronte la question de savoir s'il peut prendre une mesure conservatoire demandée par la société A, contre la société B, et qui doit s'exécuter en territoire espagnol. En 1991 ces deux sociétés avaient conclu deux contrats de construction, aux termes desquels A devait construire en Libye deux usines de traitement et de mise en conserve de poissons ; l'entreprise A obtint de la Banque arabo-espagnole, dont le siège était à Madrid, des garanties à première demande en faveur de la société B. Tous les litiges auxquels l'exécution de ces contrats pourrait donner lieu seraient résolus, conformément à la clause d'arbitrage, devant la CCI à Paris. Quand les différends entre les parties surgirent, l'arbitrage s'organisa à la demande de la société A, qui agit également en tant que demanderesse dans l'incident de mesures conservatoires. C'est à ce moment-là que l'on découvre que la société B peut appeler les garanties à première demande qui, de leur propre nature, peuvent être mises en œuvre même si le procès, judiciaire ou d'arbitrage, est encore pendant. Pour éviter ce risque la société A demande au juge qu'il ordonne à la Banque arabo-espagnole de n'acquitter aucune somme à la société B, demande de saisie conservatoire qui est effectivement reçue<sup>343</sup>. D'autre part, du point de vue technique, la possibilité des parties à un arbitrage d'accéder aux mesures conservatoires favorise énormément le bon fonctionnement et la bonne fin de la phase arbitrale. Cela implique qu'il faut donc éviter que la partie qui sollicite du juge national des mesures provisoires,

342. H. Gaudemet-Tallon, *loc. cit.*, p. 157.

343. Voir E. Artuch Iriberry, «La adopción de medidas conservatorias por el juez español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye», *RCEA*, vol. XIV, 1999, pp. 149-153.

tout en étant engagée dans une procédure d'arbitrage, soit assimilée à un plaideur se soumettant tacitement aux tribunaux étatiques. En effet, la Convention de Genève (art. VI, par. 4) rejette expressément cette possibilité, ce qui nous amène à un sujet que la décision précitée délaisse. La mention de cette convention qui, effectivement, barre la route au dispositif de la soumission tacite sans pourtant créer une règle de compétence judiciaire internationale en la matière, nous amène à nous interroger si elle est applicable au cas concret, ou, au contraire, si sa fonction est purement narrative et illustrative, comme c'est le cas de l'utilisation de la méthode comparative. Il s'agit, finalement, de combler une lacune juridique, de façon à prévenir de nombreuses hypothèses d'insécurité juridique: dans quels cas et circonstances précis et mesurés le juge national va-t-il fournir l'appui conservatoire? Peut-être que la véritable portée de la décision *Van Uden* est moins en fait liée aux relations entre juridiction et arbitrage qu'à la possibilité incontestable d'utiliser l'article 24 de la Convention de Bruxelles en tant que règle de compétence judiciaire internationale pour prendre des mesures conservatoires même quand la procédure sur le fond du litige se déroule devant les arbitres.

Nous avons vu jusqu'ici l'assistance fournie par le juge étatique à la demande des parties à l'intérieur d'un seul champ territorial. Cependant l'arbitrage international exige très fréquemment que l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires ait lieu à l'étranger. Le problème est qu'à défaut d'une réglementation conventionnelle spécifique on ne peut pas exiger d'un juge étranger une obligation de collaboration. Mais le défaut d'une obligation expresse en cette matière n'empêche pas que le tribunal d'arbitrage ou l'une des parties ne puisse se tourner vers l'autorité judiciaire étrangère pour demander l'octroi desdites mesures<sup>344</sup>.

L'article 722 de la LEC espagnole de 2000, accordant une attention explicite aux mesures conservatoires dans la procédure d'arbitrage, a fait un grand pas dans cette direction par rapport à la loi d'arbitrage de 1988. Après avoir reconnu la compétence des tribunaux espagnols pour prendre des mesures conservatoires lorsque les

---

344. La doctrine de certains Etats considère cette possibilité en ajoutant que le juge national doit prendre une mesure de ce type si celle-ci est demandée au cours d'un arbitrage qui se déroule à l'étranger. Voir pour le système suisse P. Lalive, F. Poudret et J. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international...*, *op. cit.*, p. 368; A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international...*, *op. cit.*, p. 75; F. Gerhard, «La compétence de juge d'appui pour prononcer des mesures provisoires extraterritoriales», *SZIER/RSDIE*, 1999, pp. 97-141.

procès sont pendants en Espagne, cette norme reconnaît aussi la compétence des tribunaux espagnols pour prendre des mesures conservatoires lorsqu'un procès est pendant devant un tribunal étranger ou lorsqu'un arbitrage se déroule en pays étranger, ces mesures pouvant être demandées par quiconque justifie d'être partie auxdits procès. Bien entendu, cette règle établit deux limitations: la première dérive de son renvoi aux conventions internationales; la deuxième de la limitation de la compétence des tribunaux espagnols pour prendre des mesures conservatoires aux cas où l'affaire principale serait de la compétence exclusive des tribunaux espagnols. Même si l'apparition de ce texte représente un pas en avant de la législation espagnole, il est vrai que ce pas ne porte pas aussi loin qu'il est souhaitable. La limitation de l'arbitrage aux matières considérées de compétence exclusive n'est ni correcte ni cohérente avec la pratique internationale; mais, de plus, la limite s'impose uniquement aux arbitrages qui se déroulent en dehors du territoire espagnol. C'est l'une des conséquences de l'application du principe de la territorialité à l'arbitrage: une affaire, instruite en territoire espagnol, peut obtenir l'assistance conservatoire; une affaire identique, le siège de l'arbitrage étant établi à l'étranger, n'obtiendra pas la protection conservatoire demandée. Indépendamment d'autres réflexions, il suffit de dire que cette situation, confrontée à l'arbitrage commercial international, n'est tout simplement pas logique.

### *3. L'intervention directe des arbitres*

99. Actuellement, sur la question des mesures conservatoires, les règles conventionnelles ou réglementaires se font de plus en plus nombreuses et sont orientées précisément par cette idée fondamentale de coopération entre juges et arbitres qui est le moteur de l'évolution. Il faut donc être attentif à la possibilité d'obtenir directement des arbitres des mesures provisoires ou conservatoires en cours d'instance. Il s'agit de permettre aussi dans ce domaine l'exercice de l'autonomie de la volonté des parties; s'il en est ainsi disposé dans la convention, on peut octroyer compétence aux arbitres pour décider des mesures conservatoires. Plusieurs règlements internationaux d'arbitrage reconnaissent cette possibilité (article 26 du Règlement de la CNUDCI<sup>345</sup>, article 34 du Règlement de l'American Arbitra-

<sup>345</sup> Résolution 31/98 de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 15 décembre 1976.

tion Association, règle C du Règlement de la London Court of International Arbitration, article 8, paragraphe 5, du Règlement de la CCI, entre autres).

Le système le plus complet sur la matière se trouve sans doute dans le règlement élaboré au sein de la CNUDCI précité, dont l'article 26 dit textuellement :

« 1. A la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant par exemple leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables.

2. Ces mesures provisoires peuvent être prises sous la forme d'une sentence provisoire. Le tribunal arbitral peut exiger un cautionnement au titre des frais occasionnés par ces mesures.

3. Une demande de mesures provisoires adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention. »

Il s'agit donc de déterminer si l'arbitre peut prescrire des mesures conservatoires qui seront évidemment exécutées par le juge, et normalement par le juge du lieu où la mesure doit s'accomplir. Cette possibilité est tout à fait plausible. Partant du fait que les intérêts en jeu sont identiques, si l'on reconnaît aux arbitres le pouvoir de décider avec effet exécutif, quoique sans pouvoir de coercition pour exiger l'exécution, rien ne doit s'opposer à ce que l'arbitre décide des mesures conservatoires, de leur objet et de leur portée, et que celles-ci soient exécutées par le juge, après avoir procédé à certains contrôles sommaires de la sentence arbitrale (provisoire de préférence) qui ordonne la mesure<sup>346</sup>. Cela est spécialement évident du fait que les parties exécutent d'habitude la mesure volontairement. C'est pour cela que, quand les parties ont habilité expressément le juge à cet effet dans la convention arbitrale, ou quand elles s'en remettent explicitement à l'un des règlements qui prévoient cette

<sup>346</sup>. Voir F. Knoepfler et Ph. Schweizer, « Les mesures provisoires et l'arbitrage », *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, Lausanne, Zurich, 1984, pp. 229-231.

compétence arbitrale, rien n'empêche que l'on exécute la mesure, qui devrait être contenue dans une sentence arbitrale interlocutoire ou partielle prononcée avant le début de l'instance ou pendant son déroulement<sup>347</sup>. Indéniablement, la sentence arbitrale devra être rendue dans le respect strict du droit d'être entendu de la partie contre laquelle est requise la mesure et au moyen d'une sentence arbitrale interlocutoire, quoique directement exécutoire et définitive dans ses limites. Cette exigence repose sur le postulat général qui veut que l'arbitre décide sur l'objet de la mesure et le juge l'exécute si nécessaire, postulat qui trouve un fidèle reflet dans le système britannique. Plus précisément la section 12, paragraphes 1 et 6, de l'*Arbitration Act* de 1979<sup>348</sup> ne semble pas contrarier les droits des parties dans le procès, ni la protection que fournissent les tribunaux, puisqu'il sera toujours possible de contrôler la décision rendue.

100. La solution décrite offre encore des difficultés pratiques, puisque la nature propre de l'institution arbitrale, en ce qu'elle développe une méthode mixte de résolution de litiges, empêche d'articuler une solution effective. Au pouvoir des arbitres de prescrire des mesures conservatoires sont opposés deux arguments relatifs à leur octroi<sup>349</sup> et un argument relatif à leur exécution<sup>350</sup>. Dans le premier cas, c'est le caractère nécessairement contradictoire de toute décision exécutive rendue à la suite d'une procédure d'arbitrage, ce qui empêche de penser que les mesures puissent être réellement efficaces : l'effet de surprise que beaucoup d'entre elles doivent produire se perdrait. En deuxième lieu, elle serait aussi dépourvue d'effets si la mesure devait avoir un effet direct sur les droits d'un tiers, car dans ce cas l'origine strictement conventionnelle de l'arbitrage empêcherait toute conséquence conservatoire, à moins que le tiers affecté ne soit consentant<sup>351</sup>.

A ces inconvénients pratiques il faut ajouter que les réglementations qui contiennent une prévision comme celle exposée ici laissent toujours une porte ouverte à l'appel aux organes judiciaires, au cas où la partie concernée n'obtempère pas à la mesure prise par l'ar-

347. Y. Derains, «Expertise technique et référé arbitral», *Rev. arb.*, 1982, pp. 231 ss.

348. Voir A. Walton et M. Vitoria, *Russell on the Law of Arbitration*, Londres, 1982, pp. 297 ss.

349. G. de Leval, «Le juge et l'arbitre...», *loc. cit.*, pp. 14 ss.

350. F. Knoepfler et Ph. Schweizer, «Les mesures provisoires...», *loc. cit.*, p. 228.

351. Ph. Ouakrat, «L'arbitrage commercial...», *loc. cit.*, pp. 244-251.

bitre<sup>352</sup>. Il s'agit d'une solution convenue, qui se retrouve aussi dans le référé arbitral prévu par la loi française, qui a porté la jurisprudence de ce pays à affirmer que les tribunaux étatiques (dans ce cas, l'institution du juge des référés) peuvent voir leur compétence annulée par l'accord des parties<sup>353</sup>. Il en est de même dans le droit néerlandais<sup>354</sup>, où l'article 1051 du Code de procédure civile permet que les parties confèrent aux arbitres compétence pour prendre les mesures ; dans ce cas, face à une telle convention, le juge de première instance doit se déclarer incompétent en faveur des arbitres. Dans les législations latino-américaines, le pouvoir octroyé aux arbitres pour prononcer de telles mesures est le même que celui qu'ont les juges, à qui on peut demander de l'exercer sans que cela implique renonciation à la convention arbitrale.

Dans le même sens, le Traité d'arbitrage commercial Mercosur de 1998 détermine que les mesures conservatoires pourront être prises par le tribunal d'arbitrage ou par l'autorité judiciaire compétente. La demande de l'une ou l'autre partie auprès de l'autorité judiciaire ne sera pas considérée comme incompatible avec la convention arbitrale ni n'impliquera une renonciation à l'arbitrage. A tout moment de la procédure, à l'initiative d'une partie, le tribunal d'arbitrage pourra prescrire les mesures conservatoires qu'il considère comme pertinentes, statuant, le cas échéant, sur la contre-précaution. Si ces mesures sont prises par le tribunal d'arbitrage, elles donneront lieu à

352. Ainsi, l'article 26 du Concordat intercantonal suisse de 1969 offre la possibilité aux parties de se soumettre volontairement aux mesures conservatoires proposées par l'arbitre, mais avant d'avoir eu connaissance de celles-ci. D'un autre côté, l'article 183, alinéa 2, de la loi sur le droit international privé de 1987 de ce même pays reconnaît cette possibilité, mais, laissant de nouveau sauve la précaution, pour la partie contre laquelle on prend la mesure, de s'adresser au juge national, qui sera chargé de l'exécuter ou pas. Voir la critique de cette disposition chez F. Knoepfler et Ph. Schweizer, «Les mesures provisoires...», *loc. cit.*, pp. 233-234; S. Jarvin, «Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel?», *Rev. arb.*, 1998, pp. 632-633.

353. Cour de cassation (1<sup>re</sup> ch. civ.) du 28 juin 1989, *Journ. dr. int.*, 1990, p. 1004; Cour de cassation (1<sup>re</sup> ch. civ.) du 8 novembre 1986, *Journ. dr. int.*, 1987, p. 125; cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> ch. civ.) du 9 de juillet 1992, *Rev. arb.*, 1994, n° 1, 133, *Société Norbert Beyrard France c. République de Côte d'Ivoire* (l'exercice d'un recours en annulation à l'encontre d'une sentence CCI n'empêche pas de prendre et d'exécuter les mesures provisoires nécessaires pour garantir son exécution); et Cour de cassation (1<sup>re</sup> ch. civ.) du 20 mars 1989 (l'adoption de mesures conservatoires est compatible avec l'arbitrage et la compétence de la juridiction étatique est justifiée en raison de l'urgence).

354. Voir J. Schultz, «Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d'arbitrage», *Rev. arb.*, 1988, n° 1, pp. 212 ss.

une sentence arbitrale provisoire ou interlocutoire. Le tribunal d'arbitrage pourra demander, d'office ou à l'initiative des parties, à l'autorité judiciaire compétente de prendre une mesure conservatoire. Les demandes de coopération conservatoire internationale prescrites par le tribunal d'arbitrage d'un Etat partie seront remises au juge de l'Etat du siège du tribunal d'arbitrage, qui les transférera pour être mises en œuvre au juge compétent de l'Etat requis.

Nous sommes, par conséquent, face à un ensemble de solutions convenues qui essaient d'articuler les intérêts présents en partant de la base de la coopération entre juges et arbitres, tout en préservant la compétence « naturelle » des juges étatiques, à défaut d'une disposition contraire des parties, ou dans les cas où, en raison de l'urgence, une intervention immédiatement exécutoire est appropriée. On évite ainsi des solutions comme celle rendue par la Cour suprême de New York<sup>355</sup>, qui en application stricte de l'article II, paragraphe 3, de la Convention de New York se déclara incompétente pour prendre une mesure provisoire demandée par une partie au cours d'un arbitrage. Cette décision, critiquée à juste titre par les commentateurs, ne servit qu'à provoquer un conflit négatif de compétence, sans aucune justification. Même en laissant un certain pouvoir de décision aux arbitres, pour respecter la volonté des parties, les juges conservent toujours le pouvoir exécutif sur les mesures, et une compétence résiduelle dont, par ailleurs, ils disposent tout au long de la procédure d'arbitrage.

101. Mais cette position n'est pas du tout pacifique. Surtout du point de vue de l'efficacité réelle que ces mesures peuvent avoir, puisque l'arbitre est dépourvu de pouvoir coercitif, de sorte que l'intervention du juge pour exécuter la mesure continue à être indispensable, si elle ne s'exécute pas de façon volontaire. Ainsi surgit un nouvel argument contre la compétence des arbitres en la matière, qui est celui qui touche aux possibilités d'exécution de la sentence arbitrale contenant une mesure de ce genre. Du point de vue juridique, il faut considérer que les décisions qui ne sont pas définitives, c'est-à-dire celles qui sont susceptibles de recours, et véritablement provisoires quant à leur exécution, se confondent avec ces autres déci-

---

355. *Cooper v. Ateliers De La Motobecame, S.A.*, 57 NY, 2d 208, 1982. Voir J. D. Becker, « Attachments in Aid of International Arbitration... », *loc. cit.*, 1985, pp. 40 ss. ; M. F. Hoellering, « Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration. The Practices and Experience of the American Arbitration Association », *The Arbitration Journal*, vol. 47, 1992, pp. 40-45.

sions, qui sont définitives et sans appel, et, pour cela, exécutoires, même si leur durée est déterminée dans le temps<sup>356</sup>. La décision qui contient une mesure provisoire, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale, possède un caractère définitif, même si, en raison de son objet spécial, elle a une durée effective d'application déterminée. Il est donc superflu d'insister, du point de vue pratique, sur le fait que l'exécution contraignante de la mesure devant le juge, au cas où elle ne serait pas accomplie volontairement par les parties, frustrerait la finalité de la mesure dans beaucoup de cas.

