

Gazette du Palais

EN LIGNE SUR
lextenso.fr

TRI-HEBDOMADAIRE

VENDREDI 13 AU MARDI 17 JUILLET 2007

127^e année N^{os} 194 à 198

LES CAHIERS DE L'ARBITRAGE

N^o 2007 / 2

Série dirigée par

Alexis Mourre

Cabinet Castaldi Mourre & Partners

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 **RÉDACTIONNEL** P. 1 à 64 DIRECTION ET RÉDACTION : 12, PLACE DAUPHINE 75001 PARIS TÉL. 01 42 34 57 27 FAX : 01 46 33 21 17 E-MAIL : redaction@gazette-du-palais.com

CAHIER 2 **ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS** [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02
INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : <http://www.jss.fr>

CAHIER 3 **ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS** [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] ADMINISTRATION : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 STANDARD : 01 44 32 01 50
DIFFUSION : TÉL. 01 44 32 01 58, 59, 60 OU 66 FAX 01 44 32 01 61 / INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

www.gazette-du-palais.com

LES CAHIERS DE L'ARBITRAGE
N° 2007 / 2

Série dirigée par Alexis Mourre
Cabinet Castaldi Mourre & Partners

Comité de rédaction : Ibrahim Fadlallah,
Emmanuel Jolivet, Serge Lazareff, Alexis Mourre,
Géraud de la Pradelle, Priscille Pedone, Christophe Seraglini

A LA MÉMOIRE DU JUGE KEBA MBAYE

Avant-propos		
DE LA PAROLE DONNÉE...		3
par Serge Lazareff		
Doctrine		
LA RÉOLUTION, PAR L'ARBITRAGE, DES CONFLITS ENTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES ENTREPRISES PRIVÉES EN DROIT BRÉSILIEN		6
par Arnaldo Wald		
ARBITRAGE ET DROIT PRIVÉ EUROPÉEN : CRITIQUE D'UNE INCURSION		17
par Michael Schöll		
LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE EN ARBITRAGE		22
par Klaus Sachs		
COMPÉTENCE-COMPÉTENCE À LA MEXICAINE ET À L'AMÉRICAINNE : UNE ÉVOLUTION DOUTEUSE		27
par Francisco González de Cossío		
Chronique de jurisprudence en matière d'arbitrage sportif		31
par Andrea Pinna et Antonio Rigozzi		
Sommaires de jurisprudence des cours et tribunaux		41
par Alexis Mourre et Priscille Pedone		
Panoramas de jurisprudences étrangères		45
PANORAMA DE JURISPRUDENCE AMÉRICAINE , par Éric Ordway et Bertrand Derains ■ PANORAMA DE JURISPRUDENCE LATINO-AMÉRICAINE , par Fernando Mantilla-Serrano et Eduardo Silva Romero ■ PANORAMA DE JURISPRUDENCE ALLEMANDE , par Valéry Denoix de Saint Marc ■ PANORAMA DE JURISPRUDENCE ITALIENNE , par Tiziana Tampieri ■ PANORAMA DE JURISPRUDENCE NÉERLANDAISE , par Arnaud Ingen-Housz		
Brèves		
COLLOQUES – PUBLICATIONS		60

TOUTE REPRODUCTION MÊME PARTIELLE EST INTERDITE, SAUF EXCEPTIONS PRÉVUES PAR LA LOI
La réalisation de panoramas de presse sur intranet incluant un extrait du contenu de la présente publication est conditionnée à la conclusion d'un accord avec le Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC).

De la parole donnée...

Lorsque les parties conviennent d'avoir recours à l'arbitrage, elles s'engagent à exécuter la sentence à intervenir.

La plupart, sinon tous les règlements d'arbitrage institutionnel, consacrent le principe selon lequel « toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties » (1) ; la sentence est « final and binding » (2). La clause d'arbitrage type de la CCI précise que la sentence règle définitivement le différend.

Dès lors, les recours et procédés portant atteinte à l'exécution de la sentence apparaissent comme étant « théoriquement inadmissibles » (3), sauf évidemment si un recours en annulation est juridiquement fondé et n'a pas pour seul objectif de retarder l'exécution.

Dans l'arbitrage *ad hoc*, les parties disposent évidemment d'une plus grande liberté procédurale, mais le NCPC dispose en son article 1476 que : « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ».

Or, la judiciarisation de l'arbitrage, conséquence du non-respect de la parole donnée, conduit de plus en plus à remettre en cause la procédure arbitrale à laquelle les parties ont pourtant librement consenti.

Ainsi que l'avait présagé à juste titre Jean-Denis Bredin dès 1962, à l'heure où s'organisait l'arbitrage international français, le véritable danger pour l'efficacité de l'arbitrage est la multiplication des recours en annulation qu'il qualifiait déjà à l'époque de « grand péril qui menace la France » (4).

En France, les magistrats, fortement au soutien de l'arbitrage, ont de plus en plus tendance à sanctionner ces reniements et n'hésitent plus à en faire payer les conséquences aux plaideurs qui encombrant la justice, déjà surchargée, avec des recours souvent futiles.

Pendant longtemps, les tribunaux étatiques, après avoir refusé d'accorder des dommages et intérêts pour abus dans l'exercice de recours en annulation (5), se sont contentés de montants souvent symboliques. C'est ainsi que l'indemnisation des frais irrépétibles au titre de l'article 700 du NCPC a connu une évolution substantielle. Il y a encore vingt ans, la Cour d'appel de Paris accordait hardiment 5.000 F !

Depuis 1998, les chiffres sont plus réalistes. Ainsi, la Cour n'hésite plus à accorder des sommes conséquentes (sous réserve qu'elles soient demandées) pour sanctionner les recours abusifs. Dans une affaire récente (6), 200.000 € de dommages et intérêts ont été accordés à la partie défenderesse au recours.

Ce qui est notable dans cette décision n'est pas tant le montant de la somme allouée qui se justifie au regard des dommages subis (honoraires et frais divers, perte de temps) mais, ainsi que l'a souligné Hervé Lécuyer, le fait qu'il ne s'agit plus pour la Cour d'accorder une réparation du préjudice mais plutôt d'infliger une véritable sanction à la partie ayant agi sans fondement réel (7).

(1) Article 28.6 du règlement d'arbitrage de la CCI.

(2) Article 36 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm ; article 27 du règlement d'arbitrage de l'AAA ; article 24 du règlement CEPANI ; article 26-9 de la LCIA Arbitration Rules ; article 32 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, etc.

(3) J.-D. Bredin, La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours, JDI, 1962, p. 650.

(4) J.-D. Bredin, op. cit., p. 638.

(5) M.-E. Boursier, note sous C. Paris, 12 septembre 2002, Rev. arb. 2003, p. 185.

(6) C. Paris (1^{re} ch. C), 6 mai 2004, SARL Carthago Films c/ SARL Babel Productions, Rev. arb. 2006, n° 3 ; H. Lécuyer, Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire, Rev. arb. 2006, n° 3, p. 586 et 587.

(7) H. Lécuyer, Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire, Rev. arb. 2006, n° 3, p. 586.

Cet arrêt portait également condamnation à une amende civile ⁽⁸⁾ sur le fondement de l'article 32-1 du NCPC qui, employé parcimonieusement, dispose que « *celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3.000 € sans préjudice des dommages et intérêts qui seraient réclamés* ».

La Cour a condamné au versement de la somme maximale à l'époque soit 1.500 € ⁽⁹⁾, ce qui laisse espérer des condamnations à 3.000 € à l'avenir.

Une tendance identique se retrouve à l'étranger. C'est ainsi que dans une affaire récente, le Tribunal Fédéral Suisse n'a pas hésité à faire payer 1.000.000 CHF au demandeur d'un recours non fondé.

En outre, voulant sanctionner les recours abusifs, la Cour d'appel de Paris est indéniablement empreinte d'une tendance moralisatrice.

Elle est en effet passée de simples fins de non-recevoir de manœuvres dilatoires des parties à affirmer l'existence d'« *un devoir général de comportement pour assainir le processus arbitral* » ⁽¹⁰⁾. La Cour a ainsi tenu à proclamer le devoir de loyauté et de bonne foi des parties à l'instance arbitrale et la sanction de l'abus des voies de recours : « *l'obligation d'exécuter de bonne foi les transactions du commerce international s'étend également à la convention d'arbitrage, et au-delà à l'exécution de la sentence* » ⁽¹¹⁾. Les expressions employées par la Cour sont édifiantes : « *La société X moque la justice arbitrale* », « *plaisante avec la justice d'État (...)* » et « *avec le droit d'agir en justice* » ⁽¹²⁾, ou encore « *ce recours [a été intenté] de manière blâmable, sans raison sérieuse* » ⁽¹³⁾.

L'allocation de telles sommes ainsi que la vigueur dans l'expression témoignent certainement d'une volonté de dissuader ceux qui souhaiteraient emprunter la même voie ⁽¹⁴⁾.

Une fois de plus, approuvons l'attitude des juges français, en particulier de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris qui, à juste titre, agissent afin que les tribunaux ne soient pas encombrés par des recours sans fondement alors que la justice ne peut accomplir de vraies missions avec célérité, occupée qu'elle est par des dossiers dont elle ne devrait pas à avoir à connaître. Ceci, notons-le au passage, dépasse le cadre de l'arbitrage et même le cadre des juridictions de l'ordre judiciaire.

Poursuivant la voie qui a toujours été la nôtre, il nous apparaît donc que plus élevées seront les sanctions pécuniaires, plus les parties hésiteront à tenter des recours sans aucune justification juridique solide.

Dans ce même mouvement de moralisation de l'arbitrage, les tribunaux n'hésitent plus à traiter les États avec la même vigueur. La Cour de cassation a ainsi, dans *un bel et grand arrêt* ⁽¹⁵⁾, créé un nouveau chef de compétence du juge d'appui français : le droit au juge arbitral est aussi fort que le droit au juge judiciaire et son non-respect par le juge français constitue un déni de justice. Dans cet arrêt, la Cour de cassation exige un lien *fut-il tenu* avec la France. On peut espérer, dès lors que la qualification de déni de justice est retenue, qu'à l'avenir ce lien ne sera plus exigé.

(8) H. Lécuyer, op. cit., p. 587.

(9) L'arrêt a été rendu avant l'entrée en vigueur du décret faisant passer la somme plafond de 1.500 € à 3.000 €, décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 applicable aux procédures instruites et diligentées après le 1^{er} mars 2006 (article 87).

(10) M.-E. Boursier, note sous C. Paris, 12 septembre 2002, Rev. arb. 2003, p. 185.

(11) C. Paris, 5 novembre 1985, Société Somax, Rev. arb. 1987. 81.

(12) C. Paris, 5 novembre 1985, Société Somax, Rev. arb. 1987. 81.

(13) C. Paris, 30 mai 2006, Serero, Cah. de l'arbitrage, 2006/2, p. 42, Gaz. Pal., octobre 2006.

(14) H. Lécuyer, op. cit., p. 575 et 578.

(15) Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2005, État d'Israël c/ Société National Iranian Oil Company (NIOC), note H. Muir Watt, Rev. arb. 2005, n° 3.

Beaucoup d'États (les praticiens en connaissent à peu près la liste) se refusent à exécuter les sentences arbitrales dès lors qu'un de leurs nationaux est condamné ⁽¹⁶⁾. Les États réticents s'appuient souvent sur la Convention de New York qui permet de s'opposer à l'exécution d'une sentence lorsqu'elle viole l'ordre public international ⁽¹⁷⁾.

C'est sur ce fondement que les parties, plus particulièrement les États, tentent souvent de s'appuyer pour s'opposer à l'exécution de la sentence. La jurisprudence a dû faire preuve de fermeté et veiller à sanctionner une fois encore les procédés purement dilatoires.

Cette fermeté se retrouve même au Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), organisme dépendant de la Banque mondiale et compétent pour traiter des différends nés à l'occasion de Traités de protection des investissements.

Dans une récente sentence ⁽¹⁸⁾, le CIRDI était saisi par un investisseur italien d'un arbitrage ⁽¹⁹⁾ afin de voir condamner l'État du Bangladesh sur le fondement du comportement des juridictions de ce dernier, lesquelles avaient fait obstruction à une procédure d'arbitrage CCI dont le siège était à Dhaka, notamment en prononçant une *anti suit injunction* (décision d'un tribunal étatique enjoignant une partie de ne plus participer à une procédure arbitrale), en destituant les arbitres, et en accueillant un recours en annulation. Le CIRDI s'est reconnu compétent, estimant que les faits allégués par la demanderesse étaient bien susceptibles de constituer une expropriation au sens du Traité bilatéral d'investissements ⁽²⁰⁾.

Ainsi, cette juridiction internationale rejoint dans un style plus neutre, plus académique, le principe du respect de l'arbitrage proclamé avec force par les tribunaux français.

SERGE LAZAREFF
Avocat au Barreau de Paris
Président de la Commission de l'arbitrage du Comité National Français
de la Chambre de commerce internationale (ICC)

(16) K. Hober, *Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Russian Entities*, *Arbitration international*, vol. 10, n° 1, LCIA, 1994.

(17) V. ex. article 1502-5° du NCPC ; article 1723, 2 du Code judiciaire belge, article 103 (3) de l'arbitration Act anglais ; article 10 du Federal Arbitration Act ; article 31, 1, b, 2 de la loi type de la CNUDCI.

(18) *Saipem S.p.A v. The people's Republic of Bangladesh*, ICSID, Case n° ARB05/09/07.

(19) La compétence du CIRDI était fondée sur le Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre l'Italie et le Bangladesh.

(20) S. Clavel, *Anti suit injunctions et arbitrage*, *Rev. arb.* 2001, n° 4, p. 669.

La résolution, par l'arbitrage, des conflits entre l'administration publique et les entreprises privées en droit brésilien

DOCTRINE

G4263
SPÉCIAL ARBITRAGE

Arnoldo WALD
Avocat au Brésil, professeur de droit
Docteur *Honoris Causa* de l'Université Paris II
Membre de la Cour internationale d'arbitrage
de la Chambre de commerce internationale (CCI)

« Le legs le plus redoutable que le XX^e siècle a fait au XXI^e est, dans ce domaine, l'incohérence totale entre un marché de plus en plus mondialisé et l'immense déficit du droit mondial, y compris pour ce qui concerne les droits sociaux. C'est ce déficit qu'il s'agit de combler. Notamment en apprenant à maîtriser le processus historique trop exclusivement mécanique et hors contrôle qu'est aujourd'hui la mondialisation » (Michel Albert, Jean Boissonnat, Michel Camdessus, *Notre foi dans ce siècle*, Paris, Arléa, 2002, p. 121).

« Contrairement à ce que l'on entend parfois, la réticence à l'égard de l'arbitrage et la tentation de s'y soustraire par tous les moyens même légaux ne sont pas l'apanage de certains États ou de certains groupes d'États... Après tout, les États quels qu'ils soient ne sont ni meilleurs ni pires que les particuliers : ils n'aiment ni s'engager ni perdre » (Claude Reymond, *Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage*, Rev. Arb. 1985, 517)

I. INTRODUCTION

L'utilisation de l'arbitrage pour résoudre les conflits entre l'État ou les organes de l'administration publique, d'une part, et les entreprises ou les autres personnes de droit privé, de l'autre, nous a paru un thème important et opportun en vertu de l'évolution que le droit brésilien vient de réaliser en cette matière.

En effet, la majorité des livres et des articles écrits au sujet de l'arbitrage en Amérique latine, et, en particulier, au Brésil, date d'une époque récente, pendant laquelle, toutefois, cette question était encore polémique, tant en ce qui concerne les relations de droit interne que par rapport aux litiges provenant des contrats internationaux ⁽¹⁾.

Des doutes à ce sujet existaient, il y a encore deux ans, puisque la question n'a été réglée qu'à partir d'une législation qui est entrée en vigueur au début

de 2005 et a été complétée la même année ⁽²⁾, tandis que les tribunaux supérieurs n'ont publié leurs décisions définitives et favorables à l'arbitrage à ce sujet qu'en 2006 ⁽³⁾.

Il est intéressant de souligner la rapidité avec laquelle la position du droit brésilien s'est sédimentée en cette matière, en vertu des nécessités économiques du pays. C'est d'abord vrai pour l'arbitrage en général, qui était pratiquement méconnu au Brésil jusqu'aux années 1990, et qui a, depuis lors, évolué très rapidement. La doctrine a même reconnu qu'il y a eu, à ce sujet, une vraie « révolution culturelle », en vertu de laquelle l'ignorance et la méfiance, qui existaient jadis, ont été dépassées et nous avons connu, dans la pratique, une véritable explosion de l'arbitrage, comme le prouvent les statistiques tant des organisations arbitrales que des tribunaux.

À la CCI, par exemple, nous avons, en 1996, parmi les affaires en cours, trois parties brésiliennes pour sept argentines et soixante-dix mexicaines. Dix ans plus tard, c'est le Brésil qui compte soixante-sept parties dans les arbitrages CCI, étant le premier client pour l'Amérique latine et le quatrième sur le plan mondial. D'autre part, les arbitrages domestiques ont décuplé depuis la décennie de 1990 et doublé dès le début du XXI^e siècle.

Cette évolution de l'arbitrage est liée en partie au développement du commerce international qui a eu lieu dans la majorité des pays, et qui s'est accéléré depuis la fin du XX^e siècle ⁽⁴⁾. Il faut toutefois reconnaître que le rythme de la croissance de son utilisation n'a pas toujours été le même dans les différents États. Ainsi, plusieurs auteurs craignent qu'il puisse y avoir, dans certains pays, du retard ou même un retour à des conceptions surannées, comme cela pourrait être le cas de la doctrine Calvo ⁽⁵⁾, qui ressurgit en Amérique latine. Mais ce n'est

(1) Gilberto Giusti a écrit récemment que : « La capacité de l'administration publique à compromettre fait couler beaucoup d'encre. Jusqu'à présent les tribunaux administratifs (comme le Tribunal fédéral de comptes compétent pour les questions législatives) et judiciaires brésiliens ont généralement estimé qu'un tel arbitrage est illégal » (Les développements récents de l'arbitrage au Brésil, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, sous la direction d'Alexis Mourre, vol. III, 2006, p. 185). Dans le même sens, Arnoldo Wald et Camille Jauffret-Spinozi, *Le droit brésilien, hier, aujourd'hui et demain*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 412-414, et Eduardo Silva Romero et Fernando Mantilla Serrano, *Panorama de jurisprudence latino-américaine*, in *Cahiers*, vol. III, p. 421-422.

(2) Loi n° 11.079, article 11, III du 30 décembre 2004, entrée en vigueur en 2005 et loi n° 11.196 du 22 novembre 2005, qui a modifié l'article 23, XV de la loi n° 8.987 de 1995.

(3) En ce qui concerne les décisions du Tribunal Supérieur de Justice (STJ), il s'agit du Mandado de Segurança (Injonction) n° 11.308, publié le 14 août 2006, et du Recurso Especial – REsp (Recours Spécial) n° 612.439, publié le 14 septembre 2006. Nous analyserons ces décisions dans la 6^e partie du présent article.

(4) Philippe Fouchard, *Écrits*, Paris, Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 471 à 475.

(5) Bernardo M. Cremades, *Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America*, in *Business Law International*, publication de l'International Bar Association, vol. 7, n° 1, p. 53 et s. De son côté, Mantilla Serrano craint que la constitutionnalisation de l'arbitrage dans différents pays d'Améri-

pas le cas pour le Brésil qui, d'ailleurs, ne l'a jamais appliquée.

D'autre part, dans la majorité des États qui constituent le groupe BRIC (Brésil, Russie, Inde et Chine), la croissance de l'arbitrage rencontre également certaines difficultés d'origine politique ou culturelle ⁽⁶⁾. Le Brésil est donc, à cet égard, une exception par la continuité des progrès obtenus et par la croissance des arbitrages réalisés dans les dernières années.

Effectivement, la loi de 1996, la décision de la Cour suprême de 2001, reconnaissant sa constitutionnalité, et la ratification de la Convention de New York en 2002, ont été les trois piliers de l'institutionnalisation de l'arbitrage dans notre pays ⁽⁷⁾. En outre, une jurisprudence constructive s'est rapidement consolidée en sa faveur, tandis qu'un grand nombre de livres et d'articles ont été publiés à ce sujet.

Jusqu'en 2005, la dernière, sinon l'unique, résistance était liée aux contrats de droit public et, en particulier, aux concessions et aux conventions d'arbitrage signées par les sociétés d'économie mixte. Il y avait à ce propos des discussions en ce qui concerne l'interprétation de la Constitution fédérale et de la loi des concessions. De son côté, la jurisprudence n'était pas du tout uniforme, quoique certains jugements aient reconnu la validité de la clause compromissoire dans les contrats entre sociétés d'économie mixte et entreprises privées.

Au fond, la situation du Brésil n'était à ce sujet, au début du XXI^e siècle, pas très différente de celle qui existait en France une dizaine d'années plus tôt. Il suffit de rappeler la résistance tenace que l'arbitrage en matière administrative avait encore rencontrée, lors de la journée d'étude que le Comité de l'arbitrage lui avait consacré en octobre 1985 ⁽⁸⁾. Des doutes existaient encore, douze ans plus tard, lorsqu'une thèse sur le thème a été élaborée, comme le montre la préface du professeur Yves

que latine puisse devenir un vrai « cadeau empoisonné », Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes), *Revue de l'arbitrage*, 2005, n° 3, p. 601.

(6) Selon des études récentes faites à ce sujet, tant en Chine qu'en Inde et en Russie, l'arbitrage interne et international rencontrent encore des obstacles. V., entre autres, Jingzhou Tao, *Arbitration Law and practice in China*, La Haye, Kluwer, 2004, passim, et Jacques Sagot et Hanqi Xie, *Le règlement des conflits, in L'actualité du droit chinois des affaires*, Paris, Société de législation comparée, 2004, p. 105 et s. et spécialement p. 122. Dans le même sens, David Annoussamy, *Le droit indien en marche*, Paris, Société de législation comparée 2004, p. 87 et 88 ; et Alope Ray et Dipen Sabharwal, *Indian Arbitration at a crossroads*, in *Global Arbitration Review*, vol. 6, n° 1, p. 32. Pour la Russie, malgré certains progrès, la doctrine remarque l'ambiguïté qui existe en ce qui concerne l'arbitrage prévu dans les contrats entre les personnes publiques et les entreprises privées, comme le reconnaît Nelsie Berges dans *Les contrats entre les personnes publiques russes et les entreprises privées*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2003, n° 4, p. 902 et s.

(7) Arnaldo Wald, *L'évolution de l'arbitrage aux Brésil*, in *Global Reflections on International Law, Commercial and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, ICC, 2005, p. 906 et ss.

(8) Bruno Oppetit, *Les États et l'Arbitrage international : esquisse d'une solution* et Claude Reymond, *Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage*, les deux articles ayant été publiés par la *Revue de l'arbitrage*, 1985, n° 4 (n° spécial), p. 493-542.

Gaudemet au livre d'Apostolos Partikios, qui date de 1997 ⁽⁹⁾.

Mais, depuis lors, il faut reconnaître que, tant en France qu'au Brésil, le législateur et la jurisprudence ont fait un grand effort pour « retrouver le temps perdu » et abandonner les mythes du passé par une vraie « destruction créatrice », pour utiliser la terminologie des économistes ⁽¹⁰⁾.

Il est intéressant de remarquer que cette évolution du droit de l'arbitrage n'a pas été tellement liée à des raisons purement juridiques, mais fut, en grande partie, le fruit des nouvelles nécessités économiques. Ainsi, dans son rapport introductif au Colloque de 2003 sur « *Les États dans le contentieux économique international* », Philippe Leboulanger considère la chute du Mur de Berlin, le nouvel essor de la pensée néolibérale et la création de l'OMC comme étant les facteurs qui ont favorisé le développement de l'arbitrage dans les relations de droit public ⁽¹¹⁾. D'ailleurs, déjà huit ans plus tôt, en 1993, le Conseil d'État s'était préoccupé de « *régler autrement les litiges* » et affirmait que l'arbitrage s'imposait à notre époque en vertu de la surcharge du juge ⁽¹²⁾. De son côté, Philippe Fouchard a expliqué l'universalisation progressive de l'arbitrage par « *la croissance et l'élargissement des échanges internationaux* » qui « *se répercutent sur les litiges qu'ils engendrent* » ⁽¹³⁾.

Pour les pays en développement, d'autres facteurs ont également imposé de nouvelles solutions aux litiges en matière administrative, tels que l'arbitrage et la médiation. Effectivement, si l'incertitude, la vitesse, la disparition des distances et la flexibilité sont les caractéristiques du XXI^e siècle ⁽¹⁴⁾, elles se font sentir, d'une façon plus aiguë, dans les pays en voie de développement dont l'économie a démarré après la Seconde Guerre mondiale et qui arrivent, un demi-siècle plus tard, à leur maturité. Ces pays sont en train de réaliser un effort de modernisation et d'industrialisation et doivent donc modifier, beaucoup plus rapidement, leur système

(9) Le professeur Yves Gaudemet écrit, au début de sa préface au livre de Apostolos Partikios intitulé *L'arbitrage en matière administrative*, LGDJ, 1997, p. XVIII, que : « L'arbitrage en matière administrative peut apparaître d'abord au voyageur du droit comme une terre de désespérance : l'arbitrage sous toutes ses formes est interdit aux personnes publiques, quelles qu'elles soient et quelle que soit la nature de leurs activités ; et la clause compromissoire est condamnée, même dans des contrats unissant des personnes privées dès lors qu'il s'agit de contrats administratifs. Voici l'état du droit le plus récent, ... ».

(10) L'expression est de Joseph A. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, traduction française, Paris, Payot, sans date, 2^e partie, chapitre 7, p. 119.

(11) Philippe Leboulanger, *Rapport Introductif*, in *Revue de l'Arbitrage*, 2004, n° 3, p. 618.

(12) Yves Gaudemet, op. et loc. cités.

(13) Philippe Fouchard, *Écrits cités*, p. 475.

(14) Ilya Prigogine, *La fin des certitudes*, Paris, Odile Jacob, 1996, reprenant et développant la thèse de John Kenneth Galbraith dans son livre *The age of uncertainty* ; Ulrich Beck, *Risk Society* (traduction anglaise de l'allemand), Londres, Sage Publications ; et Alvin Toffler, *Le choix du futur* (traduction française), Paris, Denoël, 1971. Dans le domaine juridique, Jean Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, 7^e édition, LGDJ, 1992.

juridique et leurs institutions en s'adaptant aux nouvelles technologies et à la mondialisation.

Nous assistons, ainsi, à une « banalisation de la partie publique en ce qui concerne l'arbitrage commercial international »⁽¹⁵⁾, qui s'impose beaucoup plus vite et d'une façon plus complète dans les pays émergents, qui savent que leur retard économique peut les exclure de la société internationale, mais aussi que la réalisation immédiate de réformes importantes et la réorganisation de leur économie sont susceptibles de les transformer en grandes puissances occupant, dans le prochain demi-siècle, les premières places sur le plan mondial en ce qui concerne la productivité et même le produit intérieur brut⁽¹⁶⁾.

Dans ce sens, l'un des facteurs du progrès économique est certainement la réalisation de gros investissements, qui présupposent la sécurité juridique comme une des prémisses du développement⁽¹⁷⁾. Non seulement la sécurité juridique devient elle un principe constitutionnel⁽¹⁸⁾, mais celle-ci suppose, d'une part, la clarté et la cohérence des textes législatifs et, de l'autre, l'existence de procédures rapides et efficaces de solution des litiges. Le *due process of law* qui caractérise l'état de droit signifie donc, non seulement un procès juste et équitable, mais des solutions efficaces, définitives (sans possibilité de recours) et rapides que, dans de nombreux cas, seul l'arbitrage peut offrir.

La possibilité d'utiliser l'arbitrage dans les litiges en matière administrative fait donc partie du droit du développement, dans ses deux sens. Elle concerne, d'abord, la protection des droits de l'homme dans ses aspects politiques et sociaux, per-

(15) Géraud de La Pradelle, Banalisation de la partie publique dans l'arbitrage commercial international impliquant un État, in Cahiers de l'Arbitrage, vol. III, Gaz. Pal., juillet 2006, p. 121.

(16) Selon les prévisions de la banque Goldman Sachs et du FMI (Global Economics Paper No : 99 – Dreaming With BRICs : The Path to 2050), les pays les plus riches en termes de PIB devraient être, en 2050, la Chine, les États-Unis, l'Inde, le Japon, le Brésil et la Russie (ou le Mexique), tandis que le classement était en 2005 le suivant : États-Unis, Japon, Allemagne, Grande Bretagne, France et Italie (ou Chine).

(17) Raymond Aron signalait déjà qu'une des conditions du décollage des pays émergents est l'existence d'une administration et d'une législation rationalisées (Trois essais sur l'âge industriel, Paris, Plon, 1966). Dans le même sens, W.-W. Rostow, Les étapes de la croissance économique (traduction française), Paris, Éditions du Seuil, 1963, passim.

(18) La doctrine française et la jurisprudence brésilienne reconnaissent toutes deux que la sécurité juridique est devenue un principe constitutionnel. C'est son existence qui est le fondement de l'État de droit et elle doit donc être confortée (rapport approuvé par l'Assemblée générale du Conseil d'État, le 2 février 2006, et publié dans son « Rapport public 2006 sur la sécurité juridique et complexité du droit », Paris, La Documentation française, 2006, p. 225 et s.). La Cour de cassation a aussi réalisé un séminaire franco-brésilien intitulé « Regards croisés sur la sécurité juridique » dont les actes ont été publiés par les Petites Affiches dans un numéro spécial du 21 décembre 2006. Finalement, dans une thèse récente, Anne-Laure Valembrois étudie La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité en droit français (Paris, LGDJ, 2005). Au Brésil, un livre intitulé *Constituição e Segurança Jurídica* (en français : Constitution et la sécurité juridique), 2^e édition, Belo Horizonte, Editora Forum, 2005 a été publié sous la direction de Carmen Lucia Antunes Rocha. À ce sujet, v. également notre Droit brésilien déjà cité, p. 402-403, qui fait référence à la jurisprudence des tribunaux supérieurs brésiliens pour lesquels les principes de légalité et de sécurité juridique se complètent, constituant une double manifestation de l'État de droit, selon le ministre Gilmar Mendes de la Cour suprême.

mettant aux personnes physiques et morales de se confronter à l'État devant un arbitre impartial. Elle comprend, d'autre part, les garanties économiques de l'investisseur qui, lui aussi, a besoin d'une décision rapide et équitable émanant d'un spécialiste choisi par les parties.

II. UNE CONJONCTURE FAVORABLE À L'ARBITRAGE

Le développement de l'arbitrage en ce qui concerne l'administration publique a eu, au Brésil, trois catalyseurs importants. Il s'explique en effet, en grande partie, par l'évolution de notre droit administratif dans les quinze dernières années, par la nécessité qu'a notre pays de recevoir de très gros investissements en infrastructures et, finalement, par les délais importants de la justice étatique, qui ont diminué récemment, mais n'ont pas encore pu être éliminés.

1 – L'évolution du droit administratif

Quoique n'étant pas une caractéristique spécifique du droit administratif brésilien, la récente évolution dans ses méthodes et même son esprit, surtout après les privatisations réalisées pendant la dernière décennie du XX^e siècle, a signifié une très grande transformation dans les relations entre l'État et la société civile.

Il est vrai que, déjà antérieurement, l'État avait commencé à utiliser certaines techniques du droit commercial, comme ce fut le cas en ce qui concerne les sociétés d'économie mixte, qui ont joué un rôle très important au Brésil, étant donné la grande participation du capital privé et même des petits actionnaires dans ces entreprises, qui obéissaient simultanément à des règles de droit public et de droit privé.

Mais c'est à partir de 1990 que, peu à peu, l'État s'est transformé d'opérateur en régulateur de nombreux services publics.

La mondialisation et les nouvelles conditions économiques ont modifié la structure de l'État pour qu'il devienne plus modeste afin de devenir efficace⁽¹⁹⁾. Par ailleurs, les nouvelles technologies et les grands travaux exigent, en raison de leurs coûts élevés, que les pouvoirs publics s'associent avec les entreprises privées, sous diverses formes de partenariat⁽²⁰⁾. Ainsi, l'État providence ou *Welfare State* du passé tend à devenir sinon un « État minimum »

(19) Michel Crozier, État modeste, État moderne, Paris, Fayard, 1987.

(20) Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993, annales du colloque réalisé à Paris sous la direction de Henry Lesguillons et Michel Sarmet, Paris, Forum européen de la communication, 1991 ; Paul Lignières, Partenariats publics-privés, Paris, Litec, 2000 ; Partenariat public-privé et développement territorial, sous la direction d'Isabelle Chatrie et Jean-Michel Uhaldeborde, Paris, Le Monde Éditions, 1995 ; Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes et Alexandre de M. Wald, O direito de parceria, 2^e édition, São Paulo, Saraiva, 2004.

(21), du moins un État efficace, qui veut cesser d'être l'État dinosaure (22) qui encombre les citoyens de lois et de règlements.

Dans ce contexte, le droit administratif de la fin du XX^e siècle et du début du troisième millénaire n'est plus celui que nous connaissions. Comme le signalait déjà en 1970 André Hauriou : « *Notre droit administratif classique est un droit du commandement, du privilège, du contrôle et, pour tout dire, de la méfiance. Le droit administratif de l'aléatoire, qui s'élabore sous nos yeux, présente et présentera de plus en plus des caractéristiques différentes : ce sera un droit de l'effort commun, encadré par des « actes collectifs », de l'entraide entre l'Administration et ses partenaires et, pour tout dire, de la confiance* » (23).