---

<sup>356</sup>. Voir F. Knoepfler et Ph. Schweizer, «Les mesures provisoires...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 228.



## CHAPITRE IV

L'INTERVENTION DU JUGE DANS LA PHASE FINALE  
DE LA PROCÉDURE ARBITRALE*I. Détermination du juge de la contestation  
de la sentence arbitrale**1. Conséquences de la localisation de l'arbitrage dans un système  
juridique déterminé*

102. La localisation de l'arbitrage dans un système juridique déterminé implique que la sentence arbitrale est en général considérée comme une sentence interne aux fins de sa soumission aux recours prévus par le système en question. Les délais dans lesquels ces recours peuvent être formés sont variables et souvent longs, et les motifs qui peuvent être invoqués sont nombreux et très différents selon le système étatique concret où l'on se situe. Il est entendu que la soumission à une législation déterminée et à une procédure précise, même si elle s'est imposée à titre supplétoire, et même si elle est indépendante de l'objet de la controverse, met en œuvre la défense des intérêts du commerce international tels qu'un système juridique déterminé se les représente. Le fondement de cette position repose sur l'exigence de contrôler l'application correcte du droit interne déclaré compétent pour régir l'arbitrage<sup>357</sup>, et non pas sur une naturalisation de l'arbitrage commercial international dans un système juridique déterminé. C'est la désignation de la loi nationale applicable à la procédure d'arbitrage qui déterminera le contrôle de l'arbitrage de la part des autorités du pays du siège. En fait, dans beaucoup d'Etats, l'absence d'une telle désignation rend l'arbitrage « anational » et, en conséquence, l'éventuel contrôle sur la sentence arbitrale n'y est pas admis.

Cette phase de contrôle judiciaire, postérieure à la procédure d'arbitrage, met en évidence l'importance du juge qui y procède<sup>358</sup>, dont

<sup>357</sup>. E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux... », *loc. cit.*, p. 299.

<sup>358</sup>. Voir J. Lievens, « Le juge et les arbitres : le contrôle de la sentence par le juge », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 47-74.

les arbitres sont conscients tout au long de la procédure d'arbitrage — comme d'une « épée de Damoclès »<sup>359</sup> —, puisqu'ils songent bien à éviter que leurs sentences soient annulées. Il va sans dire que le contrôle ne doit pas être interprété comme une menace ni comme une agression vis-à-vis de la procédure d'arbitrage, l'intervention du juge étatique étant déterminante pour réaliser l'exécution de la sentence arbitrale<sup>360</sup>. C'est pour cela qu'il est très important, à l'effet de contribuer à l'efficacité de l'arbitrage, de déterminer quel est le for compétent pour remplir cette fonction, et quelles sont les règles gouvernant le recours en annulation, y compris la possibilité de l'arbitre de continuer à exercer sa fonction malgré l'exercice du recours ouvert devant la juridiction étatique, ce qui évitera les graves inconvénients qui dérivent de la suspension des opérations d'arbitrage<sup>361</sup>. Et cette information, pour des raisons évidentes, doit être obtenue avant de choisir le siège arbitral. En fait, c'est un des éléments essentiels à considérer au moment d'élire le lieu du siège de l'arbitrage: les conséquences qui peuvent en découler sont énormes. Ce n'est pas par hasard que la perspective d'un contrôle judiciaire excessif peut dissuader les parties de choisir un certain siège arbitral, leur choix reposant par contre sur l'efficacité que le juge du contrôle confère aux sentences arbitrales rendues dans son champ de compétence<sup>362</sup>.

Cependant, ce contrôle des tribunaux étatiques sur l'arbitrage achevé ne peut négliger ni le genre d'institution qu'il concerne ni les raisons de sa compétence. Et cela à cause du contraste évident qui pourrait se produire entre l'admission d'une grande flexibilité dans la phase de négociation et la rigueur avec laquelle plus tard le contrôle juridictionnel peut s'exercer<sup>363</sup>. Dans ce cas, le regard du juge étatique sur la procédure d'arbitrage est rétrospectif: il se porte sur une procédure déjà terminée, qui a répondu à ses propres règles

359. P. Mayer, «L'autonomie de l'arbitre international...», *loc. cit.*, p. 369.

360. A. Prujiner, «Champ de contrôle du juge national sur les sentences arbitrales internationales», *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, pp. 287-288.

361. R. Perrot, «Arbitrage interne et arbitrage international. Les recours devant la cour d'appel empêchent-ils l'arbitre de poursuivre sa mission?», *Rev. arb.*, 1987, pp. 101-125.

362. L'étude de droit comparé qu'offre l'ouvrage de A. Samuel, *Jurisdictional Problems...*, *op. cit.*, est consacrée en grande partie à cette question; voir pp. 18 ss.

363. Par exemple en rapport avec l'arbitrabilité du différend. Voir K. H. Böckstiegel, «Powers and Duties of Arbitrators», *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.*, pp. 199-207.

et principes. Le juge national ne peut pas ignorer que son contrôle s'exerce sur un arbitrage international, ce qui entraîne des conséquences très importantes par rapport au droit applicable. Nous retrouvons, encore une fois, l'une des plus importantes applications de la théorie de la territorialité de l'arbitrage : dans les Etats dans lesquels on considère que l'arbitrage est interne ou national du simple fait qu'il se déroule sur leur territoire, cette procédure d'arbitrage sera contrôlée en annulation sur la base de critères de droit interne et sans faire spécialement mention à la loi appliquée, non seulement à la procédure mais aussi quant aux aspects substantiels<sup>364</sup>. Du point de vue du droit applicable, il ne faut pas oublier un point de départ essentiel : la soumission aux tribunaux du siège arbitral n'est qu'une règle de compétence judiciaire internationale : elle répond à un critère de proximité en termes de compétence, non pas à un critère de loi applicable. La détermination de la loi applicable à la procédure d'arbitrage, dans le contrôle substantif, suit une voie radicalement différente, comme dans n'importe quel cas de droit international privé. Cette observation est également valable quand on veut examiner le droit appliqué au fond de l'affaire.

Les conséquences d'une position contraire à celle qui a été exposée ont une origine évidente : la sentence arbitrale n'est pas considérée comme un cas de droit international privé, qui exigerait la détermination du droit applicable en fonction à ses connexions, mais comme un acte juridictionnel. Ainsi, il est normal que l'on juge selon les principes et les règles en vigueur dans le for, sans faire appel à des procédés de localisation. Une conséquence évidente en découle : l'ordre public du for est applicable dès lors que le droit gouvernant la procédure est le droit national et que la convention arbitrale est assujettie aux conceptions du for en la matière<sup>365</sup>. Tous ces facteurs doivent être pris en considération, comme il a été avancé auparavant, au moment de choisir le siège du tribunal d'arbitrage.

364. Le cas espagnol est instructif sur ce point : la loi d'arbitrage de 1988 ne contient même pas une règle différenciée pour l'annulation de la sentence arbitrale nationale ou internationale, en accord avec l'impossibilité de l'arbitrage de siège espagnol de ne pas être considéré comme interne. Voir les solutions à cette situation dans J. C. Fernández Rozas et E. Artuch Iriberrí, «Propuesta de reforma...», *loc. cit.*, pp. 303-357.

365. E. Artuch Iriberrí, «El recurso de anulación del laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de diciembre de 1991)», *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 117-127.

103. La sentence arbitrale a une nature particulière, puisque, contrairement à la décision judiciaire, elle n'implique pas un acte de souveraineté décrété par le pouvoir public. Il s'agit d'un acte émanant de personnes privées dont le fondement ultime se trouve dans l'accord des parties et non pas dans l'*imperium* de l'Etat. Cela pose le problème de savoir jusqu'à quel point une juridiction étatique peut statuer sans autre précaution sur une décision dans laquelle elle n'est intervenue à aucun moment, et qui n'est peut-être pas entachée de vices ou de défauts au regard des autorités d'un autre pays, et avec laquelle il est possible qu'elle ait un lien juridiquement lâche. Il faut noter que les parties choisissent le lieu où la sentence sera rendue et, même, les lois de la procédure applicables de façon supplétoire; et que ce lieu et ces lois peuvent être désignés sur la base de leur neutralité, parce qu'ils n'ont aucun lien avec aucune des parties ni avec aucun des éléments déterminants de l'affaire.

On peut se demander, en tout cas, pour quelle raison toutes les conventions internationales et les lois nationales attribuent aux juges étatiques cette compétence. C'est sans doute l'autorité de la chose jugée<sup>366</sup> octroyée à la sentence arbitrale qui impose le contrôle judiciaire de celle-ci: s'il y a une modification des droits subjectifs avec effet *erga omnes* et définitif pour les parties, il faut ouvrir la voie du recours appropriée. Comme nous l'avons exposé au début de ce cours, l'intervention du juge étatique, même dans la phase postarbitrale, ne doit pas être considérée comme une agression, bien au contraire. Lorsqu'il s'agit de statuer sur des questions juridiques de fond, un contrôle ultérieur et différent est essentiel. De cette façon on respecte la nécessaire sécurité juridique des parties par rapport à l'arbitrage. En fait, le concept même de « voie de recours » exige que l'on vérifie, auprès de qui il appartient, si l'acte juridique contesté peut déployer tous ses effets<sup>367</sup>.

## 2. *Champ et portée des recours devant le juge du contrôle*

104. L'arbitre doit notifier d'une façon qui fasse foi la sentence arbitrale aux parties pour qu'elle puisse être exécutée. Dans ce cas,

<sup>366</sup>. La sentence a l'autorité de la chose jugée dès son prononcé (par exemple article 1476 NCPC). Les effets de l'autorité de la chose jugée pour les sentences arbitrales sont les mêmes que ceux qu'elle produit en droit commun de la procédure.

<sup>367</sup>. R. Poviralli, *Delle impugnazioni in generale*, Naples, 1962, pp. 13 ss.

par une notification qui fasse foi nous devons entendre la transmission aux parties de la copie de la sentence effectuée par l'arbitre ou son secrétaire, même si ceux-ci ne sont pas habilités pour certifier l'authenticité des actes. Une fois notifiée, la sentence arbitrale est en général exécutée volontairement par la partie condamnée<sup>368</sup>.

En termes généraux, les réglementations modernes assimilent normalement les sentences arbitrales aux décisions judiciaires, en établissant à cet effet une série de recours contre les sentences arbitrales, avec des délais variables et souvent longs et avec de longues listes de motifs qui diffèrent énormément d'un système juridique à l'autre<sup>369</sup>. Face à un tel cadre, la loi type CNUDCI a eu la vertu d'améliorer cette situation de particularisme législatif, qui cause de graves soucis à tous ceux qui interviennent dans l'arbitrage commercial international. La première mesure d'amélioration consiste à n'admettre qu'un seul type de recours, à l'exclusion de tout autre qui serait prévu par d'autres lois de procédure de l'Etat concerné<sup>370</sup>. La deuxième mesure de perfectionnement introduite par la loi type est l'établissement d'une liste limitative des motifs pour lesquels la sentence arbitrale peut être déclarée nulle par le juge national. Suivant les excellents résultats de la pratique internationale, ladite liste, qui est contenue dans l'article 36, paragraphe 1, coïncide essentiellement avec celle qui figure à l'article V de la Convention de New York : que les parties soient frappées d'une incapacité de consentir une clause d'arbitrage ou que celle-ci ne soit pas convenue en bonne et due forme ; que la désignation d'un arbitre ou les démarches procédurales n'aient pas été notifiées à l'une des parties ou que celle-ci n'ait pas pu faire valoir ses droits ; que la constitution du tribunal

368. Les statistiques révèlent que plus du quatre-vingts pour cent des sentences arbitrales internationales ont été exécutées de façon spontanée par les parties qui ont fait appel à cette procédure de règlement des différends. Voir J. B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, 1999, p. 234 et p. 438. Et ces chiffres augmentent quand les sentences proviennent d'arbitrages administrés par certaines institutions. Voir, par exemple, S. Jarvin, « L'exécution des sentences arbitrales de la CCI », *L'exécution des sentences arbitrales*, publication CCI n° 440/6, 1996, p. 11 ; J. Paulsson, « L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain », *Rev. arb.*, 1998, pp. 637-651 ; Ph. Fouchard, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1998, pp. 653-672.

369. Voir par exemple, dans le système suisse, J. F. Poudret, « Les voies de recours en matière d'arbitrage international en Suisse selon le concordat et la nouvelle loi fédérale », *Rev. arb.*, 1988, pp. 595-628.

370. Sur la limitation des recours dans le système français, P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 930 ss.

d'arbitrage ou la procédure n'aient pas été conformes à l'accord des parties ou, dans le silence de cet accord, à la loi type, et que l'objet de la controverse ne soit pas susceptible d'arbitrage, ou que la sentence soit contraire à l'ordre public, hypothèse qui comprend aussi le cas d'atteintes graves aux principes fondamentaux de la justice de la procédure<sup>371</sup>. Ce parallélisme entre les motifs de nullité et les motifs, visés à l'article V de la Convention de New York en ce qui concerne le refus de la reconnaissance et de l'exécution, avait déjà été établi dans la Convention de Genève ; aux termes de son article IX, la décision d'un tribunal étranger d'annuler une sentence arbitrale pour un motif autre que ceux qu'il énumère ne pourra pas fonder le refus de son exécution, conformément aux dispositions de l'article V de la Convention de New York. La loi type pousse ce principe un peu plus loin et limite directement les motifs de nullité.

Malgré cette coïncidence, des différences techniques subsistent encore entre les motifs visés à la loi type et à l'article V de la Convention de New York, puisque l'on ne peut pas oublier que ce dernier texte a été rédigé pour l'exécution de sentences arbitrales étrangères. En premier lieu, les motifs rattachés à l'ordre public, y compris le fait que l'objet du litige ne soit pas susceptible d'arbitrage, peuvent différer quant au fond suivant l'Etat concerné (par exemple l'Etat où l'on déclare la nullité ou l'Etat de l'exécution). En deuxième lieu, et ce qui est plus important, les motifs pour dénier la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale sont uniquement valables et efficaces dans l'Etat (ou les Etats) dans lequel la partie gagnante intente sa reconnaissance et son exécution, tandis que les motifs de nullité ont des répercussions différentes : l'annulation de la sentence arbitrale dans le pays où elle a été rendue empêche son exécution dans tout autre pays, conformément à l'alinéa e) du paragraphe 1 de l'article V de la Convention de New York et au point v) de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 36 de la loi type. L'annulation a ainsi des conséquences générales.

105. La recevabilité du recours en annulation peut faire l'objet d'une stipulation contraire par laquelle les parties renoncent au recours en annulation ; dans ce cas, l'arbitre le fera savoir au juge compétent pour qu'il procède à l'exécution, sans autres formalités, suivant les règles prévues pour l'exécution des sentences arbitrales

<sup>371</sup>. Voir I. Fadlallah, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *Recueil des cours*, t. 249 (1994), pp. 369-430.

dans son régime juridique. Une réglementation étatique clairement favorable à cette position figure dans l'article 192, alinéa 1, de la loi suisse sur le droit international privé<sup>372</sup>, qui a donné lieu dans la Confédération à un développement jurisprudentiel opportun<sup>373</sup>, en vertu duquel la renonciation au recours doit s'interpréter de façon stricte et rigoureuse, exigeant une déclaration quasi-solennelle. Dans le même sens se situe la solution belge introduite à l'occasion de la réforme du Code judiciaire civil en 1985 et qui n'a pas été modifiée lors de la plus récente réforme du 19 mai 1998. Elle prend la forme d'une norme négative de compétence, l'article 1717, alinéa 4, du Code judiciaire civil en vertu duquel :

«Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsque aucune d'elles n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou y ayant une succursale.»

L'essentiel de cette disposition, ce n'est pas l'alternative entre l'autonomie de la volonté des parties et le contrôle-tutelle de l'Etat, mais la position du législateur face à la délocalisation judiciaire de la sentence arbitrale. L'autonomie de la volonté ne peut pas l'altérer puisque, se formulant comme une règle de compétence, elle est indisponible. Bien entendu, seuls les opérateurs juridiques qui n'ont aucune connexion avec la Belgique peuvent convenir l'exclusion d'un éventuel recours en annulation<sup>374</sup>.

Le cas de la Suède, où la solution est l'œuvre de la jurisprudence, présente un penchant similaire. A l'occasion du recours à l'encontre d'une importante sentence arbitrale dans l'affaire CCI n° 2321<sup>375</sup>, la Cour suprême dénia la possibilité d'admettre la renonciation au

372. J. F. Poudret, «Les voies de recours en matière d'arbitrage...», *loc. cit.*, pp. 615-616.

373. Dans la pratique, cependant, ce n'est qu'une possibilité que l'on offre aux parties quand il s'agit d'affaires éminemment internationales et pourvu que la volonté de renonciation au recours soit claire et déterminée ; voir arrêt du Tribunal fédéral du 9 avril 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 709, avec note Y. Tschanz.