En ce qui concerne plus spécifiquement le droit administratif économique, la doctrine reconnaît une nécessité de flexibilité et de souplesse encore plus importante à une époque caractérisée non seulement par l'incertitude (24) mais aussi par le manque de continuité (25). En effet, tandis que le doyen Jean Carbonnier évoque le flexible droit (26) et explique que les formes de collaboration développées par le droit administratif inspirent déjà le droit civil lui-même (27), André de Laubadère considère que la nécessité de souplesse se fait sentir d'une façon plus intense. Il affirme que : « *On considère très généralement que le droit administratif économique est principalement caractérisé par une souplesse que l'on ne rencontre pas, du moins à ce degré, dans les autres parties du droit administratif* » (28).

En un certain sens, il s'agit de trouver un juste équilibre entre les nécessités et les exigences du marché et les règles de droit et de l'équité. En raison de l'évolution très rapide des technologies et, par voie de conséquence, de l'économie, il s'agit d'un équilibre dynamique et instable, qui est sujet à une révision constante. Au fond, c'est cet équilibre qui est au cœur des grands problèmes politiques, économiques et sociaux de notre temps, dans la mesure où il s'agit d'élaborer un droit assez flexible et souple, accompagnant l'évolution des marchés, qui se réalise très vite, en progressions géométriques, mais qui soit suffisamment cohérent pour assurer des solutions justes et équitables dans un climat de sécurité juridique.

(21) Guy Sorman, *L'État minimum*, Paris, Albin Michel, 1985.

(22) Claudius Bosse, *L'État dinosaure*, Paris, Albin Michel, 2001.

(23) André Hauriou, *Le droit administratif de l'aléatoire*, in *Mélanges offerts au doyen Louis Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 224.

(24) John Kenneth Galbraith, *The age of uncertainty*, Londres, British Broadcasting Corporation, 1977.

(25) Peter F. Drucker, *The age of discontinuity*, New York, Harper and Row, 1968.

(26) Jean Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 1992.

(27) Jean Carbonnier, *Théorie des obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 1963, p. 262.

(28) André de Laubadère, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, p. 109.

Ainsi, après avoir assisté, jadis, à la publicisation partielle du droit civil, il est possible que nous devions reconnaître aujourd'hui la privatisation ou la commercialisation de certaines branches du droit administratif, lorsque l'État conclut des contrats internationaux ou de droit privé et utilise les techniques du droit des affaires.

Dans ce domaine, les leçons de la doctrine française et européenne sont pleinement applicables au droit brésilien, les auteurs de notre pays signalant eux aussi les transformations du droit administratif dans les dernières années (29). De nombreux ouvrages caractérisent ce mouvement par le fait que le souverain devient de plus en plus un commerçant ou un partenaire. Il se « met en civil », pour reprendre une expression déjà ancienne mais toujours actuelle.

À côté des privatisations, mais dans le même sens, le Brésil est revenu à la concession, qui avait eu une grande importance au XIX^e siècle, mais était en voie de disparition depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Cette résurrection de la concession, qui a eu lieu un peu partout dans le monde (30), a des répercussions sur les techniques et sur l'esprit du droit administratif et, en particulier, en ce qui concerne l'arbitrage.

2 – La nécessité des investissements en infrastructures

D'autre part, l'infrastructure brésilienne présente encore, malgré les efforts faits récemment par le gouvernement, quelques problèmes sérieux, ayant été abandonnée par les pouvoirs publics successifs sans que, dans la majorité des domaines, les entreprises privées aient pris la relève.

Le pourcentage de l'investissement par rapport au produit intérieur brut n'est toujours pas idéal, celui-ci étant de l'ordre de 6 % à 20 % dont 1 % et 2 % d'investissement public (31). Or, les réseaux routiers et de chemins de fer ainsi que les ports et les aéroports ne sont pas dans les meilleures conditions. D'autre part, on craint une crise par manque de gaz et d'électricité dans les prochaines années. Ainsi, les problèmes d'infrastructures rendent le transport des marchandises et des matières premières plus cher et moins rapide qu'il ne devrait l'être,

(29) Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, passim ; Alice Gonzáles Borges, *O contrato administrativo repensado*, in *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, 2^e année, n° 3, juillet-décembre 1999, p. 13 et s.

(30) La concession s'est développée d'une façon extraordinaire à partir des années 80, tant du point de vue quantitatif que qualitatif. Selon la formule de Christian Bettinger : « Il a fallu dix siècles pour que l'Europe mûrisse d'abord toutes les possibilités de la concession, puis ensuite dégage le concept de gestion déléguée. Il n'aura fallu que dix ans pour qu'elles fassent le tour du monde, pourrait-on dire lapidairement » (*La gestion déléguée des services publics dans le monde. Concession ou BOT*, Paris, Berger-Levrault, 1997, p. 13).

(31) L'investissement en Chine est de l'ordre de 40 % du PIB, celui de la Russie et de l'Inde est respectivement de 33 % et 30 %, le Brésil est donc en retard, même avec 20 %.

ce qui porte atteinte à la capacité d'exporter du pays et, en définitive, à son développement. Les sommes nécessaires pour l'investissement peuvent se chiffrer, pour les prochaines années, en quelques centaines de milliards d'euros, selon les données officielles (32). En réalité, l'infrastructure n'accompagne pas, depuis quelques décennies, le développement réel de l'économie du pays et les nécessités des consommateurs (33).

Le gouvernement vient de proposer un « pacte pour l'accélération de la croissance », avec des investissements d'une valeur totale de l'ordre de plus de 150 milliards d'euros pour le secteur public pour les quatre prochaines années, comprenant non seulement l'État, mais aussi les sociétés d'économie mixte, les PPP et les concessionnaires des services publics. On peut estimer qu'une valeur du même ordre devrait partir des entreprises privées pour compléter un programme effectif et complet de renouvellement de l'infrastructure et assurer la croissance du pays au rythme nécessaire.

Il y a donc certainement un manque d'investissement dans ce domaine qui dépend, en grande partie, des ressources privées nationales et étrangères (34).

Pour que nous puissions recevoir ces investissements, il nous faut d'abord vaincre la bureaucratie, qui est une entrave à la réalisation de ces opérations, et garantir la stabilité des règles applicables, c'est-à-dire la sécurité juridique (35). Finalement, il est nécessaire de trouver des formules rapides, efficaces et équitables pour la solution des éventuels conflits entre les parties. L'arbitrage devient donc une des conditions nécessaires de l'investissement et du développement national.

3 – L'engorgement de la justice

La justice brésilienne souffre, depuis quelques années, d'une vraie congestion, qui a rendu encore plus lent le rythme de ses décisions. Plus de 50 millions de procédures sont en cours devant 13.000 juges et de trop nombreux recours permettent la perpétuation de procès souvent provoqués par des

défendeurs qui veulent gagner du temps. Il suffit de rappeler que plus de cent mille recours surchargent la Cour suprême chaque année, tandis que son homologue américaine n'en examine que quelques centaines.

La durée prévue d'une procédure ordinaire est d'environ deux ans, mais ce délai peut doubler, par exemple en cas d'exceptions d'inconstitutionnalité. Un procès complexe peut donc durer jusqu'à une dizaine d'années. D'autre part, les intérêts des prêts sont élevés, ce qui rend insupportable l'attente prolongée du paiement d'une dette ou d'une indemnité résultant d'une décision judiciaire. Finalement, l'Union fédérale a des délais spéciaux en sa faveur et des recours obligatoires contre les décisions qui lui sont défavorables.

Dans les deux dernières années, nous avons eu une réforme constitutionnelle et une dizaine de lois destinées à rendre la procédure plus rapide et efficace, mais ces réformes prennent du temps, et ne permettront certainement pas d'améliorer à court terme les délais de la justice.

La publication *Doing Business in 2006* de la Banque mondiale estime que la durée moyenne d'un procès au Brésil est de 546 jours, et son coût de l'ordre de 15 % du montant des créances litigieuses. Tant en ce qui concerne la protection de l'investissement et l'exécution forcée des contrats, cette publication donne au Brésil la note moyenne (5), le classant au 119^e rang des pays quant à la facilité des opérations commerciales (36).

Certains économistes brésiliens ont étudié récemment le coût de l'engorgement de la justice dans notre pays, et sont arrivés à la conclusion qu'elle représente un pourcentage important de la valeur des transactions. En ce qui concerne les concessions, le risque d'instabilité juridique pourrait représenter une augmentation du coût entre 2 et 5 % en Amérique latine, ce qui viendrait à signifier que l'inclusion d'une clause arbitrale pourrait réduire substantiellement les prix (37). Il faut ajouter que, dans ce domaine, il ne s'agit pas seulement d'éviter les retards judiciaires mais aussi de soumettre les litiges à des spécialistes, dans une procédure confidentielle qui n'affecte pas la conti-

(32) Les chiffres sont assez controversés. L'Association des fabricants des biens de capital (ABDIB) considère que le Brésil n'aurait besoin que d'environ 25 milliards d'euros par an, tandis que le gouvernement prévoit un investissement annuel d'environ 40 milliards par an.

(33) V. Thierry Ogier, Au Brésil, la croissance économique manque de fondations, in Les Échos du 15 décembre 2006). Dans le même sens, le journal O Estado de São Paulo du 5 février 2007, p. B1, Anuário Exame 2005-2006, passim, et The Economist, du 14 avril 2007.

(34) Selon l'UNCTAD, tandis que les investissements étrangers divers ont augmenté en général, ils ont diminué au Brésil en 2005. Pour la BID, l'État brésilien doit tripler ses investissements.

(35) La nécessité de garanties adéquates pour l'investissement est reconvenue par les spécialistes et par la presse, dans de nombreux articles, analyses et éditoriaux (O Estado de São Paulo, 04 mars 2007 et O Globo du 14 janvier 2007). Il y a un consensus quant à la nécessité de la stabilité économique et juridique et de la prévisibilité comme conditions nécessaires de l'investissement tant national qu'étranger. Par rapport aux autres pays du BRIC, le Brésil a toutefois une situation relativement privilégiée en ce qui concerne les garanties de l'État de droit, qui sont certainement supérieures à celles qui existent en Chine et en Russie.

(36) La classification du Doing Business nous paraît injuste dans la mesure où elle donne au Brésil la 119^e position après de nombreux autres pays dont l'État de droit est évidemment inférieur au notre. L'injustice de ce classement, en ce qui concernait la position de la France dans le rapport de 2004, a été l'objet d'une juste indignation et d'une réprobation véhémement et opportune des milieux juridiques français par l'intermédiaire de l'Association Henri Capitant (Les droits de tradition civiliste en question. À propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale, Paris, Société de législation comparée, 2 vol. 2006). Même si ces rapports publiés par Doing Business doivent être contestés, comme ils l'ont été, il n'est pas possible de ne pas prendre en considération l'appréciation de la Banque mondiale, qui exerce une certaine influence sur les investisseurs étrangers.

(37) V. à ce sujet, Selma Maria Ferreira Lemes, O Estado como parte na arbitragem : casos do Brasil e do Chile, thèse de doctorat en cours de publication, spécialement les chapitres 9, n^{os} 9.4 et 9.5 à propos de l'arbitrage et des coûts de transactions.

nuité des contrats et les éventuelles négociations futures entre les parties.

III. L'ÉVOLUTION DU DROIT BRÉSILIEN DE L'ARBITRAGE AVANT LA NOUVELLE LOI (DU XIX^E SIÈCLE JUSQU'À 1996)

1 – L'Empire (1822-1889) et la première République (1889-1930)

Le Brésil a adopté, à l'époque coloniale, le droit portugais, qui, dans ses ordonnances philippines de 1603, prévoyait déjà l'arbitrage⁽³⁸⁾. Après la déclaration de l'indépendance, en 1822, notre Code commercial de 1850 a également reconnu aux commerçants le droit de recourir à cette forme de solution des litiges, qui était même obligatoire en droit des sociétés⁽³⁹⁾. Au XIX^e siècle, la pratique de l'arbitrage a été toutefois très limitée tant en droit privé qu'en droit public, ne s'étant imposée ni dans les relations internationales⁽⁴⁰⁾, ni dans les contrats entre sociétés brésiliennes.

Il faut toutefois remarquer que les premières concessions de service public datant de l'époque s'inspirèrent du droit des pays d'Europe, dans des secteurs comme la construction et l'exploration des chemins de fer, des ports et autres services publics. Ainsi, un décret de 1880 a uniformisé les contrats de concession de chemins de fer, prévoyant une clause compromissoire selon laquelle, en cas de divergence entre les arbitres nommés par les parties, le rôle du président du Tribunal devait, dans certains cas, être joué par le Conseil d'État⁽⁴¹⁾. Comme il s'agissait de contrats de longue durée, plusieurs d'entre eux, qui prévoyaient une durée de 90 ans, ont pris fin à la veille de la deuxième guerre mondiale, et d'autres peu après. Dans ces cas, les rares décisions arbitrales qui ont été rendues n'ont été exécutées par le pouvoir judiciaire qu'après de longues procédures⁽⁴²⁾.

Sous l'Empire, certains juristes brésiliens s'étaient toutefois déjà manifestés contre l'utilisation de l'arbitrage en matière administrative, en le considérant inconstitutionnel. Les concessions du XIX^e siècle, qui furent très importantes pour le développement de l'infrastructure du pays, ont fini par ne pas être renouvelées et par disparaître, pour divers

motifs, à partir de la dictature de Getulio Vargas, qui n'était pas favorable à l'arbitrage. Celles-ci avaient pratiquement disparu dans les années 1960. À partir de cette époque et jusqu'à la fin du XX^e siècle, la majorité des services publics ont été réalisés par l'État lui-même ou par des sociétés d'économie mixte dont il était le principal, sinon l'unique actionnaire, et l'arbitrage n'a plus été utilisé en matière administrative, sauf en ce qui concerne quelques cas de contrats internationaux.

2 – La dictature Vargas et la reconstruction de la démocratie (1930-1990)

Le régime de Vargas a duré 15 ans (1930-1945), et, après un intervalle d'une vingtaine d'années pendant lequel le régime démocratique a été rétabli (1945-1963), l'armée a pris le pouvoir pour deux décennies (1963-1985), à la suite desquelles l'État de droit a finalement été rétabli. Toute cette période se caractérise par de grandes difficultés opposées par les pouvoirs publics à l'arbitrage en matière administrative, que les autorités considéraient généralement être inconstitutionnel. Les contestations des décisions arbitrales en matière administrative finissaient ainsi par lui retirer son utilité, malgré l'effort de certains magistrats pour reconnaître ses effets. La position qui a prévalu en droit brésilien jusqu'à la nouvelle Constitution de 1988 était dans le sens de considérer que l'État ne doit pas se soumettre à l'arbitrage, les conflits entre les particuliers et les autorités ne pouvant être tranchés que par le pouvoir judiciaire, sauf disposition constitutionnelle, ou éventuellement légale, en sens contraire, qui devait être spécifique à l'affaire en question. Même dans les cas où la loi autorisait l'utilisation de l'arbitrage, l'administration a rechigné à l'accepter, en multipliant les recours à la justice, lesquels pouvaient durer fort longtemps avant d'être jugés⁽⁴³⁾.

Une première brèche a été ouverte en faveur des sociétés d'économie mixte du fait que, selon la législation brésilienne, celles-ci ont une personnalité morale de droit privé. D'autre part, quand ces sociétés se soumettent à un arbitrage international à l'étranger, les autorités s'abstenaient de s'opposer à sa mise en œuvre, reconnaissant généralement la validité de la sentence arbitrale en matière administrative quand elle n'avait pas été rendue au Brésil⁽⁴⁴⁾.

Les arbitrages internes dépendaient cependant de l'homologation judiciaire et celle-ci, à l'époque,

(38) Titre 16 du livre III des ordonnances philippines.

(39) Articles 294 et 245 du Code commercial de 1850.

(40) L'arbitrage a été prévu par la Constitution Impériale de 1824 (article 160) pour les litiges civils et utilisé par le gouvernement brésilien pour résoudre les questions liées à la détermination des frontières brésiliennes avec l'Argentine, en 1895. En 1896, un arbitrage entre le Brésil et l'Angleterre portant sur la propriété de l'île de la Trinité a été tranché par le roi du Portugal. En 1900, le président de la Suisse a résolu un conflit entre le Brésil et la France portant sur la souveraineté d'une partie de l'État du Pará.

(41) V. à ce sujet la thèse de Selma Maria Ferreira Lemes, *O Estado como parte na arbitragem : casos do Brasil e do Chile*, en cours de publication à São Paulo, déjà citée, spécialement le chapitre 3, sur l'arbitrage dans les contrats administratifs et leur histoire.

(42) Arnaldo Wald et Camille Jauffret-Spinosi, op. cit., p. 380 et s.

(43) V. l'arrêt rendu dans l'affaire *Espólio Lage contre l'Union Fédérale (l'État)* in *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, vol. 68, mai 1974, p. 382-397. Il s'agissait d'un arbitrage commencé en 1955 et dont la dernière décision judiciaire, confirmant celle des arbitres, date du 14 novembre 1973 et a été publiée le 13 février 1974, la procédure a donc duré presque une vingtaine d'années (de 1955 à 1974).

(44) V. l'affaire *CCI 6320, Furnas Centrais Elétricas Brasileiras S/A c/ Westinghouse Electric Corporation* et l'arbitrage dont une sentence partielle a été annulée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire Bras-

n'était pas facile à obtenir, l'administration faisant presque toujours appel de la décision homologatoire. Même en ce qui concerne les arbitrages internationaux, leur homologation par la Cour suprême dépendait de celle préalable de l'autorité judiciaire du pays où la décision arbitrale avait été rendue. Effectivement, l'opinion dominante à l'époque était que seuls les juges, et non les arbitres, pouvaient rendre des sentences, de sorte que, en vertu de la Constitution brésilienne, la Cour Suprême ne devrait pas homologuer les décisions arbitrales, mais seulement les arrêts des tribunaux locaux qui leurs auraient donné l'exequatur. Cette exigence de double homologation a été un problème sérieux qui a bloqué, ou en tout cas rendu très difficile, le développement de l'arbitrage international, qui n'a donc pas eu, au Brésil, le rôle pionnier qu'il a joué en France. La méfiance envers l'arbitrage international dans le domaine administratif s'est même faite sentir au Brésil parmi les avocats. C'est ainsi qu'après le moratoire brésilien qui a suspendu nos paiements internationaux dans les années 1980, un accord comportant une clause compromissoire a été signé par la Banque centrale avec les créanciers. L'Ordre des avocats a toutefois considéré, à l'époque, que cette clause était inconstitutionnelle du fait qu'elle prévoyait que le président du Tribunal ne serait pas brésilien (45). Une action populaire a donc été intentée pour l'annuler, mais la justice brésilienne en a finalement reconnu sa validité (46).

C'est dans ce climat, qu'après la présentation, au Congrès, de plusieurs projets de loi sur l'arbitrage, la législation actuelle a été élaborée au moment où se réalisait la privatisation de la majorité des services publics et où on assistait à une résurrection de la concession dans les domaines les plus variés.

IV. LA LOI N° 9.307 DE 1996

Un nouveau climat pour l'arbitrage en général et pour son application en matière administrative a été créé en vertu de la promulgation de la loi n° 9.307 du 23 septembre 1996, qui a simplifié et modernisé le régime légal antérieur. En premier

petro Oil Services Company – Brasoil c/ The management Authority of the Great Man-Made River Project, in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n° 9, p. 337.

(45) Représentation de l'Ordre des avocats du Brésil (OAB) au Tribunal fédéral suprême du 20 août 1983 in Revista da OAB Conselho Federal, mai à décembre 1983, p. 267 et suivantes.

(46) La sentence datée du 11 janvier 1985, publiée in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n° 4, p. 277-287, a été confirmée par l'ancien Tribunal Federal de Recursos (Tribunal fédéral de recours) dont l'arrêt a été publié par la même revue, n° 17, p. 251-253. L'action populaire qui a donné lieu à ces décisions a été intentée contre l'Union fédérale, la Banque centrale brésilienne, la Citibank, et contre le ministre des Finances et le président de la Banque centrale, que nous avons représentés dans cette procédure. Prévue par la Constitution brésilienne (article 5, LXXIII), l'action populaire est une procédure en vertu de laquelle tout citoyen peut saisir la justice pour annuler les actes illégaux pris par les autorités publiques qui portent préjudice à l'État, à l'environnement et au patrimoine culturel ou artistique national.

lieu, la décision arbitrale n'a plus besoin d'être homologuée par le pouvoir judiciaire et, d'autre part, les sentences arbitrales étrangères deviennent susceptibles d'être homologuées par la Cour suprême (à laquelle a aujourd'hui succédé, dans cette compétence, le Tribunal supérieur de justice), indépendamment de l'exequatur préalable par la justice locale du pays où la sentence a été rendue.

Il faut reconnaître que tout le contexte, tant du monde des affaires que des milieux juridiques, était favorable à ce changement. Dès 1990, un arrêt du Tribunal supérieur de justice avait reconnu la possibilité d'exécution en nature de la clause compromissoire dans les contrats internationaux, en vertu de la Convention de Panama (47). D'autre part, la législation sur les concessions de 1995 admettait déjà la solution à l'amiable des conflits entre les agences de régulation et les concessionnaires, la doctrine interprétant cet article comme introduisant l'arbitrage en matière administrative (48). La nouvelle loi admet aujourd'hui l'exécution en nature de la clause compromissoire.

En vertu des privatisations, qui datent de la même époque, des agences autonomes ont été créées et, dans la majorité des cas, l'arbitrage a été considéré comme une des formes de solution admises dans les litiges soit entre les concessionnaires, soit entre ceux-ci et les autorités (49). Comme la nouvelle loi consacre tant l'effet positif que l'effet négatif de la clause compromissoire et ne fait pas de distinction entre les parties privées et publiques, la jurisprudence a progressivement interprété et concilié les textes législatifs et ceux de la Constitution en faveur de l'arbitrage.

Des doutes concernant la constitutionnalité de la nouvelle loi, en raison des dispositions constitutionnelles selon lesquelles toute atteinte au droit doit pouvoir être soumise au pouvoir judiciaire, subsistent. La Cour suprême, dans une longue décision, a toutefois reconnu que la loi sur l'arbitrage était constitutionnelle, puisque l'accord entre les parties n'était pas une renonciation à la garantie de *due process of law*, mais un choix basé sur le principe de l'autonomie de la volonté (50). D'autre part, la Cour suprême a signalé que les éventuelles

(47) V. arrêt du tribunal Supérieur de justice, Resp. 616-RJ, in Diário da Justiça da União, du 13 février 1995, p. 8987.

(48) V. article 23, XV de la loi n° 8987 du 13 février 1995, et Arnaldo Wald, et alii, O direito de Parceria, 2^e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, n° 15.139, p. 268.

(49) Article 93, XV de la loi n° 9.472/97, du 16 juillet 1997, relative au secteur des télécommunications ; article 43, X de la loi n° 9.478 du 6 août 1997, relative au secteur du pétrole ; article 35, XVI de la loi n° 10.233 du 5 juin 2001, relative au secteur des transports maritimes et terrestres ; article 2, § 3 à 5 de la loi n° 10.233 du 24 avril 2002, relative au marché de l'électricité.

(50) V. vote du ministre (conseiller) Nelson Jobim, qui a été suivi par la majorité des membres de la Cour suprême fédérale lors d'une opposition à l'homologation d'une sentence arbitrale étrangère (Ag.Rg.SE n° 5206), in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n° 11, p. 361-374 ; et Revue de l'arbitrage, 2003, p. 529-536. V.

atteintes au droit représentées par une décision arbitrale illégale pourraient justifier l'annulation de celle-ci, comme cela est prévu par la loi elle-même. La décision du Tribunal suprême fédéral n'a toutefois pas abordé le problème spécifique de l'arbitrage en matière administrative.

Quant à ce dernier sujet, les objections traditionnelles étaient basées sur les arguments suivants : impossibilité pour l'État de transiger ; compétence attribuée, par la Constitution et par les lois d'organisation judiciaire, aux tribunaux fédéraux ou locaux pour juger de questions touchant aux intérêts de l'Union ou des États ; nécessité d'une loi spéciale pour recourir à l'arbitrage dans chaque cas concret ; confidentialité, manque de publicité et de transparence de l'arbitrage ; nature des droits et des biens de l'Union et des États qui seraient indisponibles. Toutes ces questions avaient déjà été soulevées antérieurement et longuement discutées par les tribunaux et par la doctrine. L'évolution s'est réalisée, peu à peu, dans le sens de reconnaître qu'aucun de ces arguments ne devrait empêcher le recours à l'arbitrage, surtout en ce qui concerne les questions économiques et, en particulier, les procédures relatives aux actes de gestion de l'administration.

La doctrine brésilienne, s'étant inspirée du droit comparé, a fait la distinction entre l'intérêt public et l'intérêt financier, considérant que tous les droits patrimoniaux étaient disponibles par nature. De même, les auteurs et la jurisprudence ont admis la différence entre l'intérêt public primaire de l'administration, qui n'est pas disponible, et l'intérêt public secondaire, de caractère patrimonial.

En raison du fait que la loi sur l'arbitrage ne faisait aucune référence spécifique à l'administration, la jurisprudence s'est toutefois divisée pendant huit années. D'un côté, certaines décisions reconnaissaient que la nouvelle loi s'appliquait à l'administration, sans aucune réserve ou distinction. De l'autre, plusieurs arrêts soit continuaient à discuter l'inconstitutionnalité de l'application de l'arbitrage à l'administration publique, soit considéraient qu'une loi spécifique devrait l'autoriser dans chaque cas concret et que, pour les États membres de la fédération, cette loi devrait être une loi locale (de l'État et non de l'Union fédérale). Le problème s'est posé, non seulement pour les tribunaux brésiliens, mais également en ce qui concerne l'arbitrage international, dans des affaires dans lesquelles la loi brésilienne était applicable en vertu de la clause compromissoire.

aussi notre analyse de cette décision constitutionnelle, Arnoldo Wald, L'efficacité de la clause compromissoire au Brésil (La nouvelle loi à l'épreuve de la jurisprudence), in Revue de l'arbitrage, 2000, p. 432.

V. LES PREMIÈRES DÉCISIONS POSTÉRIEURES À LA LOI DE 1996

Avant la consolidation de la jurisprudence en la matière, cinq décisions ponctuelles, trois de tribunaux judiciaires et deux de tribunaux arbitraux, méritent d'être citées et nous les analyserons successivement. Elles nous offrent un panorama des divergences qui existaient et nous font comprendre l'évolution de la jurisprudence brésilienne.

La première procédure est l'injonction Sevens Civilsan S/A et autres contre la Cour des comptes. En vertu de la contestation, par la Cour des comptes du District fédéral, de la validité d'une clause compromissoire dans un contrat administratif, une demande de *mandado de segurança* (injonction) a été présentée par le concessionnaire au tribunal fédéral de deuxième instance de Brasilia. Dans sa décision du 18 mai 1999, le tribunal a concédé l'injonction visant à annuler la décision de la Cour des comptes, en vertu du fait que celle-ci était incompétente pour décider de la légalité des contrats et que la clause compromissoire devait être considérée comme valable dans un contrat administratif⁽⁵¹⁾. La décision, unanime, a invoqué les dispositions de la loi sur l'arbitrage, de la loi sur les concessions et de la loi sur l'adjudication des contrats administratifs, ainsi que la jurisprudence des tribunaux supérieurs. C'est la première décision importante, postérieure à la loi n° 9.307, favorable à l'arbitrage en matière administrative.

En sens contraire, une décision de la Cour d'appel de l'État du Paraná⁽⁵²⁾ a ordonné la suspension d'un arbitrage entre l'entreprise publique Copel et la société UEG Araucaria, prévu dans un contrat de commercialisation d'électricité. Cette décision a été discutée dans plusieurs congrès et critiquée par la doctrine comme étant un cas typique d'*anti-suit injunction* condamnable⁽⁵³⁾. Mal-

(51) L'arrêt a été publié par la Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n° 8, p. 358 et s.

(52) La décision du Tribunal de l'État du Paraná a confirmé celle de première instance du 3 juin 2003 et a été prise dans la Medida Cautelar Inominada 160213-7, le 15 juin 2004. Cette décision a été publiée et commentée par Eduardo Grebler dans la Revista de Arbitragem e Mediação, n° 3, p. 195 et s. V. également Julia Dinamarco, Algumas considerações sobre o caso judicial Copel v. UEG, in Luiz Fernando do Valle Guimarães, Aspectos práticos da arbitragem, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 83-103.

(53) Lors d'un séminaire réalisé à Paris, le 21 novembre 2003, le professeur Emmanuel Gaillard a condamné, dans son introduction, la décision qui a ordonné la suspension de l'arbitrage Copel dans les termes suivants : « In the past few years, the use of the anti-suit injunction in the context of international arbitration has been spreading at a disturbing pace....In civil law countries the decision of June 3, 2003 rendered by the Curitiba court of first instance in Brazil is another example of the use of anti-suit injunctions in the context of international arbitration. In this case, the parties, the State-owned company Companhia Paranaense de Energia (COPEL) and UEG Araucaria Ltda, had stipulated that any dispute arising out of their contract would be settled through an ICC arbitration held in Paris. COPEL challenged the validity of the arbitration agreement on the basis of its status as a State-owned company and requested an injunction aiming at the stay of the arbitration for that reason. The argument was accepted by the Curitiba court and the parties as well as the ICC were subsequently notified of the court's issuance of the anti-suit injunction – (Unpublished decision, ICC, Case n° 12689).

gré la décision de la Cour d'appel, l'arbitrage a été mis en œuvre à Paris et le tribunal arbitral a reconnu sa compétence dans une sentence partielle.

De même, la Cour d'appel de l'État du Rio Grande do Sul a confirmé une sentence de première instance qui avait décidé d'interdire, sous peine d'une lourde amende, la réalisation d'un arbitrage prévu par une clause compromissoire incluse dans un contrat de commercialisation d'énergie entre le groupe AES et la société d'économie mixte Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) ⁽⁵⁴⁾. Cette décision a été postérieurement renversée par un jugement du Tribunal supérieur de justice ⁽⁵⁵⁾.

S'agissant des sentences arbitrales, la première est celle rendue dans l'affaire CCI 11559/KGA. Il s'agit d'un arbitrage entre le groupe américain El Paso et la société d'économie mixte brésilienne Eletronorte, en vertu d'une clause compromissoire incluse dans un contrat de construction. Le tribunal arbitral était composé de deux avocats brésiliens sous la présidence du regretté juriste portugais João Morais Leitão. Eletronorte avait contesté la compétence du tribunal arbitral du fait qu'elle était une société étatique. En ce sens, elle avait présenté diverses consultations d'éminents juristes brésiliens. Le groupe El Paso, de son côté, avait défendu la licéité et la validité de la clause compromissoire, invoquant également la meilleure doctrine brésilienne. La sentence partielle a été dans le sens de reconnaître la compétence des arbitres, en vertu de la législation brésilienne et du fait que la discussion entre les parties portait sur l'électricité, qui est, en réalité, une commodity : « *On the other hand, this legislative development removes any legitimacy to the appeal that the Respondents attempt to make to the principle of legality, since the aforementioned provisions of law 8987/95 [i.e. the Concessions Act] and the general principle of arbitrability of the issues related to alienable patrimonial rights, found in Law 9307/96 [i.e. the Arbitration Act], are precisely what constitutes the authorization provisions that allowed the Respondents, even in the light of the principle of legality to validly agree to the arbitration provision [...]* » ⁽⁵⁶⁾.

These anti-arbitration measures all raise the essential issue of which, of State courts and the arbitrators, have jurisdiction to decide on the validity and scope of the arbitration agreement, and in which order... This raises the question of the true meaning and scope of the fundamental principles of competence-competence and of the autonomy of the arbitral process » (Emmanuel Gaillard – General Editor, Anti-suit injunctions in International Arbitration, publication de l'International Arbitration Institute, N. Huntington, Juris Publishing Inc., 2005, p. 1-2).

(54) L'arrêt de la Cour d'appel dans ledit recours, Ag. In. 70.004190526, jugé le 21 août 2002 a été publié par la Revista de Direito Bancário, Mercado de Capitais e da Arbitragem, n° 18, p. 382.

(55) REsp.612.439 (Recours Spécial jugé par la 2^e chambre du STJ, rapporteur le ministre João Otávio de Noronha, le 25 octobre 2005, et publié par la Revista de Arbitragem e Mediação, n° 11, p. 176, avec nos commentaires).

(56) Revista de Arbitragem e Mediação, n° 11, p. 296.

La deuxième décision arbitrale est celle de l'affaire CCI 12656/KGA/CCO, entre les sociétés déjà citées Copel et Araucária, qui avait fait l'objet d'une anti-suit injunction (v. ci-dessus et notes 52 et 53) et à propos de laquelle les arbitres Karl-Heinz Bockstiegel et Martin Hunter ont rendu le 6 décembre 2004, à la majorité, une sentence partielle, estimant la clause valable et reconnaissant leur compétence, l'arbitre Jorge Fontoura Nogueira ayant manifesté sa divergence. Selon l'arbitre dissident, au contraire : « *The decision concerning the possibility of Copel taking part in an arbitration must consider, first and foremost, that being a state-owned company like Petrobrás, a law permitting it to participate in arbitration is required. Secondly, one has to recognize that the regime that governs such a company is public. Thirdly, as a consequence of being governed by a public regime, there is no other possible interpretation. The company's assets cannot be the object of any kind of obligations, without prior legislative consent. Thus, under the principle of strict lawfulness, suffice it to say that article 34.3 of the PPA is illegal and does not generate any effect, despite the liability that the misuse of the clause might produce in the field of the law of torts, or the liability for extra-contractual damages. Copel may be liable for possible damages that may arise out from the invalidity of Article 34.3, of the PPA, but this is a matter that must be addressed in another forum because Copel cannot submit to private arbitration without legislative authorization* » ⁽⁵⁷⁾.