374. Voir L. Matray, «La loi belge du 27 mars 1985 et ses répercussions sur l'arbitrage commercial international», *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1987, pp. 255-256 ; G. Horsmans, «La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1999, pp. 500-504.

375. *Journ. dr. int.*, 1975, p. 938, note Y. Derains.



recours en annulation intenté devant les tribunaux suédois. La décision n'est cependant pas du tout concluante, puisqu'elle ajoute que la renonciation est pourtant possible lorsque deux circonstances interviennent. D'un côté, que les parties n'aient aucune connexion avec l'Etat suédois, de sorte que la renonciation est uniquement possible dans les affaires qui peuvent être qualifiées absolument d'internationales. Mais, de plus, le pacte de renonciation doit être exprès, concret et séparé ; il ne suffit pas, à cet égard, d'une référence générique dans la convention d'arbitrage à l'engagement des parties d'accepter la décision qui sera rendue<sup>376</sup>. Dans l'affaire en question, la Cour affirme que la clause type CCI ne peut pas être acceptée comme une renonciation expresse au recours en annulation. Comme on peut le voir, même si dans cette affaire précise on décida de refuser cette possibilité, la porte reste ouverte dans le futur.

Même s'il n'est absolument pas impossible d'admettre que les parties passent des accords relatifs à l'objet de l'arbitrage, il est par contre plus douteux qu'elles soient en mesure de souscrire des pactes relatifs à l'arbitrage même, en tant qu'institution. Le point d'inflexion est, une fois de plus, la possibilité de renoncer aux droits : l'objet du pacte, relevant de l'autonomie de la volonté, doit être exclusivement privé. Et il est difficile d'accepter, comme le fait la doctrine anglaise, que le droit d'interjeter appel devant les tribunaux étatiques soit une affaire purement *inter partes*, à laquelle, de ce fait, on pourrait renoncer. L'inquiétude que suscite l'impossibilité de contrôler les irrégularités arbitrales et de conformer la sentence arbitrale aux principes essentiels du système juridique produit cette grave hésitation à admettre la renonciation conventionnelle au recours en annulation<sup>377</sup>.

Les parties peuvent aussi stipuler qu'elles conservent le droit de faire appel, tout en convenant d'un arbitre ou d'un tribunal d'arbitrage pour qu'il connaisse de la demande en appel ; dans ce cas l'arbitre de première instance recevra l'appel et transmettra les documents à l'arbitre de deuxième instance pour qu'il prononce sur le recours, le cas échéant, conformément aux règles de la procédure

<sup>376</sup>. J. Paulsson, « Arbitrage international et voies de recours : la Cour suprême de Suède dans le sillage des solutions belge et helvétique », *Journ. dr. int.*, t. 117, 1990, pp. 589-599.

<sup>377</sup>. En rapport avec le concept de *misconduit* du droit anglais, la doctrine de ce pays se prononce clairement en faveur de l'impossibilité de la renonciation ; voir I. Duncan Wallace, « Control by the Courts : A Plea for More, Not Less », *Arb. Int.*, 1990, p. 253.



convenues dans la clause compromissoire. Il est finalement possible que les parties se réservent le droit d'appel sans désigner un arbitre pour former l'appel. Dans ce dernier cas, immédiatement après avoir notifié la sentence aux parties et en avoir rendu compte dans le dossier, l'arbitre remettra au juge compétent le dossier, pour qu'en cas d'appel le juge en dispose pour son instruction.

Le CIRDI constitue un cas particulier, où la sentence arbitrale ne passe pas directement sous le contrôle étatique. En effet, le Centre prévoit dans son règlement que le recours en annulation est examiné par une commission d'annulation nommée par l'institution même. C'est le cas qui ressemble le plus à une deuxième instance arbitrale, puisque contrairement aux autres cas, l'accord des parties pour nommer et se soumettre à cette commission n'est pas exigé. A la demande de la partie qui s'oppose à l'exécution de la sentence arbitrale, le Centre entame directement la procédure d'annulation. Les caractéristiques spéciales de cette institution, que nous avons déjà examinées, dessinent un système clos sur lui-même, où les interventions judiciaires, même en phase d'annulation, sont minimales<sup>378</sup>.

106. Même s'il ne s'agit pas d'une situation habituelle dans le commerce international, il peut arriver que la partie condamnée refuse d'exécuter la sentence arbitrale. Cette circonstance peut répondre à un désir de se protéger face à une décision défavorable considérée injuste, qui légitime pleinement l'intervention de la justice étatique. Mais souvent elle ne correspond qu'à des tactiques dilatoires commandées par une évidente mauvaise foi, ce qui a conduit à qualifier ladite intervention judiciaire de « pathologique » en raison des abus auxquels elle peut donner lieu<sup>379</sup>. En tout cas, la fonction de contrôle de la justice étatique implique une situation où les divers intérêts en présence sont confrontés : les intérêts des parties, les intérêts publics et les intérêts des tiers<sup>380</sup>, et entraîne une conséquence fondamentale : la faillite des principes d'efficacité et de célérité inhérents à l'arbitrage.

378. Voir C. R. Delaume, « ICSID Arbitration and the Courts », *AJIL*, 1983, pp. 784-803.

379. J. D. Bredin, « L'abus des voies de recours dans les procédures arbitrales », *Rev. arb.*, 1965, p. 79.

380. Un tiers peut attaquer une sentence arbitrale pour cause de fraude si cette sentence résulte d'un litige simulé dont le seul but est de porter atteinte aux droits de ce tiers : Cour de cassation, section néerlandaise, première chambre, 29 janvier 1993, J. Van Compernelle, « Le droit de recours du tiers contre une sentence arbitrale obtenue par fraude », *Rev. crit. jurispr. belge*, 1994, pp. 647-663.

Le contrôle de la justice étatique peut ainsi se répercuter, d'une façon très significative, sur le jugement rendu dans la sentence arbitrale, conditionnant tout le travail réalisé par les arbitres. C'est précisément là où les réserves d'un système étatique déterminé vis-à-vis de l'arbitrage atteignent leur plus haute expression. Jusqu'au point d'arriver à mettre en doute l'utilité même de l'intervention judiciaire, puisque l'efficacité ultime de l'arbitrage dépend de son issue. Si les parties ont opté pour l'arbitrage au lieu de s'adresser directement à la voie judiciaire pour résoudre leur litige, il faut en principe présumer qu'elles avaient assumé, sans pour autant y renoncer, la protection judiciaire effective d'une manière différente. Il est évident que dans l'arbitrage commercial international l'objet du contrôle judiciaire varie selon qu'il est exercé par le juge de l'endroit où la procédure d'arbitrage s'est déroulée ou par le juge de l'Etat où l'exécution de la sentence arbitrale doit avoir lieu :

«le juge du recours est appelé à rendre une décision qui transcende ses frontières, mais la décision du juge de la reconnaissance a obligatoirement une portée nationale»<sup>381</sup>.

Cette réflexion est importante, puisque, s'agissant d'une sentence arbitrale qui n'a pas été contestée devant le juge du pays dans lequel elle a été rendue, la tutelle judiciaire se transférera nécessairement au juge de la reconnaissance. Il ne faut pas oublier que le double contrôle demeure toujours possible. Pour les raisons que nous avons déjà exposées, cette matière est expressément exclue du présent cours.

### 3. Conséquences de la délocalisation de la sentence arbitrale

107. Une fois le recours formé à l'encontre de la sentence arbitrale, le juge doit affronter les mêmes questions que poserait toute autre situation du commerce juridique international. Et, parmi celles-ci, la question de la nécessité de localiser une telle situation à l'intérieur de sa juridiction. C'est uniquement après avoir déterminé le for de compétence qu'il est possible de localiser la sentence arbitrale dans le système judiciaire, mais pas dans le système juridique. Cela implique qu'un certain système juridictionnel sera compétent pour la phase de contrôle, mais son droit ne sera pas nécessairement applicable.

<sup>381</sup>. M<sup>a</sup>. V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 26.

La situation décrite se dessine plus clairement du point de vue de l'Etat où est demandée la reconnaissance. Pour le juge de la reconnaissance le concept d'«Etat d'origine» de la sentence arbitrale n'a, en soi, aucun sens : il se trouve simplement devant la reconnaissance d'une sentence arbitrale «internationale» en raison de son objet. Les connexions que cette sentence arbitrale peut avoir avec cet Etat, ou avec un autre, doivent être précisées pour chaque cas concret : il est possible que la procédure d'arbitrage ait été régie par la loi suisse, mais que l'arbitrabilité ait dépendu des lois française et anglaise, qui étaient toutes les deux reliées au litige, etc. La conception juridictionnaliste de l'arbitrage est derrière l'énoncé de l'«Etat d'origine», mais, sur ce point, la conception contractualiste explique mieux le phénomène dans la sphère internationale. La sentence arbitrale (tout comme un contrat international) «flotte» jusqu'à ce qu'une certaine circonstance (le for de compétence) l'ait «localisée» dans un système judiciaire. Cependant il faut rappeler encore que cette localisation ne concerne que la compétence judiciaire internationale ; elle n'implique pas, comme dans le cas du domaine du droit applicable, que la sentence arbitrale doit, en tous ses chefs, être gouvernée par ce système juridique. La conséquence contraire serait grave.

Le Tribunal fédéral suisse a rendu récemment un arrêt qui précisément frappe au cœur de cette controverse<sup>382</sup>. La complexité de l'affaire, dispersée sur plusieurs scènes judiciaires, à déjà été exposée<sup>383</sup>. Le recours en annulation se fondait sur deux bases essentielles : d'abord, les parties, entamant plusieurs litiges au Panama, avaient renoncé tacitement à l'arbitrage convenu ; ensuite, cette même clause, issue des Conditions générales FIDIC<sup>384</sup>, avait été exécutée défectueusement, de sorte qu'elle n'était plus opérante. Dans les deux cas défaillait l'efficacité de la clause, tant dans son élément procédural que dans sa composante contractuelle. Ce n'est pas la position adoptée par le Tribunal fédéral : dans une décision surprenante, surtout par son caractère tranchant, il prononce l'annulation de la sentence arbitrale sur la question de la compétence au motif que les arbitres n'avaient pas apprécié la litispendance créée par les diligences des parties devant les tribunaux étatiques du

382. Arrêt du Tribunal fédéral (1<sup>re</sup> cour civ.) du 14 mai 2001, *FCC c. CCT*, annulation de la sentence arbitrale CCI du 30 novembre 2000.

383. Voir *supra*, nos 37 et 43 *in fine*.

384. Voir I. Hautot et G. Flécheux, «La clause de règlement des différends dans les conditions FIDIC génie civil de 1987», *Rev. arb.*, 1989, pp. 609-629.

Panama. Hormis le fait, que nous analyserons plus loin, que la litispendance n'est pas une cause d'annulation de la sentence arbitrale, ce qui est curieux c'est que le tribunal d'arbitrage, dont le siège était en Suisse, a été jugé tenu de respecter les règles de litispendance qui sont en vigueur dans ce pays, plus précisément le fameux article 9 de la loi suisse sur le droit international privé. Cela suppose le devoir d'appliquer le droit suisse à tous les cas, y compris à celui qui nous occupe : un arbitrage CCI entre une partie espagnole et une partie panaméenne dont la seule connexion avec la Suisse était la désignation de ce pays comme siège arbitral pour cause de neutralité géographique. Une complète assimilation de la sentence arbitrale à la décision judiciaire, qui évidemment implique que les sentences arbitrales doivent subir les mêmes contrôles que les décisions judiciaires, est sous-jacente à cette idée<sup>385</sup>. Nous reviendrons sur ce point.

108. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, l'affirmation que la sentence arbitrale « flotte »<sup>386</sup> s'est généralisée à partir des thèses qui plaident en faveur de la délocalisation de l'arbitrage<sup>387</sup>. Du point de vue de la compétence judiciaire internationale, la délocalisation de la sentence arbitrale n'est pas une conséquence de la loi applicable, mais une manifestation de la nature de la situation privée internationale, que peut, il est vrai, accentuer la soumission de l'arbitrage à une loi non nationale<sup>388</sup>. La solution juridique, de ce point de vue de la compétence judiciaire internationale, essaie d'atteindre, essentiellement, un objectif : la connexion de la sentence arbitrale avec un système juridictionnel national<sup>389</sup>. Mais cela peut également consacrer cette situation de délocalisation si l'on accepte que la sentence demeure hors toute sphère judiciaire étatique. Et on peut arriver facilement à cette situation en admettant la renonciation des parties au recours contre la sentence, ce qui revient à faire primer la volonté des parties sur la volonté de contrôle-tutelle de l'Etat.

385. Cette idée n'est pas exclusive des tribunaux suisses ; rappelons, en matière de reconnaissance et d'exécution, l'arrêt de la Cour suprême espagnole du 19 janvier 1999, *loc. cit.*, qui rejette l'efficacité exécutive d'une sentence arbitrale en raison de l'existence d'un procès pendant en Espagne.

386. J. Paulsson, « Arbitration Unbound : Award Detached from the Law of Its Country of Origin », *ICLQ*, 1981, p. 358.

387. Critiquées avec rigueur par G. Cordero Moss, *International Commercial...*, *op. cit.*, pp. 410-412.

388. M<sup>a</sup>. V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, p. 34.

389. L'article IX de la Convention de Genève est explicite sur le sujet : l'annulation prive d'efficacité la sentence arbitrale seulement si elle est ordonnée par les tribunaux du pays dans lequel ladite sentence a été rendue.

Nous avons déjà mis en relief que l'article 1717, alinéa 4, du Code judiciaire belge contient une règle qui offre une solution radicale en cette matière, puisque au-delà d'un certain seuil d'internationalité et si la sentence doit être exécutée en dehors de la Belgique l'arbitrage demeure tout à fait à l'écart du juge belge. Cette solution n'agit pas sur la marge que le système juridique concède à l'autonomie de la volonté, mais sur le volume de contrôle judiciaire que l'Etat s'accorde. Il ne s'agit donc pas d'admettre la renonciation, c'est-à-dire de reconnaître le droit des parties, mais de ne pas admettre le recours<sup>390</sup>. Le législateur belge reconnaît qu'il est possible, en Belgique, de rendre une sentence arbitrale « délocalisée », et assure que ses juges et tribunaux respectent ce caractère en transférant au juge chargé de l'exécution le contrôle de la sentence arbitrale<sup>391</sup>.

109. En ce qui concerne la détermination du for de compétence judiciaire internationale, tant l'article IX de la Convention de Genève que l'article V de la Convention de New York confèrent la compétence aux tribunaux de l'endroit où la sentence arbitrale a été rendue. Comme il a été dit, ce lien juridictionnel fait référence, non pas à l'endroit précis de la signature de la sentence arbitrale, mais plutôt au pays dans lequel s'est déroulée la procédure d'arbitrage, pays que l'on considère comme le siège de l'arbitrage, même si le siège est fictif. De même que les juges de cet Etat peuvent être appelés en maintes occasions à servir d'appui à l'arbitrage, dans le cadre de l'annulation le principe de proximité est respecté par cette attribution de compétence. C'est la procédure d'arbitrage, en tant que préalable nécessaire de la sentence arbitrale, qui désigne le for d'annulation. Cependant, il ne faut pas oublier que dans certains cas la dissociation est tout à fait possible; il peut arriver que, la procédure s'étant entièrement déroulée dans un Etat, la sentence soit rendue et soit signée dans un autre pour des raisons diverses. Sur ce point, la jurisprudence anglaise considère que cette sentence arbitrale n'a pas été rendue en Angleterre, malgré que toute la procédure s'y soit déroulée<sup>392</sup>. Cependant, la plupart des législations nationales établis-

390. M<sup>a</sup>. V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, op. cit., p. 36.

391. Voir J. Linsmeau, « L'annulation des sentences arbitrales en droit belge », *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 91-109.

392. Sentence de la Chambre des lords du 24 juillet 1991, *Hiscox v. Outhwaite*, *WLR*, 1991, p. 297, *YCA*, 1992, pp. 599 ss., avec note C. Reymond, « Where Is an Arbitral Award Made ? »

sent que le siège de l'arbitrage, en tant que critère de compétence judiciaire internationale sur le recours en annulation de la sentence, correspond à l'endroit où la procédure s'est déroulée<sup>393</sup>. L'article 1, paragraphe 2, de la loi type de la CNUDCI, en vue peut-être d'éviter tout conflit d'interprétations, établit directement la compétence du juge de l'endroit où l'arbitrage s'est déroulé.

## *II. Incidence de l'« internationalité » de l'arbitrage dans la phase postarbitrale*

### *1. Solutions en présence*

110. L'appréciation de l'internationalité est utile pour configurer un régime légal plus adéquat pour l'arbitrage, essentiellement parce qu'elle permet de préciser la réponse juridique en tenant compte de la spécialité de l'objet : l'arbitrage international. La considération de l'internationalité de la situation a reçu un traitement différencié dans la plupart des réformes les plus récentes. Ce traitement varié se trouve articulé comme un ensemble de régimes spéciaux par rapport à la réglementation générale prévue pour l'arbitrage interne et se projette principalement sur la phase postarbitrale, c'est-à-dire sur le contrôle judiciaire de la sentence de la part des juges. La loi type de la CNUDCI constitue le paradigme de cette spécialité, puisqu'elle établit un régime intégralement prévu pour l'arbitrage international, bien que certains Etats l'aient aussi utilisé pour l'arbitrage interne.