Cette opinion dissidente ne nous paraît pas convaincante, malgré le respect que nous avons pour son auteur, dans la mesure où l'arbitrage peut être utilisé comme forme de solution de conflits dans tous les cas où la loi ne l'interdit pas. Ainsi, les lois spéciales qui autorisent le recours à l'arbitrage devraient être considérées comme une simple exception, dans un certain domaine, à un principe général consacré par la loi fédérale sur l'arbitrage et applicable dans tous les domaines.

VI. LA SITUATION ACTUELLE

Dans les deux dernières années (2005 et 2006), l'arbitrage en matière administrative a vu sa position se consolider en vertu de deux décisions importantes du Tribunal supérieur de justice et de deux nouveaux textes législatifs.

1 – La consolidation de la jurisprudence (2005-2006)

Dans l'organisation judiciaire brésilienne, les questions constitutionnelles sont décidées en dernière

(57) Revista de Arbitragem e Mediação, n° 11, cité p. 310.

instance par le Tribunal Suprême Fédéral, tandis que les procès dans lesquels le litige est basé sur l'interprétation ou l'application des textes infra-constitutionnels sont de la compétence du Tribunal supérieur de justice. Ce dernier est composé de trois sections (droit public, droit privé et droit pénal), chacune d'elles se divisant en deux chambres. Or, en 2005/2006, les deux chambres de la section de droit public ont eu l'occasion d'apprécier pour la première fois la validité des clauses compromissoires incluses dans des contrats administratifs. Dans les deux cas, elles ont pris des décisions unanimes, qui ont longuement été discutées par les ministres (conseillers) et ont fait l'objet d'arrêtés exhaustifs. En effet, le tribunal a voulu signaler qu'il était à un tournant de sa jurisprudence dans cette matière, et que ce qui avait auparavant pu paraître polémique était devenu une orientation stable et uniforme du pouvoir judiciaire. L'importance de ces décisions a été reconvenue dans la doctrine arbitrale ⁽⁵⁸⁾.

Le premier de ces arrêts, qui date du 25 octobre 2005, a été rendu dans le cadre du recours Resp n° 612.439, portant sur l'anti-suit injunction dans l'affaire AES Uruguaiana c. CEEE. Cette décision a été considérée par Latin Lawyer comme constituant la plus importante rendue par les tribunaux brésiliens en ce qui concerne les entreprises et investissements, cette publication l'ayant même définie comme étant, dans ce domaine, « *the deal of the year* » ⁽⁵⁹⁾. Comme nous l'avons vu, il s'agissait de la suspension d'une procédure arbitrale par la Cour d'appel de l'État du Rio Grande do Sul, qui avait considéré que la clause compromissoire contenue dans le contrat passé entre AES Uruguaiana et la société d'économie mixte Companhia Estadual de Energia Eletrica – CEEE n'était pas valable en raison de l'indisponibilité des droits concernant l'entreprise dont l'État était le principal actionnaire. La deuxième chambre du Tribunal supérieur de justice, en appréciant le recours intenté par AES Uruguaiana, a décidé à l'unanimité que cette convention d'arbitrage était pleinement valable et devrait être respectée par les parties. Selon l'arrêt, les clauses d'arbitrage contenues dans des contrats signés par des sociétés d'économie mixte et concernant des droits ou des obligations de nature disponible, comme c'était le cas dans l'espèce (un contrat de commercialisation d'énergie), sont parfaitement valables ⁽⁶⁰⁾.

(58) Philip Dunham et Simon Greenberg, *After 10 years of positive development does confusion remain in Brazil's Arbitration Law?*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n° 11, p. 132 ; et Cristián Conejero Roos et Renato S. Grion, *Arbitration in Brazil: The ICC experience*, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n° 10, p. 93 ; ainsi que Donald Francis Donovan, *International Arbitration in Brazil. A view from a U.S. Practitioner*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n° 9, p. 104.

(59) Latin Lawyer vol. 6, 1st issue (2007), p. 20.

(60) REsp. n° 612.439, publié par la *Revista de Arbitragem e Mediação*, n° 11, p. 176.

Il s'agit de la première décision du Tribunal supérieur de justice admettant la validité de la clause d'arbitrage signée par une société d'économie mixte après l'entrée en vigueur de la loi n° 9.307. Cet arrêt doit influencer les divers cas en cours de jugement devant les tribunaux inférieurs brésiliens, dans lesquels cette question est débattue. On peut même penser que c'est en vertu de cette décision qu'a été promulguée la loi n° 11.196 du 21 novembre 2005, consacrant explicitement la faculté de recourir à l'arbitrage dans les contrats de concession ⁽⁶¹⁾. Il est également intéressant de remarquer que, quelques semaines plus tard, un accord entre les parties a mis fin à l'arbitrage entre UEG Araucaria et Copel, qui avait fait l'objet d'une décision défavorable de la Cour d'appel du Paraná, comme nous l'avons déjà signalé. En fait, l'État a implicitement reconnu que la décision arbitrale devrait prévaloir même devant la justice brésilienne, et a donc préféré transiger.

La deuxième décision a été rendue par la première chambre du Tribunal supérieur de justice, le 14 août 2006 dans une procédure d'injonction (*mandado de segurança*) contre le ministre de la Science et de la Technologie. Les faits sont les suivants : une entreprise publique avait intenté une action en justice pour obtenir la résiliation d'un contrat d'opération d'un terminal portuaire qu'elle avait signé avec une société privée et dans lequel il y avait une clause compromissoire. Le juge de première instance a renvoyé les parties à l'arbitrage. Le ministre de tutelle de l'entreprise publique, n'étant pas satisfait de cette solution, a déclaré nul le contrat par une décision administrative. La décision de la première chambre a annulé l'acte du ministre, le déclarant illégal et abusif, et a reconnu le droit certain et incontestable de la partie privée de recourir à l'arbitrage ⁽⁶²⁾. Allant même plus loin que la décision antérieure de la deuxième chambre, cet arrêt reconnaît la licéité de la clause compromissoire dans tous les contrats où l'une des parties est l'administration publique, que ce soient les entreprises, les établissements publics, les agences ou l'État lui-même.

Pour compléter le cadre de la jurisprudence, il faut encore mentionner l'existence de plusieurs autres décisions du Tribunal supérieur de justice, qui, dans ces deux dernières années, ont défini d'une façon plus adéquate l'ordre public international et ont confirmé que l'arbitrage doit être considéré comme étant le mode normal de solu-

(61) La loi 11.196 du 21 novembre 2005 a modifié la loi 8.987 qui régle les concessions.

(62) AgRg.MS 11.308/DF jugé le 28 juin 2006, dans le cas de l'Union fédérale contre TCM Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A, rapporteur le ministre Luiz Fux, dont l'arrêt a été publié avec nos commentaires à la *Revista de Arbitragem e Mediação*, n° 11, p. 196 et s.

tion des litiges dans les affaires internationales (63). Ces arrêts sont également importants pour le succès de l'arbitrage en matière administrative.

2 – La nouvelle législation

La loi sur les PPP du 31 décembre 2004, et la modification de la loi sur les concessions (loi n° 8.987 du 13 février 1995) par la loi n° 11.196 du 21 novembre 2005, ont autorisé l'arbitrage dans ces deux domaines sous trois conditions :

- a – L'arbitrage doit avoir lieu au Brésil ;
- b – La langue doit être le portugais ;
- c – La procédure arbitrale doit être soumise à la loi brésilienne (loi n° 9.307).

En premier lieu, ces conditions restrictives ne s'appliquent pas aux contrats antérieurs et concernent seulement les contrats administratifs, quand d'autres dispositions légales n'ont pas établi d'autres règles à leur sujet, comme cela pourrait être le cas, par exemple, pour des contrats internationaux de financement. D'autre part, ces restrictions n'excluent pas l'application du règlement de la CCI, ni la possibilité de nommer des arbitres étrangers, si ceux-ci connaissent la langue portugaise et la loi brésilienne.

Certains auteurs ont critiqué ces dispositions en les considérant de caractère nationaliste. Il faut à cet égard rappeler qu'il s'agit d'une première étape pour sédimer l'arbitrage international au Brésil, qui pourra éventuellement évoluer à l'avenir dans un sens plus libéral. D'autre part, en ce qui concerne les contrats administratifs, il paraît logique d'appliquer la loi locale et de soumettre les litiges à des juristes qui connaissent le pays et ont une expérience de son droit, comme le fait d'ailleurs le droit français (64). Même si une partie de la doctrine considère qu'en matière d'arbitrage international, le contexte local et la législation du pays où le contrat a été signé ont un rôle secondaire, ce n'est peut-être pas le cas en ce qui concerne son application à l'administration et, spécialement, en ce qui concerne le droit des pays en développement dont les particularités ne sont pas négligeables.

3 – La pratique administrative

L'introduction de l'arbitrage en matière de PPP n'a pas été simplement théorique. Au-delà du programme, la pratique a suivi. Ainsi, diverses opéra-

tions récentes de partenariat public-privé contiennent des clauses compromissoires. Nous en citerons quatre, en signalant leurs traits principaux en ce qui concerne l'arbitrage. L'un est fédéral, pour la construction d'une route à Bahia et les trois autres ont été organisés par les États, deux à São Paulo, pour une station de métro et un contrat de société d'économie mixte chargée de la distribution de l'eau et de l'assainissement (Sabesp), et un à Minas Gerais pour une autoroute. Dans la majorité des cas, ces PPP prévoient une médiation préalable et, dans certains contrats, les problèmes techniques sont résolus par des commissions spéciales, tandis que les questions économiques et juridiques doivent être soumises à l'arbitrage. Des quatre contrats, deux ont prévu l'arbitrage selon le règlement de la CCI, l'un a choisi la chambre arbitrale de la Bourse des valeurs de São Paulo (Bovespa) tandis que le dernier a soumis les parties à un arbitrage institutionnel, sans mention de celui qui serait opportunément préféré. Dans tous les cas, l'arbitrage doit être réalisé en langue portugaise, en territoire brésilien et obéissant à la loi brésilienne, selon les dispositions impératives que nous avons déjà commentées (65).

Dans d'autres négociations en cours, parmi lesquelles celles du contrat pour la réalisation d'un immense barrage en Amazonie, qui doit assurer l'avenir énergétique du Brésil, la clause d'arbitrage CCI est en phase de discussion, sans opposition des autorités. Il est donc possible d'affirmer que l'arbitrage a fait de très grands pas dans les dernières années en matière administrative, ce qui est très important non seulement pour les investisseurs, mais aussi pour l'économie nationale et la consolidation de l'État de droit à un moment qui peut paraître critique dans d'autres pays de l'Amérique latine.

(63) V. les arrêts de la SEC (procès d'homologation des sentences étrangères) n° 856 (Revista de Arbitragem e Mediação, n° 6, p. 228 et s.) et du REsp n° 712.566, (Revista de Arbitragem e Mediação, n° 7, p. 212 et s.). V. à ce sujet notre article « Les récents progrès de la jurisprudence brésilienne en matière d'arbitrage commercial international », in ASA Bulletin, n° 2, p. 206-215, juin 2006.

(64) V. l'Ordonnance française du 17 juin 2004 et les commentaires de Mathias Audit, dans son article « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », in Revue de l'arbitrage, 2004, n° 3, p. 541.

(65) Les textes de ces clauses ont été publiés par la Revista de Arbitragem e Mediação, n° 12, p. 380.

Arbitrage et droit privé européen : critique d'une incursion

DOCTRINE

G4264

S P É C I A L A R B I T R A G E

L'europanisation du droit privé – « ré-europanisation » selon certains – en est venue à dominer le débat privatiste des dernières années (1). L'expérience du droit uniforme (2) d'une part, et l'harmonisation sectorielle par le droit communautaire (3) d'autre part, ont encouragé des projets plus ambitieux tels que les principes UNIDROIT sur les contrats commerciaux internationaux (4) et les travaux de la Commission internationale du droit contractuel européen (5) (Commission Lando). Si certains de ces textes sont susceptibles d'être appliqués par l'arbitre international (6), aucun d'entre eux n'a jusqu'ici eu pour vocation de réglementer voire d'uniformiser l'arbitrage commercial. Ce constat vaut également pour les projets communautaires (7). Il apparaît donc surprenant que le Code

(1) Pour un état des lieux, cf. parmi les très nombreuses contributions en particulier celle d'Ernst A. Kramer, *Die Europäisierung des Privatrechts*, Bâle (Schwabe) 2001.

(2) V. en particulier la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (CVIM).

(3) Par règlement (article 249, alinéa 2 du Traité instituant la Communauté européenne) ou, plus fréquemment, par directives (article 249, alinéa 3 TCE) ; pour les inconvénients de l'harmonisation par directives, v. Kramer [note 1], p. 13.

(4) <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>

(5) *The Principles of European Contract Law*, Parts I, II (1998) et III (2002), <http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol> ; ayant achevé son œuvre initiale, la Commission Lando s'est jointe au Study Group for a European Civil Code <http://www/sgecc/net>.

(6) Ainsi, par exemple, les principes UNIDROIT, cf. à ce sujet Paolo Michele Patocchi/Xavier Favre-Bulle, *Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Une introduction*, SJ 1998 569, p. 600-603 ; Michael Joachim Bonell, *A Global Arbitration Decided on the Basis of the UNIDROIT Principles*, In re Andersen Consulting Business Unit Member Firms vs. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative, *Festschrift Max-Planck-Institut* 2001, p. 771-784 ; pour la jurisprudence arbitrale appliquant les principes UNIDROIT, cf. la sentence finale du 28 juillet 2000 dans cette affaire publiée au Bull. ASA 2000 p. 514-540 = 15 Mealey's Int'l Arb Rep, n° 8 (Aug. 2000), Doc A-1 ; cf. aussi la sentence finale, arbitrage n° 9771 de 2001, YB Com Arb 2004, p. 46-65 ; sentence finale, arbitrage n° 8547 de 1999, YB Com Arb 2003, p. 27-38 ; sentence finale, arbitrage n° 9333 de 1998, Bull. ASA 2001, p. 757-780 ; sentence finale de 1997 dans l'affaire n° 8817, YB Com Arb 2000, p. 11-432 = 10 ICC Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage 1999/2, p. 75-78 (extraits ; original en Espagnol) ; sentence finale, arbitrage n° 8817 de 1997, YB Com. Arb. 2000 p. 11-432 ; sentence finale dans l'affaire n° 1795 du 1^{er} décembre 1996, YB Com. Arb. 1999 p. 196-206 ; sentence préliminaire du 25 novembre 1994, YB Com. Arb. 1997, p. 211-221.

(7) Cf. Parlement européen, Résolution du Parlement européen sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis : la voie à suivre, 2005/2022(INI) (P6_Trib. adm.(2006)0109 – en attente de publication au Journal officiel) et les prédécesseurs, en particulier la résolution du 2 septembre 2003 du Parlement européen sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée : Un droit européen des contrats plus cohérent – un plan d'action, JOCE 76 du 25 mars 2004, p. 95 ; résolution du 15 novembre 2001 concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres, COM(2001) 398 – C5-0471/2001 – 2001/2187(COS), JOCE 140 du 13 juin 2002, p. 538 ; résolution du 6 mai 1994 relative au rapprochement de certains domaines du droit privé des États membres, JO C 205 du 25 juillet 1994, p. 518 (= ZEuP 1995 669) ; résolution du 26 mai 1989 sur les efforts visant à rapprocher le droit privé des États membres, JO C 158 du 26 juin 1989, p. 400 (= ZEuP 1993 613). Cf. aussi Commission européenne, communication au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats,

Michael SCHÖLL

Docteur en droit (Bâle)

LL.M. (Harvard), MCI/Arb

Avocat aux Barreaux de Zurich/Suisse et de New York

Bär & Karrer, Zurich (Suisse)

europan des contrats (8) (ci-après « CEC » ou « Code ») prévoit une disposition détaillée régissant, selon son libellé, l'arbitrage.

Le Code a été élaboré par un groupe de professeurs et magistrats réunis à l'Université de Pavie sous la direction de Giuseppe Gandolfi. Rédigé initialement en langue française, il s'inspire principalement du quatrième livre – consacré aux obligations – du *Codice Civile Italiano* de 1942 ainsi que du *Contract Code* (9) que Harvey McGregor avait conçu en 1993 à la demande de la *English Law Commission*. Il constitue la première partie, soit la partie générale, d'un droit européen des contrats, à l'exclusion de la responsabilité civile et de l'enrichissement illégitime. Il comprend 173 articles et s'achève par une disposition intitulée « Arbitrage ».

En dépit de la parution en 2004 d'une édition « revue et corrigée » (10) contenant des traductions en allemand, anglais, italien et espagnol, le texte de cette disposition est à ce jour passé largement inaperçu en dehors des cercles civilistes. Il nous a dès lors paru souhaitable d'en diffuser la teneur dans le milieu de l'arbitrage et, sans prétendre à l'exhaustivité, de présenter quelques réflexions sur des aspects dont le caractère inhabituel nous a frappé. Cette analyse nous amènera à la conclusion que la disposition consacrée à l'arbitrage contredit conceptuellement les codifications modèles sur lesquelles le Code dit être basé et, loin d'harmoniser le domaine en question, introduit des concepts peu convaincants qui s'écartent notablement des principes fondamentaux et des textes fondateurs de l'arbitrage commercial européen.

COM(2001) 398 – C5-0471/2001, JO C 255 du 13 septembre 2001, p. 1, ainsi que la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant un droit européen des contrats plus cohérent – Un plan d'action, 2003/C 63/01 (JO C 63 du 15 mars 2003, p. 1) qui a conduit à l'établissement du réseau du cadre commun de référence (réseau CCR) ainsi qu'à la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 11 octobre 2004 concernant le droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre (COM(2004) 651 final).

(8) Giuseppe Gandolfi, *Académie des privatistes européens* (éd.), *Code européen des contrats, avant-projet*, Livre premier, Milan (Giuffrè) 2001 ; le Code européen des contrats n'a été ni commandé ni approuvé par aucun gouvernement ou entité étatique ; cf. aussi Ernst A. Kramer, *Buchbesprechung, RabelsZ* 2002, p. 781 ff. et Hans Jürgen Sonnen-Berger, *Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein*, RIW 2001, p. 409.

(9) Harvey McGregor, *Contract Code* – drawn up on behalf of the English Law Commission, Milan (Giuffrè) 1993.

(10) Giuseppe Gandolfi, *Académie des privatistes européens* (éd.), *Code européen des contrats, avant-projet*, Livre premier, Édition de poche revue et corrigée par Lucilla Gatt, Milan (Giuffrè) 2004.

I. LE LIBELLÉ DE L'ARTICLE 173 CEC

L'article 173 du Code a la teneur suivante ⁽¹¹⁾ :

« Article 173 – Arbitrage 1 – Mis à part ce que prévoit l'al. 4 de cet article, dans les cas où les règles du présent code prévoient l'intervention du juge, possibilité est donnée à chacune des parties de recourir à la procédure arbitrale, confiée à trois arbitres, comme elle est prévue dans le présent article, et pour les dépenses de laquelle s'appliquent les règles en vigueur dans le lieu où la procédure en question se déroule.

2 – Mis à part de ce que dispose [prévoient] ⁽¹²⁾ les dispositions communautaires ou nationales qui se rendent applicables, et faute d'un accord différent des parties, la procédure arbitrale doit se dérouler dans le lieu où siège le juge à qui serait autrement soumise la controverse, et pour l'instaurer, la partie qui prend l'initiative doit envoyer à la contrepartie une déclaration, contenant les indications nécessaires, où elle précise qu'elle entend soumettre la controverse – déjà soulevée comme le prévoient les règles respectives – à la procédure en question, nomme de surcroît son arbitre et invite la contrepartie à nommer son propre arbitre avec déclaration à envoyer à la première dans un délai qui ne peut être inférieur à trente jours. Si cette dernière ne pourvoit pas à cette nomination dans ce délai, la première peut demander au juge compétent de pourvoir à la nomination de l'arbitre de la contrepartie sur la base de la loi de l'État membre de l'Union européenne dans lequel cette procédure arbitrale doit se dérouler. À défaut de dispositions spécifiques applicables, cette instance peut être adressée au président du tribunal de deuxième instance du lieu où la procédure arbitrale doit se dérouler. Le troisième arbitre est désigné par accord des deux arbitres déjà nommés, ou, faute d'accord, par les susdits arbitres ou par une des parties. Aux déclarations indiquées dans le présent alinéa s'appliquent les dispositions figurant dans les articles 21 ⁽¹³⁾, et 36, alinéa 2 ⁽¹⁴⁾.

(11) Le texte est ici repris *textu et sic* ; il souffre de quelques imperfections langagières qui, aux fins des présentes, sont dénuées de portée matérielle.

(12) Le terme entre parenthèses semble constituer la seule modification entre les versions 2001 [note 8] et 2004 [note 10] du CEC.

(13) Article 21 CEC [Présomption de connaissance] : 1 – L'offre, l'acceptation, leur retrait et leur révocation ainsi que le retrait et la révocation de toute autre manifestation de volonté, y compris des actes prévus à l'article précédent, sont réputés connus par le destinataire à l'instant où ils lui sont communiqués oralement ou alors quand la déclaration écrite lui est livrée en main propre ou qu'elle parvient à l'adresse de son entreprise ou de son lieu de travail, à son adresse postale, à sa demeure habituelle ou au domicile qu'il a choisi délire. – 2 – Le destinataire peut prouver qu'il a été, sans sa faute, dans l'impossibilité d'en prendre connaissance.

(14) Article 36, alinéa 2 CEC [Forme spéciale requise pour la preuve du contrat] : Pour la preuve des contrats d'une valeur supérieure à 5.000 €, la forme écrite est requise. Pour l'opposabilité aux tiers il faut que le document ou les documents aient date certaine, à moins que l'on prouve que le tiers en avait connaissance.

3 – Si la tentative de conciliation des parties n'aboutit pas, la controverse doit être résolue, sauf accord différent des parties, sur la base des règles du présent code et autres règles applicables, par une sentence délibérée à la majorité par les arbitres et elle doit être émise par écrit dans un délai de six mois suivant la nomination du dernier arbitre. La sentence produit les effets figurant dans l'article 42 ⁽¹⁵⁾ et permet de surcroît d'obtenir du juge, dès son émission, une des ordonnances prévues dans l'article 172 ⁽¹⁶⁾.

4 – Le présent article ne s'applique pas :

a – si sur la base des dispositions impératives la controverse ne peut être résolue par arbitrage ;

b – s'il s'agit, en lieu et place de la résolution d'une controverse, de prononcer une inhibition ou une injonction, de fixer ou de proroger un délai, d'autoriser un dépôt, et d'adopter de semblables décisions, cas pour lesquels sont applicables les dispositions figurant dans l'article 172 ;

c – si dans le contrat la procédure arbitrale est exclue, ou est prévue une procédure arbitrale différente ;

d – lorsque la controverse est déjà soumise au juge. »

II. ÉLÉMENTS D'ANALYSE

1 – Fondement de la compétence arbitrale

La compétence du tribunal arbitral trouve sa source dans l'accord des parties ⁽¹⁷⁾. Puisque le compromis arbitral emporte renonciation au droit de voir

(15) Article 42 CEC [Effets entre les parties et en faveur des tiers] : Le contrat a force de loi entre les parties et produit des effets en faveur des tiers comme il est prévu dans les règles du présent titre.

(16) Article 172 CEC [Mesures conservatoires et affaires sommaires] : 1 – Dans les hypothèses expressément prévues par les règles de ce Code et dans tous les cas où le droit ou les attentes raisonnablement fondées d'une partie, sans qu'elle soit responsable, sont sur le point ou sont déjà menacés, ou compromis ou empêchés dans leur exercice, par des actions, des omissions ou des faits lui portant atteinte qui se sont déjà produits ou qu'il est raisonnablement prévisible de penser qu'ils se produiront, le juge peut, sur requête de cette même partie, prononcer les ordonnances suivantes, passibles d'exécution forcée, sur la base des règles processuelles du lieu où elles sont émises : a – une inhibition, par laquelle il ordonne à la contrepartie de cesser l'action ou de s'abstenir des omissions déjà entreprises ou craintes ; le cas échéant il impose à cette dernière de prêter aussi une garantie adaptée pour les dommages qui sont craints ; il fixe de surcroît un délai pour qu'il soit obtempéré à sa décision ; il peut encore subordonner, si nécessaire, l'exécution de sa décision à la prestation d'une garantie de la part du requérant ; b – une injonction, par laquelle il ordonne à la contrepartie l'exécution en nature d'une prestation de donner ou de faire ; le cas échéant il impose à cette dernière de prêter aussi une garantie adaptée pour les dommages qui se sont déjà produits ou sont craints ; il fixe en outre un délai pour qu'il soit obtempéré à sa décision ; il peut encore subordonner, si nécessaire, l'exécution de sa décision à la prestation d'une garantie de la part du requérant. 2 – Sous réserve de l'observation des dispositions communautaires et nationales applicables, la requête doit être adressée au juge compétent pour adopter les mesures d'urgence du lieu où l'inhibition ou l'injonction doit être exécutée.

(17) Cf. article II(1) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (Convention de New York) ; cf. aussi l'article 7, alinéa 1 de la loi-type CNUDCI et, à titre d'exemples, l'article 1442 du NCP ; article 806 du CPC italien ; article 178, alinéa 1 LDIP suisse ; § 1025-1027 ZPO allemand.

juger une action civile par un tribunal étatique compétent, indépendant, impartial et établi par la loi ⁽¹⁸⁾, cet accord, d'après la majorité des textes nationaux et internationaux sur l'arbitrage, est soumis à l'observation de la forme écrite ⁽¹⁹⁾. S'il est loisible aux parties de renoncer au droit d'avoir accès au juge en se soumettant à l'arbitre, ce n'est qu'à la condition que la clause arbitrale soit librement et réciproquement consentie ⁽²⁰⁾.

L'article 173 est basé sur une conception diamétralement opposée lorsqu'il dispose que « *possibilité est donnée à chacune des parties de recourir à la procédure arbitrale* » (alinéa 1 *ab initio*). Cette « possibilité » est conditionnée uniquement par l'alinéa 4 de l'article 173 CEC qui énumère quatre limites à la faculté pour une partie d'initier la procédure arbitrale. Il en exclut d'abord les litiges non arbitrables (let. a) ⁽²¹⁾ et les cas qui relèvent du domaine de l'adaptation des contrats plutôt que du contentieux à proprement parler et sur lesquels on n'entrera pas matière ici (let. b). Au-delà de ces motifs d'exclusion, l'article 173 CEC pose deux conditions négatives qui doivent être cumulativement réunies : il faut d'une part que « *dans le contrat la procédure arbitrale [n'ait pas été] exclue* » (let. c) et, d'autre part, que « *la controverse [ne soit pas] déjà soumise au juge* » (let. d).

Les prémisses de cet « arbitrage » sont, à l'évidence, en contradiction avec les principes fondamentaux de l'arbitrage qui sont aujourd'hui au cœur d'un consensus mondial. À cet égard, l'élément le plus saillant est constitué par le fait que le Code ne soumet pas le recours à l'arbitrage à l'accord des parties. Chacune d'entre elles peut prendre unilatéralement l'initiative de constituer le tribunal arbitral et imposer ainsi la voie arbitrale à la partie adverse contre le gré de cette dernière. La compétence des arbitres ne trouve donc plus sa

source dans l'accord des parties ⁽²²⁾, mais semble fondée directement sur le Code. Le rôle que ce système réserve à la volonté des parties se limite à l'éventuelle exclusion contractuelle de l'arbitrage automatique de l'article 173 CEC (alinéa 4, let. c). Une telle clause arbitrale « négative » – seul moyen pour les parties de faire une sorte de *opting-out* de l'article 173 – ne semble soumise à l'observation d'aucune forme particulière. Le choix entre la voie judiciaire et l'arbitrage est en définitive laissé à la partie la plus diligente qui saisira le juge ou l'arbitre, ce qui vaudra litispendance et empêchera que la cause soit parallèlement ou subséquentement portée devant une seconde instance.

Cet abandon des conditions traditionnelles de la saisine de l'arbitre, respectivement du juge n'est conciliable ni avec l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« CEDH »), ni avec la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (« Convention de New York ») ; il ne trouve, qui plus est, aucune justification ou explication dans le rapport accompagnant le Code.

2 – “Lieu dans lequel la procédure arbitrale se déroule”

À plusieurs reprises, l'article 173 CEC fait état du « *lieu dans lequel la procédure arbitrale doit se dérouler* » ou « *se déroule* ». La notion de « lieu » est utilisée (i) pour déterminer la loi applicable aux « dépenses de la procédure arbitrale » (alinéa 1 *in fine*) et (ii) pour désigner le juge compétent pour intervenir, le cas échéant, dans la constitution du Tribunal arbitral, lorsqu'une des parties s'y refuse (article 173, alinéa 2 *in medio*). Ce « lieu » de l'arbitrage est fixé par l'al. 2 à l'endroit « *où siège le juge à qui serait autrement soumise la controverse* ». Sont réservés les dispositions légales impératives et l'éventuel accord contraire des parties.

Dans le contexte d'un arbitrage, le « lieu » peut, d'une part, désigner le siège de l'arbitrage au sens technique, à savoir le critère qui rattache l'arbitrage à une *lex arbitri*. Cette dernière détermine la nationalité de la sentence au sens de l'article I (1), 1^{re} phrase de la Convention de New York. Le siège est typiquement fixé en un lieu autre que celui du for ordinaire du juge étatique. D'autre part, la notion de « lieu » peut simplement désigner l'emplacement géographique où se tiennent concrètement les audiences arbitrales. Nombreux sont les règlements d'arbitrage qui confèrent aux arbitres le pouvoir de déterminer cet endroit en

(18) Droit garanti par l'article 6, § 1 de la CEDH du 4 novembre 1950 ; Jochen Abr. Frowein, Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar, 2^e éd. compl. remaniée, Kehl/Strasbourg/Arlington (N.-P. Engel) 1996, N 53 ad article 6, p. 196. Sur la problématique de l'observation des droits garantis par la CEDH, cf. les contributions récentes de Sébastien Besson, Arbitration and Human Rights, ASA Bull. 2006, p. 395-416 et d'Aleksandar Jaksic, Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings – A Still Unsettled Problem ?, J Int'l Arb. 2007, p. 159-171.

(19) Article II(2) de la Convention de New York ; article 7, alinéa 2 de la loi type CNUDCI ; § 2 FAA américain (1925) ; article 178, alinéa 1 LDIP ; cf. en particulier les lois d'arbitrage des pays auxquels se réfère le rapport explicatif du Code, à savoir l'article 1443 du NCPC français ; § 1031 ZPO allemand (1998) ; article 807, alinéas 1 et 2 et article 833 du CPC italien.

(20) Cf. la jurisprudence citée par Frowein/Peukert [note 18] N 64 ad article 6, p. 207, note 316 ; les mêmes principes sont pleinement reconnus dans la doctrine d'arbitrage la plus autorisée, cf. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4^e éd., Londres (Sweet & Maxwell) 2004, N 1-08, p. 5 : « An agreement by the parties to submit to arbitration any disputes or differences between them is the foundation stone of modern international commercial arbitration. If there is to be a valid arbitration, there must first be a valid agreement to arbitrate » and N 1-13, p. 9.

(21) Sans toutefois préciser le contenu de la notion de l'arbitrabilité.

(22) Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides [note 19] N 1-13, p. 9 : « Finally, it is the arbitration agreement that establishes the jurisdiction of the arbitral tribunal. The agreement of the parties is the only source from which this jurisdiction can come... In the arbitral process, which is a private method of resolving disputes, the jurisdiction of the arbitral tribunal is derived simply and solely from the agreement of the parties ».

fonction de considérations pratiques ⁽²³⁾. Généralement, le changement du lieu où se déroulent les audiences n'a pas d'incidence sur le siège juridique de l'arbitrage.

L'article 173 CEC ne semble pas préciser si, lorsqu'il fait référence au « lieu », il traite du siège ou de l'endroit où les audiences sont tenues. Le commentaire qui accompagne le Code reste lui aussi muet sur la question. Il faut probablement considérer que la distinction s'efface à l'aune d'un arbitrage qui se veut dépourvu de base consensuelle (article 173, alinéa 1 CEC). Ainsi, ce n'est pas sans cohérence intérieure que l'article 173, alinéa 2 CEC prévoit un rattachement objectif de la procédure arbitrale dans l'espace en fixant le « lieu » au for du juge « à qui serait autrement soumise (sic !) la controverse » ⁽²⁴⁾. L'idée du Code est donc de faire dépendre le siège arbitral du système de compétence judiciaire ordinaire. Ce concept génère toutefois une insécurité : chaque fois que la loi prévoit des compétences alternatives ⁽²⁵⁾, une pluralité de sièges de l'arbitrage est à la disposition de la partie demanderesse.

3 – Effets de la sentence

Le Code impose aux arbitres un « délai de six mois suivant la nomination du dernier arbitre » pour rendre la sentence. La pratique arbitrale, en particulier celle de la CCI ⁽²⁶⁾, démontre que ce délai suffit rarement à mener à terme une procédure arbitrale. Pourtant, il serait souhaitable que la réserve d'un « accord différent des parties », prévue par l'article 173, alinéa 3 CEC, mais dont le champ d'application apparaît incertain, s'étende également à ce délai de six mois.

Ce qui nous a davantage interpellé est la disposition relative aux effets de la sentence. À sa dernière phrase, l'article 173, alinéa 3 CEC dispose en effet que : « La sentence produit les effets figurant dans l'article 42... ». Sous la note marginale « Effets entre les parties et en faveur des tiers », il

(23) Cf. en particulier l'article 16, alinéas 2 et 3 du règlement CNUDCI ; article 14, alinéa 2 du règlement CCI ; article 16, alinéas 2 et 3 Swiss Rules ; article 13, alinéa 2 du règlement international AAA.

(24) Dans le contexte d'un arbitrage traditionnel, « autrement » devrait logiquement signifier « à défaut d'arbitrage ». Telle est en effet la solution proposée par le projet de troisième partie du futur Code de procédure civile, destiné à régler l'arbitrage domestique en Suisse, dont l'article 353, alinéa 3 prévoit que « Si les parties, l'organe qu'elles ont désigné ou le tribunal arbitral ne parviennent pas à fixer le siège, celui-ci est au for du tribunal étatique qui serait compétent pour connaître du litige, à défaut d'arbitrage » (Feuille fédérale 2006, p. 7101).

(25) Cette hypothèse est loin d'être théorique eu égard notamment au règlement de Bruxelles II (règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 12 du 16 janvier 2001, p. 1-23).

(26) Cf. article 24, alinéa 1 du règlement CCI dans sa version du 1^{er} juillet 2003 qui prévoit : « Le tribunal arbitral rend sa sentence finale dans un délai de six mois. Ce délai court soit du jour où la dernière signature du tribunal arbitral ou des parties a été apposée sur l'acte de mission, soit dans le cas visé à l'article 18, paragraphe 3, à compter de la date de notification au tribunal arbitral par le secrétariat de l'approbation de l'acte de mission par la Cour ».

est précisé que : « Le contrat a force de loi entre les parties et produit des effets en faveur des tiers comme il est prévu dans les règles du présent titre ». Selon notre compréhension, l'article 173, alinéa 3 et l'article 42 CEC auquel il renvoie confèrent ainsi à la sentence les mêmes effets qu'un contrat.

Les deux premiers alinéas de l'article 173 CEC semblent reposer sur la conception classique de l'arbitrage, à savoir une procédure qui aboutit à une sentence ayant force et autorité de chose jugée et qui est dès lors susceptible de faire l'objet d'une exécution forcée au sens de la Convention de New York. Or, si la « sentence » au sens de l'article 173, alinéa 3 CEC n'a que la force d'un contrat, elle n'est alors pas susceptible d'être exécutée selon les dispositions de la Convention de New York. Tout au plus s'approcherait-elle d'une expertise-arbitrage dont les effets – entre les parties – ont parfois été décrits comme étant de nature contractuelle ⁽²⁷⁾.

Le rapport explicatif qui accompagne le texte du Code et sur lequel nous reviendrons, ne clarifie guère les choses. Il précise au sujet de l'arbitrage au sens de l'article 173 CEC qu'il « [...] s'agit, naturellement, d'une procédure ultérieure par rapport aux procédures arbitrales qui sont prévues par les lois des différents pays ou qui peuvent être instaurées sur la base d'accords, de conventions internationales, etc. » ⁽²⁸⁾.

Prise au pied de la lettre, la « sentence » au sens de l'article 173, alinéa 3 CEC ne constitue pas un contrat, dans la mesure où elle est rendue par des arbitres à l'issue d'une procédure qui se veut arbitrale. En même temps, la « sentence » n'est pas assimilable à une sentence au sens classique du terme, car le Code prévoit expressément que cette « sentence » déploie les effets d'un contrat.

Ces confusions s'accroissent encore à la lecture de la deuxième partie de la dernière phrase de l'article 173, alinéa 3 CEC, qui prévoit : « La sentence [...] permet de surcroît d'obtenir du juge, dès son émission, une des ordonnances prévues dans l'article 172 ». Sous la note marginale « mesures conservatoires et affaires sommaires », cette dernière disposition ⁽²⁹⁾ dit en substance que le juge peut, dans certaines circonstances, prononcer des « inhibitions » et des « injonctions » (article 172, alinéa 1, let. a et b CEC). En clair, la sentence permettrait à une partie d'obtenir une ordonnance de mesures provisionnelles.

L'analyse de l'article 173, alinéa 3 CEC conduit ainsi à la conclusion que la « sentence » au sens de cette disposition est une créature qui ne relève ni

(27) Cf. à ce sujet Michael Schöll, Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse, Bull. ASA 4/2006, p. 621-646, et les réf.

(28) Gandolfi [note 8] p. 566 ; ce commentaire n'a pas été modifié pour la réédition de 2004, v. Gandolfi [note 10], p. 409.

(29) Article 172 CEC, voir note 16.

de l'arbitrage ni du droit des obligations, et dont l'apport à ces deux disciplines reste à démontrer.

Le projet soulève enfin nombre d'autres questions, tant conceptuelles⁽³⁰⁾ que techniques⁽³¹⁾, sur lesquelles nous ne nous pencherons pas ici.

III. CRITIQUE ET CONCLUSION

Le rapport explicatif qui accompagne le texte du Code est si succinct au sujet de l'arbitrage tel qu'appréhendé par l'article 173 CEC que nous nous permettons de le reproduire en entier : « *L'article 173 a été écrit en tenant compte, entre autres, des règles concernant l'arbitrage dans le droit italien, français et allemand ; mais il s'agit, naturellement, d'une procédure ultérieure par rapport aux procédures arbitrales qui sont prévues par les lois des différents pays ou qui peuvent être instaurées sur la base d'accords, de conventions internationales, etc.* »⁽³²⁾

Le rapport afférent à l'article 173 CEC laisse dubitatif de par le renvoi aux différents droits qu'il opère et sur lesquels il entend se fonder. L'incursion d'une règle du droit de l'arbitrage dans une codification de droit matériel, ambition que poursuit le Code, ne connaît en effet aucun précédent dans les droits nationaux européens⁽³³⁾. L'on comprend dès lors mal comment les droits italien, français et alle-

mand peuvent constituer le fondement, voire même la source d'inspiration de l'article 173 CEC.

La seconde phrase du rapport explicatif laisse, quant à elle, tout aussi perplexe : la caractérisation de l'arbitrage comme une procédure « ultérieure » aux procédures arbitrales nationales va à l'encontre des conceptions connues de tous les droits européens ainsi que de la Convention de New York. S'il cite les droits italien, français et allemand, le Code omet de se pencher sur ces lois d'arbitrage et d'en retenir un enseignement. Le rapport explicatif s'abstient notamment d'expliquer comment la réglementation proposée s'insérerait dans la logique de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985 ou, plus important encore, dans celle de la Convention de New York. L'insertion d'un appareil scientifique ne serait-ce que rudimentaire n'entraînerait probablement pas dans la conception éditoriale du Code européen des contrats ; une telle insertion aurait toutefois permis aux auteurs de se rendre compte que leur compilation – du reste impressionnante – aurait été plus achevée avec un article de moins.

(30) Entre autres, la relation entre le Code, qui se veut avant tout codification de droit matériel, et son article 173 CEC, qui est une sorte de lex arbitri et qui contient de nombreuses dispositions strictement procédurales, nous semble peu claire et devrait être repensée.

(31) On signalera en particulier la règle concernant le choix de l'arbitre président (l'article 173, alinéa 2 CEC dispose : « Le troisième arbitre est désigné par accord des deux arbitres déjà nommés, ou, faute d'accord, par les susdits arbitres ou par une des parties »), qui nous paraît malheureuse.

(32) Gandolfi [note 8] p. 566 ; ce commentaire n'a pas été modifié dans le cadre de la réédition de 2004, v. Gandolfi [note 10], p. 409.

(33) Les droits français, italien et allemand, cités en référence, traitent tous de l'arbitrage dans des chapitres particuliers de leurs lois de procédure civile (articles 806 et s. du CPC italien ; articles 1442 et s. du NCPC français ; § 1025 et s. ZPO allemand ; il en va de même en Belgique (articles 1676 et s. Code Judiciaire Belge) et aux Pays-Bas (article 1020 du CPC néerlandais), alors que dans d'autres pays, l'arbitrage est réglé dans des lois séparées (loi suédoise sur l'arbitrage de 1999 ; Arbitration Act anglais de 1996), et non dans des codifications de droit matériel. On notera ici que l'unification du droit de procédure civile a été poursuivie par le Working Group for the Approximation of the Civil Procedure Law depuis le VIII^e Congrès international de la procédure civile à Utrecht en 1987 et dont les propositions ont été publiées in Manfred Storme (éd.), rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne – Approximation of Judiciary Law in the European Union, Dordrecht/Boston/London, 1994 ; v. aussi in ZZP, 1996, p. 345-371). Si le Code civil italien mentionne parfois l'arbitrage, il ne s'y réfère que pour en évoquer l'existence (en relation avec la suspension de la prescription, l'article 2945 CCI dispose sous la note marginale « Effetti e durata dell'interruzione » : « Nel caso di arbitrato la prescrizione non corre dal momento della notificazione dell'atto contenente la domanda di arbitrato sino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione »). Cette technique législative est également employée par les auteurs de la Convention de Vienne (cf. article 45, alinéa 3 et article 61, alinéa 3 CVIM concernant l'octroi d'un délai de grâce par le juge ou par l'arbitre en cas de contravention au contrat commise par le vendeur ou par l'acheteur) ou dans la dernière partie des principes Lando (cf. article 14302 de la partie III des principes (2002), qui régit l'effet de l'introduction d'une procédure « judiciaire ou extrajudiciaire » sur la prescription, et précise que : « Les présentes dispositions s'appliquent avec les adaptations appropriées aux procédures arbitrales ainsi qu'à toutes autres procédures entamées en vue d'obtenir un

titre qui s'exécute comme un jugement »). Toutefois, à notre connaissance, l'arbitrage n'est régi par une codification de droit matériel dans aucun pays européen.

Klaus SACHS

Chargé d'enseignement à l'Université de Munich

Alors qu'il est habituel de parler de protection de la partie faible à propos du droit de la consommation, ce concept ne semble pas avoir sa place dans le contexte de l'arbitrage international ⁽¹⁾. Les parties concernées par les procédures d'arbitrage international sont en effet souvent des sociétés qui ont une grande expérience des négociations de contrats commerciaux internationaux, et les procédures arbitrales, y compris les bénéfices et risques potentiels qui y sont liés, leur sont familières.

S'il en est bien ainsi, et si les parties aux procédures arbitrales internationales ne sont pas sans expérience du monde des affaires et n'ont donc a priori pas besoin de protection, pourquoi parle-t-on quand même de la protection de la partie faible dans ce contexte ? La réponse est simple. En arbitrage international, le terme « faible » n'a pas la même signification que dans le contexte du droit de la consommation. Au lieu de faire référence à une partie plus faible en termes de pouvoir de négociation, le terme « faible » se rapporte ici au manque de moyens financiers nécessaires pour participer à un arbitrage qui serait prévu dans une clause d'arbitrage contractuelle.

La représentation juridique nécessite des fonds substantiels de la part des deux parties, et, lorsqu'on y ajoute les honoraires des arbitres et les autres coûts et frais procéduraux, la somme d'argent investie dans une grande procédure arbitrale devient considérable. C'est pourquoi une partie liée par une clause arbitrale mais qui n'a pas la capacité financière adéquate, peut se retrouver subitement dans la situation de ne pas pouvoir faire valoir ses droits ou de ne pas pouvoir se défendre contre une demande déposée contre elle, et ce indépendamment de son expérience dans le domaine des affaires internationales.

Par conséquent, savoir si une partie peut supporter les coûts induits par un arbitrage n'est pas seulement pertinent pour les personnes physiques, mais aussi pour un nombre croissant d'entreprises privées et d'entités publiques.

I. LA DÉFINITION DE LA PARTIE "FAIBLE" DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Pour éviter tout malentendu, il faut définir plus précisément ce qu'est une partie faible dans l'arbitrage.

La définition la mieux appropriée semble être la suivante : il s'agit d'une partie à un accord d'arbitrage qui n'a pas la capacité de financer l'arbitrage auquel elle s'est engagée. L'expression « partie impécunieuse » est également utilisée dans ce contexte. Il convient de souligner que l'impécuniosité d'une partie est à distinguer de son insolvabilité ⁽²⁾. L'insolvabilité peut être déterminée sur un plan juridique objectif, c'est-à-dire selon des règles claires et bien établies. Elle peut être définie comme l'ensemble des procédures mises en place pour liquider les actifs d'un débiteur et les répartir entre ses créanciers, après une déclaration d'insolvabilité par une cour ou une entité étatique. Son caractère officiel et sa procédure la distinguent clairement de l'impécuniosité, terme plutôt vague. Une partie peut manquer des fonds nécessaires au paiement des coûts d'une procédure arbitrale sans pour autant être insolvable.

En raison de l'absence de toute règle établie sur le traitement de l'impécuniosité dans l'arbitrage international et des problèmes que pose cette absence de réglementation, cette question est assez intéressante pour être étudiée séparément.

II. LES QUESTIONS À RÉSOUDRE

La question cruciale liée à l'impécuniosité est la suivante : une partie à laquelle les fonds nécessaires pour participer à une procédure arbitrale font défaut est-elle toujours tenue par son engagement à l'accord d'arbitrage, ou cet accord peut-il être suspendu, d'une manière ou d'une autre ⁽³⁾ ? En d'autres termes : une partie peut-elle s'appuyer sur son impécuniosité ou celle de la partie adverse pour éviter l'arbitrage ?

Il y a deux aspects derrière cette question centrale. Le premier est lié à l'absence d'aide judiciaire dans la procédure arbitrale. Dans de nombreux systèmes juridiques, l'aide judiciaire permet à une partie d'agir gratuitement en justice devant

(*) Article issu d'une présentation faite lors du sixième congrès du Comité brésilien de l'arbitrage, 5 novembre 2006, sur le thème « International arbitration and state sovereignty ».

(1) V. Drobnič, Protection of the Weaker Party, in *Liber Amicorum Böckstiegel*, p. 217.

(2) Gaillard, Impediment of Parties and its Effect on Arbitration : A French view, in *Financial Capacity of the Parties*, p. 69.

(3) Wagner, Poor Parties in German Forums : Placing Arbitration under the Sword of Damocles ?, in *Financial Capacity of the Parties*, op. cit., p. 10, 11.

les tribunaux étatiques si elle prouve qu'elle serait dans le cas contraire incapable de faire reconnaître ses droits ou de se défendre contre une demande déposée contre elle devant ces mêmes tribunaux étatiques. L'idée d'une aide judiciaire repose sur les principes du droit à un procès équitable d'une part et de la garantie de l'accès à la justice d'autre part, qui énoncent pour chacun le droit à un procès mené par un tribunal institué légalement, impartial et indépendant.

Le principe légal de base est énoncé à l'article 6 de la Convention européenne sur les droits de l'homme⁽⁴⁾. Cependant, celui-ci n'est pas limité aux pays membres du Conseil de l'Europe ayant signé la Convention. Le droit à un procès équitable et la garantie de l'accès à la justice sont des principes prépondérants dans toute société démocratique. C'est pourquoi la toile de fond du problème est la même devant toute juridiction au sein de laquelle un arbitrage international est susceptible d'être instauré.

À la lumière du principe de la garantie de l'accès à la justice, l'absence d'aide judiciaire dans la procédure arbitrale devient un problème quand une partie est incapable d'en supporter les coûts. La partie est liée par un accord d'arbitrage et l'accès à la justice étatique lui est de ce fait en principe fermé. Comment le droit de chaque partie d'avoir accès à la justice peut-il être respecté dans une telle situation ?

Le second aspect juridique du problème de l'impécuniosité est de savoir si les obligations contractuelles doivent prévaloir, indépendamment de la capacité financière des parties à les remplir, ou si une protection judiciaire effective et la mise en œuvre des droits fondamentaux précités sont prépondérantes. Nous faisons face ici à un conflit entre deux principes juridiques de base, l'effet obligatoire des obligations contractuelles, le principe *pacta sunt servanda*, d'une part, et le principe de garantie de l'accès à la justice d'autre part. L'application de chacun de ces principes au problème de l'impécuniosité donne des solutions contradictoires : soit les obligations contractuelles survivent à l'impécuniosité avec la conséquence possible qu'une partie soit interdite de mise en œuvre de ses droits ; soit les parties sont libérées de l'accord d'arbitrage afin qu'un tribunal étatique puisse être saisi à la place d'un tribunal arbitral.

(4) Sur l'influence de l'article 6 de la Convention européenne sur les droits de l'homme sur l'arbitrage, v. notamment Briner/Schlabrendorff, article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration, *Liber Amicorum Böckstiegel*, p. 89 et seq. ; Ch. Jarrosson, L'arbitrage et la CEDH, *Rev. Arb.* 1989, 573, A. Mourre, Le droit français de l'arbitrage international face à la CEDH, *Cah. arb. Recueil* vol I, 2002, p. 22.

III. LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES

Pour essayer de résoudre ce conflit de principes, il faudrait commencer par interpréter les intentions des parties et s'interroger sur leurs intérêts. Quel que soit le principe favorisé, la décision en faveur de l'un ou de l'autre devrait en effet être fondée, en premier lieu, sur l'intention des parties. Après tout, l'arbitrage lui-même trouve sa justification dans l'autonomie de la volonté des parties⁽⁵⁾.

Cependant, dans la mesure où d'ordinaire, au moment de la conclusion de l'accord d'arbitrage, aucune des parties ne pense à la perspective déplaisante d'un manque de moyens pour financer une procédure arbitrale, un tel accord n'aborde en général pas la question de l'impécuniosité⁽⁶⁾.

C'est pourquoi la formulation de l'accord d'arbitrage n'est pas d'une importance décisive. La tâche consiste en fait plutôt à déterminer l'intention hypothétique des parties au moment de la conclusion de l'accord. Qu'auraient stipulé des parties raisonnables si elles avaient pris en considération le problème de l'impécuniosité au moment de rédiger leur accord ? En d'autres termes, une partie, en signant l'accord d'arbitrage, se serait-elle engagée à perdre les droits y afférant pour le cas où l'arbitrage deviendrait inopérant à cause de son impécuniosité ?

Les accords d'arbitrage substituent simplement une méthode pour faire valoir ses droits à une autre. Ils mettent en place un tribunal privé à la place d'un tribunal étatique. En s'engageant sur l'arbitrage, les parties ont donc en général voulu choisir un certain mécanisme de résolution de leurs litiges, et l'on peut douter de leur intention d'y renoncer si le mécanisme choisi ne pouvait être mis en œuvre en raison du manque des fonds requis. Cependant, peut-on réellement penser que des parties raisonnables renonceraient au droit de faire valoir des demandes recevables et fondées dans l'éventualité de l'incapacité d'au moins une des parties à financer la procédure arbitrale ?

Aussi évidentes que soient ces considérations, il existe de sérieux doutes quant à leur justification légale. Le fait qu'une partie ne puisse pas invoquer le seul manque d'argent pour échapper à ses obligations contractuelles est en fait un principe de longue tradition dans de nombreux systèmes légaux. L'argent est quelque chose que l'on est censé avoir⁽⁷⁾. Il serait normal que ce principe juridique gouverne également l'accord d'arbitrage – en dépit du fait que l'accord d'arbitrage est un contrat spé-

(5) Cf. Zöller-Geimer, *ZPO*, 24th edition Cologne 2004, pre introductory remarks, § 1025, paragraphe 3.

(6) Cf. Wagner, Poor Parties in German Forums : Placing Arbitration under the Sword of Damocles ?, in *Financial Capacity of the Parties*, op. cit., p. 10, 12.

(7) Cf. L. Lévy, *Insolvency in Arbitration – Swiss Law*, in *Financial Capacity of the Parties*, p. 87, 91.

cial dans la mesure où il touche au droit fondamental de l'accès à la justice.

Il faut par ailleurs garder à l'esprit que permettre à une partie d'être libérée d'un accord d'arbitrage en raison de son impécuniosité implique des risques considérables pour l'efficacité de l'arbitrage, et en particulier de l'arbitrage international. Une insécurité juridique substantielle résulterait du fait que la situation financière d'une partie est difficile à évaluer. Il est souvent extrêmement difficile pour une partie d'obtenir des informations sur l'état financier d'une partie adverse. De plus, il faut prendre en compte toutes les manipulations par lesquelles une partie pourrait artificiellement essayer d'apparaître plus pauvre qu'elle ne l'est en réalité afin d'échapper à la clause d'arbitrage.

IV. LA SOLUTION DU PROBLÈME DEVANT DIVERSES JURIDICTIONS

En gardant ces risques à l'esprit, analysons comment différentes juridictions nationales – l'Allemagne, la France et l'Angleterre – abordent le problème.

Une approche consiste à accorder un droit exceptionnel de terminaison à la partie directement affectée par l'impécuniosité. Par exemple, si le demandeur ne peut pas payer sa part des coûts de l'arbitrage et par conséquent ne peut pas lancer l'arbitrage, on peut lui accorder le droit de mettre un terme à l'accord d'arbitrage et de porter ses demandes devant les juridictions étatiques. Par ailleurs, si c'est l'impécuniosité du défendeur qui met en péril l'arbitrage, le demandeur aura également le droit de mettre un terme à l'accord d'arbitrage s'il choisit de ne pas avancer la part des frais du défendeur ⁽⁸⁾.

1 – Allemagne

C'est cette approche qui est retenue en Allemagne. En fait, la Cour fédérale suprême a souvent décidé, bien que seulement dans le cadre d'accords d'arbitrage inclus dans des contrats domestiques, qu'une partie défaillante ne peut être obligée de participer à l'arbitrage que lorsqu'elle peut supporter à la fois les coûts du tribunal et s'assurer les services de conseils pour la représenter dans la procédure arbitrale ⁽⁹⁾.

Dans une décision rendue en 2000 ⁽¹⁰⁾, la Cour fédérale suprême a de nouveau confirmé cette solution de base, mais a modifié le raisonnement juridique permettant de libérer les parties de l'accord d'arbitrage. Au lieu d'un droit de terminaison extraordinaire, la Cour fédérale suprême préfère main-

tenant faire référence à une libération *ipso jure*. La Cour fédérale suprême soutient que l'accord d'arbitrage devient « impossible à exécuter » en conformité avec la Sect. 1032 (1) du Code civil de procédure allemand – lequel est basé sur l'article 8.1 de la loi modèle CNUDCI – si l'une des parties manque des moyens financiers nécessaires pour lancer un arbitrage. L'accord d'arbitrage devient donc inexécutable par l'effet de la loi.

Ce raisonnement a été à juste titre objet de critiques substantielles ⁽¹¹⁾. Les récents développements faisant suite à ces critiques semblent indiquer que la Cour fédérale suprême reviendra bientôt à son ancien raisonnement juridique, selon lequel l'accord d'arbitrage ne peut être dissout que par un préavis formel de terminaison de l'une des parties. Cette dernière position est très favorablement accueillie en Allemagne. Le principe de certitude requiert en effet que les importantes conséquences liées au changement de compétence – d'un tribunal arbitral aux tribunaux étatiques – ne puissent être mises en œuvre sans un acte explicite des parties. Celles-ci doivent donc exprimer leur volonté de renoncer à l'accord d'arbitrage, d'une part, et de porter leur litige devant les tribunaux étatiques d'autre part.

De plus, la théorie d'un accord d'arbitrage perdant son efficacité *ipso jure* dès qu'une partie devient impécunieuse rencontre des difficultés qui se révèlent insurmontables lorsque l'impécuniosité n'apparaît que de façon temporaire. Ce qui arriverait à un accord d'arbitrage si une partie était temporairement incapable de financer l'arbitrage, mais pouvait peu de temps après de nouveau faire face à ses obligations, reste complètement obscur. Selon la théorie *ipso jure*, l'impécuniosité temporaire rendrait l'accord d'arbitrage inefficace. Une résurrection de l'accord d'arbitrage avec le retour des capacités financières serait pour le moins difficile à expliquer ⁽¹²⁾.

2 – France

En France, il n'y a que peu de décisions de tribunaux étatiques traitant de l'impécuniosité dans le contexte de l'arbitrage, ce qui oblige à des spéculations à ce sujet. Selon le professeur Emmanuel Gaillard, l'allégation d'une invalidité de l'accord d'arbitrage ne serait très probablement pas examinée en premier lieu par les tribunaux étatiques ⁽¹³⁾. En raison du principe de compétence-compétence, il reviendrait en effet au tribunal arbitral lui-même d'examiner l'impact de l'impécuniosité sur l'accord

(8) Cf. Schütze, Armut im internationalen Schiedsverfahren – kollisionsrechtliche Aspekte, in *Ausgewählte Probleme des deutschen und internationalen Schiedsverfahrensrechts*, p. 157, 159/160.

(9) BGHZ 51, 79, 82 ; BGH, NJW-RR 1994, 1214, 1215.

(10) BGH, décision du 14 septembre 2000, NJW 2000, 3720.

(11) V. par exemple Wagner, *Poor Parties in German Forums : Placing Arbitration under the Sword of Damocles ?*, in *Financial Capacity of the Parties*, op. cit., p. 10 et s.

(12) Risse, *Undurchführbarkeit der Schiedsvereinbarung bei Mittellosigkeit des Klägers, Betriebsberater* 2001, Beilage 6, p. 11.

(13) E. Gaillard, *Impecuniosity of Parties and its Effects on Arbitration : A French View*, in *Financial Capacity of the Parties*, p. 65 et s.

d'arbitrage. Cette solution est soutenue par l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile français, qui dispose que la cour ne doit mener qu'une vérification *prima facie* de l'existence et de la validité d'un accord d'arbitrage. Cela signifie que les cours françaises doivent renvoyer le litige au tribunal arbitral si à première vue il y a un accord d'arbitrage valide. Ce n'est qu'après qu'une des parties à l'accord d'arbitrage a attaqué la décision arbitrale devant les tribunaux étatiques français que ces derniers peuvent examiner l'accord d'arbitrage en détail.

En général, lorsqu'on leur demande de prendre position sur la validité d'un accord d'arbitrage, les tribunaux étatiques français sont hésitants à le déclarer invalide, nul et non avenue ou « impossible à exécuter ». Selon le professeur Gaillard, les tribunaux étatiques français seraient donc peu enclins à conclure à la nullité ou à l'impossibilité d'exécution d'un accord d'arbitrage en raison de l'impécuniosité de l'une des parties.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 avril 2005⁽¹⁴⁾ semble confirmer cette approche. Le litige avait été soumis à un arbitrage organisé en application du règlement d'arbitrage de la Fédération de la Franchise, qui contient un mécanisme à deux degrés, les arbitres rendant un projet de sentence qui ne devient définitif que si les parties ne forment pas de demande d'examen au second degré. En l'occurrence, le liquidateur de la société demanderesse n'ayant pu payer la provision sur frais réclamée pour l'examen au second degré du projet de sentence, cette demande avait été rejetée et la sentence déclarée définitive. La Cour d'appel de Paris avait été saisie d'un recours en annulation, le projet de sentence n'ayant selon le liquidateur de la demanderesse pas acquis valeur de sentence définitive. La Cour a écarté l'argument lié à l'impécuniosité en estimant que « *les griefs formulés par le recourant à l'encontre de l'institution d'arbitrage relèvent de leurs relations mutuelles et sont étrangers à la qualification de la décision du tribunal arbitral* ». Selon Éric Loquin⁽¹⁵⁾, « *le risque de déni de justice est réel, et il est permis de s'interroger sur l'existence d'une atteinte au droit au procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* ». Pourtant, Éric Loquin estime qu'il serait « *impossible pour cette raison de tirer un trait sur la convention d'arbitrage et d'autoriser le demandeur à saisir le juge de l'État pour lui permettre de bénéficier de la gratuité de l'accès à la justice et de l'aide judiciaire* ».

(14) C. Paris (1^{er} ch., sect. C), 14 avril 2005, M^e Stebler c/ Société La Crois-santerie, Cahiers de l'arbitrage, Recueil III, p. 359.

(15) E. Loquin, RTD com, avril/juin 2006, Chroniques, p. 308, n^o 5.

3 – Angleterre

La loi anglaise est claire quand elle traite de l'impécuniosité d'une partie. En principe, les tribunaux étatiques anglais interprètent les termes « impossible à exécuter » de manière restrictive. Ceux-ci sont très favorables à l'arbitrage, et n'admettent l'invalidité d'un accord d'arbitrage que dans des cas manifestes⁽¹⁶⁾.

Dans une affaire portée devant la Cour d'appel de Londres⁽¹⁷⁾, le demandeur avait affirmé qu'il ne pouvait porter le litige que devant les tribunaux étatiques, et avec une aide judiciaire. Si on ne la lui accordait pas, il lui serait impossible d'exercer ses droits. Cependant, la Cour décida clairement que l'impécuniosité n'était pas suffisante en droit anglais pour rendre l'arbitrage « impossible à exécuter », et qu'une partie impécunieuse ne pouvait terminer un accord d'arbitrage pour la seule raison de son impécuniosité.

Cette décision et ce raisonnement reposent sur le principe fondamental en droit anglais selon lequel une partie à un accord d'arbitrage valide, a le droit légitime de ne pas être atraite devant les tribunaux étatiques. La doctrine anglaise ne considère pas que la perte totale de l'accès à la justice par une partie soit une violation d'un droit fondamental. Il reste à voir si cette approche traditionnelle continuera d'être appliquée maintenant que le Royaume-Uni a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme par la loi sur les droits de l'homme de 1988. Par ailleurs, dans le cadre des contrats de consommation, le règlement sur les conditions injustes dans les contrats de consommation de 1999 (*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1999) pourrait avoir un impact sur l'approche décrite.

V. LOI APPLICABLE

Comme on peut le voir à travers ces différents exemples, le problème de l'impécuniosité est traité de manière différente selon les juridictions. À la lumière de ces différences, la question de la loi applicable et de ses effets sur l'accord d'arbitrage est d'une importance substantielle.

La question de la loi applicable se pose surtout devant les tribunaux étatiques lorsqu'ils sont saisis malgré l'existence d'un accord d'arbitrage, mais peut aussi se poser devant les tribunaux arbitraux lorsqu'une partie refuse de participer à l'arbitrage en raison de sa propre impécuniosité.

En arbitrage international, les conséquences légales de l'impécuniosité sont déterminées conformément à la loi applicable à la procédure arbitrale et

(16) Hunter, *Impediment of the Parties and its Effect on Arbitration – An English Perspective*, in *Financial Capacity of the Parties*, op. cit., p. 105 et s.

(17) *Paczy v Haendler & Natermann* [1981] 1 Lloyd's Report 302 (CA).

à l'accord d'arbitrage. À moins que les parties n'en aient convenu autrement, il s'agit généralement de la loi du siège de l'arbitrage.

Pour les tribunaux étatiques, deux solutions peuvent être envisagées. Le tribunal peut traiter la question de savoir si l'arbitrage peut être poursuivi comme une question de compétence, et de ce fait prendre sa décision selon sa *lex fori*. L'autre possibilité serait de juger de cette question selon la *lex causae*, c'est-à-dire la loi gouvernant l'accord d'arbitrage ⁽¹⁸⁾.

Je suis personnellement en faveur d'un jugement sur la question de l'impécuniosité selon la *lex fori* du tribunal étatique saisi. La question, concernant la compétence du tribunal étatique, est en effet de nature procédurale. Chaque État devrait pouvoir décider lui-même s'il admet que les litiges soient tranchés devant des tribunaux autres que les siens ⁽¹⁹⁾.

Bien sûr, les lois nationales ainsi que l'accord d'arbitrage peuvent prévoir que la question de la validité de l'accord d'arbitrage et celle de l'étendue de ses effets excluant la compétence des tribunaux étatiques doivent être jugées selon la *lex causae*. Une telle disposition doit alors être respectée.

VI. CONCLUSION

En conclusion, je suis d'avis que, dans un arbitrage international, le principe *pacta sunt servanda* prévaut sur le principe du droit à l'accès à la justice, à l'exception peut-être de situations extrêmes. Il est vrai que l'argument basé sur le droit d'accès à la justice est d'une importance fondamentale, mais je n'irais jusqu'au point de dire que l'inaptitude d'une partie à participer à un arbitrage en raison de son impécuniosité peut être considérée comme un déni de justice, dans la mesure où l'on se situe dans le cadre d'un mode de solution des litiges librement choisi par les parties elles-mêmes.

Bien sûr, il faut également penser aux possibilités de limiter le problème de l'impécuniosité. Par exemple, porter le litige devant un arbitre unique au lieu d'un tribunal composé de trois arbitres peut augmenter l'efficacité et la rapidité d'une procédure et simultanément en réduire les coûts. Les petites entreprises devraient, en particulier, s'orienter plus souvent vers ce choix.