La prédominance ou non de l'internationalité en tant qu'option du législateur est un critère de classification intéressant. Il permet de distinguer deux types de systèmes : ceux qui connaissent cette différence et ceux qui ne la connaissent pas. Les premiers offrent des solutions en fonction de cette distinction : ce sont des systèmes d'arbitrage interne-international. Les seconds réglementent l'arbitrage en général, et, tout au plus, reconnaissent la présence de sentences étrangères, et donc articulent une réponse indifférente de toute autre considération : ce sont des systèmes d'arbitrage national-étranger ; c'est le choix des réformes hollandaise et canadienne de 1986 et aussi de la réforme espagnole de 1988. Tandis que les premiers établissent un système de solutions dual (pour l'arbitrage interne et

<sup>393</sup>. Pour un catalogue complet de solutions, P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *loc. cit.*, pp. 925-926.

pour l'arbitrage international) et se dénomment «systèmes dualistes», les seconds, dénommés «systèmes monistes», contiennent une seule solution applicable à n'importe quelle sentence arbitrale<sup>394</sup>.

Quant aux systèmes d'arbitrage national-étranger, il faut ajouter une précision. L'option en faveur d'un régime unique de solutions peut avoir son origine dans une évaluation précise de l'arbitrage international, ainsi lorsque le législateur soupèse l'opportunité d'élaborer un régime spécifique pour l'arbitrage international et décide de ne pas le faire. Cette situation prend tout son sens quand le régime prévu pour l'arbitrage interne est très flexible, mais pose tout de même des problèmes, puisqu'elle sera dépourvue des nécessaires déterminations du droit applicable. Néanmoins, ce qui arrive habituellement c'est que le système établit la dualité arbitrage national-étranger parce que le législateur n'a pas utilisé l'«internationalité» comme un éventuel élément de spécialisation de la réponse. Dans ce cas, on ne peut pas parler avec rigueur d'une option législative; le législateur élude, tout simplement, la question. En conséquence, dans le premier cas l'arbitrage international est réglementé, tandis que dans le second il existe un *vacuum legis*, une lacune. Nous en avons déjà apprécié la raison à plusieurs reprises: l'impossibilité de rendre une décision, même arbitrale, à caractère international sur le territoire national<sup>395</sup>. L'assimilation de l'arbitrage à la juridiction empêche, dans cette phase de l'arbitrage, que celui-ci soit considéré comme non national.

En termes généraux, l'internationalité de l'affaire ne se présente pas du point de vue de l'exercice d'un éventuel recours contre la sentence, mais plutôt par rapport à la sphère de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale. Cela peut être clairement constaté dans l'affaire *Bergesen v. Joseph Muller Corporation*<sup>396</sup>, décision que la Convention de New York applique à une sentence prononcée à New York entre des parties étrangères, la considérant comme «non nationale», conformément à la teneur littérale de l'ar-

394. Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, op. cit., pp. 345-365; F. Lattanzi, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milan, 1989, pp. 72-81; J. M. Vulliemin, «La Ley de Arbitraje y la especificidad...», loc. cit., pp. 57-79.

395. La sentence de l'Audiencia provincial de Madrid du 10 décembre 1991, loc. cit., reflète exactement cette situation même si, comme c'était le cas, la Convention de Genève 1961 était applicable à l'affaire.

396. Second Circuit, New York, 17 juin 1983, *Rev. arb.*, 1984, pp. 393-394.



ticle 1 de la Convention. Un autre exemple significatif est celui fourni par l'affaire *Productos Mercantiles e Industriales S.A. v. Fabergé USA Inc., Industrias Unisola y Unilever USA Inc.*<sup>397</sup> A partir de décisions comme celles qui précèdent, on constate comment le contrôle de la sentence arbitrale internationale se rapproche du contrôle prévu par la loi type de la CNUDCI.

L'internationalité de l'affaire n'est pas laissée à la libre disposition des parties. Elle dépend du concours des éléments qui la définissent, et échappe à la volonté privée. La jurisprudence française s'est prononcée dans de nombreuses occasions sur ce sujet : les parties ne choisissent pas le type de recours associé au caractère interne ou international de l'arbitrage, ni ne peuvent altérer le système applicable<sup>398</sup>. La solution apportée par la jurisprudence française est ici, comme dans d'autres aspects afférents à l'arbitrage international, de grande utilité. En ce qui concerne les conséquences de l'internationalité de l'affaire, l'arrêt *Menicucci* est paradigmatique. La cour d'appel se basa sur l'internationalité du procès pour éviter l'application des règles internes sur l'arbitrage qui prohibaient la clause compromissoire dans les actes mixtes, c'est-à-dire conclus entre un commerçant et un non-commerçant. Pour déterminer le caractère international du contrat, *prius* indispensable pour l'application d'un régime juridique ou d'un autre, le tribunal se servit d'un critère ample. En effet, ce ne sera pas le contrat ou le litige lié à plusieurs systèmes juridiques qui sera considéré comme international (ou du moins pas de façon exclusive), mais ce sera celui qui met en jeu les intérêts du commerce international. Cette thèse de validation des conventions arbitrales internationales par rapport à l'interdiction interne a provoqué le détachement de la convention de toute loi étatique dans ses dernières expressions<sup>399</sup>.

111. La pratique offre quelque variété quant au choix des critères définissant les limites de l'internationalité. Plus précisément, dans les

397. Second Circuit, New York, 18 avril 1994, *Rev. arb.*, 1996, pp. 553-555, et note J. B. Lee, pp. 555-558.

398. Cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> ch. civ.) du 27 octobre 1994, *Société de Diseno c. Société Mendes*, *Rev. arb.*, pp. 265-267 et note P. Level.

399. L'arrêt *Dalico*, *loc. cit.*, consomme en fait le détachement de la convention arbitrale de toute loi nationale; cependant, l'analyse minutieuse de cette jurisprudence révèle le résultat que nous défendons ici: il s'agit plutôt d'une règle, jurisprudentielle, française, et non pas d'une véritable règle matérielle d'origine internationale. V. N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for...*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 101 ss., 194 ss.



textes internationaux la définition de l'internationalité se présente non seulement comme un élément de spécialisation de la réponse juridique, mais aussi comme un élément qui détermine le champ d'application du texte même. La loi type utilise, à cet effet, des critères différents, mais le plus important se base sur l'existence d'un contact réel avec un autre Etat, soit qu'il résulte de certains éléments objectifs (localisation des établissements des parties, endroit de l'arbitrage ou de l'exécution de l'obligation qui en est le fondement), soit qu'il découle de l'autonomie de la volonté ; on a essayé d'offrir une solution-définition qui englobe la grande majorité des cas possibles, tout en assurant l'exactitude du résultat<sup>400</sup>. Comme la doctrine l'a relevé, le premier objectif fut mieux atteint que le deuxième, mais la généralité de l'énoncé de l'article I, paragraphe 3, qui favorisa l'application de la législation spécifique à l'arbitrage international, fit pencher la balance de son côté et constitue de nos jours la version définitive. L'introduction polémique dans la norme d'une marge de liberté pour les parties pour déterminer l'internationalité de l'affaire doit être comprise dans ses justes limites ; en effet, on ne peut pas en déduire qu'il serait possible de créer des situations internationales fictives lorsque aucun autre élément de discontinuité ne se présente<sup>401</sup>. De son côté, la Convention de Genève considère qu'il y a internationalité lorsque les parties ont leur résidence habituelle, leur domicile ou leur siège social dans des Etats différents (Etats contractants) et lorsque l'arbitrage est destiné à résoudre un conflit né « d'opérations de commerce international » (article I, paragraphe 1, de la loi type). Il offre ainsi une définition générique et assure son champ d'application dans l'espace.

Du point de vue des systèmes étatiques, il faut évoquer la loi suisse sur le droit international privé qui définit l'arbitrage international comme celui qui se déroule en Suisse et dans lequel au moins l'une des parties n'a pas son domicile ou sa résidence en Suisse (art. 176, al. 1). Dans un sens similaire, la loi italienne de 1994 définit le champ de l'arbitrage international en fonction du domicile ou du siège des parties, et du lieu d'exécution de la prestation. Mais dans cet examen général la solution française offre un intérêt spécial puisque, conformément à l'article 1492, sera international l'arbitrage

<sup>400</sup>. Voir le rapport du Secrétaire général sur la loi type CNUDCI, A/CN/9/207.

<sup>401</sup>. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, op. cit., pp. 76-82.

qui met en cause les intérêts du commerce international<sup>402</sup>. Ce critère a été reçu dans certaines législations, par exemple au Portugal à l'occasion de la réforme introduite par la loi n° 31/86, du 29 août, dont l'article 32 définit l'arbitrage international comme celui qui met en cause des intérêts du commerce international.

## 2. *L'internationalité, élément décisif du recours en annulation*

112. En matière d'arbitrage commercial, l'internationalité de l'affaire suppose, fondamentalement, le respect du caractère de multi-connexion de l'affaire, qui exige un contrôle étatique réduit et adapté. En ce sens, fixer son attention sur l'internationalité de l'affaire permet d'ajuster la réponse juridique, en fonction de cette caractéristique, à l'accueil du principe de spécialité dans le champ de l'arbitrage<sup>403</sup>. Comme nous l'avons déjà signalé, la première manifestation du contrôle minimum est la réduction des voies de contestation à un mécanisme unique : le recours en annulation<sup>404</sup>. L'exemple paradigmatique se trouve dans l'article 34 de la loi type de la CNUDCI qui règle la matière sous le titre : « La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale. » Selon cette solution, par « recours », il faut entendre le recours à un tribunal, c'est-à-dire un organe du système judiciaire d'un Etat. En outre rien n'empêche une partie de recourir à un tribunal arbitral d'appel si les parties ont prévu une telle possibilité : une demande d'annulation en application de l'article 34 doit être présentée dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la communication de la sentence a été reçue. Il convient de noter qu'exercer un « recours » signifie « attaquer » activement la sentence ; rien n'interdit bien sûr à une partie de demander au tribunal d'exercer son contrôle lorsqu'elle est défenderesse dans une procédure d'exécution (art. 36).

Parmi les modèles qui empruntent la dualité arbitrage interne-

402. Ph. Fouchard, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », *Journ. dr. int.*, 1982, p. 377 ; J. Bégun, « La logique du régime des voies de recours en matière d'arbitrage commercial international », *Etudes offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Paris, pp. 241-261.

403. Voir Ph. Fouchard, « Introduction : spécificité de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1981, pp. 449-467.

404. Selon le tribunal de première instance de Bruxelles (civil, 4<sup>e</sup> ch., 31 mai 1995), l'absence de recours autre que le recours judiciaire en annulation contre une sentence arbitrale ne peut être considéré comme contraire à l'ordre public ou à l'article 6 de la Convention des droits de l'homme, *Rev. jur. Liège, Mons, Bruxelles*, 1992, pp. 230-245.

international on trouve des solutions hétérogènes<sup>405</sup>. Par exemple, en France, il y a divers recours plus spécialisés en raison de la matière: contre la décision qui dénie la reconnaissance de la sentence arbitrale étrangère (art. 1501), contre la décision qui l'admet (art. 1502), et le recours en annulation; mais ce dernier est le seul valable pour la matière qui nous intéresse: la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international (art. 1504). Une affirmation similaire est possible au sujet du régime juridique suisse, puisqu'on y différencie recours en nullité (art. 20) et en annulation (art. 21), même s'il s'agit de deux recours alternatifs utilisés en fonction des vices invoqués. En outre, en Suisse, comme on l'a déjà vu, la sentence arbitrale définitive ne peut être attaquée que par les causes du recours unique, visé à l'article 190, alinéa 2, de la loi fédérale sur le droit international privé.

Parmi les modèles qui empruntent la dualité arbitrage national-étranger, le cas hollandais mérite une attention spéciale; il établit deux recours possibles contre la sentence arbitrale: le recours en annulation et le recours en révocation. Ce deuxième a lieu en cas de fraude, production de fausses pièces et présentation de nouveaux documents (art. 1068). La révocation est tellement exceptionnelle que, dans la pratique, l'annulation est la seule voie de recours.

D'autres systèmes prévoient d'autres voies de contestation contre la sentence arbitrale, mais il s'agit d'une pluralité plus potentielle que réelle. Nous analyserons deux exemples: la loi britannique de 1979 et la loi italienne de 1994. La première prévoit l'appel devant la High Court, dont la décision peut être révisée par la Court of Appeal (section 1 *e*)<sup>406</sup>. La virtualité de ce système est plus apparente que réelle. D'un côté, la loi elle-même impose de sévères conditions pour l'exercice de ces recours; notamment, leur accueil reste à l'appréciation du tribunal<sup>407</sup>. Le cas italien présente un intérêt spécial. La loi de 1994 établit trois voies de contestation de la sentence arbitrale: la nullité, la révocation et l'opposition d'un tiers (art. 827). Cependant, quand il s'agit d'une sentence arbitrale les deux dernières ne peuvent être empruntées que si les parties en

405. W. W. Park, «Judicial Controls in the Arbitral...», *loc. cit.*, pp. 263-271.

406. Le cas britannique est minutieusement analysé dans F. A. Mann, *Notes and Comment on Cases in International Law of Arbitration*, New York, 1991.

407. Ainsi dans des affaires comme *Nema, Antaios* ou *Universal Petroleum*, *loc. cit.* Voir la position de H. Grigera Naón, *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, Tübingen, 1992, pp. 13-14, où il rappelle que la sanction étatique est encore nécessaire à l'arbitrage, même international.

avaient ainsi convenu (art. 838). La forme de la disposition est essentielle : il y a un seul recours en nullité à défaut d'autonomie de volonté contraire.

113. En deuxième lieu, et conjointement avec le caractère unique du recours, le principe du contrôle minimum nécessaire à l'arbitrage commercial international se manifeste dans la limitation de l'exercice de la contestation. En effet, cette limitation repose sur trois piliers fondamentaux : les motifs d'annulation sont déclinés en liste close, la révision sur le fond n'est généralement pas possible, et le délai pour l'exercice du recours est bref. Dans les systèmes juridiques qui ont opté pour un seul recours, celui-ci se construit sur un catalogue de motifs expressément énumérés (c'est le cas de l'article 34 de la loi type). Les conventions internationales et les systèmes étatiques cultivent une certaine (mais pas totale) communauté de vue quant au catalogue des motifs<sup>408</sup>. L'essentiel c'est que le recours soit articulé sur un groupe de motifs qui soient préalablement énumérés et qui répondent à la nature et à l'efficacité de l'arbitrage.

L'absence d'une révision sur le fond comme règle générale doit être comprise en rapport intime avec le caractère de *numerus clausus* des motifs d'annulation : le juge peut annuler la sentence arbitrale uniquement pour un des motifs préalablement déterminés. En principe aucun d'eux ne peut entamer la révision sur le fond, ni l'appréciation des faits ni du droit que les arbitres ont réalisée. Néanmoins, comme nous le verrons un peu plus tard, cette affirmation, qui était incontestable jusqu'à il y a très peu de temps, se trouve aujourd'hui en cours de révision. L'entrée de l'arbitrage dans des zones du droit quadrillées par des règles impératives ou qui intéressent la compétence exclusive des Etats est en train de provoquer, dans la pratique, un véritable élargissement du contrôle en ce qui concerne, précisément, l'application de ces règles impératives. Néanmoins, l'internationalité de l'affaire permet d'introduire un filtre spécifique lorsqu'il s'agit de déterminer le minimum permis par un système juridique, c'est-à-dire si le cas d'espèce justifie le recours unique et limité.

La troisième limitation, évidente du point de vue de la sécurité juridique, est d'ordre temporel : le délai d'interjection du recours dans la loi type de la CNUDCI n'est que de trois mois. La limitation

<sup>408</sup>. Voir P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 935 ss.

est logique compte tenu du fait que l'efficacité possible de la sentence arbitrale à reconnaître ou à exécuter dépend de l'ouverture du recours ou de la possibilité de son exercice<sup>409</sup>. Il est donc essentiel que la sentence arbitrale soit définitive et acquière autorité de chose jugée dans un délai qui ne soit pas trop long.

### *3. Le recours d'annulation contre la sentence arbitrale dans les conventions internationales*

114. La réglementation du recours en annulation contre une sentence arbitrale dans les conventions internationales est la meilleure preuve de la vision limitée avec laquelle les législateurs et les juges affrontent la réglementation globale de l'arbitrage international. Il semble indubitable que la modernisation de la réglementation de l'arbitrage international dans le paysage comparé est en grande partie due aux conventions internationales. C'est grâce à celles-ci que les différents systèmes juridiques connaissent les concepts essentiels : arbitrage international, arbitrage étranger, arbitrage délocalisé. Mais les conventions régissent des aspects concrets de l'arbitrage sur des matières réelles. La Convention de New York et la Convention de Genève, sont des exemples du premier cas ; elles traitent de certains des problèmes les plus typiques : la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, l'incompétence de la juridiction devant laquelle est porté le différend valablement soumis à arbitrage, la possibilité d'adoption de mesures provisoires de la part d'un juge autre que celui de l'Etat où se déroule l'arbitrage, etc.