Une autre approche, complètement différente, consisterait à modifier les systèmes nationaux d'aide judiciaire afin qu'ils couvrent également l'arbitrage. Alors que les législateurs dans le monde entier, ou du moins dans les juridictions ayant

adopté la loi modèle CNUDCI, renforcent explicitement le rôle de l'arbitrage afin de le traiter à égalité avec les tribunaux étatiques, il ne serait pas incongru d'envisager une promotion supplémentaire de cette parité par une extension de l'aide judiciaire de l'État aux procédures arbitrales.

Cependant, un tel développement n'est pas encore réellement envisageable. Pour l'instant, nous devons vivre avec le fait que des slogans tels que « *pas d'argent, pas d'arbitrage* » ne sont pas démodés, mais caractérisent plutôt la situation actuelle. Sir James Matthew, un juge irlandais, a bien illustré ce même point en disant que « *La justice est ouverte à tous – comme le Ritz* » ⁽²⁰⁾.

(18) Schütze, Armut im internationalen Schiedsverfahren – kollisionsrechtliche Aspekte, in *Ausgewählte Probleme des deutschen und internationalen Schiedsverfahrensrechts*, p. 157 et s.

(19) Cf. E. Loquin, Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international, in *Liber Amicorum Normand*, I, note 6, Litec, 2003.

(20) *Oxford Dictionary of Quotations*, 4th edition 1992, p. 453.

Compétence-compétence à la mexicaine et à l'américaine : une évolution douteuse

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO (*)

Pour des raisons restant à déterminer, et qui ont quelque chose de mystérieux, des évolutions se manifestent parfois simultanément et en plusieurs lieux à la fois. Les exemples historiques de ce phénomène abondent, et la science du droit ne fait à cet égard pas exception. Le droit de l'arbitrage vient d'y ajouter une illustration supplémentaire.

Un des principes les plus vénérables et importants du droit de l'arbitrage, celui de compétence-compétence, fait en effet actuellement l'objet d'une redéfinition et ce dans plusieurs forums à la fois. Nous nous proposons de commenter cette évolution. Pour ce faire, nous résumerons tout d'abord des affaires récentes, avant d'en apprécier la portée.

I. ÉVOLUTIONS RÉCENTES DE LA JURISPRUDENCE AU MEXIQUE ET AUX ÉTATS-UNIS

A – Mexique

La Cour suprême mexicaine a récemment tranché une divergence entre deux cours de circuits sur la question de la portée du principe de compétence-compétence. Nous relaterons brièvement le contexte de ces décisions ainsi que le raisonnement des juridictions du fond, avant d'examiner la décision de la Cour.

1 – Les critères (contradictaires) des cours de circuits

Une divergence jurisprudentielle opposait deux cours de circuits. Alors que la sixième cour civile du premier circuit (*Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*) soutenait que la décision relative à la validité d'une convention d'arbitrage relevait de la juridiction du tribunal arbitral (1), la dixième cour civile du premier circuit (*Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*) en jugeait autrement : la décision en question relevait de la compétence des juridictions nationales (2).

La première affaire (3) trouvait son origine dans un différend commercial ordinaire devant une cour fédérale mexicaine de première instance et opposant la société LDC à la société ADT Security Services (ADT) ainsi que la Chambre nationale de com-

merce de la ville de Mexico (*Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México* – CANACO). La partie défenderesse souleva l'incompétence de la cour. En réponse, cette dernière (4) ordonna la constitution d'un tribunal arbitral (5). La décision de donner suite à l'arbitrage fit l'objet d'un recours constitutionnel (*amparo*), et la cour de district renversa la décision de première instance en maintenant que le renvoi à l'arbitrage ne pouvait avoir lieu lorsque l'action porte sur la nullité de la clause compromissoire (6). La sixième cour de circuit renversa en appel la décision émanant de la cour inférieure estimant que cette dernière relevait de la compétence du tribunal arbitral.

Dans la seconde affaire, la société Servicio Electrónico Digital (SED) intenta une action commerciale ordinaire contre ADT et la CANACO (7). La cour renvoya les parties à l'arbitrage. SED parvint, en appel, à obtenir l'annulation de cette décision (8), et cette décision d'appel fit à son tour l'objet d'un recours constitutionnel. La cour de district (9) infirma la décision d'appel, et la dixième cour de circuit estima que le renvoi à l'arbitrage ne devait pas intervenir lorsqu'une question tenant à la validité de la clause compromissoire était soulevée, la compétence revenant dans ce cas à la cour d'origine (et non à l'arbitre). La divergence perdura jusqu'à ce que la Cour suprême en soit saisie (10).

2 – La solution de la Cour suprême mexicaine

La Cour suprême mexicaine estima que la compétence pour connaître d'une action en nullité dirigée contre une clause compromissoire prévue au premier paragraphe de l'article 1424 du Code de commerce appartient au juge et non au tribunal arbitral. La décision est ainsi motivée : « *La posibilidad de se sustraer a la intervención de la justicia estatal en un conflicto, afín de le somet-*

(*) González de Cossío Abogados, SC professeur en arbitrage, droit des investissements, droit de la concurrence et analyse économique du droit, Universidad Iberoamericana, Ville de Mexico. Les commentaires sont les bienvenus à l'adresse suivante : fgcossio@gdca.com.mx

(1) Amparo en revisión 3836/2004.

(2) Amparo en revisión 31/2005.

(3) Amparo en revisión 3836/2004.

(4) Cinquième cour civile pour le district fédéral (Juez Quincuagésimo de lo Civil del Distrito Federal).

(5) Plus précisément, l'incompétence fut décidée par la troisième chambre civile de la cour supérieure de la ville de Mexico (Tercera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal), ordonnant à la juridiction inférieure de renvoyer les parties à l'arbitrage.

(6) La cour estima que tout renvoi entraînerait une décision implicite sur la validité de la clause compromissoire ainsi que la soumission des parties à la juridiction d'un tribunal considéré par l'une d'elles comme inexistante.

(7) Amparo en revisión 31/2005.

(8) Par la dixième chambre civile de la cour supérieure du district fédéral (Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal).

(9) Huitième cour de district en matière civile du district fédéral (Juzgado Octavo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal).

(10) Au Mexique, toute divergence entre cours de circuits peut faire l'objet d'un pourvoi à la Cour suprême selon une procédure semblable à celle du certiorari de la Cour suprême américaine. Techniquement, la question est dite « dénoncée » (*denunciada*) devant la Cour.

tre à un arbitrage commercial, est une manifestation du droit des particuliers à renoncer à leurs droits subjectifs et d'établir des dispositions juridiques auxquelles ils souhaitent se soumettre ; ainsi, une convention d'arbitrage peut être incluse dans un contrat comme clause compromissoire, ce qui, en règle générale et aux termes de l'article 1432 du Code de commerce, confère compétence aux arbitres pour intervenir, connaître et décider jusqu'à l'existence et la validité du contrat sous-jacent, ainsi que de la clause compromissoire. Toute disposition contraire serait contraire à la volonté des parties. Cependant, il existe une exception à cette règle, lorsqu'aux termes de l'article 1424 du Code précité, un différend est soumis à un organe juridictionnel sur la base d'un contrat contenant une clause compromissoire, et quand s'exerce dans le même temps une action contre cette dernière clause visant à la déclarer nulle, inefficace ou d'exécution impossible, ce qui rendrait nécessaire une décision judiciaire préalable concernant l'action en nullité. Une telle conclusion s'impose, car, d'une part, l'exigence du contrôle judiciaire de l'arbitrage ne doit pas être négligée, et d'autre part, la compétence des arbitres provient de l'autonomie de la volonté des parties, de sorte que, si un quelconque vice du consentement dans l'acte qui confère compétence à l'arbitre est allégué, l'action en nullité doit être préalablement résolue par l'organe juridictionnel, tout en laissant intact le droit des parties, aux termes de l'article 1424, d'initier des procédures arbitrales relatives au différend sur l'exécution et même l'existence ou la validité du contrat qui contient la clause compromissoire, le tribunal conservant sa compétence exclusive en cette matière » (11).

B – États-Unis

Dans l'affaire *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al* (12), la Cour suprême américaine a jugé que la compétence pour statuer sur la validité d'une clause compromissoire revient au tribunal arbitral lorsque l'exception d'incompétence repose sur une action en nullité portant sur le contrat dans sa totalité.

Certaines subtilités du raisonnement méritent d'être commentées. Nous procéderons donc, après avoir résumé la procédure, à une évaluation de la décision et de sa motivation.

1 – Contexte

Suite à une action intentée par Cardegna contre Buckeye, la cour de première instance de Floride

(11) Contradiction 51/2005, première chambre de la Cour suprême, 11 janvier 2006 (thèse jurisprudentielle 25/2006, thèse de contradiction 51/2005-PS entre la sixième et la dixième cour de circuits en matière civile du premier circuit. Majorité de trois votes. Vote dissident par Olga Sánchez Cordero de García Villegas et José Ramón Cossío Díaz. Juan N. Silva Meza rapporta la décision de la Cour) ; v. résumé dans ce panorama de jurisprudence latino-américaine de F. Mantilla Serrano et E. Silva Romero et commentaire à la Rev. de l'arb. 2006-4, p. 1039, note de J. Graham et C. Leal-Isa.

(12) 546 US (2006), commentée dans le panorama de jurisprudence américaine de M^e B. Derains et M^e E. Ordway dans les Cahiers de l'arbitrage, 2006/2 du 17 octobre 2006.

rejeta la demande de renvoi à l'arbitrage requise par Buckeye, estimant que la compétence pour statuer sur une action en nullité *ab initio* du contrat revenait au juge et non à l'arbitre (13). Il était, en l'espèce, soutenu que le contrat était nul *ab initio* étant donné la nature usuraire du taux d'intérêt appliqué.

La cour d'appel de l'État infirma cette décision par un arrêt, qui fut à son tour cassé par la Cour suprême de Floride, cette dernière estimant qu'une décision ordonnant l'exécution d'une clause compromissoire, rattachée à un contrat faisant l'objet d'une action en illicéité, serait contraire à l'ordre public local (*local public policy*) et au droit contractuel. La Cour s'exprima en ces termes : « ... exécuter une clause compromissoire dans un contrat attaqué comme illicite... pourrait donner force à un contrat qui non seulement viole la loi mais est aussi de nature criminelle... » (14).

La Cour suprême accorda une action *en certiorari* (15) et cassa la décision de la Cour suprême de Floride.

2 – La décision de la Cour suprême

La Cour suprême des États-Unis cassa la décision de la Cour suprême de Floride, estimant qu'une action en nullité du contrat lui-même, et non simplement de la clause compromissoire qui s'y trouve incluse, doit être portée devant l'arbitre et non le juge.

La conclusion est fondée sur un fait auquel la Cour accorda une importance primordiale : l'action visait la nullité du contrat dans sa totalité, et pas uniquement celle de la clause compromissoire.

Dans la continuité de la jurisprudence *Prima Paint* (16) et *Southland* (17), la Cour suprême opéra une distinction entre deux situations : 1 – une action en nullité portant uniquement sur la clause compromissoire ; 2 – une action en nullité du contrat dans sa totalité, soit en raison de son effet sur la validité du contrat lui-même, soit parce que l'illicéité d'une clause contractuelle entraîne la nullité de la totalité du contrat. L'affaire *Buckeye* relevait de la deuxième hypothèse. La Cour fit la remarque suivante : « Dans la mesure où la partie défenderesse oppose la nullité du contrat, et ce sans viser en particulier les clauses relatives à l'arbitrage, ces clauses sont susceptibles d'exécution en dehors du reste du contrat. Le sort de l'action doit dès lors être décidé par un arbitre et non pas par un juge ».

(13) Aux États-Unis, le renvoi à l'arbitrage s'effectue par le biais d'une « motion to compel arbitration ».

(14) 894 So. 2d. 860, 862 (2005), citant *Party Yards, Inc. v. Templeton*, 751 So. 2d 121, 123 (Fla. App. 2000) : ... to enforce an agreement to arbitrate in a contract challenged as unlawful ... could breathe life into a contract that not only violates state law, but also is criminal in nature...

(15) 545 US (2005).

(16) *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395, 400 (1967). Dans l'affaire *Prima Paint*, la Cour estima que si l'action en nullité reposait sur une prétention de dol viciant le consentement de l'une des parties à la totalité du contrat, il revenait à l'arbitre de se prononcer. Mais si, par contre, la même action était limitée à la clause compromissoire, c'est au juge que revenait la décision.

(17) *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984). Cette jurisprudence affirma que la « loi Fédérale d'Arbitrage » (*Federal Arbitration Act*) constituait une loi fédérale matérielle trouvant à s'appliquer aussi bien devant les cours locales que fédérales.

La décision repose sur trois prémisses. En premier lieu, la clause compromissoire est séparable du reste du contrat (18). En second lieu, à moins que l'action ne vise la clause compromissoire elle-même, la question de la validité du contrat doit d'abord être soumise à l'arbitre. Enfin, l'affaire concernait une action en nullité du contrat dans sa totalité (y compris la clause compromissoire) (19). En conséquence, la Cour estima que la clause compromissoire demeurerait susceptible d'exécution indépendamment du reste du contrat et que le sort de l'action relevait de la compétence de l'arbitre et non de celle de la Cour.

Cette décision suscite néanmoins l'interrogation suivante : si l'objection concerne uniquement la clause compromissoire, la cour – et non l'arbitre – constitue-t-elle l'organe compétent pour statuer sur cette dernière ?

Même si une réponse positive peut être dégagée implicitement à la lecture de la décision, il est important de noter que celle-ci n'est à aucun moment formulée par la Cour suprême.

C – Similarités

En définitive, les raisonnements des Cours suprêmes mexicaine et américaine se rejoignent tout en étant formulés de manière inverse : selon la Cour mexicaine, lorsque c'est la nullité de la clause compromissoire qui est recherchée, et non celle du contrat en entier, les recours devant le juge compétent doivent être épuisés avant que la procédure arbitrale puisse avoir lieu. Pour la Cour suprême américaine, lorsque le contrat dans sa totalité fait l'objet de l'action en nullité, c'est bien l'arbitre, et non la Cour, qui est compétent pour statuer sur la demande. L'énonciation inverse du principe est ici suggérée à défaut d'être exprimée : si la prétendue nullité touche uniquement la clause compromissoire, la décision sur le fond revient à la cour compétente.

Ces jurisprudences font donc preuve d'un parallélisme impressionnant. En effet, les deux décisions émanent de juridictions suprêmes, elles partagent un fondement similaire et elles ont été rendues à un mois d'intervalle.

II. APPRÉCIATION

Selon nous, cette nouvelle limitation du principe de compétence-compétence viole (A) les textes de loi applicables ainsi que (B) les objectifs du principe.

A – Le texte de la loi

Le premier paragraphe de l'article 1424 du Code de commerce mexicain dispose : « un juge auquel est soumis un litige sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage dès lors que demande lui en sera

faite par l'une d'entre elles **sauf s'il s'avère que l'accord concerné est nul, inefficace ou d'exécution impossible** » (20). Le premier paragraphe de l'article 1432 du même Code dispose que : « **Le tribunal disposera de la faculté de déterminer sa propre compétence, y compris en ce qui concerne les exceptions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage** (...) » (21).

Dans le cas mexicain, alors que la sixième cour de circuit estima que la compétence de l'arbitre quant à l'étendue de sa juridiction (22) prévalait sur celle de la cour pour statuer sur la validité de la clause compromissoire avant renvoi à l'arbitrage (23), la dixième cour de circuit parvint, quant à elle, à la conclusion contraire et obtint en cela l'aval de la Cour suprême.

Dans le cas Nord-Américain, la Cour suprême de justice estima que, si l'action en nullité vise le contrat dans sa totalité, la compétence pour statuer sur la question revient au tribunal arbitral. Le fondement de cette position est le quatrième paragraphe du *Federal Arbitration Act*, qui dispose que : « *Une partie s'estimant lésée par une inexécution, une négligence, ou un refus de l'autre partie de se soumettre à l'arbitrage en application d'une convention écrite prévue à cet effet pourra saisir toute Cour de district des États-Unis... afin d'obtenir l'ordre que l'arbitrage soit effectué selon les modalités prévues par l'accord... Après avoir vérifié que la conclusion de la convention d'arbitrage ou toute inexécution qui y serait relative n'est pas en cause, la Cour ordonnera aux parties de se soumettre à l'arbitrage conformément aux termes de ladite convention...* ».

Or, il nous semble que les juridictions suprêmes ont mal compris l'essence du principe de compétence-compétence. Celles-ci ont confondu l'exception et la règle : l'exception au devoir de renvoi a été utilisée comme exception à la règle de compétence-compétence.

En réalité, la nouvelle compétence à l'américaine et à la mexicaine transforme l'exception en règle : le juge statue sur la validité de la clause compromissoire, et l'arbitre sur le contrat dans sa totalité. Cette conception réduit l'étendue du principe de compétence-compétence : l'arbitre ne décide plus du sort des exceptions touchant à l'existence ou à la validité de la clause compromissoire, mais seulement de celles touchant au contrat sous-jacent.

Correctement compris, le principe de compétence-compétence établit la règle selon laquelle l'arbitre décide de la validité du contrat et de la clause compromissoire, tandis que la déci-

(18) Le fondement jurisprudentiel était ici *Prima Paint*. Littéralement : « il découle du droit matériel fédéral de l'arbitrage qu'une clause compromissoire est séparable du reste du contrat ».

(19) L'action se fondait sur la prétention d'une application d'un taux d'intérêt usuraire aux paiements différés.

(20) Les passages en gras sont ceux qui donnèrent lieu aux interprétations divergentes. Cette formulation reprend presque verbatim celle de l'article 8 de la loi-modèle de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

(21) Les passages en gras sont ceux qui donnèrent lieu aux interprétations divergentes. Ils sont identiques à l'article 16 de la loi-modèle de la CNUDCI.

(22) Fondée sur l'article 1432 du Code de commerce (article 16 de la loi-modèle de la CNUDCI).

(23) Fondée sur l'article 1424 du code de commerce (article 8 de la loi-modèle de la CNUDCI).

sion du juge quant à la validité de la convention d'arbitrage est une exception à l'obligation de renvoi devant l'arbitre. En d'autres termes, tandis que l'article 1432 du Code de commerce mexicain établit qui décidera de la validité du contrat et de l'accord d'arbitrage, l'article 1424 établit une exception à l'obligation de renvoi devant l'arbitre ⁽²⁴⁾.

B – La portée des principes de compétence-compétence et de séparabilité de la clause compromissoire

Les principes de compétence-compétence et d'autonomie de la clause compromissoire sont les institutions les plus typiques du droit de l'arbitrage. Seul un rapprochement des deux principes permet de saisir leur raison d'être.

Même si ces principes ont une origine commune, leurs fins sont différentes. Leur point de départ est le désir de mettre en œuvre l'intention des parties d'avoir recours à l'arbitrage plutôt qu'au contentieux devant les juridictions nationales. Afin d'apprécier leur portée, on peut imaginer un instant un monde dans lequel le principe de compétence-compétence n'existerait pas. Dans une relation donnée couverte par une convention d'arbitrage, si un litige survient et que l'une des parties soulève une exception touchant à l'étendue de la compétence de l'arbitre, un recours devant le juge deviendrait nécessaire pour décider si le différend en question relève de ceux que l'arbitre peut légitimement trancher. L'ironie est manifeste : pour bénéficier de l'arbitrage, il faudrait se soumettre à une procédure judiciaire ! Pour contourner la compétence du juge, il faudrait avoir recours au juge lui-même afin d'obtenir de ce dernier qu'il ordonne le renvoi à l'arbitre.

Imaginons maintenant l'inexistence du principe d'autonomie. Dans un litige donné, si la demande de l'une des parties comprend une déclaration en nullité du contrat, selon le principe de compétence-compétence, la question doit être soumise à l'arbitrage. À l'inverse, en l'absence du principe d'autonomie, un étrange résultat surviendrait : si le contrat devait être entaché de nullité ou d'inexistence, la clause compromissoire, en tant qu'accessoire, serait irrémédiablement affectée par la nullité. Mais le lecteur aura sans nul doute identifié une conséquence encore plus paradoxale d'une telle solution : la sentence se trouverait dépourvue de tout effet – une conséquence à la fois juridique et logique de l'adage *ex nihilo nil fit*. Une fois de plus, le résultat serait à la fois ironique et contraire à l'intention des parties ; mais il mériterait également une qualification supplémentaire : ridicule. En effet, les parties seraient obligées de se soumettre à l'arbitrage afin d'obtenir une sentence dépourvue de tout effet.

Essentiellement, les deux principes ont pour but

(24) Le verbe « renvoyer » (« remitirá ») (à l'arbitrage) à l'article 1424 du code de commerce est employé à l'impératif. Il ne confère aucun pouvoir d'appréciation uniquement une obligation. La Cour doit s'abstenir d'examiner aussi bien le fond du différend que la juridiction du tribunal arbitral (qui serait une question particulière relevant de la catégorie de la validité de la clause compromissoire).

la mise en œuvre de l'intention des parties, qui consiste à avoir recours à l'arbitrage plutôt qu'à une procédure contentieuse pour trancher leurs différends.

Il est certes vrai que les deux principes se recourent partiellement. C'est bien en vertu du principe d'autonomie que toute action en nullité du contrat ou de la clause compromissoire restera sans effet sur la compétence du tribunal arbitral ; et c'est bien en se fondant sur le principe de compétence-compétence que l'arbitre pourra décider de la validité aussi bien de la clause compromissoire que du contrat lui-même, sans que sa décision soit privée d'effets. Mais chacun des principes a une portée qui lui est propre : le principe de compétence-compétence permet à l'arbitre d'analyser l'étendue de sa compétence. Le principe d'autonomie, quant à lui, permet une déclaration constatant le vice affectant le contrat sans déstabiliser le fondement juridique de la décision (la clause compromissoire). Cependant – et il y a là une subtilité qu'il convient de souligner – alors que le principe d'autonomie permet de surmonter toute nullité de la clause compromissoire fondée sur une nullité du contrat sous-jacent, ce principe ne pourrait, seul et sans recours à celui de compétence-compétence, permettre à l'arbitre de connaître du différend si la demande en nullité portait sur la clause compromissoire.

Ces deux principes constituent donc le fondement juridique permettant la mise en œuvre de la clause compromissoire ⁽²⁵⁾.

III. CONCLUSIONS

Il est intéressant de noter que le débat judiciaire qui donna lieu aux deux décisions ici critiquées n'est que la réitération de celui qui eut lieu il y a plusieurs décennies (qui décide de la juridiction du tribunal arbitral, le juge ou l'arbitre ?) et qui entraîna la formulation du principe de compétence – compétence dans sa juste acception.

En somme, telle est l'erreur partagée des Cours suprêmes mexicaine et américaine : elles rouvrent un débat qui était considéré clos. Ces décisions remettent en cause les solutions acquises, qui sont le fondement de l'arbitrage : c'est à l'arbitre qu'il revient en premier lieu de déterminer l'étendue de sa propre compétence, soumise en dernier ressort, mais en dernier ressort uniquement, au contrôle du juge compétent. Toute solution contraire ignore l'intention des parties de recourir à l'arbitrage. Que l'exception d'incompétence porte sur le contrat dans sa totalité ou qu'elle porte uniquement sur la clause compromissoire n'a, à cet égard, tout simplement aucune incidence.

(25) Ce résultat découlant non de la clause compromissoire elle-même mais de la loi applicable à l'arbitrage. Dans le cas contraire, nous serions confrontés au dilemme de la « poule et de l'œuf ».

I. CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL ET INDÉPENDANCE DES ARBITRES

par Antonio Rigozzi

Décision commentée :

Arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006 (*Hazza Bin Zayed c. Lissarrague*, 2. Fédération française d'équitation, 3. Emirates international endurance racing, the organising committee of the FEI endurance world championship 2005, 4. Fédération équestre internationale [& TAS]), Bull. ASA 2007, p. 105-122.

1 – Annoncés dans notre dernière chronique, les considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral du 4 août 2006 dans l'affaire dite du *Sheikh Hazza* ont été publiés par le Tribunal fédéral début octobre. Pour mémoire, on rappellera que cet arrêt avait trait à la contestation par le Sheikh Hazza de la sentence du Tribunal arbitral du sport (TAS) du 9 mars 2006 qui prononçait sa disqualification pour dopage des championnats du monde d'endurance disputés à Dubaï le 27 janvier 2005 (1). L'appel devant le TAS avait pour objet la décision du Judicial Committee de la Fédération équestre internationale (FEI) qui avait attribué la médaille d'or au Sheikh Hazza en dépit du fait que le cheval de ce dernier avait été testé positif. D'un point de vue procédural, il convient encore de préciser que l'appel avait été introduit conjointement par la cavalière française Barbara Lissarrague – qui avait terminé la course en deuxième position – par la Fédération française d'équitation et par le Comité d'organisation des championnats du monde (ci-après : les « appelants ») (2). L'appel était dirigé contre la FEI, à savoir la fédération qui avait rendu la décision entreprise. Par la suite, le TAS a accepté la requête d'intervention (3) déposée par le Sheikh Hazza, et ce dernier

(1) Sentence CAS 2005/A/895 du 9 mars 2006 Barbara Lissarrague et al. c. fédération équestre internationale (FEI) & HH Sheikh Hazza Bin Sultan Bin Zayed Al Nahyan, consultable sur le site de la FEI : http://www.fei.ch/legal/PDFS/CAS_2005_A_895.pdf.

(2) Pour la petite histoire, on rappellera que le Judicial Committee avait en fait renversé la décision prise par le comité d'organisation et le Jury à l'issue de la course.

(3) Sous la note marginale « Intervention », l'article R. 41.3 du Code TAS dispose : « Si un tiers désire participer comme partie à l'arbitrage, il doit soumettre au TAS une demande à cet effet, motifs à l'appui, dans le délai fixé pour la réponse du défendeur. Cette demande contient, dans toute la mesure applicable, les éléments devant figurer dans une requête d'arbitrage. Le greffe transmet un exemplaire de cette demande aux parties et

Andrea PINNA

Docteur en droit (Tilburg, Paris II)

Professeur assistant à l'Université de Rotterdam

Directeur d'études à l'Institut de droit des affaires internationales (IDAI)

Antonio RIGOZZI

Docteur en droit

Chargé de cours à l'Université de Neuchâtel

Avocat au Barreau de Genève (Cabinet Schellenberg Wittmer)

fut admis à participer à la procédure en qualité de second intimé.

2 – Conformément aux articles R. 48 et R. 41.1, alinéa 2 (4) du Code TAS, les appelants ont dans leur déclaration d'appel conjointement désigné « leur arbitre » en la personne du professeur Massimo Coccia. Selon le résumé qu'en fait le Tribunal fédéral (5), la suite du processus de désignation du deuxième arbitre par les intimés a été plus laborieuse : « Par courrier du 10 juin 2005, le TAS a fixé au Sheikh Hazza et à la FEI un délai pour nommer un arbitre commun. Par la suite, le Sheikh Hazza a sollicité une prorogation de ce délai au motif que le rôle de la FEI n'était pas clair. Par courrier du 20 juin 2005, le TAS a prolongé le délai jusqu'au 23 juin 2005 en attirant l'attention des parties sur le fait que, faute de nomination commune dans ce délai, l'arbitre serait désigné par le TAS. Le 23 juin 2005, le Sheikh Hazza a informé le TAS du fait qu'il n'était pas parvenu à trouver un accord avec la FEI et sollicitait de pouvoir nommer un arbitre à lui tout seul. Le lendemain, le TAS signifiait au Sheikh Hazza qu'il ne pouvait être donné suite à sa dernière demande et que le tribunal arbitral serait dès lors constitué conformément aux règles prévues par le Code TAS. Par courrier du 16 août 2005 (!), le TAS informait les parties de la composition du tribunal arbitral » (6), à savoir : (i) le professeur Massimo Coccia (nommé conjointement par les appelants), (ii) Olivier Carrard (désigné par le président de la chambre d'appel pour le compte des intimés) et (iii) la juge Carole Barbey en tant

leur fixe un délai pour se déterminer sur la participation du tiers et pour soumettre, dans la mesure applicable, une réponse au sens de l'article R. 39 ».

(4) Cette dernière disposition prévoit que « [s]'il y a lieu de désigner trois arbitres et qu'il y a plusieurs demandeurs, ceux-ci désignent conjointement un arbitre. S'il y a lieu de désigner trois arbitres et s'il y a plusieurs défendeurs, ceux-ci désignent conjointement un arbitre. À défaut de telles désignations conjointes, le président de la chambre procède à la désignation en lieu et place des demandeurs/défendeurs. S'il y a trois parties ou plus ayant des intérêts divergents, les deux arbitres sont désignés conformément à la convention des parties. À défaut d'accord entre les parties, les arbitres sont désignés par le président de la chambre selon l'article R. 40.2. Dans tous les cas, les arbitres choisissent le président de la formation selon l'article R. 40.2 ».

(5) Il est un peu regrettable que la sentence, comme de nombreuses autres sentences du TAS d'ailleurs, passe sous silence le processus de constitution du tribunal arbitral.

(6) Arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006, consid. 5.1, Bull. ASA 2006, p. 105, 112, traduction libre.

que présidente de la formation (désignée par le président de la chambre d'appel).

3 – Devant le Tribunal fédéral, le recourant a soulevé de nombreux griefs à l'encontre de la sentence du TAS. L'intérêt principal (7) de l'arrêt du Tribunal fédéral réside dans le sort réservé aux griefs que le recourant tire de l'inégalité dans la constitution du tribunal arbitral (A). Le traitement du grief tiré du manque d'indépendance de l'arbitre mérite aussi d'être signalé, dans la mesure où – presque en même temps – le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS) édictait des directives sur le même sujet (B).

A – L'égalité des parties dans la constitution du Tribunal arbitral

4 – À l'appui de son recours, le Sheikh Hazza se plaignait du fait qu'il s'était vu imposer la nomination de son « arbitre » par le TAS (faute d'avoir pu s'entendre avec la co-intimée sur la nomination d'un arbitre conjoint) alors que les demandeurs avaient eux-mêmes nommé leur arbitre, ce qui serait constitutif d'une violation du principe de l'égalité des parties (article 190, Abs. 2 lit. d IPRG) voire d'une composition irrégulière du tribunal arbitral. Les lecteurs de cette revue auront déjà identifié la problématique de l'arrêt de la Cour de cassation française dans l'affaire *Dutco* (8), dans lequel la Cour a considéré que les parties ne pouvaient renoncer par avance à la garantie d'ordre public de l'égalité de traitement dans la désignation du tribunal arbitral et avait dès lors sanctionné l'article 10 du règlement d'arbitrage de la CCI (de l'époque) (9) qui obligeait les défendeurs multiples à désigner ensemble un arbitre. En droit suisse, on retient habituellement la solution contraire en référence à un arrêt *Westland* (qui prédate *Dutco* d'une dizaine d'années) dans lequel le Tribunal fédéral confirma une décision de la Cour de justice de Genève considérant que le système de nomination suivi par la CCI n'était pas contraire à l'ordre public suisse (Cour de justice GE, 26 novembre 1982, SJ 1984, p. 309, spéc. 317-319) (10). La question ne s'était toutefois jamais posée de front devant le Tribunal fédéral.

5 – En l'espèce, le Tribunal fédéral n'a pas eu à trancher cette question puisque, lors de l'audience de jugement devant le TAS, le recourant avait expressément renoncé à contester la composition

du tribunal arbitral (11). Ainsi, comme le retient à juste titre le Tribunal fédéral, le recourant avait perdu son droit de contester la constitution du tribunal arbitral au stade du recours contre la sentence. Il est en effet de jurisprudence établie qu'il est abusif de garder une cause de récusation en « réserve » pour le cas où l'arbitrage « tournerait mal » (ATF 126 III 249, 254). Alors que ce constat suffisait pour sceller le sort de ce grief, le Tribunal fédéral tient à expliquer que le grief serait de toute manière infondé. Après avoir relevé que le Code TAS prévoit la désignation de l'arbitre des co-intimés par le président de la chambre d'appel du TAS lorsque ceux-ci n'arrivent pas à s'entendre sur la nomination, le Tribunal fédéral tient à relever la pertinence de principe de l'allégation du recourant selon laquelle ses intérêts dans l'arbitrage ne coïncidaient pas avec ceux de la FEI (12). En l'espèce, le Tribunal fédéral constate toutefois qu'alors même qu'elle avait adopté une attitude procédurale volontairement neutre, la FEI n'en avait pas moins défendu la décision de son Judicial Committee (de ne pas disqualifier le Sheikh Hazza) et que leurs intérêts n'étaient donc pas divergents (13). En tenant à expliquer qu'en l'espèce les deux co-intimés n'avaient pas des intérêts divergents – alors même que la question ne se posait pas, le grief étant de toute manière forclos – le Tribunal fédéral reconnaît, ne serait-ce qu'implicitement, l'existence d'un problème d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral lorsque les codéfendeurs doivent nommer un arbitre conjointement tout en ayant des intérêts divergents (14) (ce qui n'est par définition pas le cas des co-demandeurs (15)). La même impression se dégage du fait que le Tribunal fédéral ajoute encore que si le Sheikh Hazza considérait vraiment que ses intérêts divergeaient de ceux de la FEI, il lui aurait appartenu d'invoquer l'article R. 41.1, alinéa 2 *in fine* du Code TAS, aux termes duquel, dans une telle situation tous « les arbitres sont désignés par le président de la chambre », ce qu'il n'avait pas fait (16).