Il est curieux de noter que chacun de ces concepts correspond à l'un des textes conventionnels multilatéraux : la Convention de New York s'articule autour de la dichotomie national-étranger, la Convention de Genève autour de l'arbitrage-sentence arbitrale international et la Convention de Washington est paradigmatique de l'arbitrage-sentence arbitrale délocalisé, quoique à l'intérieur de son propre système de légalité et de recours. En conséquence, non seulement le législateur interne mais aussi le juge disposent des éléments essentiels pour affronter la contestation de la sentence arbitrale dans l'arbitrage international de façon adéquate. L'exemple espagnol illustre

---

<sup>409</sup>. L'article V, paragraphe 1, lettre e), de la Convention de New York établit l'impossibilité de la reconnaissance lorsque la sentence arbitrale a été annulée, lorsque le recours d'annulation est en cours, ou lorsque son délai d'interjection n'a pas encore expiré. C'est une question qui dépend de chaque législation nationale, de procédure ou arbitrale.

clairement de nouveau cette situation. L'Etat espagnol étant partie aux trois conventions, la situation existante est à tout le moins curieuse : les sentences arbitrales que régit la Convention de New York seront soit nationales soit étrangères en fonction du lieu de leur émission, conformément aux dispositions de l'article I de la Convention de New York et de l'article 59 de la loi sur l'arbitrage de 1988. Cependant, les arbitrages relevant de la Convention de Genève seront internationaux dans le système juridique espagnol, dès lors qu'ils émaneront des relations entre des parties dont le siège social est fixé dans les Etats parties. Et, finalement, les procédures et les sentences arbitrales comprises dans le champ d'application de la Convention de Washington seront, du point de vue espagnol, délocalisées. Et tout cela bien que, nous y insistons, le système espagnol en théorie ne reconnaisse pas, dans ses règles de source interne, l'internationalité de l'arbitrage. On a dit avec raison qu'il s'agit d'un système dualiste, mais incomplet, qui souffre d'une grande incohérence entre les engagements assumés conventionnellement et l'objet de ses règles internes<sup>410</sup>.

Il faut noter une circonstance intéressante à l'égard de la Convention de New York et de la Convention de Genève. Cette dernière, dont la portée se limite à l'Europe continentale, complète la première, de telle façon que la solution idéale serait de les appliquer simultanément. Si la Convention de Genève règle les phases purement arbitrales et arrive jusqu'au recours en annulation (inclusive-ment), celle de New York est spécifiquement consacrée à la reconnaissance et à l'exécution des sentences rendues conformément à la première. Et cette articulation entraîne des conséquences dans le recours en annulation. Compte tenu du fait que tous les Etats parties à la Convention de Genève le sont aussi à la Convention de New York, on s'efforça d'éviter les redondances inutiles et les doubles contrôles sur une même sentence arbitrale, même s'ils étaient programmés à des moments différents. Pour cette raison la Convention de Genève, dans son article IX, circonscrit l'annulation en tant que cause du refus de la reconnaissance visé à l'article V, paragraphe 1, de la Convention de New York aux causes exposées dans l'article IX précité. Le plus frappant est que celles-ci se limitent aux causes considérées comme pouvant être invoquées à l'initiative des parties, qui sont, traditionnellement, celles qui assurent le contrôle de la

410. J. D. González Campos, «Sobre el convenio arbitral...», *loc. cit.*, p. 8.

régularité de la procédure d'arbitrage et de l'efficacité formelle de la sentence arbitrale.

115. Mais il y a encore deux causes qui revêtent une importance spéciale dans le contrôle étatique, et qui sont toujours appréciées d'office par le juge: l'arbitrabilité du différend et la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public. L'article IX de la Convention de Genève les a cependant supprimées toutes les deux parce que le juge de l'exequatur a le pouvoir de les contrôler. Cela prévient le double contrôle sur les mêmes matières qui, dans l'arbitrage international, renfermerait un risque évident: la dualité de systèmes juridiques nationaux se réalisant sur les mêmes questions, à des moments différents, et devant deux juridictions différentes. Il ne faut donc pas oublier que dans les rapports entre parties dont le domicile ou le siège social est situé dans les Etats parties à la Convention de Genève, l'arbitrabilité et l'ordre public, causes foncières de l'annulation de la sentence arbitrale, s'effacent en faveur du contrôle de la reconnaissance. Quoique les motifs de déclarer la nullité d'une sentence arbitrale coïncident presque exactement avec les motifs de refuser sa reconnaissance ou son exécution, il faut quand même signaler deux différences pratiques. En premier lieu, les motifs rattachés à l'ordre public, y compris le fait que l'objet du différend ne serait pas susceptible d'arbitrage, peuvent différer quant au fond, en fonction de l'Etat concerné (par exemple, l'Etat dans lequel la nullité est déclarée ou l'Etat de l'exécution). En deuxième lieu, et ce qui est plus important encore, les motifs pour refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale sont uniquement valables et efficaces dans l'Etat (ou les Etats) dans lequel la partie gagnante demande sa reconnaissance ou son exécution, tandis que les motifs de nullité ont des répercussions différentes: l'annulation d'une sentence arbitrale dans le pays où elle a été prononcée dirime son exécution dans tous les autres pays, conformément à l'alinéa *e*) du paragraphe 1 de l'article V de la Convention de New York et du point *v*) de l'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la loi type.

### *III. Motifs d'annulation de la sentence arbitrale*

#### *1. Catalogue actuel des causes d'annulation*

116. Comme nous l'avons déjà avancé, le contrôle que le juge étatique exerce sur la sentence arbitrale dans le recours en annulation est, en réalité, un regard rétrospectif sur l'histoire d'un arbitrage.



Chronologiquement, la révision commence par le début même de la procédure: la convention arbitrale et sa mise en œuvre. Ensuite, on examine la régularité de la désignation du tribunal d'arbitrage et des notifications de la demande et de la reconvention, le cas échéant. Ensuite, l'intérêt se porte sur la conformité aux principes essentiels d'audition et de contradiction de la procédure d'arbitrage. Et, finalement, l'attention se polarise sur la sentence arbitrale déjà prononcée, qui doit être ajustée aux demandes des parties, et définitive, dans le sens exposé antérieurement, c'est-à-dire ni annulée ni frappée d'appel<sup>411</sup>. En conséquence, la décision finale par rapport aux prétentions des parties est du ressort d'un organe étatique, désireux de préserver les éléments essentiels du for de l'annulation. C'est pour cela que les parties et les arbitres doivent porter une attention spéciale au moment de choisir le siège de l'arbitrage<sup>412</sup>. N'oublions pas que tout au long du recours on applique la *lex loci arbitrii*, c'est-à-dire la loi du siège où la procédure d'arbitrage s'est déroulée, qui coïncide avec la compétence du juge qui doit statuer sur le recours<sup>413</sup>. Autour de cette vision par étapes sur l'arbitrage gravitent deux causes de nullité qui ont une importance spéciale, attendu qu'elles sont vérifiées d'office par le juge: l'arbitrabilité du différend et l'ordre public.

Notre intérêt va se porter uniquement sur cette dernière cause de nullité, tout en précisant qu'elle est souvent confondue avec l'autre, l'inarbitrabilité du différend. Et cela pour deux raisons: d'abord, parce que la pratique révèle que, sans perdre de vue les autres griefs, celui de la contravention à l'ordre public occupe, par sa fréquence, une place de choix<sup>414</sup>. La deuxième raison, et peut-être la plus importante, est qu'aujourd'hui cette cause d'opposition à l'arbitrage est en train d'ébranler une des affirmations clés en cette matière: l'impossibilité de la révision au fond de l'affaire, en tant que prin-

411. C'est le point de vue de la loi type CNUDCI, article 34, qui établit un contrôle rigoureux mais adapté à la réalité de l'arbitrage en tant que procédure. Voir, en général, A. Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer, 1990, pp. 234 ss.

412. G. Kaufmann-Kohler, «Le lieu de l'arbitrage...», *loc. cit.*, pp. 517 ss.

413. R. Goode, «The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration», *Arb. Int.*, vol. 17, n° 1, 2001, pp. 19-39.

414. K. H. Böckstiegel, «Public Policy and Arbitrability», *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series, n° 3, Kluwer, 1987, p. 179; J. García de Enterría, «The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration», *Law and Practice Int. Buss.*, vol. 21, 1989-1990, p. 439.



cipe fondamental. Certainement, le rôle du juge chargé du recours atteint ses plus hauts degrés de difficulté lorsqu'il est confronté à des allégations qui mettent en jeu des secteurs versatiles du système juridique. Le juge doit examiner la conformité de la sentence à l'ordre public en contrôlant la bonne application du droit et l'appréciation des faits.

117. Lorsque la partie hostile à l'arbitrage conteste la validité de la convention arbitrale, elle fait valoir une cause d'annulation qui, nous l'avons vu, soulève plus une question de fait qu'une question de droit, puisque dans la grande majorité des cas elle requiert une vérification de la volonté des parties. Quand la prétendue invalidité ou inefficacité de la convention arbitrale correspond à d'autres causes, que nous avons déjà dénommées substantielles ou procédurales, l'intérêt se déplace à l'invocation d'une exception ou jusqu'à l'arbitrabilité du différend<sup>415</sup>. De leur côté, les causes d'annulation qui se rapportent au déroulement de la procédure se concentrent toutes sans exception sur une vérification de régularité formelle qui ne pose pas des problèmes propres à l'arbitrage, mais communs à d'autres secteurs, que l'on a déjà vu, comme les notifications. Cette affirmation est aussi applicable au contrôle de l'ordre public procédural.

La sentence arbitrale, en tant que décision sur le fond qui affecte les droits subjectifs des parties, renferme à elle seule suffisamment de questions juridiques pour poser des problèmes considérables. En effet, le contenu de la sentence arbitrale fait l'objet d'une révision beaucoup plus sérieuse qu'il ne semble. L'affirmation qui déclare impossible la révision sur le fond de l'affaire a été ébranlée récemment par trois types de décisions judiciaires, afférentes à des secteurs très différenciés. Chacune de ces décisions est suffisamment expressive de chacune des tendances actuelles dans les trois directions.

En premier lieu, les juges choisissent de réviser l'*iter* logique qui amène les arbitres à appliquer certaines règles substantielles et non d'autres, même dans les cas où ceux-ci ont décidé d'appliquer un système national de droit; cela veut dire que le système de sélection

---

415. Voir, en général, le chapitre II de ce cours. Dans toutes les décisions au sujet de l'arbitrabilité du différend, les juges nationaux ont présent leur propre droit national: ils sanctionnent la régularité d'un arbitrage dans leur système juridique. Voir un catalogue illustratif dans M. Requejo Isidro, « Arbitrabilidad de la controversia... », *loc. cit.*, 1995, pp. 43-87.

du droit applicable est contrôlé. En deuxième lieu, la CJCE elle-même a admis la possibilité de contrôler le fond d'une sentence arbitrale lorsqu'il s'agit de vérifier l'application des règles communautaires de défense de la concurrence. Et, en troisième lieu, on a détecté, dans la pratique, l'apparition amorcée d'une nouvelle cause d'annulation, qui n'est dès lors pas comprise dans les textes conventionnels ni légaux : la litispendance entre une sentence arbitrale susceptible d'être reconnue et exécutée et une procédure judiciaire en cours, non seulement dans l'Etat d'annulation mais aussi à l'étranger, fait son apparition en tant que composante de l'ordre public.

C'est pour cette raison que nous concentrerons notre attention sur l'extension du contrôle au cas du contrôle sur le fond et l'ordre public. Une prémisse est certaine : personne ne peut dire, en aucun des cas d'espèce examinés, que le contrôle réalisé n'exige pas une analyse du fond de l'affaire.

## 2. *Hypothèses de contravention à l'ordre public et contrôle sur le fond de la sentence arbitrale*

118. Il est en principe vrai que le juge national ne doit pas réaliser un examen de fond de la sentence arbitrale ; mais, comme il arrive souvent, cela ne peut être affirmé sans nuance que dans les cas non controversés. Parce que, même dans les conceptions les plus « arbitralistes », la limite de l'ordre public impose une exception à cette affirmation<sup>416</sup>. Il est vrai que, en cas d'erreur dans l'appréciation réalisée par les arbitres, le fond ne fait pas en principe l'objet de révision. Mais cela ne contredit pas la prémisse : pour apprécier jusqu'à quel point l'arbitre a failli à sa mission, soit en n'appliquant pas le droit pertinent, soit en dépassant les limites de sa fonction, soit en méconnaissant les principes essentiels de l'ordre public de l'Etat de contestation, la révision au fond est indispensable. Et, parfois, elle entraîne comme résultat l'annulation de la sentence arbitrale.

L'application de règles juridiques de source non nationale, en ce qui concerne le recours en annulation, se présente fondamentalement en deux occasions. Dans les deux cas elle commande, sans aucun doute, un contrôle sur le droit appliqué par l'arbitre. Certainement,

<sup>416</sup> P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 958, insistent sur le fait que la jurisprudence française n'a jamais contrôlé les appréciations de fond réalisées par le juge, mais ils ajoutent l'exception de l'ordre public international.

les cas de révision se concentrent, dans ce cas, sur les affaires au cours desquelles l'arbitre a dépassé les limites de sa mission, sans se prononcer sur plus de questions que celles qui lui étaient posées, mais en utilisant des dispositions dites de droit transnational, ou même, en claire référence à l'amicable composition, sans d'autres observations sur le droit applicable. On ne prétend pas rendre compte de la position des juridictions nationales envers la *lex mercatoria*; il est bien connu que ce groupe de règles de source transnationale trouve son champ logique d'application dans le cadre de l'arbitrage, et les juges nationaux en général ne se prononcent pas sur cette question.

Le véritable problème naît du manquement éventuel des arbitres à la volonté des parties et, en conséquence, du dépassement de leur mission. Evidemment, en raison de la liberté caractéristique des arbitres et de l'absence de for de référence, cette question ne se pose pas si les parties n'ont fait aucune référence à l'élection du droit applicable au fond de l'affaire.

119. La sentence arbitrale du 28 août 1951 rendue par lord Asquith of Bishopstone dans l'affaire *Petroleum Development Ltd. c. Cheik d'Abu Dhabi* est célèbre par les conséquences qu'elle continue de développer un demi-siècle après avoir été prononcée. Dans cette affaire, l'arbitre unique apprécia le caractère incomplet et encore non codifié du droit applicable, qui était dans ce cas le droit interne d'Abu Dhabi, et choisit d'appliquer le droit anglais, à son avis plus complet et plus moderne, associé aux principes généraux du commerce international. La sentence arbitrale *Aramco*<sup>417</sup>, également renommée, rectifiait partiellement le choix réalisé par les parties, inclinant vers une référence au droit suisse. Ces deux affaires définissent parfaitement la première des hypothèses analysées: en présence d'une élection de loi réalisée par les parties, les arbitres la considèrent peu efficace ou insuffisante, de sorte qu'ils décident de la compléter avec des principes généraux du droit<sup>418</sup>.

Sans revenir sur la question du droit appliqué au fond par les arbitres, contentons-nous de dire pour l'instant que ce choix des

417. Sentence du 23 août 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 272 ss.

418. Pour cela il est indispensable de vérifier qu'il s'agit effectivement d'une véritable lacune dans le droit applicable au fond de l'affaire. Voir la discussion dans E. Redfern et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, 1991, pp. 30 ss.; E. Gaillard, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *Journ. dr. int.*, 1995, pp. 12 ss.

arbitres ne constitue absolument pas un cas de contravention à l'ordre public. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit tout de même d'un cas de révision au fond de l'affaire, bien que pratiquée à seule fin de vérifier que l'arbitre n'a pas outrepassé sa mission par rapport à la volonté des parties. Cette révision ne se range donc pas parmi les cas de contravention à l'ordre public (sauf, évidemment, l'omission d'appliquer une règle impérative), mais dans ceux de dépassement.

Ce qui implique, en conclusion, que la révision sur le fond est possible non seulement dans les hypothèses de contrôle des principes fondamentaux du système juridique, mais aussi dans toute critique qui, élevée à l'initiative des parties, n'implique pas le contrôle de l'ordre public proprement dit.

120. L'affaire *Compañía Valenciana de Cementos Portland, S.A. c. Primary Coal* illustre remarquablement les possibilités de contrôle qui s'ouvrent devant le juge national<sup>419</sup>, dans les hypothèses d'application par les arbitres de règles de source anationale, sans aucune référence aux droits nationaux ni aux règles de conflit. Si surprenant que cela puisse être, cette possibilité procède de la teneur littérale de la loi type de la CNUDCI, dont l'article 28 établit que les arbitres «tranchent le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties...» et «à défaut d'une telle désignation par les parties...» appliquent la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'ils jugent applicable à l'espèce.

Par cette affirmation la loi type semble suggérer que le droit applicable au fond de l'affaire est toujours national, et ouvre ainsi la porte à un contrôle étatique ultérieur : cependant, dans la décision précitée, la Cour de cassation fixa une idée de principe. En effet, il ne s'agissait pas de contrôler le résultat final de la sentence arbitrale, à savoir la conformité à l'ordre public substantiel, qui est toujours possible dans tous les cas. Disons, plutôt, que le juge étatique ne peut pas réviser l'*iter* logique qui conduisit les arbitres à prendre une décision au sujet du droit applicable au fond ; cette idée s'applique aussi aux hypothèses dans lesquelles les arbitres ont décidé en équité ou en application des usages du commerce international. Ce n'est pas le résultat que l'on prétend juger, mais le processus développé

<sup>419</sup> Arrêt de la Cour de cassation (1<sup>re</sup> ch.) du 22 octobre 1991, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, p. 113, note B. Oppetit ; *Journ. dr. int.*, 1992, p. 177, note B. Goldman ; *Rev. arb.*, 1992, p. 457, note P. Lagarde.

pour y parvenir. La Cour de cassation établit dans cette décision, de façon tranchante, qu'il n'appartenait pas au juge étatique d'évaluer ce processus. Même s'il ne s'agit que d'une sentence française, cette doctrine peut être considérée actuellement d'application commune.

En conclusion, on peut affirmer que l'élection des règles appartient encore à cette partie de la sentence arbitrale intangible pour les juges nationaux. En ce sens on peut effectivement dire que la sentence arbitrale n'est pas susceptible de contrôle de fond, sauf dans les cas de manquement à ce qui a été convenu par les parties. Mais sous une importante réserve : quel que soit le chemin emprunté par les arbitres pour aboutir à la détermination du droit applicable, un véritable contrôle qui vise le résultat obtenu est toujours possible.

121. Comme on peut le voir, ce contrôle de fond de la sentence arbitrale se déplace clairement depuis les fondements de la sentence arbitrale jusqu'à ses résultats. En ce sens on peut dire que l'interdiction de contrôle de fond est plutôt de l'indifférence. De nos jours, caractérisés par une forte progression de la *lex mercatoria* dans l'arbitrage, les législations et les juridictions nationales ignorent jusqu'à un certain point le contenu substantiel de la sentence arbitrale, mais non pas son résultat. Il s'agit d'un certain contrôle finaliste qui rappelle l'idée de l'homologation de la sentence arbitrale dans un système juridique déterminé<sup>420</sup>.

L'arbitrabilité du différend gagne du terrain au fur et à mesure que l'arbitrage devient habituel entre les participants du trafic commercial international. C'est ainsi que des terrains traditionnellement «incommodes» à l'arbitrage, comme le droit de la concurrence ou de la propriété industrielle, le droit des sociétés multinationales, font aujourd'hui banalement l'objet de jugement d'arbitres internationaux<sup>421</sup>. Cependant, cette progression dans le secteur des matières arbitrables a un prix : si l'arbitrage s'engage sur des terrains affectés par les intérêts généraux ou par des politiques législatives de protection, il doit tenir compte du terrain où il s'engage et être conscient qu'il traite de matières étroitement surveillées par les Etats. L'entrée

420. G. Kaufmann-Kohler, «L'ordre public d'envoi ou la notion d'ordre public en matière d'annulation des sentences arbitrales», *SZIER/RSDIE*, 1993, pp. 273-283.

421. Mais cette appréciation est plus pratique que théorique, et encore moins de source légale. C'est une construction basée sur la tolérance étatique. Voir P. Schlosser, *Das Recht...*, *op. cit.*, p. 234.

de l'arbitrage dans ces secteurs du système juridique a un rapport proportionnel avec l'augmentation du contrôle sur le fond<sup>422</sup>.

On peut affirmer sans hésiter que c'est ici que, manifestement, le résultat substantiel d'une sentence arbitrale va être contrôlé. Les Etats n'interdisent pas la solution d'un conflit au moyen de l'arbitrage<sup>423</sup>; mais lorsque cette controverse relève des règles matérielles impératives ou des principes d'ordre public positif, le tribunal étatique chargé de l'annulation peut, légitimement, veiller à son respect et à son application. Le concept débattu contenu dans le paragraphe 2 de l'article 36 de la loi type de la CNUDCI, ou, en matière de reconnaissance, dans le paragraphe 2 de l'article V de la Convention de New York, est parfaitement clair. Certainement, en entretenant le principe d'absence de contrôle à tous effets, il était difficile d'établir à quoi ces préceptes se réfèrent, attendu que l'ordre public de la procédure trouve son lieu de révision propre dans les causes d'annulation afférentes à la régularité de la procédure d'arbitrage. Mais le fait est que ce contrôle existe et qu'il se réfère spécifiquement au fond de l'affaire; lorsqu'une règle impérative veut être appliquée, la question de savoir si l'organe qui va instruire le procès est national ou étranger, arbitral ou judiciaire, passe à un second plan.

122. La théorie exposée est devenue, au moins en Europe continentale, un fait accompli, à partir de l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*<sup>424</sup>. La controverse dans ce cas d'espèce avait son origine dans un contrat de licence exclusive qui, du point de vue du droit communautaire de la concurrence, affectait et enfreignait l'article 81 du traité sur la Communauté européenne. La sentence arbitrale fut contestée devant le Rechterbank; cette juridiction hollandaise saisit la CJCE d'un recours préjudiciel et posa une question particulièrement importante: la sentence arbitrale peut-elle être déclarée nulle, pour cause d'infraction à l'ordre public international, du fait de n'avoir

422. Voir une présentation générale des nouveaux défis de l'arbitrage et son rapport avec les juridictions étatiques dans B. M<sup>a</sup>. Cremades Sanz-Pastor, «El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada», *loc. cit.*, pp. 1535-1537.

423. R. Kovar, «Droit communautaire de la concurrence et arbitrage», *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1987, pp. 109-124, spéc. p. 111.

424. *Loc. cit.* Commentaires de S. Alvarez González, «Espacio arbitral comunitario y Derecho de la competencia (Comentario a la S TJCE de 1 de junio de 1999: Asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*)», *RCEA*, 1999, pp. 137 ss.

pas tenu compte des dispositions de l'article 81 du traité sur la Communauté européenne ? La réponse de la Cour de justice du Luxembourg fut claire et tranchante : la sentence arbitrale est nulle, tout comme le contrat qui en est la cause, pour avoir violé la libre concurrence. Cela revient à dire que la sentence arbitrale qui se prononce au sujet des droits et des devoirs qui découlent d'un contrat contraire à l'ordre public, porte également atteinte à cet ordre public.

Jusqu'ici nous ne nous sommes pas prononcé contre le contrôle de fond de la sentence arbitrale, parce que, de beaucoup de points de vue, il est justifié. La possibilité du juge national d'apprécier les cas de partialité arbitrale ou de manquement aux principes essentiels d'un système juridique concerné est légitime, et apporte une bonne dose de sécurité juridique. Cependant, cette décision, qui fait jurisprudence dans le cadre communautaire, outrepassa amplement cette prétention de contrôle, qui devrait être beaucoup plus atténué. La révision de la sentence à la lumière des règles impératives est une chose, et la décision d'étendre jusqu'aux arbitres la responsabilité d'une nullité contractuelle, qui est uniquement imputable aux parties, en est une autre<sup>425</sup>. L'objectif du contrôle minimum acquiert ici une importance spéciale ; comme nous l'indiquons, il ne s'agit pas d'exclure la révision sur le fond, mais de la situer dans ses justes limites. Dans cette décision, la CJCE arrive à dire que, le contrat étant nul pour contrevenir à l'ordre public, la sentence arbitrale qui se prononce à son sujet est aussi nulle.

On peut en tirer deux conséquences, et toutes les deux sont graves : il est possible, d'une part, que la CJCE soit en train d'oublier le principe d'autonomie de la convention arbitrale, selon lequel la nullité du contrat n'affecte pas l'efficacité de la clause compromissoire qui s'y rapporte. Au contraire, la clause d'arbitrage servira précisément à déterminer les droits et les responsabilités qui découlent de cette nullité. Personne ne doute à l'heure actuelle que les actes nuls produisent des effets *inter partes* qui doivent être définis. Le problème dans ce cas est que les arbitres, ne tenant pas compte de l'article 81 du traité sur la Communauté européenne, n'ont pas considéré que le contrat était nul, et en conséquence ont décidé l'indemnisation contractuelle sur la base de certains manquements<sup>426</sup>.

425. Voir les relations entre le « contrôle minimum » et la sécurité juridique dans M<sup>a</sup>. V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 47 ss.

426. Reconnus, d'ailleurs, dans le droit hollandais, applicable au fond de l'affaire par la volonté des parties : article 43 du Code civil néerlandais.



La question est de déterminer si pareille solution transgresse vraiment l'ordre public. Les arbitres s'en tiennent à leur mission et rendent une sentence dans laquelle l'indemnisation résultant d'une nullité contractuelle n'est pas trop éloignée de la conséquente dissolution des relations établies<sup>427</sup>. Cependant, la décision *Benetton* choisit d'affirmer que la seule sentence arbitrale valable serait celle qui déterminerait la nullité radicale.

La réponse de la CJCE est positive : la simple inapplication de l'article 81 blesse l'ordre public. Les arbitres ne pourraient donc pas se prononcer au sujet de la question qui leur est soumise, qui est celle de la responsabilité née du manquement contractuel. Et c'est ici que se pose la deuxième conséquence annoncée. Cela ne revient-il pas à dire que la controverse n'est pas arbitrable ? Si les arbitres ne peuvent se prononcer sur la nullité d'un contrat qui enfreint les principes régulateurs de la libre concurrence, il est certain que le litige opposant les parties est, en soi, insusceptible d'être résolu au moyen d'un jugement d'arbitres. Il est vrai que la CJCE a toujours maintenu un silence prudent autour de l'arbitrabilité de ce genre de questions.

En fait, cette décision, même si elle part d'une prémisse valable comme la révision sur le fond, ne s'adapte pas à la réalité de l'arbitrage commercial international. Surtout, compte tenu de la nature de la décision frappée d'appel et du caractère privé de la relation. Voici peut-être le point d'inflexion de tout le problème : les relations privées commerciales ont vocation (croissante) à déclencher la réaction des normes d'ordre public économique. Et, du point de vue de l'efficacité, le système ainsi fondé ne fonctionne pas : ou bien on déclare la controverse arbitrable et on permet aux deux arbitres de se prononcer sur les questions posées (entre autres, pour ne pas tomber dans le dépassement des limites de leur mission), ou bien, au contraire, on décrète l'inarbitrabilité des matières traversées par l'ordre public. La solution intermédiaire, admise généralement jusqu'à ce jour, selon laquelle ce genre de controverses est effectivement arbitrable, pourvu que l'arbitre assume la position de garant de l'ordre public, n'est pas opérante<sup>428</sup>. Il suffit d'observer le résultat de

427. En ce sens, S. Alvarez González, «Espacio judicial...», *loc. cit.*, pp. 142-143.

428. Les arbitres ont leurs propres limitations et, surtout, ne sont pas membres de la juridiction d'un État ; voir P. Mayer, «Mandatory Rules of Law in International Arbitration», *Arb. Int.*, 1986, p. 274.



cette affaire : l'arbitre remplit sa mission, décide une indemnisation, et la sentence arbitrale est déclarée nulle, ce qui entraîne d'une part l'échec de l'institution arbitrale, et de l'autre le besoin de recommencer une procédure arbitrale quant au fond.

Tout cela doit être entendu dans le respect de l'ordre public des Etats. Il ne s'agit pas de défendre la validité de la sentence arbitrale à tout prix, mais d'adopter des solutions flexibles. S'il est vrai que le contrat est nul, la juridiction compétente peut le déclarer tel, mais cela est compatible avec la décision arbitrale relative aux effets, très proches de la responsabilité pour rescision, que ce contrat a déjà produits. Dans l'affaire en question, le droit applicable au fond était le droit hollandais, mais il aurait très bien pu avoir été le droit de Hong Kong, siège social d'Ecco Swiss; le problème aurait été le même, puisque l'application de l'article 81, en tant que règle impérative, l'emporte sur toute exclusion convenue par les parties. La sentence arbitrale qui déciderait de la responsabilité des parties serait-elle nulle? Une position semblable à celle qui vient d'être exposée fut prononcée dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 avril 1988, *Société Matra c. Société Alkan*<sup>429</sup>, qui déclara que seule l'opposition frontale de la sentence arbitrale à l'ordre public international est cause de nullité. C'est-à-dire que seulement dans le cas où l'arbitre déclarerait la validité essentielle du contrat, malgré que celui-ci méconnaisse des principes essentiels du système juridique, il y aurait cause d'annulation. Si, au contraire, l'arbitre se borne à déterminer la portée des indemnisations, sans se prononcer au sujet de la nullité, on ne peut pas dire que le résultat de la sentence arbitrale soit radicalement différent de celui qui se serait produit si on avait délimité la portée de l'indemnisation pour nullité.

Cette possibilité ne s'éloigne absolument pas de la position principale; le contrôle du juge étatique se polarise sur le résultat, contraire ou non à l'ordre public, mais non pas sur l'*iter* logique ou juridique suivi par l'arbitre. Il ne faut pas oublier que celui-ci est forcément différent de celui du juge national. Peut-être le point de rencontre entre le besoin de contrôle et le respect des principes et finalités de l'arbitrage du commerce international se trouve-t-il là. L'inverse conduirait à ce que, tandis que le champ d'application de l'arbitrage augmente, son efficacité potentielle diminue.

<sup>429</sup> *Rev. arb.*, 1989, pp. 280-290, note L. Idot, pp. 296 ss. Voir une position très proche dans P. Schlosser, *Das Recht...*, *op. cit.*, p. 634.

### 3. *Litispendance avec des décisions judiciaires actuelles ou futures*

123. Quand nous avons étudié les exceptions procédurales qui peuvent être soulevées pour faire valoir une convention arbitrale, nous avons vu que l'exception de litispendance ne semblait pas adéquate en matière d'arbitrage. Ni ses principes ni ses effets ne correspondent aux relations entre juges et arbitres, lorsque tous deux sont en mesure de connaître d'une question. Nous avons vu que dans ces cas-là, ou bien on faisait valoir l'exception d'arbitrage (de n'importe quel type qu'il soit, conformément à la législation nationale) et les arbitres étaient compétents, ou bien, le fait de ne pas invoquer la convention arbitrale, ou de le faire défectueusement, supposait une renonciation tacite à l'arbitrage qui restituait la compétence aux tribunaux étatiques.

L'idée essentielle est que, contrairement à ce qui se passe dans le cas de deux juridictions étatiques, arbitres et juges ne peuvent pas arriver à une situation de litispendance. Le défaut de juridiction « naturelle » des premiers prévient cette possibilité. Cependant, un très récent arrêt du Tribunal fédéral suisse a affirmé le contraire. Les données de l'affaire sont celles que nous avons exposées plus haut<sup>430</sup>. Face à un litige ouvert au Panama devant les tribunaux étatiques, le Tribunal fédéral considère que les arbitres auraient dû appliquer l'article 9 de la loi suisse sur le droit international privé et apprécier, en conséquence, une situation de litispendance qui leur permettrait, d'abord, d'ajourner la procédure et, ensuite, de déclarer leur incompétence si cela s'avérait pertinent. En ce sens, et ce qui est peut-être la question la plus délicate, l'inapplication par les arbitres des règles de litispendance internationale en vigueur en Suisse débouche sur une déclaration erronée de compétence de la part du tribunal d'arbitrage<sup>431</sup>. De plus, et de façon définitive, la cohabitation dans un système juridique déterminé de deux décisions contradictoires sur le même litige viole l'ordre public international et est cause d'annulation<sup>432</sup>.

124. L'émergence du concept de litispendance a déjà été analysée, mais uniquement par rapport à certaines formalités de la recon-

430. Arrêt du Tribunal fédéral du 14 mai 2001, *FCC c. CCT*, recours en annulation de la sentence arbitrale interlocutoire CCI sur la compétence.

431. Art. 190, al. 2 *b*), LDIP suisse. Voir application dans ATF 123 III, 414, consid. 2 B.

432. Art. 190, al. 2 *e*), LDIP suisse. Voir application dans ATF 114 II, 183, consid. 2 A.

naissance et de l'exécution<sup>433</sup>. Quoique critiquable, la contradiction entre des sentences tout aussi valables, ou entre des procédures susceptibles de les produire, a un certain sens. Ce qui ne veut pas dire que, en matière d'arbitrage, on doit laisser la porte ouverte à une telle possibilité, pour les raisons que nous avons déjà exposées. Cependant, l'apparition de cette cause d'annulation dans le recours en annulation est inquiétante. Pas dans le premier cas : le Tribunal fédéral se contente de mettre en œuvre une cause d'annulation prévue dans son système juridique, à savoir que les arbitres ont déclaré indûment leur compétence. En effet, dans le cas exposé, cette justification avait un sens : il s'agissait d'une convention arbitrale à laquelle on avait tacitement renoncé devant la juridiction panaméenne et qui avait été défectueusement exécutée et il ne s'agissait pas et ne pouvait s'agir d'une situation de litispendance.