6 – Or, il n'est pas rare que les co-intimés prennent des conclusions différentes. Ainsi, dans une affaire semblable concernant le titre de champion du monde d'attelage, la FEI ne s'était pas rangée derrière la décision de son *Judicial Committee* et

(7) Pour un résumé en français de l'analyse des autres griefs soulevés par le recourant, cf. Xavier Favre-Bulle/Guy Vermeil/Marjolaine Viret, Droit du sport et arbitrage international : les récents enseignements du Tribunal fédéral, in : Jusletter du 20 novembre 2006, § 10-18.

(8) Cass. 1^{re} civ., 7 janvier 1992, Revue arbitrage 1992, p. 470, note Bellet, JDI 1992, p. 707, note Jarrosson.

(9) Suite à l'arrêt *Dutco*, la CCI a ajouté l'actuel alinéa 2.

(10) Bernard Berger, Franz Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Berne 2006, n° 773, p. 275 pour qui cela résulte implicitement de l'arrêt du 26 novembre 1982 (Egypte c. Westland et al.), inédit, dans lequel le Tribunal fédéral confirme une décision de la Cour de justice de Genève considérant que le système de nomination suivi par la CCI n'était pas contraire à l'ordre public suisse (Cour de justice GE, 26 novembre 1982, SJ 1984, p. 309, spéc. 317-319).

(11) Arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006, consid. 5.1, Bull. ASA 2006, p. 105, 113. Selon le texte même de la sentence, « [a]t the outset of the hearing, the parties declared that they had no objection to raise with regard to the composition of the Panel » (Sentence CAS 2005/A/895 du 9 mars 2006, § 47).

(12) Dans l'original : « Wenn der Beschwerdeführer die Beklagtenrolle der Beschwerdegegnerin 4 [FEI] mit der Behauptung bestreitet, sie habe eine neutrale Position eingenommen und daher andere Interessen als er vertreten, so ist diesem Einwand auf den ersten Blick eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen » (arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006, consid. 5.2, Bull. ASA 2006, p. 105, 113-114).

(13) Arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006, consid. 5.2, Bull. ASA 2006, p. 105, 113-114.

(14) Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Rigozzi, Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP, Berne, 2006, p. 123-124.

(15) Sébastien Besson, Les parties à l'arbitrage, Revue suisse de procédure civile 2006, p. 320.

(16) Arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006, consid. 5.2 *in fine*, Bull. ASA 2006, p. 105, 114.

avait pris des conclusions qui allaient dans le sens des appelants (17). Dans ce cas, le cavalier, qui s'était vu retirer la médaille d'or au profit des appelants, aurait donc à l'évidence dû solliciter la nomination des trois membres de la formation par le président de la chambre d'appel. Ne l'ayant pas fait, ce dernier s'est limité à nommer un arbitre pour les intimés ainsi que le président de la formation et à confirmer le choix de l'arbitre des appelants. Le cavalier intimé s'est ainsi auto-discriminé au cours de l'arbitrage et, conformément à la jurisprudence ici commentée, n'aurait en aucun cas pu s'en plaindre au stade du recours. Cette affaire soulève la question de savoir si le TAS ne devrait pas faire application d'office de la règle de l'article R. 41.1, alinéa 2 *in fine* Code TAS lorsqu'il est manifeste que les co-intimés n'arrivent pas à nommer conjointement un arbitre du fait qu'ils ont des intérêts divergents. En l'absence d'une disposition correspondant aux articles 10, alinéa 2 du règlement d'arbitrage de la CCI (18) et 8, alinéa 5 du règlement suisse d'arbitrage international (19), ou d'une jurisprudence du Tribunal fédéral reprenant la solution de l'arrêt *Dutco* précité, une réponse affirmative paraît difficile. En revanche, on peut sérieusement se demander s'il n'appartiendrait pas au TAS, ou au conseiller du TAS en charge de l'affaire, d'attirer au moins l'attention des avocats concernés, qui ne sont pas tous forcément rompus aux subtilités du Code TAS, sur la possibilité de demander la désignation de tous les membres de la formation par le président de la chambre.

7 – À noter enfin que la problématique ici discutée présuppose naturellement que l'appelant ait eu la prévenance de désigner l'athlète (ou les athlètes) affecté(s) par l'appel en qualité de co-intimé(s) ou de partie(s) intéressée(s) à l'arbitrage (dirigé contre la fédération). S'il ne le fait pas, il appartient à notre sens au président de la chambre d'appel, même dans le silence du Code, d'attirer l'athlète (ou les) intéressé(s) dans l'arbitrage avant de nommer le président de la formation, afin de lui (leur) donner la possibilité de demander l'application de l'article R. 41.1, alinéa 2 Code TAS. Une fois la formation constituée, en l'état des textes, il n'est en effet plus possible de remettre en cause sa constitution (article R. 41.4, alinéa 4 Code TAS *in fine*).

8 – En conclusion, cette affaire nous incite à proposer une modification du Code TAS qui (i) requerrait du président de la Chambre d'appel de joindre à l'arbitrage les athlètes ou les clubs affectés par les conclusions de l'appel afin qu'ils aient la possibilité de participer à la désignation du tribunal arbi-

tral et (ii) permettrait à ce même président de la chambre d'appel de ne pas confirmer l'arbitre de l'appelant et de désigner tous les membres de la formation lorsque les co-intimés n'arrivent pas à désigner un arbitre commun du fait de leurs intérêts divergents.

B – Le défaut d'indépendance

9 – Dans un autre grief, le recourant contestait la composition correcte du tribunal arbitral (article 190, alinéa 2, let. a LDIP) au motif que l'arbitre nommé à sa place par le président de la chambre d'appel n'était pas indépendant. En substance, le recourant soutenait que cet arbitre n'était pas dans une situation lui permettant de garder son indépendance puisqu'il siégeait en même temps en tant qu'arbitre dans une autre procédure du TAS aux côtés de l'avocat des parties adverses.

10 – Le Tribunal fédéral a rejeté ce grief en précisant qu'une telle constatation n'était pas suffisante en soi pour remettre en cause l'impartialité de l'arbitre. Il a ajouté, à juste titre, qu'il fallait des circonstances particulières pour que cet état de fait fasse douter de l'indépendance de l'arbitre. Il ne suffisait pas d'alléguer que, dans le cours ordinaire des choses, on devait s'attendre à ce que les deux protagonistes abordent l'affaire litigieuse lors de rencontres dans le cadre de l'autre arbitrage (20). En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, également applicable en matière sportive (21), on doit présumer la capacité des membres d'un tribunal de s'élever au-dessus des contingences liées à leur désignation lorsqu'ils sont appelés à rendre des décisions concrètes dans l'exercice de leur charge (22).

11 – Pour couper court à toute discussion quant aux circonstances objectives additionnelles qui pourraient permettre de conclure à un défaut d'indépendance, le Tribunal fédéral ajoute que le recourant était déchu de la possibilité d'invoquer cette cause de récusation puisqu'il n'en avait pas immédiatement informé le tribunal arbitral et la partie adverse après sa découverte. Nous avons déjà eu l'occasion de mettre en exergue le caractère très, voire trop, restrictif que le Tribunal fédéral donne à cette jurisprudence en matière sportive. Dans une affaire récente, le Tribunal fédéral avait en effet considéré que les parties ne sauraient se contenter des informations à leur disposition : si un élément d'information n'est pas accessible (23), il appartient aux parties de « solliciter le complément d'information » nécessaire ; toute omission pourra leur être reprochée par la suite (24). En l'espèce, le Tribunal fédéral a perdu une bonne occasion d'assouplir sa jurisprudence en réfutant l'argument

(17) Sentence CAS 2006/A/1046 du 9 août 2006, Zoltan Lazar & Felix Brasseur et al. v. Fédération Equestre Internationale (FEI) & Michael Freund et al., consultable sur le site de la FEI. www.fei.ch/legal/PDFS/CAS_2005_A_895.pdf.

(18) Cet article dispose : « À défaut d'une désignation conjointe et de tout autre accord entre les parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la Cour peut nommer chacun des membres du tribunal arbitral et désigner l'un d'entre eux en qualité de président ».

(19) Cet article dispose : « Lorsqu'une partie ou un groupe de parties ne désigne pas d'arbitre dans une procédure multipartite, les chambres peuvent nommer les trois arbitres et préciser lequel est le président ».

(20) Arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006, consid. 4, Bull. ASA 2006, p. 105, 110.

(21) ATF 129 III 445, 467 (Lazutina).

(22) Arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006, consid. 4, Bull. ASA 2006, p. 105, 111.

(23) ATF 129 III 445, 458-459 (Lazutina).

(24) Arrêt du TF 4P.217/1992 du 15 mars 1993 (Gundel), Bull. ASA 1993, p. 398, 408.

des parties intimées au recours qui reprochaient au recourant de ne pas avoir constamment surveillé le site internet du TAS et d'avoir ainsi manqué l'occasion de découvrir une sentence dont la lecture aurait permis de déceler le motif de récusation invoqué (25).

12 – Les hasards du calendrier font qu'en même temps que le Tribunal fédéral statuait sur le recours du Sheikh Hazza, le Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport (CIAS) envisageait la modification de l'une de ses directives internes à l'attention des arbitres du TAS, « *afin que ceux-ci renoncent à agir en qualité de conseils devant le TAS* ». Selon les termes d'un communiqué de presse publié en novembre 2006, le CIAS souhaitait « *éviter à l'avenir que des parties agissant devant le TAS et représentées par des conseils non-membres du TAS aient le sentiment d'être désavantagées si la partie adverse est représentée par un membre du TAS* ». Bien que dans l'arrêt ici commenté le Tribunal fédéral n'ait pas remis en cause l'exercice de la double fonction arbitre/conseil, le CIAS a décidé « *d'intervenir sans tarder à un moment où les arbitres du TAS sont de plus en plus souvent sollicités par des associations sportives, des clubs ou des athlètes pour les conseiller ou pour les représenter devant des instances sportives ou judiciaires* » (26).

13 – Le texte des nouvelles directives du TAS est le suivant : « *1 – De l'avis du Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS), un membre du TAS nommé en qualité d'arbitre au sein d'une formation du TAS ne doit pas agir comme conseil dans le cadre d'une autre procédure devant le TAS au cours de la même période. 2 – Au cas où un membre du TAS est nommé en tant qu'arbitre dans une formation du TAS, il/elle doit révéler tout mandat de conseil qu'il/elle ou son cabinet d'avocats a devant le TAS. Si, après une nomination dans une formation du TAS, un membre du TAS accepte néanmoins d'agir comme conseil dans le cadre d'une autre procédure du TAS, il/elle doit immédiatement révéler cette information au TAS. 3 – Dans le cadre de la procédure d'appel, le président d'une formation est nommé uniquement parmi les membres du TAS qui ne représentent pas ou dont le cabinet d'avocats ne représente pas une partie devant le TAS au moment de cette nomination* ».

14 – Cette directive a suscité des réactions contrastées. Pour les avocats représentant habituellement des athlètes (ou des clubs) devant le TAS, elle n'irait pas assez loin ; pour certains des arbitres qui siègent souvent au TAS – c'est-à-dire une petite partie des 236 arbitres figurant sur la liste du TAS – elle

serait excessive. En tout état de cause, elle a le mérite de soulever un problème qui ne saurait être passé sous silence. Le fait que le CIAS ait tenu à édicter la directive quand bien même le Tribunal fédéral venait de donner sa bénédiction à l'exercice de la double fonction arbitre/conseil doit être salué. Le CIAS a ainsi reconnu que ce n'est pas parce que les sentences passent la rampe du recours en annulation que l'activité du TAS est pour autant exempte de critiques et non sujette à améliorations (27). Sur le principe, il convient de signaler que ce ne sont là que des directives qui n'engagent pas les arbitres. En pratique, il faut bien constater que les arbitres du TAS ne se sentent pas liés par la recommandation de ne pas agir comme conseils. Quant à l'obligation de divulguer prévue par la directive, elle s'adresse aux membres du TAS en leur qualité de conseils et non pas d'arbitres. En d'autres termes, il ne s'agit que d'une obligation à l'égard du TAS en tant qu'institution d'arbitrage et non pas envers les parties à l'arbitrage. La logique aurait voulu que ce soit à l'arbitre désigné qu'il appartient de révéler le fait qu'il représente en même temps des parties dans d'autres arbitrages. Même dans ce cas, la violation par l'arbitre de son obligation de révélation n'entraînerait de toute manière aucune conséquence juridique au niveau du droit de l'arbitrage.

15 – Sur le fond, une interdiction pour tout arbitre d'agir en tant que conseil du simple fait qu'il agit en même temps en tant qu'arbitre dans une autre affaire paraît excessive. Il faut en effet distinguer les très nombreux arbitres qui sont sur la liste du TAS et qui ne sont nommés qu'occasionnellement des quelques arbitres pour lesquels les nominations au TAS constituent une partie significative de leur activité. En ce qui concerne les premiers, on ne voit pas de raison de leur interdire de représenter une partie dans un autre arbitrage : si vraiment les spécificités du litige font apparaître une incompatibilité (par exemple parce que la question litigieuse est la même), l'obligation de révéler les circonstances susceptibles de faire douter de leur impartialité (obligation qui leur incombe de toute manière) paraît suffisante. S'agissant du deuxième groupe d'arbitres, il faut s'en remettre à leur bon sens. Ici aussi l'obligation de révéler devrait les inciter à en faire preuve en tenant compte des spécificités de chaque cas d'espèce. Par exemple, on ne voit pas pourquoi un arbitre régulièrement nommé dans des procédures d'appel ne pourrait pas représenter une partie dans un litige commercial soumis à la procédure ordinaire. En revanche, on peut par exemple légitimement s'interroger sur l'impartialité d'un arbitre ayant siégé à de nombreuses reprises à côté de l'avocat d'une des parties. On aurait dès lors pré-

(25) Par prudence on retiendra toutefois avec la doctrine que « le recourant est désormais censé avoir connaissance non seulement de la jurisprudence publiée sur Internet de manière générale, mais plus particulièrement des sentences parues sur le site du TAS » (Favre-Bulle/Vermeil/Viret, op. cit., § 7).

(26) Communiqué reproduit dans Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal. du 14 décembre 2006, p. 66.

(27) À titre de comparaison, on mentionnera que l'on attend toujours les améliorations relatives à la lisibilité de la liste d'arbitres suggérées par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Lazutina et annoncées en grande pompe le jour même de la communication des motivations de l'arrêt (à cette occasion, le président du TAS déclara que le TAS « ne restera pas sourd aux suggestions du TF tendant à perfectionner le fonctionnement du TAS »).

fééré une directive imposant aux arbitres du TAS de révéler (i) s'ils ont déjà siégé aux côtés d'un conseil des parties, et dans l'affirmative, combien de fois, et (ii) si la partie qui les a désignés les avait déjà nommés dans d'autres arbitrages du TAS, et si oui combien de fois. S'agissant de l'obligation faite au président de la chambre d'arbitrage d'appel de nommer un président de formation qui ne représente pas ou dont le cabinet d'avocats ne représente pas une partie devant le TAS au moment de cette nomination, elle paraît critiquable dans la mesure où elle revient à poser des exigences d'indépendance plus importantes pour le président que pour les autres membres de la formation ⁽²⁸⁾.

II. MOTIVATION DE LA SENTENCE ET RENONCIATION AU RECOURS

par Andrea Pinna

Décision commentée :

Arrêt 4P.172/2006 du 22 mars 2007 (*Guillermo Cañas c. ATP Tour & TAS*), ATF 133 III (235, causa sport 2007, p. 35, note Baddeley)

16 – S'il existait un recueil des grands arrêts en droit du sport, l'arrêt Cañas en ferait certainement partie, tant il marque un tournant dans la philosophie du Tribunal fédéral à l'égard des sentences rendues sous l'égide du Tribunal arbitral du sport (TAS). Les exigences posées par la haute juridiction suisse attestent de la maturité acquise par ce mode de résolution des litiges sportifs. Ce n'est pas parce qu'il s'agit de la première annulation d'une sentence du TAS que l'arrêt doit principalement attirer l'attention, puisqu'elle aurait pu facilement être évitée si le centre d'arbitrage et les arbitres avaient répondu à l'invitation du Tribunal fédéral de déposer leurs observations dans le cadre du recours afin de l'éclairer sur les motifs du rejet des moyens du demandeur qui n'apparaissaient pas dans la sentence ⁽²⁹⁾. L'arrêt doit retenir l'attention principalement au sujet des conditions d'efficacité de la renonciation au recours et aux garanties procédurales.

17 – Guillermo Cañas, joueur de tennis professionnel, a été testé positif à un diurétique inscrit sur la liste des produits interdits lors d'un contrôle qui a eu lieu pendant un tournoi à Acapulco. Cañas fait partie de la liste de plus en plus longue des « dopés par inadvertance » sévèrement sanctionnés. En effet, il a été établi que la substance interdite était entrée dans son corps en raison, également, de l'erreur du personnel du tournoi. Souffrant des symptômes de la grippe, le joueur a consulté le médecin du tournoi qui, n'ayant plus le médicament conseillé en stock, a délivré une prescription et chargé un des employés de la société organisatrice de le procurer en pharmacie. À la suite d'une erreur d'aiguillage, Cañas s'est retrouvé avec un

médicament destiné à l'entraîneur d'un autre joueur, qui contenait la substance interdite. Au regard de ce déroulement des faits, accepté par les arbitres, le seul reproche que l'on puisse faire au joueur est d'avoir ingéré un médicament sans lire le mode d'emploi ou vérifier que c'était bien celui prescrit par le médecin, du moins s'il avait conservé une copie de la prescription. Confier dans la compétence de ceux qui étaient chargés de faire le travail à sa place lui a coûté cher.

18 – En effet, et en dépit de cette circonstance, le « tribunal arbitral » de l'Association of Tennis Professionals (ATP) l'a suspendu pour une durée de deux ans et condamné à restituer l'ensemble des gains qu'il avait reçu depuis le tournoi où le contrôle a été effectué ⁽³⁰⁾.

19 – Sans tenter une action en responsabilité contre les organisateurs du tournoi, dont la pertinence aurait dû être appréciée en application du droit mexicain, le joueur sanctionné introduit un recours contre la décision disciplinaire devant le TAS, qui a accueilli la thèse de Cañas d'absorption involontaire du produit dopant et réduit la suspension de 24 à 15 mois ⁽³¹⁾. La réduction de la sanction n'a pas empêché un recours en nullité de la sentence devant le Tribunal fédéral. L'ATP a opposé son irrecevabilité en produisant la clause compromissoire signée par le joueur dans laquelle il renonçait à tout recours contre la sentence éventuellement rendue sous l'égide du TAS. Cette renonciation est admissible en droit suisse du moment que les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse (article 192 LDIP).

20 – La clause était en l'espèce rédigée en termes parfaitement clairs dans le *Player's Consent and Agreement to Atp Official Rulebook* signé par le joueur où l'on pouvait lire : « [...] *I also consent and agree that any dispute arising out of any decision made by the Anti-Doping Tribunal, or any dispute arising under or in connection with the Anti-Doping Program, after exhaustion of the Anti-Doping Program's, Anti-Doping Tribunal process and any other proceedings expressly provided, for in the Program, shall be submitted exclusively to the Appeals Arbitration Division of the Court of Arbitration for Sport (« CAS ») for final and binding arbitration in accordance with the Code of Sports-Related Arbitration. The decisions of CAS shall be final, non-reviewable, non-appealable and enforceable. I agree that I will not bring any claim, arbitration, lawsuit or litigation in any other court or tribunal. The time limit for any submission to CAS shall be 21 days after*

(28) Sur cette problématique, cf. Kaufmann-Kohler/Rigozzi, op. cit., n° 363, p. 129.

(29) Cf. infra.

(30) L'imprudence de Cañas est encore moins critiquable que celle commise par le skieur Alain Baxter, qui s'était rendu personnellement en pharmacie sans prescription et ne s'était pas aperçu que la composition du Vicks Vapor Rub acquis aux États-Unis comportait, contrairement à celui vendu dans son pays, une substance interdite, TAS 2002/A/376 Alain Baxter c. CIO, du 15 octobre 2002.

(31) TAS 2005/A/951 Cañas c/ ATP du 23 mai 2006.

the decision of the Anti-Doping Tribunal has been communicated to me [...] ».

21 – La clause contient donc deux stipulations qui reprennent le contenu des règlements de l'ATP applicables au moment des faits : une clause compromissoire et une renonciation à tout recours contre l'éventuelle sentence. La validité de la clause compromissoire ne posait aucune difficulté (l'arbitrage étant intenté par le joueur) et les débats des parties se sont concentrés uniquement sur la validité de la renonciation au recours. Dès lors, se posait immédiatement au Tribunal fédéral la question redoutable de savoir si la validité de cette dernière devait obéir aux mêmes conditions que celle de la clause compromissoire qui y ressemble de près parce que, outre conférer compétence à un tribunal arbitral, elle vaut négativement renonciation à saisir les juridictions étatiques de la contestation de la sanction imposée par la fédération sportive internationale. La logique voudrait que les exigences relatives à un consentement libre et éclairé soient les mêmes, d'une part, pour l'acceptation de recourir à l'arbitrage et, d'autre part, pour la renonciation de contester l'éventuelle sentence devant un tribunal étatique. En d'autres termes, on a tendance à admettre que soit les deux stipulations étaient nulles, soit elles étaient valables, mais que d'aucune manière l'une pouvait être valablement consentie et pas l'autre ⁽³²⁾.

22 – C'est pourtant cette dernière solution qui a été retenue en l'espèce. Le consentement au recours à l'arbitrage avait été valablement exprimé, mais la renonciation à un recours en nullité contre la sentence du TAS ne l'était pas. Dès lors, le tribunal arbitral voyait ainsi conforté sa compétence et, en même temps, le recours contre la sentence a été déclaré recevable par le Tribunal fédéral et a abouti à son annulation.

23 – Le fondement juridique retenu est probablement bancal, mais la solution apparaît pratiquement justifiée. L'illogisme de la solution est d'ailleurs reconnu par la haute juridiction elle-même ⁽³³⁾. Ce qui surprend le plus est que les arguments juridiques retenus par l'arrêt commenté sont exactement ceux qui avaient été avancés par une partie de la doctrine pour mettre en doute la validité même de la convention d'arbitrage désignant le TAS lorsqu'elle était imposée par la même fédération sportive qui serait partie à l'instance. Ce qui fait la spécificité de l'arbitrage en matière sportive est que la clause compromissoire n'est jamais librement acceptée par l'athlète, mais est imposée par les associations sportives et les organisateurs des compétitions. Le Tribunal fédéral relève en effet que l'athlète ne dispose d'aucun pouvoir de négociation et que soit il accepte les conditions imposées pour pratiquer son sport, soit, en reprenant une formule maintenant célèbre du professeur Knoepfler,

il ne pourra que « *pratiquer son sport en toute marginalité, dans son jardin, sans concurrence ni partenaires* » ⁽³⁴⁾. C'est à l'aune du caractère imposé de l'arbitrage inscrit en lettres cubiques dans les règlements de l'ATP que le Tribunal fédéral a refusé de donner effet à la renonciation. La signature du formulaire de consentement cité plus haut est statutairement une condition de la participation aux compétitions organisées par l'ATP, qui contrôle de façon monopolistique le marché du tennis professionnel masculin : « *Further, for each calendar year all such Players shall, as a condition of entering or participating in any event organised or sanctioned by the ATP, deliver to ATP a signed consent in the form set out in Appendix 2* » ⁽³⁵⁾.

24 – Cela a conduit le Tribunal fédéral à en déduire que la renonciation à recourir contre une sentence, lorsqu'elle émane de l'athlète, ne sera généralement pas le fait d'une volonté librement exprimée et que, dès lors, elle ne peut pas être « *opposée* » à l'athlète. La solution doit retenir l'attention pour deux raisons.

25 – D'une part, c'est une affirmation générale qui est faite concernant la libre manifestation de volonté. L'appréciation est abstraite et ne se concentre pas sur la situation particulière du joueur de tennis partie à l'instance, à tel point qu'il est affirmé que la non opposabilité de la renonciation à l'athlète est un principe qui devrait donc trouver à s'appliquer dans tous les cas, sauf circonstances exceptionnelles. Circonstances qui avaient été plaidées par l'ATP, qui soutenait que Cañas était membre du Conseil des joueurs et, à ce titre, participait à l'élaboration du règlement de la fédération sportive, en laissant entendre donc que la liberté du consentement s'en déduisait. L'argument a été rejeté par le Tribunal fédéral au motif, juridiquement exact, qu'en tant que membre du Conseil des joueurs, Cañas avait certes pu participer à la formation de la volonté de la personne morale, mais que cela n'avait en aucun effet sur son propre consentement à la renonciation.

26 – D'autre part, et surtout, le fondement de l'absence de l'expression d'un consentement libre renvoie naturellement à la théorie des vices du consentement. L'absence de liberté de consentement est implicitement mais nécessairement considérée comme un vice du consentement aboutissant à la nullité de la renonciation. Mais quelle règle de droit conduit à une telle nullité ? ⁽³⁶⁾ La question préalable est de droit international privé. L'article 192 LDIP prévoyant la possibilité de renonciation au recours introduit une règle matérielle qui

(32) Pour cet argument, v. F. Knoepfler, Ph. Schweizer, jurisprudence suisse en matière d'arbitrage international, RSDIE 2006, p. 105 et s., spéc. p. 159.

(33) Consid. 4.3.2.3.

(34) F. Knoepfler, RSDIE 1994, p. 153, sous ATF 119 II 271, du 15 mars 1993 (Gundel).

(35) Article B.1. des règles ATP en matière de dopage dans la version en vigueur à l'époque des faits.

(36) Le recours au concept d'« opposabilité » par le Tribunal fédéral est imprécis, parce qu'un contrat peut être opposé à un tiers, mais le cocontractant n'a pas besoin du détour par l'opposabilité, et la question n'est donc de savoir que si la clause ou la convention a été valablement stipulée.

trouve application pour tous les arbitrages internationaux ayant leur siège en Suisse du moment qu'aucune des parties n'a son domicile, ni sa résidence habituelle, ni un établissement dans ce pays. Pourtant, quant à la validité du consentement, cette disposition ne dit rien et le fait que le siège du tribunal arbitral est par définition le seul lien avec le système juridique suisse laisse penser que le consentement à la convention d'arbitrage puisse être soumis à une loi différente. Pourtant, la nature procédurale de la clause en question conduit à retenir la loi suisse, parce que c'est celle du tribunal saisi du recours en nullité contre la sentence et non pas parce que c'est celle du siège du tribunal arbitral⁽³⁷⁾. C'est donc le droit suisse qui est appliqué pour déterminer si, au fond, la renonciation a été valablement stipulée.

27 – Comme toute convention, la renonciation à recours est soumise au droit commun des obligations sauf dispositions particulières. Dans le Code suisse des obligations, le seul vice du consentement qui a un lien avec la contrainte est la « crainte fondée ». Selon les articles 29 et suivants, celui qui a contracté sous l'empire d'une crainte résultant d'une menace d'un danger grave et imminent pour lui ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens peut demander la nullité de la convention. Une telle définition ne semble pas correspondre à l'espèce de l'arrêt ici commenté, qui s'insère alors dans une tendance générale du droit des contrats en Europe qui admet l'existence d'un vice du consentement en présence d'une situation de dépendance, notamment économique, alors qu'au sens propre du terme il n'y a pas de violence⁽³⁸⁾. L'arrêt conduit naturellement à ce retour au droit commun des contrats lorsqu'il affirme de façon générale que « *[Cet] accord, à l'égal de tout contrat, ne vient à chef que si les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté de renoncer au recours. La liberté de contracter, en tant qu'élément constitutif de l'autonomie de la volonté, requiert qu'une telle manifestation n'émane pas d'une volonté bridée par quelque entrave que ce soit* ».

28 – Il ne nous est pas possible d'apprécier la portée de la solution retenue par l'arrêt Cañas sur le droit suisse des obligations, mais il semble bien qu'il s'agit d'un premier pas vers la reconnaissance de l'absence de liberté contractuelle comme un vice du consentement. Encore faut-il admettre que cela vaut pour certaines conventions seulement, puisque, comme cette affaire l'atteste, si la renonciation à recours est viciée, la clause compromissaire s'accommode parfaitement d'une telle privation de liberté⁽³⁹⁾. On a déjà souligné l'embarras dans

lequel s'est reconnu le Tribunal fédéral. Pour justifier le traitement différent réservé à la convention d'arbitrage et la renonciation au recours, des raisons pratiques, voire politiques, ont été avancées, comme la protection des parties faibles, mais probablement par-dessus tout l'attractivité de la Suisse comme place arbitrale. La première qualité que l'on demande à une place arbitrale est de ne pas mettre trop de barrières au recours à ce mode de règlement des litiges. Mais, l'excès nuisant en tout, il est fort à redouter qu'un État trop bienveillant effraierait trop le plaideur dans l'optique d'être privé de tout recours même lorsque ses droits les plus fondamentaux seraient bafoués. Ce n'est pas ce que vise à permettre l'article 192 LDIP, puisqu'en principe, la procédure arbitrale entre étrangers qu'elle organise doit donner lieu à *exequatur*, du fait de l'extranéité requise avec le territoire suisse. Une renonciation au recours empêchera certes que la sentence fasse l'objet d'un droit de critique direct, mais au stade de l'*exequatur*, le juge étranger pourra apprécier la validité de la sentence. Tel est l'esprit de ce texte principalement : ne pas faire double jeu avec un contrôle de la sentence à l'étranger. Un tel contrôle n'aura généralement pas lieu lorsque le litige porte sur la validité d'une sanction disciplinaire en matière sportive, qui produira ses effets sportifs, comme c'était le cas en l'espèce, du seul fait de son prononcé⁽⁴⁰⁾. L'arrêt empêche purement et simplement une telle situation en cas d'arbitrage forcé, situation qui pourrait même selon le Tribunal être incompatible avec l'article 6.1 de la Convention européenne de droits de l'homme⁽⁴¹⁾.

29 – Dès lors, le particularisme de la situation souligné par le Tribunal fédéral incite à ne pas exagérer la portée de l'arrêt, tout en soulignant le contraste patent entre une solution à portée limitée et les principes très généraux avancés pour la justifier.

30 – Le recours contre la sentence étant donc recevable, le Tribunal fédéral a examiné et accueilli le grief principal du joueur tendant à l'annulation de la sentence pour violation de son droit d'être entendu dans la procédure arbitrale⁽⁴²⁾. Une grande partie des écritures du joueur devant le TAS tendait à démontrer en quoi la sanction d'un athlète pour dopage du fait de l'absorption involontaire d'un médicament remis par erreur et, de surcroît, préjudiciable à la prestation sportive, était contraire au droit du Delaware, applicable en vertu des règles de l'ATP : « *This Program shall be governed in all respects (including, but not limited to, matters concerning the arbitrability of disputes) by the Laws of Delaware without reference to Delaware conflict of laws principles* ». La lecture de la sentence du 23 mai 2006 permet de s'aperce-

(37) En ce sens, X. Boucobza, La clause compromissaire par référence en matière d'arbitrage commercial international, rev. arb. 1998, 495.

(38) Pour le droit français, v. not. Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 169, JCP 2001. II. 10461, note G. Loiseau. V. également, article 1114-3, de l'avant-projet de réforme de droit des obligations.

(39) Il est vrai que la question de la validité même de la convention d'arbitrage n'était pas posée au tribunal fédéral, mais il est à douter fortement que sa nullité (son « inopposabilité ») aurait été prononcée.

(40) Plus généralement, en toute matière, les sentences rejetant une prétention ne requièrent pas d'*exequatur*.

(41) En avançant cet argument, sans plus de précisions, l'arrêt se réfère à G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2006, n° 767.

(42) Article 190, alinéa 2, d. LDIP.

voir d'un défaut de réponse à l'argument du joueur, qui a donc été rejeté sans aucune motivation. En droit suisse de l'arbitrage, le droit d'être entendu oblige les arbitres, lorsque l'argument avancé aurait influencé l'issue du litige s'il avait été accueilli, à l'examiner⁽⁴³⁾. Ce n'est pas à proprement parler une obligation de motivation de la sentence qui est introduite, mais une exigence formelle faite aux arbitres de montrer qu'ils ont examiné les arguments pertinents avancés par une partie. En d'autres termes, il ne s'agit pas tant de savoir pourquoi l'argument a été rejeté, que d'avoir la certitude qu'il a été rejeté après avoir été pris en considération. Dans les faits, on se rapproche toutefois sensiblement d'une obligation de motivation, tout du moins lorsque la sentence est motivée sur d'autres aspects du litige.

31 – Toutefois, le droit suisse de l'arbitrage, favorable à la validité de la sentence, ne conduit pas nécessairement à sa nullité lorsque le droit d'être entendu d'une partie n'a pas été respecté. Il donne la possibilité aux arbitres de se déterminer après avoir rendu la sentence, notamment dans le cadre du recours contre celle-ci. En l'espèce, le Tribunal fédéral relève expressément cette possibilité et, dans une formule au ton de reproche, indique que « *comme [le TAS] a renoncé à se déterminer sur le recours de droit public, on ignore le raison de ce mutisme* » au regard de certains arguments avancés par le joueur. Ce qui signifie que l'annulation de la sentence aurait pu être évitée si les arbitres avaient retenu bon de préciser au tribunal qu'ils considèrent que le droit du Delaware ne s'oppose pas au prononcé d'une sanction disciplinaire telle que celle prononcée par l'ATP, même si cela ne résultait pas de leur sentence.