Ce qui est frappant c'est l'encadrement technico-juridique de l'affaire. Le fait que les arbitres se soient déclarés compétents n'est pas censuré parce qu'il y aurait quelque défaillance dans l'efficacité de la clause, mais parce que ceux-ci créent une situation de litispendance. Et cela, selon l'article 9 de la loi fédérale sur le droit international privé, aurait dû être considéré par les arbitres. Cela implique que si l'arbitrage, quelle qu'elle fût sa nature, s'était déroulé en Suisse, il aurait dû respecter les règles du chapitre 2, titre 1, de la loi fédérale sur le droit international privé, afin d'assurer une attribution régulière de la compétence arbitrale. De la sorte, le droit du siège, qui dans ce cas n'est pas purement procédural mais substantiel, puisqu'il appartient aux règles de compétence, s'impose aux arbitres et son application sera contrôlée par le juge d'annulation<sup>434</sup>. En ce sens, la compétence des arbitres ne se fonde plus sur l'efficacité de la convention arbitrale, au sens strict, mais sur les règles générales de compétence.

Et ce déplacement est dangereux. Le résultat pratique aurait été le même si on avait apprécié, conformément aux règles de l'arbitrage commercial international, l'inefficacité de la convention arbitrale sur laquelle s'était fondée la sentence arbitrale<sup>435</sup>. Mais ce ne fut pas le

433. Voir, sur la litispendance, titre II.

434. Dans ce même sens, arrêt de la Cour suprême espagnole du 19 janvier 1999, *loc. cit.*, dans lequel aucune référence n'est faite à la validité ou à l'efficacité de la convention arbitrale. Pour nier efficacité à la sentence arbitrale il suffit qu'elle soit en situation de litispendance avec une décision judiciaire pendante.

435. Comme d'ailleurs il était mis en relief dans le vote dissident de la sentence arbitrale précitée.

parti retenu par le Tribunal fédéral: il choisit d'appliquer, bien qu'analogiquement, le principe de litispendance, entendant que, même si les arbitres ne sont pas des juges étatiques, leurs sentences du moins ont la même valeur que les décisions judiciaires. Ce qui implique que les arbitres doivent accepter les décisions judiciaires qui vont contre leurs sentences arbitrales<sup>436</sup>.

Dans cette perspective, il n'est pas difficile d'arriver à la conclusion finale: le conflit de décisions est contraire à l'ordre public et peut s'éviter par le biais de l'utilisation préventive du mécanisme de la litispendance. Cependant, et même s'il y est brièvement fait mention, ce raisonnement souffre d'une omission essentielle: il n'y a pas de conflit de décisions lorsque l'une est arbitrale et l'autre judiciaire. Des deux, l'une seule est efficace. Et non pas pour des raisons de priorité chronologique, propres à l'exception. La décision arbitrale n'est simplement pas valable parce que la convention arbitrale avait valablement fait l'objet d'une renonciation devant les tribunaux du Panama, qui, pour cette raison, se déclarèrent compétents<sup>437</sup>. Aucune des sentences ne pouvait être efficace, et donc la contradiction était dès lors impossible.

125. Cette tendance au contrôle général sur l'arbitrage génère un ensemble d'inconnues que seule la pratique future pourra dévoiler. Le fait est que, tant en ce qui concerne le fond de l'affaire, que dans le contrôle de la compétence, on voit une assimilation croissante des arbitres aux tribunaux étatiques. Au moment même où le détachement semblait clair, où les concepts propres d'arbitrage et de tribunal étatique prenaient place dans leurs espaces respectifs, la confusion fait de nouveau son apparition, mais avec des indices plus sibyllins. Peut-être s'agit-il de l'importance croissante de l'arbitrage dans la vie commerciale internationale, peut-être est-ce à cause de sa pénétration dans des secteurs jusqu'alors fermés à son influence. La conséquence, en tout cas, n'est pas sécurisante. Nous avons insisté, tout au long de ce cours, sur la nécessité de délimiter avec précision la réglementation propre à l'arbitrage pour la distinguer de celle qui vise les relations entre des juridictions étatiques. Les exemples pré-

436. P. Lalive, F. Poudret et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, commentaire sur l'article 186 LFDIP; ATF 120 II, 155, consid. 3 B.

437. Sentence du Tribunal supérieur de justice du premier district judiciaire du Panama du 22 janvier 2001, qui déclara la compétence judiciaire internationale, en raison de la soumission tacite des parties à sa juridiction et l'interjection simultanée de l'exception d'incompétence.

sentés prétendent uniquement montrer jusqu'à quel point cette délimitation est nécessaire, du moins si l'on désire que l'arbitrage commercial international continue d'être une méthode efficace de résolution de controverses conforme aux intérêts des opérateurs du trafic privé<sup>438</sup>. Comme on peut en juger, les différentes interventions judiciaires, et tout particulièrement, celles qui visent le contrôle post-arbitral, ont un important rôle à jouer.

---

<sup>438</sup>. B. M<sup>a</sup>. Cremades Sanz-Pastor, «El arbitraje comercial...», *loc. cit.*, p. 1536.

## BIBLIOGRAPHIE

- Aguilar Alvarez, G., «El Título IV del Código de comercio mexicano y la legislación comparada en materia de arbitraje comercial», *Revista de Derecho mercantil*, 1989, pp. 101-103.
- Aguilar Benítez de Lugo, M., «Una actitud crecientemente internacionalista en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras», *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 93-116.
- Albornoz, J., «El arbitraje en el Derecho internacional privado y el Mercosur (con especial referencia a los acuerdos de arbitraje de 23 de julio de 1998)», *RCEA*, vol. XV, 1999, pp. 15-45.
- Alexandre, D., *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris, LGDJ, 1969.
- Alvarez González, S., «Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia», *Revista jurídica española La Ley*, nº 4895, 1999, pp. 1-4.
- , «Espacio arbitral comunitario y Derecho de la competencia (Comentario a la S TJCE de 1 de junio de 1999: Asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*)», *RCEA*, 1999, pp. 137 ss.
- Amores Conradi, M., et J. Serra Callejo, «Arbitraje y Convenio de Bruselas (A propósito de la S TJCE de 25 de julio de 1991, Asunto C-190/89. *Marc Rich and Co c. Società Italiana Impianti*)», *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 85-93.
- Ancel, B., «Tronc commun, Logique et expérience dans l'arbitrage international», *Il foro padano*, 1990, deuxième partie, pp. 20-26.
- , «The *Tronc Commun* Doctrine: Logisc and Experience in International Arbitration», *Journal of International Arbitration*, vol. 7, nº 3, 1990, pp. 65-72.
- Ancel, J.-P., «L'arbitrage et la coopération du juge étatique», *Penant, Revue de droit des pays d'Afrique*, nº 833, 2000, pp. 170-189.
- Arfazadeh, H., «L'ordre public du fond et l'annulation des sentences arbitrales internacionales en Suisse», *SZIER/RSDIE*, 1995, pp. 223-253.
- Arkin, H. L., «International *Ad Hoc* Arbitration. A Practical Alternative», *International Business Lawyer*, janvier 1987, pp. 6 ss.
- Arnaldez, J. J., «Réflexions sur l'autonomie et le caractère international du Règlement d'arbitrage de la CCI», *Journ. dr. int.*, t. 114, 1993, pp. 867-872.
- Artuch Iriberry, E., «El recurso de anulación del laudo en el arbitraje comercial internacional (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de diciembre de 1991)», *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 117-127.
- , «Comentario a la sentencia de 18 de febero de 1993», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, vol. 32, 1993, avril-août, Jurisprudencia, pp. 459-471.
- , «El convenio arbitral defectuoso», *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 415-421.
- , *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997.
- , «La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 27 de diciembre de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con el proceso arbitral en curso», *Revista jurídica española La Ley*, 1998, 5, D-343, pp. 2372-2378.
- , «La adopción de medidas cautelares por el juez español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye», *RCEA*, vol. XIV, 1999, pp. 149-153.
- Asfar, C., *L'intervention du juge étatique dans l'arbitrage interne et international* (thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université Paris-Sud XI), Paris, 1999.
- Balladore-Pallieri, G., «L'arbitrage privé dans les rapports internationaux», *Recueil des cours*, tome 51 (1935), pp. 287-402.

- Becker, J. D., «Attachments in Aid of International Arbitration. The American Position», *Arb. Int.*, 1985, pp. 40-48.
- Bégun, J., «La logique du régime des voies de recours en matière d'arbitrage commercial international», *Études offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 241-261.
- Bento Soares, M. A., et R. M. G. Moura Ramos, *Arbitragem comercial internacional. Análise da Ley-Modelo da CNUDCI de 1985*, Lisbonne, Ministère de la Justice, 1986.
- Bernardini, P., «Les pouvoirs de l'arbitre», *Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, Paris, publication CCI n° 519, 1993, pp. 22 ss.
- , *Il diritto dell'arbitrato*, Rome, Bari, Laterza, 1998.
- , «Arbitral Justice, Courts and Legislation», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, supplément spécial, 1999, pp. 13-25.
- Bertin, Ph., «L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale», *Rev. arb.*, 1962, pp. 332 ss.
- Bertrand, J. A., «Arbitration: Public Policy Exception to Arbitration of Antitrust Issues: *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth*», *Harvard Int. LJ*, vol. 25, 1984, pp. 427-433.
- Beson, S., *Arbitrage international et mesures provisoires. Etude de droit comparé*, Zurich, Schulthess, 1998.
- Blessing, M., «Globalization (and Harmonization?) of Arbitration», *J. Int. Arb.*, 1992, pp. 79 ss.
- Böckstiegel, K. H., «Powers and Duties of Arbitrators», *Competition and Arbitration Law*, Paris, Publications CCI, 1993, pp. 199-207.
- , «Public Policy and Arbitrability», *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series, n° 3, Kluwer, 1987, pp. 177-204.
- Boissésou, M. de, «La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel», *Rev. arb.*, 1990, pp. 337 ss.
- , *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, Joly, 1990.
- Bond, S. R., «La nature des mesures conservatoires et provisoires», *Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, Paris, publication CCI n° 519, 1993, pp. 8 ss.
- Bredin, J. D., «L'abus de voies de recours dans les procédures arbitrales», *Rev. arb.*, 1965, pp. 77-98.
- Broches, A., «The 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: An Exercise in International Legislation», *NYIL*, 1987, p. 11-55.
- , *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1990.
- Broggini, G., «I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale. Analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera», *L'arbitrato commerciale in Svizzera e in Italia*, Milan, Giuffrè, 1992, pp. 79-97.
- Calvo Caravaca, A. L., et L. Fernández de la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989.
- Capatina, O., «L'accès des tribunaux arbitraux à l'entraide judiciaire internationale», *Journ. dr. int.*, t. 111, 1984, pp. 549-565.
- Carabibier, Ch., «L'évolution de l'arbitrage commercial international», *Recueil des cours*, tome 99 (1960), pp. 119-227.
- Carbonneau, T. E., «Etude historique et comparée de l'arbitrage: vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences», *Rev. int. dr. comp.*, 1984, pp. 727-780.
- Chillón Medina, J. M<sup>a</sup>., et J. F. Merino Marchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2<sup>e</sup> éd., Madrid, Civitas, 1991.
- Collins, L., «Provisional and Protective Measures in International Litigation», *Recueil des cours*, tome 234 (1992), pp. 9-238.



- Cordón Moreno, F., «La eficacia procesal de la cláusula arbitral internacional», *Anuario de Derecho internacional*, vol. VI, 1982, pp. 147-171.
- Coulson, R., «Prima Paint: an Arbitration Milestone», *Arb. Journ.*, 1967, pp. 237 ss.
- Cremades, B. M., «Les effets de la clause d'arbitrage dans la jurisprudence espagnole récente», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, Kluwer, 1982, pp. 83-89.
- , «El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada», *Revista jurídica española La Ley*, 1998, 5, D-233, pp. 1535-1537.
- , «La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales», *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 9-25.
- , *Arbitration in Spain*, Londres, Butterworth & Co., 1991.
- , «Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio internacional», *Revista jurídica española La Ley*, 1997, 5, D-287, pp. 1855-1861, et *Derecho de los Negocios*, nº 85, 1997, pp. 1-10.
- Cremades, B. M., et S. L. Plehn, «The New *Lex Mercatoria* and the Armonization of the Laws of International Commercial Transactions», *Boston Un. Int. L. Journ.*, vol. 2, 1984, pp. 317 ss.
- Cuartero Rubio, M<sup>a</sup> V., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997.
- David, R., «Arbitrage et droit comparé», *Rev. int. dr. comp.*, 1959, pp. 5 ss.
- , «La technique de l'arbitrage, moyen de coopération pacifique entre nations de structure différente», *Problèmes de droit contemporain*, t. I, Tokyo, 1962, pp. 33 ss.
- , *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982.
- De Miguel Asensio, P. A., «Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales», *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, vol. III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882.
- Delaporte, V., «Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1986-1987, 1987-1988, Paris, CNRS, 1989, pp. 153-154.
- Delaume, G. R., «ICSID Arbitration and the Courts», *AJIL*, 1983, pp. 784-803.
- , «L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux», *Journ. dr. int.*, t. 111, 1984, pp. 521-547.
- Derains, Y., «France As a Place for International Arbitration», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, Kluwer, 1982, pp. 111-119.
- , «Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale», *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 29-46.
- , «L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international», *Rev. arb.*, 1986, pp. 375-413.
- , «Atteinte légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1984-1985, Paris, CNRS, 1987, pp. 81-103.
- , «Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale», *Journ. dr. int.*, t. 120, 1999, pp. 829-855.
- , «State Courts and Arbitrators», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, supplément spécial, 1999, pp. 27-33.
- Devolvé, J.-L., «L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1980, pp. 607-623.
- Dieryck, Ch., «Procédure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international», *Rev. arb.*, 1988, pp. 267-282.
- Díez Clavero, J., «El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional», *Noticias de la Unión Europea*, nº 160, 1998, pp. 65-70.
- Drouillat, R., «L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence)», *Rev. arb.*, 1980, pp. 253-261.



- Duncan Wallace, I., «Control by the Courts: A Plea for More, Not Less», *Arb. Int.*, 1990, p. 253.
- Eisemann, F., «La clause d'arbitrage pathologique», *Essais in Memoriam de Eugenio Minoli*, Turin, UTET, 1974, pp. 120 ss.
- El Koshery, S., et Ph. Leboulanger, «L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influences», *Rev. arb.*, 1984, pp. 3-19.
- El-Ahdab, A.-H., *L'arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Economica, 1986.
- Esplugues Mota, C., «National Intervention in International Commercial Arbitration», *Revue générale de droit*, 1988, pp. 834 ss.
- , «El Juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional», *Cuadernos de Derecho judicial*, 1997, 1 (*Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*), Madrid, 1997, pp. 13-57.
- Esplugues, C., et M. McNerny, «Aproximación a la nueva Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional», *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 11-28.
- Fadlallah, I., «L'ordre public dans les sentences arbitrales», *Recueil des cours*, tome 249 (1994), pp. 369-430.
- Fénéon, A., «Un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique (De l'apport de l'Acte uniforme sur l'arbitrage dans l'espace OHADA)», *Penant, Revue de droit des pays d'Afrique*, n° 833, 2000, pp. 126-136.
- Fernández Rozas, J. C., «La situación del arbitraje comercial en España. Perspectivas de futuro», *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29-52.
- , «Art. 56», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, dir. publ.), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 797-841.
- , «La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado», *Revista española de Derecho internacional*, vol. XLV, 1993, pp. 81-100.
- , «Notificaciones en el extranjero: experiencias en los procesos de integración y en las relaciones entre México y España», *Revista mexicana de Derecho internacional privado*, n° 7, 1999, pp. 45-74.
- Fernández Rozas, J. C., et E. Artuch Iriberry, «Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre 1996)», *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 303-308.
- Fernández Rozas, J. C., et S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Cívitas, 1999.
- Fouchard, Ph., «Le juge et l'arbitrage: Rapport général», *Rev. arb.*, 1980, pp. 415-430.
- , «L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981», *Journ. dr. int.*, 1982, pp. 374-420.
- , «La coopération du président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1985, pp. 5-50.
- , «Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente)», *Rev. arb.*, 1987, pp. 222-274.
- , «L'arbitrage international devant les juridictions nationales, droit français», *Journal de la Société de législation comparée*, vol. 8, 1988, pp. 627 ss.
- , «L'arbitrage judiciaire», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 167-202.
- , «Relationships between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1995, supplément spécial, pp. 12-23.
- , «Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française», *Rev. arb.*, 1996, pp. 325 ss.
- , «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales», *Rev. arb.*, 1998, pp. 653-672.
- , «L'arbitrage et la mondialisation de l'économie», *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, pp. 381-395.