32 – Il est en effet fort probable que telle était la position des arbitres et que l'omission dans la sentence ne signifiait pas qu'ils n'avaient pas pris conscience de l'existence de l'argument du demandeur. On ne s'explique dès lors pas pourquoi ils ne sont pas intervenus, d'autant plus qu'il ressort de l'arrêt, qui fait état d'une renonciation, qu'ils ont été sollicités.

33 – Sur le plan pratique, les suites d'une telle affaire peuvent être multiples. La sentence rendue sous l'égide du TAS est certes annulée, mais la décision de l'association sportive de suspension ne l'est pas, et ressuscite d'ailleurs dans ses termes initiaux, notamment quant à sa durée et quant aux conséquences pécuniaires pour le joueur. Il n'est donc pas surprenant qu'une nouvelle procédure arbitrale ait été intentée et donné lieu à une nouvelle sentence dans laquelle les arbitres nommés se sont efforcés de répondre à l'argumentation développée par les parties⁽⁴⁴⁾. Cette sentence révisée du 23 mai 2007 est identique en tous points à celle qui a été annulée sauf à la différence deux paragra-

phes (n^{os} 8.17 et 8.18) qui tendent à combler le défaut de motivation. À la lecture, des doutes continuent à subsister sur le point de savoir si tous les arguments du joueur ont été examinés, si bien que l'on ne peut exclure une nouvelle annulation, peut-être fondée sur l'ordre public procédural, du fait de l'autorité des arrêts du Tribunal fédéral sur les décisions des juridictions (y compris arbitrales) inférieures.

34 – De façon générale, l'arrêt du Tribunal fédéral est bénéfique parce qu'il sera de nature à inciter les arbitres, et pas seulement ceux du TAS, à motiver soigneusement leur sentences, ce qui semble être souvent déjà le cas, bien que, n'ayant pas accès aux mémoires des parties, il nous soit impossible de savoir si ces dernières obtiennent généralement une réponse à tous les arguments pertinents avancés.

35 – Enfin, une action en responsabilité contre les arbitres eux-mêmes, et éventuellement contre le centre d'arbitrage n'est pas à exclure, de la part de l'ATP. Cette association semblerait également victime d'une faute de la part des arbitres qui, s'ils ont bafoué les droits fondamentaux du joueur de tennis en premier lieu, ont considéré qu'il n'était pas nécessaire de réparer leurs erreurs pour sauver la sentence, alors qu'il n'était pas encore trop tard. À cela s'ajoute une légèreté évidente de la part du centre d'arbitrage lors de la *scrutiny* de la sentence qui lui incombe en vertu de l'article R. 59, alinéa 2 du Code TAS.

36 – Cela pourrait expliquer le fait que l'ATP, qui a vainement tenté de défendre seule la sentence, ait été condamnée à des dépens très modiques par le Tribunal fédéral.

III. SOMMAIRES DE JURISPRUDENCE

A – Sentences du TAS par Alexis Schoeb

Tennis – Dopage – Absence de faute ou négligence significative – Réduction de la période de suspension

Joueur de tennis contrôlé positif suite à l'absorption d'un médicament contenant une substance interdite. Le médicament avait été prescrit par le médecin officiel du tournoi ATP.

Selon le règlement antidopage de l'ATP, qui reprend le CMA, l'athlète qui entend faire annuler une période de suspension doit démontrer, d'une part, comment la substance interdite s'est retrouvée dans son organisme et, d'autre part, qu'il n'a commis aucune faute ou négligence. Si cette dernière démonstration n'est pas ou ne peut pas être apportée, l'athlète peut établir qu'il n'a pas commis de faute ou négligence significative.

Selon le règlement ATP, les résultats obtenus lors de la compétition durant laquelle l'échantillon positif a été obtenu, ainsi que tous les autres résultats obtenus dès ce moment seront annulés jusqu'à la

(43) Les références aux précédents jurisprudentiels sont citées dans l'arrêt commenté, consid. 5.2.

(44) CAS 2005/A/951, Guillermo Cañas c. ATP Tour, sentence révisée du 23 mai 2007.

période de suspension, à moins que l'équité ne justifie une autre solution. Ainsi, selon le TAS l'équité justifie de maintenir un résultat obtenu durant cette période, dans la mesure où l'athlète a été testé négatif durant la compétition.

CAS 2005/A/951, *Guillermo Cañas c. ATP Tour*, Sentence révisée du 23 mai 2007 qui reprend la substance de la sentence du 23 mai 2006 annulée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté ci-dessus.

Handball – Dopage – Charge et degré de preuve

Athlète contrôlé positif à la cocaïne. L'athlète doit prouver comment la substance interdite est entrée dans son organisme. Lorsque le sportif supporte la charge de la preuve, le degré de celle-ci n'est pas, comme en droit suisse, l'intime conviction du juge, mais est fondé sur un juste équilibre des probabilités (article 3.1 du Code mondial antidopage).

Si le sportif ne parvient pas à prouver comment la substance est entrée dans son organisme, une violation des règles antidopage a eu lieu, sans possibilité d'élimination ou de réduction de la sanction.

CAS 2006/A/1130, *WADA c. Darko Stanic & Swiss Olympic*, Sentence du 4 janvier 2007

Cyclisme – Dopage – Compétence du TAS

En demandant sa licence à une fédération nationale, le cycliste professionnel se soumet à la compétence du TAS ainsi qu'aux règlements de l'Union cycliste internationale (UCI), même si la demande de licence ne le mentionne pas expressément.

Les fédérations sportives internationales ont le pouvoir d'interjeter appel devant le TAS à l'encontre des décisions des fédérations nationales en matière de dopage. Ce pouvoir s'exerce quand bien même le contrôle et la sanction du dopage au niveau national seraient confiés, selon la réglementation antidopage, à une autorité publique.

CAS 2006/A/1119, *UCI c. Landaluce & RFEC*, Sentence du 19 décembre 2006.

Patinage artistique – Non-admission d'un officiel d'une fédération

Une fédération a la compétence de décider de la non-admission (*ineligibility*) d'un individu qui n'est pas un membre formel, mais un officiel. Un officiel accepte implicitement, par son engagement auprès de la fédération, de se soumettre à ses règlements et statuts.

CAS 2005/A/961, *Garden, Lindgren & Stapleford c. International Skating Union*, Sentence du 17 mai 2006

Football – Changement de Club – Droit applicable – Prolongation unilatérale du contrat de travail

Changement de club par un joueur alors que celui-ci serait encore sous contrat avec son ancien club. L'article 187, alinéa 1 LDIP détermine le droit applicable au fond du litige prioritairement sur la base du droit choisi par les parties. Les parties peu-

vent rendre applicable tant des règles étatiques que des réglementations sportives. Toutefois, ce choix est limité par la réserve de l'ordre public (articles 190 et 19 LDIP). Un joueur professionnel membre d'un club de football affilié à une fédération nationale, elle-même affiliée à la FIFA, accepte, indirectement de se soumettre aux règlements de cette dernière. Les règles de la FIFA sont ainsi applicables et selon celles-ci, le droit suisse est applicable à titre supplétif.

Selon le TAS, un système de reconduction unilatérale du contrat par un club n'est pas compatible avec les règles FIFA, ni avec le droit suisse (notamment le droit du travail).

Le TAS souligne par ailleurs que la conclusion d'un contrat à durée indéterminée est également incompatible avec les règles de la FIFA.

L'application d'une disposition de droit étatique allant dans ce sens doit être écartée pour contrariété à l'ordre public.

TAS 2005/ A/983 & 984, *Club Atlético Peñarol c. Beno Suarez, Rodriguez Barrotti, Crespo Pérez et PSG*, Sentence du 12 juillet 2006.

Football – Sanction

Un club n'a pas payé une dette envers un autre club. Ce dernier agit auprès de la FIFA. Le Comité Disciplinaire de la FIFA (DC) prononce une amende envers le club débiteur. Selon le Code disciplinaire de la FIFA (article 68), le DC est compétent pour sanctionner toute personne qui ne paye pas à un club, un coach ou un joueur, un montant qui lui est dû.

Le TAS précise que les difficultés financières et sportives d'un club ne sauraient justifier un défaut dans le paiement d'une dette. Ces difficultés ne permettent pas à un débiteur d'échapper à sa responsabilité disciplinaire selon le Code disciplinaire de la FIFA.

CAS 2006/A/1008, *Rayo Vallecano de Madridi SAD c. FIFA*, Sentence du 21 août 2006 confirmée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4P.240/2007.

Tennis – Dopage – Seconde violation

Ingestion par un athlète professionnel d'un liquide (eau) contenant une substance interdite. Selon le TAS, l'athlète est responsable des aliments et boissons qu'il consomme et, sauf circonstances extraordinaires, ne peut pas invoquer l'absence de faute ou de négligence si les boissons ou aliments consommés contenaient une substance interdite.

Dans le cas présent, l'athlète a agi sans faute ou négligence significative. Il s'agit cependant d'une seconde violation des règles antidopage. Une seconde violation est sanctionnée pas une suspension à vie, voir une suspension minimale de 8 ans. Toutefois, le TAS souligne que dans le présent cas les deux violations étaient non seulement exemptes de faute ou négligence significative, mais également si infimes qu'elles s'apparentaient pratiquement à une absence de faute ou de négligence.

Dans ces circonstances exceptionnelles, le TAS considère qu'il serait disproportionné et injuste de suspendre un athlète pour une durée de 8 ans (ce qui, in casu, représenterait la fin de la carrière de l'athlète). Le TAS souligne l'existence d'une lacune dans le Code Mondial antidopage dans les cas aussi exceptionnels. La période de suspension a été réduite à deux ans.

CAS 2006/A/1025, *Mariano Puerta c. International Tennis Federation*, Sentence du 12 juillet 2006.

Hippisme – Dopage – “Qualité pour recourir” – Intérêt légitime

Selon les FEI *General Regulations* (article 170.1), celui qui a un intérêt légitime peut interjeter appel d'une décision de la FEI.

Selon le TAS, l'athlète, dont la médaille ou le prix sont affectés par une décision, a un intérêt légitime à faire appel devant lui. Il en va ainsi tant pour celui qui obtiendrait une autre médaille (or au lieu d'argent) que pour celui qui accéderait au podium (3^e au lieu de 4^e place). La fédération nationale à laquelle l'athlète est affilié a également un intérêt légitime.

Annulation des résultats indépendamment de l'effet de la substance et de la volonté de tricher.

CAS 2006/A/1046, *Lazar, Brasseur et al. c. FEI*, Sentence du 9 août 2006.

B – Arrêts du Tribunal fédéral par Antonio Rigozzi

Arbitrage international – Football – Contrat de Travail – Ordre public – Pacta sunt servanda

La fidélité contractuelle compte au nombre des principes qui constituent l'ordre public matériel dont la violation est sanctionnée par l'article 190, alinéa 2, let e LDIP. Tel n'est le cas que si le tribunal arbitral refuse d'appliquer une clause contractuelle tout en admettant qu'elle lie les parties ou, à l'inverse, s'il leur impose le respect d'une clause dont il considère qu'elle ne les lie pas.

Le recourant se contente, en réalité, de critiquer l'application des règles de droit, telle qu'elle a été effectuée par le TAS. Le Tribunal fédéral n'a pas à vérifier si le tribunal arbitral a fait une application correcte ou, à tout le moins, soutenable des dispositions sur lesquelles il a fondé sa sentence.

Arrêt 4P.314/2005 du 21 février 2006 (*A. c. FC Sion & TAS*)

Arbitrage international – Football – Sanction disciplinaire – Ordre public – Monopole d'exécution forcée de l'État

Sentence du TAS entérinant la décision de la FIFA menaçant un club de football de retrait de points ou de relégation si sa dette à l'encontre d'un autre

club, telle que résultant de la réglementation de la FIFA, n'était pas intégralement payée dans un délai de 30 jours.

Les membres se soumettent librement à ce régime de sanctions, même si l'association concernée a une position dominante. Que cette possibilité de sanctionner ait des effets similaires à l'exécution forcée ne saurait avoir pour effet que les mesures coercitives associatives seraient assimilables à des mesures réservées à l'État.

Arrêt 4P.240/2007 du 5 février 2007 ([*Rayo Vallecano de Madrid*] SAD. c. FIFA & TAS), Bull ASA 2007.381 *causa sport* 2007, p. 110, note Reimer, *SpuRt* 2007, p. 63 note Netzle.

Arbitrage international – Football – Contrat de Travail – Sentence attaquant

Lorsque le TAS admet le recours et renvoie l'affaire à l'instance sportive, il s'agit d'une sentence préjudicielle qui n'est attaquant que pour les griefs prévus à l'article 190, alinéa 2, let. a et b LDIP.

NOTE : cette jurisprudence devrait rester valable même avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2007, de la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral (Kaufmann-Kohler/Rigozzi, op. cit., p. 307-308).

Arrêt 4P.298/2007 du 14 février 2006 (*X [joueur grec] c Y [club grec] & TAS*).

Arbitrage interne – Cyclisme – Dopage – Ordre public – Proportionnalité des sanctions et égalité de traitement

Saisi d'un recours contre une sentence du TAS, le Tribunal fédéral ne saurait procéder au contrôle abstrait du système de sanctions établi par le Code mondial antidopage.

La suspension pour deux ans d'un coureur cycliste ayant fait usage d'une substance interdite et n'ayant pas établi son absence de négligence ou de négligence significative ne heurte pas de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité.

Le principe de la « strict liability » et le renversement de la charge de la preuve qu'il implique ne sont pas arbitraires. En particulier, il n'y a rien d'insoutenable à imposer au coureur cycliste qui veut obtenir une suppression ou une réduction de la peine disciplinaire le devoir de démontrer comment la substance interdite s'est retrouvée dans son organisme.

NOTE : Les conclusions de cet arrêt s'appliquent *a fortiori* en matière d'arbitrage international, le grief de contrariété avec l'ordre public étant plus restrictif que celui d'arbitraire.

Arrêt 4P.148/2006 du 10 janvier 2007 (*Danilo Hondo c. AMA et al & TAS*), *SpuRt* 2007, p. 65, note Netzle.

ARBITRAGE

Clause compromissoire – Juge des référés – Saisine – Règlement d'arbitrage de la CCI

Contrairement à ce qui a été retenu par le premier juge, il y avait urgence à obtenir le versement de la somme provisionnelle demandée. La clause compromissoire n'empêche pas la saisine du juge des référés tant que la preuve de la constitution du tribunal arbitral par la désignation du dernier arbitre n'est pas intervenue. Sur la base d'une simple requête non datée adressée par une partie à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI de Paris, le juge des référés ne pouvait décliner sa compétence.

C. Douai (2^e sect., 1), 14 septembre 2006 : Ambro c. Scierie du Boulonnais – RG 04/05919 **G4268**

ARBITRAGE

Arbitrage interne – Divorce – Convention d'arbitrage – Nullité – Délai de l'arbitrage – Expiration – Principe du contradictoire – Liquidation et partage de la communauté – Ordre public – Violation

La sentence arbitrale ne saurait être déclarée nulle pour avoir été rendue en vertu d'une convention nulle. Les statuts de la société prévoyaient expressément le recours à un arbitrage pour toute contestation pouvant s'élever entre associés et précisait le mode de désignation des trois arbitres, qui a bien été suivi. Par ailleurs, les arbitres ont justement considéré qu'en présence de la volonté exprimée par les parties de soumettre leurs contestations à un tribunal arbitral, il ne pouvait être soutenu que la clause compromissoire serait nulle comme impossible à mettre en œuvre dès lors qu'il était parfaitement possible aux parties de rédiger un compromis fixant les limites du litige à soumettre au tribunal avant même que les membres soient désignés.

Par ailleurs, si la clause compromissoire prévoyait que le tribunal arbitral devait rendre sa sentence dans les deux mois de la désignation du troisième arbitre, ce qui n'a pas été le cas, la sentence ne saurait pour autant être déclarée nulle pour expiration du délai d'arbitrage. En effet, les arbitres, qui doivent se conformer à la mission qui leur a été confiée en application de l'article 1484-3 du NCPC, ont justement posé en principe que le délai de deux mois pour rendre leur sentence commencerait à courir à compter de la lettre de mission pouvant seule leur permettre d'accomplir celle-ci conformément aux exigences du texte susvisé. Par ailleurs, les nombreuses écritures échangées par les deux parties ayant participé activement à l'arbitrage pour préciser leur position aux arbitres, et auxquelles ces derniers étaient tenus de répondre dans le respect du principe du contradictoire, montrent que celles-ci ont adhéré à cette prorogation de délai.

La demanderesse ne saurait pas plus soutenir que la sentence arbitrale serait nulle en application de l'article 1484-3 du NCPC pour non-respect du principe de la contradiction. Si, dans leur sentence arbitrale avant dire droit, les arbitres ont rejeté des débats les conclusions récapitulatives, c'est pour faire respecter le contradictoire dès lors que celles-ci, ayant été communiquées postérieurement à la clôture prononcée, ne permettaient pas à l'adversaire d'y répondre.

Il n'est pas contesté que le protocole d'accord, objet de la sentence arbitrale, est intervenu au cours de l'instance en divorce entre les parties. Aux termes de l'article 1450 du Code civil dans sa rédaction applicable à la cause « *les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toute convention pour la liquidation et le partage de la communauté. Ces conventions doivent être passées par acte notarié sauf en cas de demande conjointe* ». Le protocole constituait bien une convention pour la liquidation et le partage de la communauté dès lors qu'il prévoyait l'attribution de parts sociales détenues par la communauté à l'époux moyennant versement d'une soulte à l'épouse, et non pas une modification de la répartition des parts qui aurait seulement eu pour effet le rachat à leur valeur des parts détenues par l'épouse. Ainsi, en déclarant exécutoire le pro-

Alexis MOURRE et Priscille PEDONE
Cabinet Castaldi Mourre & Partners

toloc d'accord, les arbitres ont méconnu les règles d'ordre public de l'article 1450 du Code civil et il convient en conséquence de faire droit à la demande en annulation de la sentence arbitrale en application de l'article 1484-6 du NCPC.

C. Bordeaux (1^{re} sect. A), 18 septembre 2006 : L. R. c. R. – RG 04/05970 **G4269**

ARBITRAGE

Arbitrage interne – Sentence arbitrale – Défaut de motivation – Annulation

Après avoir relevé que la défaillance d'une partie dans le soutien de ses propres demandes ne constituait pas un acquiescement aux demandes reconventionnelles adverses, l'arrêt attaqué énonce que le tribunal arbitral n'avait pas caractérisé les préjudices invoqués par la demanderesse. La Cour d'appel, sans se faire juge de la suffisance ou du bien fondé de la motivation présentée, a pu en déduire que la sentence était dépourvue de tout motif sur le bien-fondé de ces demandes.

Cass. 1^{re} civ., 20 septembre 2006 : Prodim c. M. Marcel Batard et autres – 04-14.015 **G4270**

ARBITRAGE

Clause compromissoire – Conditions générales de vente – Acceptation – Juge des référés – Saisine – Conditions

En n'exprimant pas son opposition à l'application des conditions générales qu'elle avait déjà agréées et auxquelles son partenaire faisait systématiquement référence, la partie a consenti à ce que ces dispositions entrent dans le champ contractuel. Il importe peu qu'aucune signature n'ait été formellement apposée au pied des conditions générales. Sa prétendue ignorance de leur contenu n'a pas pour effet de les rendre inopposables.

Les conditions générales stipulent notamment que « *tout litige portant sur ces conditions générales... sera arbitrée en exclusion de tout recours à la voie juridique, par une cour arbitrale* ». Il n'est pas prétendu que cette clause serait nulle. Cette clause exclut la compétence des juridictions de droit commun. Il est toutefois admis que le juge des référés peut accorder une provision au créancier tant que l'arbitre n'est pas saisi du litige, sous réserve que l'urgence soit caractérisée. La circonstance que les délais de livraison n'aient pas été respectés est elle-même insuffisante pour caractériser l'urgence.

C. Colmar (1^{re} ch. civ., sect. A), 17 octobre 2006 : Commodities and Products Industries CAP Industries c. Chocolaterie et confiserie Schaal – RG 04/05332 **G4271**

ARBITRAGE

Convention d'arbitrage – Juge des référés – Trouble manifestement illicite

Il n'est plus contesté que l'existence d'une clause compromissoire dans un contrat n'exclut pas la faculté de saisir le juge des référés sur le fondement de l'article 873, alinéa 1, du NCPC à raison d'un trouble manifestement illicite dès lors que le tribunal arbitral n'a pas été saisi.

C. Paris (14^e ch.), 3 novembre 2006 : Prodim c. Lidl – RG 06/06660 **G4272**

ARBITRAGE

Désignation d'arbitre – Ordonnance – Appel nullité – Forme – Recevabilité

Il résulte des articles 1444 et 1457 du NCPC que l'appel-nullité est formé comme en matière de contredit de compétence, c'est-à-dire notamment (et en dehors du délai de 15 jours qui est aussi celui du délai d'appel) qu'il doit être « *motivé et remis au secrétariat de*

la juridiction qui a rendu la décision » (article 82 du NCPC). L'appel, non motivé, réalisé au greffe de la Cour d'appel, est dans ces conditions irrecevable.

C. Paris (14^e ch. A), 13 décembre 2006 : Paris Scooter accessoi-
res c. Bougard – RG 06/08862 **G4273**

ARBITRAGE

Tribunal arbitral – Constitution – Juge d'appui – Ordonnance – Recours – Excès de pouvoir

Sauf excès de pouvoir, la décision par laquelle le président du tribunal, saisi comme en matière de référé, statue sur les difficultés auxquelles se heurte la constitution du tribunal arbitral n'est pas, en vertu de l'article 1457 du NCPC, susceptible de recours.

Cass. 2^e civ., 14 décembre 2006 : Gardin c. Prodim – Pourvoi n° 06-11.816 **G4274**

ARBITRAGE

Convention d'arbitrage – Saisine de la juridiction étatique – Exception d'incompétence – Irrecevabilité

Doit être rejeté le contredit formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant renvoyé les parties devant la juridiction étatique alors qu'il résulte du jugement du Tribunal de commerce, dont les termes ambigus rendaient nécessaire l'interprétation, que le demandeur au pourvoi avait, à l'audience de plaidoiries, invoqué le bénéfice d'une clause compromissoire et une exception d'incompétence au profit d'un tribunal de grande instance postérieurement à une défense au fond.

Cass. 2^e civ., 21 décembre 2006 : M. c. Vinci – Pourvoi n° 06-13.669 **G4275**

ARBITRAGE

Saisie immobilière – Clause compromissoire – Procédure d'ordre

Ayant relevé que la clause compromissoire ne figurait que dans l'un des trois actes notariés fondant les poursuites de saisie immobilière, la Cour d'appel retient exactement que cette clause ne pouvait faire échec aux poursuites diligentées sur le fondement de l'un desdits actes, et qu'elle ne pouvait produire effet que dans le cadre de la procédure d'ordre.

Cass. 2^e civ., 21 décembre 2006 : Metais et autres c. Bernard et autres – Pourvoi n° 05-15.944 **G4276**

ARBITRAGE

Sentence arbitrale – Autorité de la chose jugée – Article 1351 du Code civil – Tiers – Opposabilité

Pour juger que le contrat de franchise avait pris fin à la date à laquelle le franchisé avait négocié avec la société Casino la vente de son fonds de commerce et qu'en conséquence aucune faute de la société Casino n'était démontrée à l'égard des sociétés Prodim et CSF, l'arrêt retient que la sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'entre les parties et que l'objet du présent litige est également distinct de celui du litige arbitral. En statuant ainsi, alors que si une sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers, la Cour d'appel a violé par fausse application l'article 1351 du Code civil et l'article 1476 du NCPC.

Cass. com., 23 janvier 2007 : Prodim et autres c. Distribution Casino France – Pourvoi n° 05-19.523 **G4277**

ARBITRAGE

Convention d'arbitrage – Exception d'incompétence – Irrecevabilité – Effets

L'exception d'incompétence de la juridiction étatique au profit d'un tribunal arbitral doit être soulevée avant toute défense au fond dans les conditions de l'article 74 du NCPC, et la renonciation non équivoque à la compétence arbitrale vaut pour tous les effets de la clause compromissoire.

Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2007 : COFIEF et autres c. Alix – Pourvoi n° 06-10.652 **G4278**

ARBITRAGE

Convention d'arbitrage – Compromis – Validité

La clause, figurant à l'article 30 alinéa 2 du règlement de copropriété, selon laquelle « chacun des intéressés désignera un arbitre et, faute par l'un d'eux de procéder à cette nomination, celle-ci sera effectué à la requête de la partie adverse par ordonnance du président du Tribunal civil du lieu de la situation de l'immeuble » ne constitue pas une convention d'arbitrage, mais une clause compromissoire, réglementée par les articles 1442 et suivants du NCPC, qui doit être stipulée antérieurement à la naissance de tout litige. Cette clause ne dispense pas de la rédaction d'un compromis, ou convention d'arbitrage, à l'occasion de chaque litige né, conformément aux articles 1447 et suivants, afin que soient désignés le ou les arbitres et précisé l'objet du litige. Aucun compromis n'ayant été établi, le « rapport d'expertise arbitrage » objet du recours doit être annulé.

C. Poitiers (1^{re} ch. civ.), 31 janvier 2007 : Syndicat de Copropriété de la résidence Ilot 18 c. Criaud – RG 04/03095 **G4279**

ARBITRAGE

Convention d'arbitrage – Tiers – Transmission – Compétence-compétence – Préalable de conciliation – Mise en œuvre par l'arbitre

Après avoir relevé que, dans l'acte d'engagement d'achat et de livraison des betteraves pour la campagne 2003/2004 liant les planteurs à la société Saint-Louis Sucre, les parties avaient décidé en cas de litige de se soumettre à l'accord interprofessionnel applicable à la campagne 2003/2004, prévoyant une clause de conciliation et d'arbitrage, la Cour d'appel a exactement retenu que cette clause s'appliquait aux litiges relatifs à la restitution des pulpes de betteraves et que, par l'effet de sa transmission, elle n'était pas manifestement inopposable à la demanderesse au pourvoi, agissant en qualité d'ayant droit de ses adhérents. C'est donc à bon droit qu'en vertu du principe compétence-compétence, elle s'est déclarée incompétente, sans avoir à mettre en œuvre elle-même la procédure préalable de conciliation qui relevait de la compétence des arbitres.

Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007 : Euroloz c. Saint-Louis Sucre – Pourvoi n° 04-16.204 **G4280**

ARBITRAGE

Sentence arbitrale – Droit de la concurrence – Article L. 420-2 du Code de commerce – Contrariété à l'ordre public

La mission des arbitres définie par la convention d'arbitrage est délimitée par l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties.

Doit être rejeté le moyen fondé sur la violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 420-2 du Code de commerce, dès lors que la recourante ne démontre pas en quoi la solution retenue par les arbitres, qui ont confronté les moyens des parties aux règles du droit de la concurrence, constituerait une violation de l'ordre public international.

C. Paris (1^{re} ch. C), 15 mars 2007 : Tamkar c. RC Group – 05/18660 **G4281**

ARBITRAGE

Sentence arbitrale – Exequatur – Caractère définitif – Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 d'aide mutuelle judiciaire et d'exequatur des jugements – Ordre public international – Engagement perpétuel

En application de l'article 1476 du NCPC, la sentence a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. Les cas d'ouverture de l'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence sont limitativement énumérés à l'article 1502 du NCPC et, par suite, l'absence de caractère définitif de la sentence n'est pas l'un de ces motifs.

Au surplus, selon les dispositions de Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition et protocole annexe, les sentences arbitrales rendues valablement dans l'un des deux pays sont reconnues dans l'autre pays et peuvent y être déclarées exécutoires si elles satisfont aux conditions de l'article 16 de ladite Convention, autant que ces conditions sont applicables. En vertu de cet article 16 c de ladite Convention, la décision est reconnue si, d'après la loi du pays où elle a été rendue, elle est passée en force de chose jugée et susceptible d'opposition. En l'espèce, la sentence arbitrale a fait l'objet d'une ordonnance d'exequatur rendue le 30 avril 2004 par le Président du Tribunal de commerce de Marrakech, confirmée par arrêt du 18 janvier 2005 de la Cour d'appel de Marrakech, en sorte que le moyen pris de son caractère non définitif doit être rejeté.

Doit être également rejeté le moyen de violation de l'ordre public international fondé sur le fait que la sentence imposerait à une partie un engagement perpétuel nul et de nul effet en droit français, dès lors que la recourante ne démontre pas en quoi la solution consacrée par la sentence heurte l'ordre public international.

C. Paris (1^{re} ch. C), 29 mars 2007 : OTEP c. Sud Beton – 05/20506 G4282

ARBITRAGE

Recours en annulation – Arbitres – Mission – Application des règles de droit au fond – Contrôle du juge – Clause compromissoire – Conditions générales de vente – Relations d'affaires habituelles

Doit être rejeté le moyen selon lequel les arbitres auraient violé leur mission en appliquant les règles du marché au lieu du droit français auquel renvoyaient les conditions générales de vente, l'application des règles de droit au fond par les arbitres échappant au juge de l'annulation au titre de l'examen de la conformité à la mission.

Doit également être rejeté le moyen selon lequel les arbitres auraient statué sans convention d'arbitrage, dès lors qu'il n'est pas sérieusement contesté que les parties étaient en relation d'affaires habituelles et que la demanderesse avait parfaitement connaissance des conditions générales de vente de l'autre partie qui comportent une clause compromissoire désignant la chambre arbitrale de la Fédération du commerce des cacao.

C. Paris (1^{re} ch. C), 29 mars 2007 : Gazci Gazci c. Ecallebaut – 05/25015 G4283

ARBITRAGE

Convention d'arbitrage – Groupe de contrats – Extension

Le rapport d'interdépendance entre le contrat de franchise contenant une clause compromissoire et le contrat de location gérance conclu entre les mêmes parties justifie l'extension de la compétence des arbitres à un différend concernant ce dernier contrat, qui ne contient pas de clause d'arbitrage.

C. Paris (1^{re} ch. C), 26 avril 2007 : Prodim c. Epidag – 05/18277 G4284

ARBITRAGE

Convention d'arbitrage – Juge des référés – Compétence – Urgence – Absence de contestation sérieuse – Conditions cumulatives

L'existence d'une clause compromissoire, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué et ne peut donc être saisi du litige, n'exclut pas, en cas d'urgence, la compétence du juge des référés pour accorder une provision lorsque la créance n'est pas sérieusement contestable.

L'urgence et l'absence de contestation sérieuse étant deux conditions cumulatives, la société appelante ne peut reprocher au premier juge de ne pas avoir caractérisé l'urgence alors qu'il a considéré que la créance était sérieusement contestable, ce qui n'impose pas une motivation relative à cette dernière condition.

C. Paris (14^e ch. B), 27 avril 2007 : Sygma Finance c. Camair – Cameroun Airlines – 06/18258 G4285

ARBITRAGE

Arbitre – Nomination – Connaissances linguistiques et juridiques – Récusation

L'arbitre a indiqué être indépendant et « *n'avoir pas de connaissances précises en droit allemand et ne plus pratiquer la langue allemande depuis le lycée* ». L'intimée s'oppose à sa désignation aux motifs que celle-ci préjuge de la décision sur les questions du droit applicable et de la langue de l'arbitrage en rendant impossible tout autre choix que la langue française et le droit français. L'intimée ne démontre cependant pas la partialité de cet arbitre s'il était appelé à juger des règles de droit applicables au litige ou de la langue de l'arbitrage, ces questions, dans l'éventualité où elles seraient posées aux arbitres, pouvant être résolues d'un nombre de manières différentes en faveur desquelles il est impossible de dire que l'arbitre se déterminerait pour des raisons autres que celles qui seraient débattues par les parties devant le tribunal arbitral.

C. Paris (1^{re} ch. C), 3 mai 2007 : AG2R c. ESG – 06/16059 G4286

ARBITRAGE

Droit communautaire – Clause compromissoire – Désignation du TPIEC comme arbitre – Forme

En vertu des dispositions combinées de l'article 225, paragraphe 1, CE et de l'article 238 CE, le Tribunal est compétent pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par la Communauté ou pour son compte. La jurisprudence précise que seules les parties à la clause compromissoire peuvent être parties à l'action introduite sur le fondement de l'article 238 CE (v. en ce sens, arrêt de la Cour du 7 décembre 1976, Pellegrini/Commission, 23/76, Rec. p. 1807, point 31). À défaut d'expression de la volonté des parties de lui attribuer compétence pour statuer sur un litige contractuel, le Tribunal ne saurait donc admettre sa saisine dans le litige (v. en ce sens, ordonnance du Tribunal du 3 octobre 1997, Mutual Aid Administration Services/Commission, T-186/96, Rec. p. II-1633, point 46), faute de quoi il étendrait sa compétence juridictionnelle au-delà des litiges dont la connaissance lui est limitativement réservée par l'article 240 CE, cette disposition conférant aux juridictions nationales la compétence de droit commun pour connaître des litiges auxquels la Communauté est partie (arrêt de la Cour du 21 mai 1987, Rau ea, 133/85 à 136/85, Rec. p. 2289, point 10, et ordonnance Mutual Aid Administration Services/Commission, précitée, point 47). Cette compétence communautaire étant dérogatoire du droit commun, elle doit en outre être interprétée restrictivement (arrêt de la Cour du 18 décembre 1986, Commission/Zoubek, 426/85, Rec. p. 4057, point 11).