- Fouchard, Ph., E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- Fragistas, C., «Arbitrage étranger et arbitrage international», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 1-20.
- Fuentes Camacho, V., *Las medidas provisionales y cautelares en el Espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996.
- Gaillard, E., «L'affaire Sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986)», *Rev. arb.*, 1987, pp. 275-291.
- , «Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international», *Rev. arb.*, 1990, pp. 759-796.
- , «Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», *Journ. dr. int.*, 1995, pp. 12 ss.
- García de Enterría, J., «The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration», *Law and Practice Int. Buss.*, vol. 21, 1989-1990, pp. 389-440.
- García Rubio, M<sup>a</sup>. P., «El convenio arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *RCEA*, vol. V, 1988-1989, pp. 71-95.
- García Velasco, I., «Arbitraje comercial y cooperación judicial internacional», *El arbitraje internacional. XII Jornadas de la Asociación española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Saragosse, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1989, pp. 189-242.
- Garcimartín Alférez, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1996.
- Garro, A. M., «El arbitraje en América Central y la Ley modelo propuesta por la UNICITRAL», *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 51-80.
- Gerhard, F., «La compétence de juge d'appui pour prononcer des mesures provisoires extraterritoriales», *SZIER/RSDIE*, 1999, pp. 97-141.
- Gill, W. H., *The Law of Arbitration*, Londres, Sweet and Maxwell, 1975.
- Glossner, O., «Sociological Aspects of International Commercial Arbitration», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, Kluwer, 1982, pp. 143-152.
- Goldman, B., «Les conflits de lois en matière d'arbitrage international», *Recueil des cours*, tome 109 (1963), pp. 347-485.
- , «Le juge et l'arbitrage: Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international», *Rev. arb.*, 1980, pp. 323-340.
- , «Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*», *Rev. arb.*, 1983, pp. 379-409.
- , «L'action complémentaires des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international», *Soixante ans après. Regards sur l'avenir*, Paris, publication CCI n° 412, 1984, pp. 271 ss.
- , «Instance judiciaire et instance arbitrale internationale», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 219-243.
- Goldman, Cl., «Mesures provisoires et arbitrage international», *Rev. dr. aff. int.*, 1993, pp. 3 ss.
- Gómez Jene, M., *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000.
- González Campos, J. D., «Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español», *Anuario de Derecho internacional*, vol. II, 1975, pp. 3-52.
- González Campos, J. D., et J. C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, 2<sup>e</sup> éd., vol. I, *Derecho judicial internacional*, Madrid, SPFDUCM, 1992.
- Gonzalo Quiroga, M., «El máximo arbitral contemporáneo», *Revista jurídica española La Ley*, 1997, 5, D-279, pp. 1823-1827.
- , «Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina: la colaboración entre jueces y árbitros», *RCEA*, vol. XV, 1999, pp. 339-350.

- Goode, R., «The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration», *Arb. Int.*, vol. 17, n° 1, 2001, pp. 19-39.
- Grigera Naón, H., «Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility», *Arb. Int.*, vol. 5, n° 2, 1989, pp. 137-172.
- , *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, Tübingen, Mohr, 1992.
- Hanotiau, B., «L'arbitrage international en Belgique», *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 143-155.
- , «L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen», *Journ. dr. int.*, 1994, pp. 899-966.
- Hascher, D., «Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory Report», *Competition and Arbitration Law*, Paris, Publications CCI, 1993, pp. 163-167.
- , «ICC Practice in Relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6, 2, 1995, pp. 4-18.
- Hautot, I., et G. Flécheux, «La clause de règlement des différends dans les conditions FIDIC génie civil de 1987», *Rev. arb.*, 1989, pp. 609-629.
- Hermann, G., «The Role of the Courts under the UNCITRAL Model Law Script», *Contemporary Problems in International Arbitration* (J. D. M. Lew, dir. publ.), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 164 ss.
- , «Does the World Need Additional Uniform Legislations on Arbitration?», *Arb. Int.*, 1999, 5, p. 219.
- Heuzé, V., «La morale, l'arbitre et le juge», *Rev. arb.*, 1993, pp. 179-199.
- Hochstrasser, D., «Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration», *J. Int. Arb.*, vol. 11, 1994, pp. 57-86.
- Hoellering, M. F., «Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration. The Practices and Experience of the American Arbitration Association», *The Arbitration Journal*, vol. 47, 1992, pp. 40-45.
- Holtzmann, H.-M., «L'arbitrage et les tribunaux: des associés dans un système de justice internationale», *Rev. arb.*, 1978, pp. 253-303.
- Horsmans, G., «Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1990, p. 797-849.
- , «La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1999, pp. 475-539.
- Hulbert, R. W., «Une vue américaine», *Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, Paris, publication CCI n° 519, 1993, pp. 93 ss.
- , «Arbitrators and Judges: an Uncertain Boundary», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, supplément spécial, 1999, pp. 35-41.
- Huys, M., et G. Keutgen, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981.
- Jarrosion, Ch., *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987.
- , «Arbitrage et juridiction», *Droits*, 1989, pp. 107-117.
- , «Réflexions sur l'imperium», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 245-279.
- Jarvin, S., «The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers», *Arb. Int.*, vol. 2, n° 1, 1986, pp. 140-163.
- , «L'exécution des sentences arbitrales de la CCI», *L'exécution des sentences arbitrales*, publication CCI n° 440/6, 1996.
- , «Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel?», *Rev. arb.*, 1998, pp. 611-635.
- Kaden, J., «Judges and Arbitrators: Observations on the Scope of Judicial Review», *Colum. LR*, 1980, pp. 267-277.
- Kanaan, E., et J. I. El-Koury, «Domaine de la clause compromissoire», *Rev. dr. aff. int.*, 1993, pp. 310 ss.

- Kassis, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. I, Paris, LGDJ, 1987.
- , *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, Paris, LGDJ, 1988.
- Kaufmann-Kohler, G., «L'ordre public d'envoi ou la notion d'ordre public en matière d'annulation des sentences arbitrales», *SZIER/RSDIE*, 1993, pp. 273-283.
- , «Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage», *Rev. arb.*, 1998, pp. 517-536.
- Kerr, M., «Arbitration and the Courts: the UNCITRAL Model Law», *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 1-24.
- Klein, F. E., «Autonomie de la volonté et arbitrage», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 255 ss. et 479 ss., pp. 489-491.
- Knoepfler, F., «Les mesures provisoires et l'arbitrage international», *Kellerhals Schiedsgerichtsbarkeit*, Zurich, Europainstitut, 1997, pp. 307 ss.
- Knoepfler, F., et Ph. Schweizer, «Les mesures provisoires et l'arbitrage», *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, Lausanne, Zurich, 1984, pp. 221-231.
- Kovar, R., «Droit communautaire de la concurrence et arbitrage», *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1987, pp. 109-124.
- Lalive, P., «Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international», *Recueil des cours*, tome 120 (1967), pp. 569-714.
- , «De la désignation par un tiers de l'arbitre international», *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger*, Fribourg, Editions universitaires, 1968, pp. 373-386.
- , «Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse», *Rev. arb.*, 1976, pp. 155 ss.
- , «Le juge et l'arbitrage: Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international», *Rev. arb.*, 1980, pp. 341-363.
- , «Avantages et inconvénients de l'arbitrage *ad hoc*», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 301-321.
- Lalive, P., J. F. Poudret et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989.
- Lando, O., «The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration», *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 747-768.
- Lattanzi, F., *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milan, Giuffrè, 1989.
- Leboulanger, L., «L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique», *Rev. arb.*, 1999, pp. 541-593.
- Lécuyer-Thieffry, C., «Les nouvelles lois des Etats américains sur l'arbitrage international», *Rev. arb.*, 1989, pp. 43-50.
- Leurent, B., «L'intervention du juge», *Rev. arb.*, 1992, pp. 303 ss.
- Leval, G. de, «Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage», *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 111-128.
- , «Le juge et l'arbitre: les mesures provisoires», *Rev. dr. int. dr. comp.*, vol. 70, 1993, n° 1, pp. 7-27.
- Lew, J. D. M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, Oceana, 1978.
- , «The Unification of the Law of International Commercial Arbitration», *Business Law Review*, nos 145-146, 1984, p. 147.
- Lew, L. D. M. (dir. publ.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Nijhoff, 1987.
- Lievens, J., «Le juge et les arbitres: le contrôle de la sentence par le juge», *Rev. int. dr. comp.*, 1993, pp. 47-74.
- Linsmeau, J., «L'annulation des sentences arbitrales en droit belge», *L'arbitrage*.

- Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 91-109.
- Loquin, E., «Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international», *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, pp. 293-345.
- Luzzatto, R., «International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States», *Recueil des cours*, t. 157 (1977), pp. 9-484.
- Marchal Escalona, N., «La ley aplicable a la validez de la notificación transfronteriza en el proceso arbitral», *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 27-54.
- Martínez de Castro, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, Civitas, 1984.
- Matray, L., «La déontologie de l'arbitrage commercial international», *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1985, pp. 96 ss.
- , «La loi belge du 27 mars 1985 et ses répercussions sur l'arbitrage commercial international», *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1987, pp. 243-262.
- Mayer, P., «Mandatory Rules of Law in International Arbitration», *Arb. Int.*, 1986, pp. 274-322.
- , «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence», *Recueil des cours*, tome 217 (1989), pp. 319-454.
- , «La règle morale dans l'arbitrage international», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 379-402.
- , «L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé», *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 275 ss.
- , «Imperium de l'arbitre et mesures provisoires», *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, pp. 437-452.
- Merino Merchán, J. F., et J. M. Chillón Medina, «La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje», *Revista de la Corte española de Arbitraje*, vol. V, 1988-1989, pp. 235-244.
- Moreau, B., «L'intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et comparé», *Rev. arb.*, 1978, pp. 323-340.
- , «Les effets de la nullité de la sentence arbitrale», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 403-413.
- Moreau, B., et T. Bernard, *Droit interne et droit international de l'arbitrage*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Delmas, 1985.
- Motulsky, H., «La nature de l'arbitrage», *Ecrits*, t. II, *Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 5 ss.
- , «L'évolution récente en matière d'arbitrage», *Rev. arb.*, 1959, pp. 3 ss.
- Niboyet-Hoegy, M. L., «Les conflits de procédures», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1995-1998, Paris, Pedone, 2000, pp. 71-88.
- Nygh, P., «Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration», *Forum international*, n° 24, 1997, pp. 1-33.
- Oppetit, B., «Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente», *Rev. arb.*, 1977, pp. 315-326.
- , «Justice étatique et justice arbitrale», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 414-426.
- , «Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique», *Justices*, 1995, n° 1, pp. 53 ss.
- , «Philosophie de l'arbitrage commercial international», *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 811 ss.
- , «Sur le concept d'arbitrage», *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 229-239.
- , *Théorie de l'arbitrage*, Paris, Puf, 1998.
- Ouakrat, Ph., «L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires : étude générale», *DPCI*, t. 14, 1988, pp. 239-271.

- Panchaud, A., «Le siège de l'arbitrage international de droit privé», *Rev. arb.*, 1966, pp. 2-15.
- Park, W. W., «Judicial Controls in the Arbitral Process», *Arb. Int.*, vol. 5, n° 3, 1989, pp. 230-279.
- Parker School of Foreign and Comparative Law, *International Commercial Arbitration and the Courts*, New York, Dobbs Ferry, 1989.
- Parra-Aranguren, G., «La determinación del Derecho aplicable a la controversia en las recientes leyes sobre arbitraje comercial internacional», *Ley de Derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998. Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, vol. III, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 231-246.
- Pastor Ridruejo, J. A., «El arbitraje y el Derecho internacional privado de la coexistencia», *REDI*, 1965, pp. 20-33.
- Paulsson, J., «Arbitre et juge en Suède. Exposé général et réflexions sur la délocalisation des sentences arbitrales», *Rev. arb.*, 1980, pp. 441-487.
- , «Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin», *ICLQ*, 1981, pp. 358-387.
- , «Arbitrage international et voies de recours: la Cour suprême de Suède dans le sillage des solutions belge et helvétique», *Journ. dr. int.*, t. 117, 1990, pp. 589-599.
- , «L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain», *Rev. arb.*, 1998, pp. 637-651.
- Pérez Beviá, J. A., «Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje comercial internacional», *RCEA*, vol. VI, 1990, pp. 81-99.
- Perrot, R., «Arbitrage interne et arbitrage international. Les recours devant la cour d'appel empêchent-ils l'arbitre de poursuivre sa mission», *Rev. arb.*, 1987, pp. 101-125.
- Poudret, J. F., «Les voies de recours en matière d'arbitrage international en Suisse selon le concordat et la nouvelle loi fédérale», *Rev. arb.*, 1988, pp. 595-628.
- Poviralli, R., *Delle impugnazioni in generale*, Naples, Morano, 1962.
- Prujiner, A., «Champ de contrôle du juge national sur les sentences arbitrales internationales», *Competition and Arbitration Law*, Paris, Publications CCI, 1993, pp. 283-293.
- Racine, J. B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999.
- Ramos Méndez, F., *Derecho procesal civil*, Barcelone, Bosch, 1980.
- , «Arbitrage international et mesures conservatoires», *Rev. arb.*, 1985, pp. 51-67.
- , *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelone, Bosch, 1987.
- Redfern, E., et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1991.
- Reiner, A., «Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI», *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 853 ss.
- Remiro Brotóns, A., *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, Edersa, 1980.
- , «La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères», *Recueil des cours*, tome 184 (1984), pp. 169-354.
- Requejo Isidro, M., «Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional», *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 43-87.
- , «Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 17 de septiembre de 1968 (Comentario a la S TJCE — Pleno — de 17 de noviembre de 1998: Asunto C-391/95, Van Uden/Deco Line)», *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 83-97.
- , *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Saint-Jacques-de-Compostelle, De conflictu legum, 2000.
- Robert, J., *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1993.



- Rubellin-Devichi, J., *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ, 1965.
- Samuel, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration. A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West Germany Law*, Zurich, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1989.
- Sanders, P., «L'intervention du juge dans la procédure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence)», *Rev. arb.*, 1980, pp. 238-252.
- Sarcevic, P., *Essays on International Commercial Arbitration*, Dordrecht, Nijhoff, 1989.
- Schlosser, P., *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, vol. I, Tübingen, Max Plank Instituut, 1985.
- , «The Competence of Arbitrators and of Courts», *Arb. Int.*, 1992, pp. 189-204.
- , «La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1998, pp. 291-303.
- Schmitthoff, C. M., «The Jurisdiction on the Arbitrator», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Kluwer, 1982, pp. 285-293.
- , «Finality of Arbitral Awards and Judicial Review», *Contemporary Problems in International Arbitration* (J. D. M. Lew, dir. publ.), Dordrecht, Nijhoff, 1987, pp. 230-241.
- Schultsz, J., «Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d'arbitrage», *Rev. arb.*, 1988, pp. 209-222.
- Schwartz, E. A., «Pratique et expérience de la Cour de la CCI», *Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, Paris, publication CCI n° 519, 1993, pp. 47 ss.
- Silva, J. A., *Arbitraje comercial internacional en México*, Pérezniето Editores, México, 1994.
- Smit, H., «A-National Arbitration», *Tulane Law Rev.*, vol. 63, I, 1988-1989, pp. 629-645.
- Storme, M., «Belgium: A Paradise for International Commercial Arbitration», *Int. Bus. Lawyer*, 1986, pp. 294-295.
- Storme, M., et F. De Ly (dir. publ.), *The Place of Arbitration. Third International Symposium on the Law of International Commercial Arbitration, Ghent, 30-31 May 1991*, Gand, Mys & Breesch, 1992.
- Storme, M., et D. Demeulenaere, *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer, 1989.
- Tenenbaum, M., «International Arbitration of Trade Disputes in Mexico», *J. Int. Arb.*, 1995, pp. 53 ss.
- Thomas, R., «The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968 : An English Perspective», *Journal of International Arbitration*, vol. 7, 3, 1990, pp. 43-52.
- , *Default Powers of Arbitrators. An Analysis of the Law and Practice Relating to the Default Powers of Arbitrators*, Londres, LLP, 1996.
- Thorens, J., «L'arbitre international au point de rencontre des traditions de droit civil et de la *common law*», *Etudes de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Bâle, Francfort, Helbing et Lichtenhahn, 1993, pp. 693 ss.
- Treviño, J. C., «The New Mexican Legislation on Commercial Arbitration», *J. Int. Arb.*, 1994, 4, pp. 5 ss.
- Van Compernelle, J., «Le droit de recours du tiers contre une sentence arbitrale obtenue par fraude», *Rev. crit. jurispr. belge*, 1994, pp. 647-663.
- Van Delden, R., «English Commodity Arbitrators: a Foreigner Looking Around in London», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Kluwer, 1982, pp. 95-110.
- Van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, La Haye, Kluwer, 1981.
- Van Houtte, H., «Le juge et l'arbitre. Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 28-46.

- Verbist, H., «Le lieu de l'arbitrage dans le processus de négociation et de rédaction d'une clause d'arbitrage», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 220 ss.
- Verdera y Tuells, E., «La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral», *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 35-57.
- Virgós Soriano, M., et F. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Cívitas, 2000.
- Vives Chillida, J. A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw Hill, 1998.
- Vulliemin, J. M., «La Ley de Arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional», *RCEA*, 1990, pp. 57-79.
- Walton, A., et M. Vitoria, *Russell on the Law of Arbitration*, Londres, Stevens & Sons, 1982.
- Warren, D. T., «The Concept of Null and Void in International Arbitration», *Arb. Jour.*, vol. 45, 1990, 4, pp. 57 ss.