Il convient donc d'examiner si la clause compromissoire alléguée par la requérante a été valablement conclue entre la Commission ou ses représentants, agissant au nom et pour le compte de la Communauté, et la requérante ou ses représentants. À cet égard, il résulte de la jurisprudence que, si, dans le cadre d'une clause compromissoire conclue en vertu de l'article 238 CE, la Cour peut être appelée à trancher le litige en appliquant un droit national registrant le contrat, sa compétence pour connaître d'un litige concernant ce contrat s'apprécie au vu des seules dispositions de l'article 238 CE et des stipulations de la clause compromissoire, sans que puissent lui être opposées des dispositions du droit national qui feraient prétendument obstacle à sa compétence (arrêt de la Cour du 8 avril 1992, Commission/Feilhauer, C-209/90, Rec. p. I-2613, point 13).

Si l'article 238 CE ne précise pas la forme que doit revêtir la clause compromissoire, il découle de l'article 44, paragraphe 5 bis, du règlement de procédure, qui impose que la requête introduite sur le fondement de l'article 225, paragraphe 1, CE et de l'article 238 CE, soit accompagnée d'un exemplaire de la clause attribuant compétence aux juridictions communautaires, que celle-ci doit en principe être stipulée par écrit. L'article 44, paragraphe 5 bis, du règlement de procédure poursuit toutefois une finalité probatoire et la formalité qu'il prescrit doit être réputée accomplie lorsque les documents

produits par la requérante permettent à la juridiction communautaire saisie de prendre une connaissance suffisante de l'accord intervenu entre les parties au litige de soustraire le différend qui les oppose au sujet du contrat aux juridictions nationales pour les soumettre aux juridictions communautaires (voir, en ce sens, arrêt Pellegrini/Commission, point 53 supra, point 10).

TPICE, 8 mai 2007 : Citymo S.A. c. Commission des Communautés européennes, section 8 – Aff. T-271/04 **G4287**

ARBITRAGE

Arbitrage – Internationalité – Notion – Arbitres – Amiables compositeurs – Mission – Contrôle du juge

L'internationalité de l'arbitrage fait exclusivement appel à une définition entièrement économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitrage porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral.

L'objet du contrat de réassurance concernait le lancement de satellites. Les activités spatiales visées par le contrat de réassurance et à l'origine du litige n'étant pas des activités exclusivement françaises, mais au moins européennes, l'arbitrage est international au sens de l'article 1492 du NCPC.

Le recours en annulation doit être jugé dans le cadre de l'article 1502-3 du NCPC sur le respect par l'arbitre de sa mission, sans possibilité pour la cour, comme le prévoit l'article 1485 de ce même code pour l'arbitrage interne, de statuer au fond dans les limites de la mission de l'arbitre après annulation éventuelle de la sentence.

Le respect de la mission d'amiable composition ne se limite pas à un simple problème de forme qui résulterait, dans la sentence, de la seule constatation de l'absence ou de la présence du rappel par les arbitres de leurs pouvoirs d'amiables compositeurs, une telle mention n'étant qu'une indication de l'accomplissement de leur mission conformément à la volonté des parties.

En l'espèce, le tribunal arbitral, s'il n'a pas fait de déclaration expresse qu'il agissait avec des pouvoirs d'amiable compositeur, a jugé les demandes respectives des parties, qui toutes invoquaient une détermination en équité. La confrontation de la solution adoptée par le tribunal arbitral aux conceptions de l'équité développées par une partie constitue une voie de révision au fond de ce qui a été jugé par les arbitres, interdite au juge de l'annulation.

C. Paris (1^{re} ch. C), 10 mai 2007 : Caisse centrale de réassurance c. Arianespace – 05/19814 **G4288**

ARBITRAGE

Droit communautaire – Clause compromissoire – Désignation du TPICE comme arbitre – Compétence du TPICE

Force est de constater qu'en vertu de la clause compromissoire contenue à l'article 12, paragraphe 2, de chaque contrat, le Tribunal n'est compétent pour trancher des différends entre les parties qu'en ce qui concerne « la validité, l'application et l'interprétation » des contrats en cause, ces derniers étant régis par le droit allemand en vertu de l'article 12, paragraphe 1, de chaque contrat. Il s'ensuit que le Tribunal n'est pas compétent pour se prononcer, dans le cadre du présent litige, sur les modalités, en droit allemand, d'une éventuelle exécution forcée de son arrêt.

TPICE, 22 mai 2007 : Commission des Communautés européennes c. IIC Informations-Industrie Consulting GmbH, section 1 – Affaire T-500/04 **G4289**

ARBITRAGE

Arbitre – Droit applicable – Invocation d'office – Principe du contradictoire – Jura novit curia

La société recourante soutient à tort que l'arbitre aurait violé le principe de la contradiction en invoquant d'office une règle de droit polonais relative à l'interruption de la prescription alors même que cette règle n'avait fait l'objet d'aucun débat contradictoire.



AGENCE ABAC

inscrit à la préfecture
de police de Paris

agréé syndicat national
des détectives

30 ANS AU SERVICE DES PROFESSIONS JUDICIAIRES

- Experts surveillance et filatures
- Contre espionnage industriel et commercial
- Détournement de clientèle - Contrefaçon
- Recherche de débiteurs et solvabilité
- Contrôle d'emploi du temps

Portable : **06.60.37.65.68**

82, bld du Montparnasse - 75014 PARIS

Tél. 01.40.47.07.02 - Fax 01.40.47.07.13

29, rue de Ponthieu - 75008 PARIS - Tél. 01.40.20.01.44

2, place Magenta - 06000 NICE - Tél. 06.60.37.65.68

site : abacgroupe.com

017

Le principe de la contradiction permet d'assurer la loyauté des débats et le caractère équitable du procès en empêchant notamment qu'une décision ne soit rendue sans que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter, ou qu'une écriture ou document ait été porté à la connaissance du tribunal sans être également communiqué à l'autre partie, et à ce qu'aucun moyen de fait ou de droit ne soit soulevé d'office sans que les parties aient été appelées à le commenter. Aucune atteinte à ce qui vient d'être énoncé n'est cependant démontrée par la recourante, dès lors que la déclaration sur la jurisprudence et la doctrine polonaise en matière de prescription dont s'empare la recourante pour dénoncer la violation du contradictoire n'est qu'une constatation surabondante à la motivation de la décision de l'arbitre sur la question de l'interruption du délai de prescription en raison de la saisine de la chambre de commerce polonaise, décision qui repose entièrement et uniquement sur des éléments dont aucun n'a échappé à la discussion des parties, lesquelles ont précisément plaidé sur l'interruption de la prescription en droit polonais. Les mentions apportées dans ces conditions par l'arbitre pour expliquer au mieux son raisonnement ne sont pas de nature à surprendre la société recourante, qui propose une conception pusillanime du principe du contradictoire sans rapport avec la protection accordée au titre de l'article 1502-4 du NCPC.

C. Paris (1^{re} ch. C), 14 juin 2007 : Ciech c. Comexport companhia de comercio exterior – 05/22672 **G4290**

ARBITRAGE

Sentence arbitrale – Délocalisation – Annulation dans son pays d'origine – Convention de New York – Exequatur

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

Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007 : PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding – Pourvoi n° 05-18.053 **G4382**

Panorama de jurisprudence américaine

Éric ORDWAY, Weil Gotshal & Manges, Paris, et Bertrand DERAÏNS, Derains & Associés

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – États-Unis – Arbitrage interne – Contrôle des sentences – Manifest Disregard of law – Droit de la concurrence – Ordre public

Aux termes d'une décision (non publiée et qui ne constitue pas un précédent), la Cour d'appel du 5^e Circuit confirme une décision de la *District Court* du Texas ayant conféré l'exequatur à une sentence rendue en matière de droit de la concurrence.

American Central Eastern Texas (« ACET ») a pour activité la collecte et l'acheminement de gaz du lieu de l'extraction par ses clients producteurs jusqu'à une unité de traitement. Elle offre également à ses clients des contrats d'acheminement et de traitement pour l'exécution desquels elle sous-traite à *Duke Energy* (« Duke ») l'activité de traitement. ACET a reproché à cette dernière société diverses pratiques anticoncurrentielles condamnées par le *Sherman Act*, dont l'une, un abus de sa position monopolistique dans le Comté de Panola pour exclure ACET du marché en refusant d'étendre les capacités de traitement mise à sa disposition, fit l'objet d'une procédure arbitrale au Texas.

Saisie en appel du recours en annulation exercé par Duke contre la sentence, la Cour rappelle qu'une sentence ne peut être annulée que dans des « circonstances très inhabituelles », et qu'elle est déclarée exécutoire si la solution adoptée peut « se déduire rationnellement des faits soumis à l'arbitre ».

Au soutien de son recours, Duke faisait d'abord valoir que l'arbitre unique aurait manifestement ignoré la loi en jugeant qu'ACET avait souffert un préjudice du fait des pratiques anticoncurrentielles qui lui étaient imputées, un tel préjudice impliquant selon elle que Duke et ACET soient concurrentes. Or, ajoutait-elle, ACET n'était pas un concurrent mais un revendeur ou un distributeur des services qu'elle fournissait. La Cour rejette cet argument. En premier lieu, le *Sherman Act* est rédigé en des termes suffisamment larges pour que des « non-concurrents » puissent avoir un intérêt à agir puisqu'il protège toutes victimes d'une pratique anticoncurrentielle interdite. De surcroît, si ACET souhaitait effectivement « revendre » sur le marché les services de traitement fournis par Duke, c'était dans le cadre d'un contrat qui ajoute l'acheminement de gaz à son traitement et offre donc aux consommateurs un produit différent de celui proposé par Duke. En second lieu, l'examen des écritures des parties et de leurs pièces, du transcript et de la sentence montre que l'arbitre était complètement informé de la position des parties et de la loi applicable et qu'il avait acquis une vaste connaissance du dossier. La Cour en déduit que la décision de l'arbitre n'est pas manifestement erronée, arbitraire ou capricieuse et qu'il ne lui apparaît pas évident que l'arbitre ait volontairement ignoré la loi.

Duke soutenait également que l'arbitre aurait manifestement ignoré la loi en décidant qu'elle était en situation de monopole : il aurait mésestimé sa puissance sur le marché aussi bien que le périmètre du marché pertinent. Ce grief est rejeté au motif déjà mentionné, que l'arbitre avait une connaissance particulière du litige et de la loi applicable ainsi qu'au regard des éléments de fait qui ressortaient du dossier : d'une part Duke contrôlait 90 à 95 % du marché et d'autre part ACET avait établi que la faiblesse du volume de gaz à traiter sur le marché ne lui permettait pas d'ouvrir une nouvelle unité de traitement et que Duke avait le pouvoir de contrôler les prix et d'exclure ses concurrents.

Duke soutenait enfin que l'arbitre aurait ignoré la loi en décidant qu'elle avait cherché à exclure ACET du marché. La Cour constate que, si refuser de conclure un accord ne constitue pas en principe une violation du droit de la concurrence, l'arbitre avait jugé en l'espèce que Duke avait refusé de négocier de bonne foi dans le but d'éviter la concurrence d'ACET sur la base de très nombreuses

preuves, dont un témoignage indiquant que Duke s'inquiétait d'une concurrence croissante d'ACET, et une preuve qu'elle lui avait proposé un prix excessif et des conditions contractuelles inacceptables. Un arbitre raisonnable pouvait donc juger que l'attitude de Duke était anticoncurrentielle.

La Cour observe ensuite que, dans ces circonstances, l'arbitre n'a pas violé l'ordre public ni excédé ses pouvoirs en enjoignant à Duke, sans s'adjoindre l'assistance d'un expert comme le demandait cette dernière, de conclure avec ACET un contrat dans des conditions inspirées d'un contrat précédent entre les parties (ce que demandait ACET) et à un prix identique à celui accordé à d'autres de ses clients (ce qu'elle ne demandait pas). Cette injonction n'est pas contraire à l'ordre public dès lors qu'elle n'a pas pour effet, contrairement à ce que soutenait Duke, de limiter la concurrence, mais bien au contraire de la rétablir. Au vu de l'étendue de la connaissance par l'arbitre du dossier et de la matière, son refus de désigner un expert était approprié. Cette décision n'excède pas non plus les pouvoirs de l'arbitre, bien qu'il ait fixé un prix différent, et plus favorable, que celui demandé par ACET. En effet, un arbitre n'excède pas ses pouvoirs dès lors que sa décision est raisonnable et conforme à la loi et aux usages professionnels. En matière de droit de la concurrence, une injonction peut être aussi large que nécessaire pour empêcher ou corriger une atteinte à la concurrence, ce qui est le cas en l'espèce. En outre, les deux parties demandaient à l'arbitre de fixer les conditions de leurs futures relations contractuelles et on ne saurait déduire que celles fixées par l'arbitre étaient déraisonnables du seul fait qu'elles sont différentes de celles demandées par Duke.

American Central Eastern Texas Gas Company and American Central Gas Companies Inc., c. Union Pacific resources Group Inc. et Al., Duke Energy Fuels LLC et Duke Energy Field Services Inc., Cour d'appel du 5^e Circuit, 27 janvier 2004 G4291

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – États-Unis – Arbitrage international – Anti-suit injunctions

Dans le but d'empêcher que soit remis en cause un de ses jugements, la *District Court* du District Sud de New York (2^e Circuit) a prononcé une *anti-suit injunction* interdisant à une partie de poursuivre un arbitrage qu'elle avait engagé en Suisse, visant à obtenir une décision sur le fond opposée à celle précédemment prononcée par la *District Court* entre les mêmes parties, et qui faisait l'objet d'un appel pendant devant la Cour d'appel du 2^e Circuit.

Le litige avait pour origine une décision de la Fédération Internationale de Football (« FIFA ») de ne pas renouveler un contrat de sponsoring conclu avec MasterCard International Inc. pour la période 2003-2006, en violation, selon MasterCard, d'une disposition lui accordant un droit préférentiel pour la période 2007-2014. MasterCard avait saisi la juridiction fédérale pour qu'elle interdise à la FIFA d'attribuer les droits de sponsoring litigieux à un tiers, et qu'elle lui enjoigne de les lui attribuer. Après avoir conclu, à la suite d'un examen au fond du litige, que la FIFA avait effectivement violé les droits de MasterCard, la *District Court* fit droit à cette demande en dépit d'une clause compromissoire figurant au contrat liant les parties, au motif qu'une disposition autorisait la partie non fautive à demander « toute mesure en équité [« equitable relief »] y compris une injonction » devant les juridictions compétentes. La FIFA fit immédiatement appel de cette décision, notamment de ce que la Cour s'était reconnue compétente au fond, et avait rejeté sa demande que les parties soient renvoyées à saisir un tribunal arbitral conformément à leur convention d'arbitrage.

Parallèlement, avant même de soulever l'incompétence de la juridiction américaine, la FIFA avait engagé une procédure arbitrale en Suisse, tendant notamment à ce qu'il soit déclaré qu'elle n'avait pas violé le contrat la liant à MasterCard. Aux termes d'une sentence partielle rendue après que la *District Court* se soit déclarée compétente, le Tribunal arbitral se déclara exclusivement compétent au fond, précisa que la possibilité offerte aux parties par la clause compromissoire de s'adresser aux juridictions nationales se limitait à des demandes de mesures provisoires et conservatoires, et fit valoir qu'une décision sur le fond prononcée par la juridiction américaine ne pourrait probablement pas être reconnue en Suisse. Il rejetait donc la demande présentée par MasterCard de suspension de la procédure jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue aux États-Unis. Sur la base de cette sentence, la FIFA, qui venait de faire appel du jugement de la *District Court*, soumit au Tribunal arbitral une demande amendée qui aboutissait à remettre en cause la décision de la juridiction américaine. C'est alors que MasterCard revint devant la *District Court* afin qu'elle prononce une injonction interdisant à la FIFA de poursuivre la procédure arbitrale.

Après avoir retenu sa compétence en dépit de la procédure d'appel en cours et afin de maintenir le *statu quo* jusqu'à l'issue de la procédure d'appel, la Cour conclut que les conditions minimales pour que soit prononcée une *anti-suit injunction*, telles que celles fixées par *China Trade and Devel. Corp. c. M. V. Choong Yong*, 837 F.2d 33 (2d Cir. 1987), étaient réunies en l'espèce, à savoir : (1) les parties sont les mêmes dans les deux affaires, et (2) la décision de la Cour saisie de la demande d'injonction a tranché le litige faisant l'objet de la procédure visée par l'injonction.

Certes, selon la jurisprudence du Second Circuit, les principes de réciprocité et de courtoisie internationale exigent que les *anti-suit injunctions* visant des procédures étrangères soient mises en œuvre avec retenue et délicatesse. Mais si cela est vrai des mesures visant une procédure étrangère parallèle à celle se déroulant aux États-Unis, les deux procédures devant pouvoir se poursuivre simultanément jusqu'à ce que l'une d'elles aboutisse et bénéficie de l'autorité de la chose jugée, il en va différemment en l'espèce, où la Cour a rendu une décision définitive tranchant les mêmes litiges dont est saisi le tribunal arbitral. Dans cette hypothèse, le prononcé d'une *anti-suit injunction* doit être admis plus largement (il suffit que les deux conditions ci-dessus soient satisfaites) afin que la Cour puisse « protéger l'intégrité de ses jugements en empêchant qu'ils soient contournés au moyen d'un nouveau contentieux vexatoire ou oppressif ». À cet égard, la Cour fait valoir que la recherche par la FIFA d'une décision contraire à celle qu'elle a adoptée est empreinte de mauvaise foi, qu'elle risque d'aboutir au prononcé de décisions incompatibles, et qu'elle entraînera une augmentation des frais et des désagréments liés à la procédure.

La Cour observe par ailleurs qu'en l'espèce, le prononcé d'une *anti-suit injunction* aurait été approprié même si les cinq critères plus sélectifs, pris en compte lorsque deux procédures parallèles sont en concurrence, avaient été mis en œuvre : « (1) paralysie d'une politique judiciaire du tribunal qui a adopté l'injonction ; (2) action étrangère vexatoire ; (3) risque d'atteinte à la compétence in rem ou quasi in rem de la juridiction saisie de la demande d'injonction ; (4) la procédure devant l'autre tribunal compétent porterait préjudice à d'autres considérations équitables ; ou (5) le jugement portant sur les mêmes questions dans des actions séparées aurait pour conséquence des retards, des désagréments, des frais, une incompatibilité, ou une course au jugement » (*China Trade*). La Cour souligne principalement le troisième critère en faisant valoir que, puisqu'elle s'était déjà prononcée, le tribunal arbitral « ne procédait pas seulement en parallèle » mais plutôt qu'il « tentait d'obtenir une compétence exclusive sur l'affaire ».

Mastercard International Inc. c. Fédération Internationale de Football Association, n° 06 Civ. 3036, 2007 WL 631312 (S.D.N.Y., 28 février 2007)
G4292

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – États-Unis – Arbitrage international – Mesures provisoires et conservatoires

La *District Court* pour le District du Connecticut (2^e Circuit), tout en rejetant la demande pour des raisons de fond, se déclare compétente pour prononcer une mesure conservatoire alors qu'un arbi-

trage est pendant et que les parties pouvaient, selon le règlement de la *London Court of International Arbitration*, demander de telles mesures au tribunal arbitral.

Dans cette affaire, les deux parties à un accord de télécommunications, Bahrain Telecommunications Co. (« Batelco ») et DiscoveryTel, Inc. (« DiscoveryTel »), avaient engagé des actions l'une contre l'autre, DiscoveryTel dans l'Émirat du Bahreïn et Batelco devant la *District Court*. Les parties s'entendirent ensuite pour suspendre les deux procédures et conclure une convention d'arbitrage LCIA portant sur l'ensemble de leurs différends. Environ un mois après avoir déposé sa demande d'arbitrage, Batelco saisit à nouveau la *District Court* d'une demande de mesures provisoires tendant, dans le but de pratiquer une saisie conservatoire, à ce que la liste des biens de DiscoveryTel lui soit divulguée.

La Cour reconnaît que les cours d'appel des neuvième et troisième Circuits ont jugé que la Convention de New York ne permet pas aux juridictions nationales d'ordonner des mesures provisoires alors qu'un arbitrage est en cours ; elle observe cependant que le deuxième Circuit, dont elle dépend, a explicitement admis que les juridictions nationales sont compétentes pour prononcer des mesures provisoires, y compris lorsque cette compétence est partagée avec le tribunal arbitral. Elle ajoute que cette jurisprudence est cohérente avec le Règlement LCIA qui, dans son article 25.3, autorise les parties à solliciter des autorités judiciaires des mesures provisoires « avant la constitution du tribunal arbitral, et dans de rares cas, après ». La Cour en conclut qu'elle est compétente au regard de la Convention de New York pour prononcer des mesures provisoires alors qu'une procédure arbitrale est en cours.

La Cour en déduit qu'elle peut en principe prononcer une mesure provisoire mais, conformément aux règles de procédure fédérales, uniquement dans la mesure où le droit du Connecticut l'y autorise. Or, la demande de mesure conservatoire était fondée sur une disposition de la loi du Connecticut dont la défenderesse soutenait qu'elle n'était applicable qu'aux arbitrages localisés dans l'État du Connecticut. La Cour, tout en observant que les juridictions supérieures du Connecticut ne s'étaient pas encore prononcées sur la question, rejette néanmoins l'argument, et retient sa compétence au motif que le Connecticut a adopté la loi modèle CNUDCI, qui vise les arbitrages internationaux comme celui de l'espèce. Son l'article 9, reproduit en des termes proches par la loi locale, 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 ». La jurisprudence du deuxième Circuit dans l'arrêt *ContiChem 229 F.3d 426*, se fondant sur le droit de New York pour refuser de prononcer une mesure conservatoire parce que l'arbitrage dans le cadre duquel celle-ci est sollicitée était localisé hors de l'État de New York, n'était donc pas pertinente en l'espèce.

Bahrain Telecommunications c. V. DiscoveryTel, Inc., 476 F. Supp. 2d 172 (D. Conn. 2007)
G4293

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – États-Unis – Arbitrage international – Contrôle des sentences rendues aux États-Unis – Manifest disregard of the law

Dans le cadre de l'examen d'une demande de confirmation d'une sentence arbitrale rendue aux États-Unis en matière internationale, la *District Court* pour le District Est de Virginie (4^e Circuit) fait application des dispositions de l'article 10 du premier chapitre du *Federal Arbitration Act*, destiné à l'arbitrage interne, auxquelles elle ajoute, conformément à la *common law*, l'« ignorance manifeste de la loi ».

Al Haddad Commodities Corporation (« ACC »), une société américaine, avait conclu un contrat de vente avec Toepfer International Asia Pte. Ltd. (« Toepfer »), une société singapourienne, pour l'achat de riz destiné à l'Iraq. Le contrat prévoyait un arbitrage sous l'égide du Règlement de l'U.S. Rice Millers Association (« RMA »). Lorsqu'un litige survint entre les parties à propos de l'exécution du contrat, la RMA constitua un tribunal arbitral composé de cinq hommes d'affaires. Les arbitres décidèrent que Toepfer avait rompu le contrat, et la condamnerent au paiement d'une somme de plus de deux millions de dollars. ACC engagea alors une action en exequatur à laquelle Toepfer s'opposa en faisant valoir (1) que les arbitres se seraient rendus « coupables de misconduct » au sens du paragra-

phe 10 du *Federal Arbitration Act* (« FAA »), c'est-à-dire d'une violation des règles de procédure essentielles (refus d'accorder un report d'audience justifié, de prendre en considération des preuves pertinentes ou toute conduite entraînant une violation des droits d'une partie), et (2) que la sentence aurait été rendue au mépris manifeste de la loi.

Évoquant le précédent en vigueur dans le 4^e Circuit, *Pattern c. Signator Ins. Agency, Inc.*, 441 F.3d 230, 234 (4^e Circuit, 2006), la Cour observe que le « *processus et l'étendue du contrôle fédéral d'une sentence arbitrale sont précisément circonscrits* ». Elle ajoute que l'article 10 du chapitre 1 du FAA, qui définit les causes d'annulation des sentences arbitrales rendues en matière interne, s'applique également aux sentences internationales dès lors que cet article n'est pas incompatible avec les dispositions de la Convention de New York telle que ratifiée par les États-Unis.

La Cour rejette ensuite tous les arguments soulevés par la défenderesse au soutien de sa demande d'annulation de la sentence, après avoir rappelé que les conditions d'annulation d'une sentence doivent s'apprécier de manière stricte. Elle observe notamment qu'il n'y avait « *rien d'arbitraire dans le refus du panel de reporter l'audience* » dès lors que n'était établie ni la mauvaise foi des arbitres ni que cette décision avait empêché l'examen de preuves pertinentes. De même, elle juge que le fait qu'ACC ait été autorisée à présenter de nouvelles preuves en violation de l'ordonnance précédente du panel, et ceci seulement un jour avant l'audience, ne constitue pas un *misconduct* dès lors que Toepfer n'a pas été privée d'une « *audience fondamentalement équitable* ». La Cour fait remarquer que la décision du panel résulte de « *l'inclusion et non [de] l'exclusion de preuves et, ainsi, n'est manifestement pas un refus d'examiner les preuves conformément à l'article 10(a)(3)* ».

En ce qui concerne l'argument de Toepfer selon lequel le panel n'aurait pas consacré suffisamment de temps et d'attention à certaines questions (le panel avait alloué à chaque partie 20 minutes de présentation orale et la sentence ne comportait qu'une page et demie), la Cour juge qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la limitation de temps imposée aux parties par les arbitres, laquelle a été la même pour les deux parties, et refuse de tirer des conclusions de la longueur de la sentence.

Concernant l'acceptation par le panel d'un témoignage par téléphone, dont Toepfer soutenait qu'elle constituait une irrégularité procédurale sérieuse pour diverses raisons, d'autant plus que le témoin n'avait pas présenté, comme cela était demandé, un témoignage écrit avant l'audience, retirant ainsi à Toepfer la possibilité de le cross-examiner, la Cour reconnaît la nature arbitraire de la décision procédurale mais en conclut qu'elle n'était pas préjudiciable à Toepfer. La Cour déclare que « *les actes du panel en tant que tels semblent contraires au règlement [du RMA] et quelque peu arbitraires. Néanmoins, il n'y a aucune évidence que ces actes aient porté préjudice à la position de Toepfer* ».

Quant au moyen de Toepfer relatif au « *mépris manifeste de la loi* » dont aurait fait preuve le panel en raison du fait qu'il n'avait consacré qu'une seule ligne dans la sentence au droit applicable, la Cour rappelle qu'un tel grief implique que « *l'arbitre comprend et décrit correctement la loi, mais continue à l'écarter* ». En matière contractuelle, cela se traduit par le fait que la sentence « *ne peut se déduire rationnellement du contrat* ». Peu importe, en l'espèce, que les arbitres ne se soient pas étendus sur le droit applicable dès lors que, selon *Halligan c. Piper Jaffray, Inc.* 148 F.3d 197, 204 (2^d Cir. 1998), « *les arbitres ne seraient pas tenus de motiver dans tous les cas, ou même dans la plupart des cas* ».

La Cour conclut sa décision par la considération générale suivante : « *La Cour entrevoit un choc des cultures dans ce dossier, dans lequel un panel d'arbitres, composé d'hommes d'affaires américains qui se targuent de prodigier de bonnes et rapides décisions commerciales, a tenu une audience à Houston, au Texas, sur un contrat régi par la loi anglaise. La manière de procéder du panel a surpris le conseil de Toepfer, M. O'Neil, qui a pratiqué l'arbitrage de façon intensive en Angleterre et ailleurs. Selon ses propres mots, celui-ci 'n'avait jamais expérimenté (et espérait ne jamais plus avoir à expérimenter) quelque chose comme l'arbitrage sous l'égide de la RMA'. Bien sûr, Houston n'est pas Londres. Dans l'imaginaire texan, les cow-boys et les Indiens ont depuis longtemps remplacé les chevaliers et les dragons du folklore anglais* ».

Al Haddad Commodities Corp. c. Toepfer International Asia Pte., Ltd., U.S. District Court, E.D. Virginia 2007 – 2007 WL 1175598 (E.D. Va.) – 19 avril 2007 G4294

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – États-Unis – Arbitrage international – Immunité de juridiction – Exécution des sentences étrangères – Compétence – Contacts suffisants avec le for

Dans le cadre d'une demande d'exécution d'une sentence arbitrale, conformément à la Convention de New York, à l'encontre d'un défendeur étranger, la *District Court* pour le District Sud de New York décide que la renonciation par une partie à faire valoir son immunité aux termes du *Foreign Sovereign Immunities Act* (« FSIA ») ne suffit pas à lui conférer une compétence *ratione personae* vis-à-vis de cette partie à défaut de contacts suffisants entre cette dernière et le *forum*.

La société Frontera Resources Azerbaijan Corporation (« Frontera »), dont le siège était situé aux Îles Caïmans, avait conclu un contrat de financement et de partage des bénéfices avec la société nationale pétrolière de la République Azerbaïdjanaise (« SOCAR »), qui l'autorisait notamment à explorer et à exploiter des ressources pétrolières en Azerbaïdjan. L'exécution du contrat donna lieu à un litige qui fut tranché en faveur de Frontera par arbitrage à Stockholm. Frontera demandait la confirmation de la sentence, ce à quoi SOCAR s'opposait en faisant valoir l'absence de compétence *ratione personae* de la Cour.

La Cour admet que SOCAR ne saurait bénéficier d'une immunité d'exécution dès lors qu'elle y a implicitement renoncé en souscrivant une convention d'arbitrage. En effet, aux termes du FSIA, les juridictions américaines sont compétentes vis-à-vis des États étrangers et de leurs « *instruments ou agents* » si (1) l'État étranger ou son instrument a donné son accord pour soumettre à l'arbitrage ses litiges avec une partie privée et si (2) la sentence qui en découle est régie par un traité conclu avec les États-Unis qui prévoit la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, ce qui était le cas en l'espèce, l'Azerbaïdjan étant signataire de la Convention de New York.

La Cour s'interroge ensuite sur sa compétence au regard de « *l'exigence constitutionnelle de due process selon laquelle les défendeurs non résidents doivent avoir certains contacts minimums [avec le ressort de la juridiction] en sorte que la poursuite de l'action soit compatible avec les notions traditionnelles de justice équitable* ». On sait en effet que certains Circuits ont refusé de reconnaître des sentences étrangères sur le fondement de cette règle en dépit du fait qu'elles bénéficiaient de la Convention de New York (*Dardana*, cette chronique, Cahiers de l'arbitrage, Recueil II, p. 417 ; *Base Metal Trading et Glencore Grain Rotterdam*, cette chronique, Cahiers de l'arbitrage, Recueil II, p. 415). Tout en relevant que le 2^e Circuit n'a pas encore pris position sur l'application de cette règle (cf. pourtant l'arrêt de cette même *District Court* dans l'affaire *Dardana*), la Cour en fait directement application après avoir rejeté l'argument soulevé par Frontera selon lequel elle ne saurait bénéficier à une société d'État.

La Cour rappelle que certains Circuits, notamment celui de Washington D.C. dans l'affaire *Price c. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* 294 F.3d (D.C. Cir. 2002), ont décidé qu'un État étranger et ses agents ne sont pas considérés comme des personnes soumises à cette règle ; en conséquence, dès lors que la juridiction saisie a établi qu'elle était compétente à leur égard aux termes du FSIA, aucune analyse complémentaire en termes de contacts minimums n'est requise. Aux termes de la jurisprudence *Price*, une agence ou une entité d'un État étranger ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle du *due process* dès lors que cet État étranger a « *exercé un contrôle suffisant sur son instrument pour en faire un agent étatique* ».

Tout en se déclarant en accord avec le principe établi par *Price*, la Cour observe qu'appartenant au deuxième circuit, elle est tenue de suivre le précédent de cette juridiction dans l'affaire *Texas Trading & Milling Corp. c. Federal Republic of Nigeria* 647 F.2d 300 (2^d Cir. 1981). Aux termes de cette décision, « *à chaque fois qu'une juridiction retient sa compétence conformément au FSIA, elle doit de surcroît vérifier son pouvoir d'exercer son autorité sur un défendeur particulier en termes de due process* ».

La Cour vérifie alors si SOCAR avait une présence « *continue et systématique* » aux États-Unis qui « *semblerait approximativement à une présence physique* ». Or, pour la Cour, Frontera échoue à établir cette « *présence* » en invoquant des contrats signés par SOCAR avec des sociétés américaines et ayant pour objet la production pétrolière en Azerbaïdjan. La Cour constate ensuite que Frontera n'établit pas l'existence de biens appartenant à SOCAR dans

le ressort, ce qui pourrait justifier – dit-elle – sa compétence, mais au contraire demande que soit ordonnée une discovery pour vérifier l'existence de tels biens. La Cour décide qu'ordonner une telle mesure présupposerait qu'elle soit compétente et rejette donc la demande de reconnaissance de la sentence.

Frontera Resources Azerbaijan c. State Oil Company of the Azerbaijan – n° 06 civ. 1125 (RJH), 2007 WL 925677 (S.D.N.Y. 29 mars 2007) G4295

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – États-Unis – Arbitrage international – Clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité – Faute lourde – Etendue du contrôle des sentences rendues aux États-Unis – Manifest disregard of the law

La Cour d'appel du 5^e Circuit décide qu'un arbitre n'outrepasse pas ses pouvoirs en examinant la validité d'une clause exonératoire de responsabilité selon la loi new-yorkaise, ni n'ignore manifestement la loi en jugeant que cette clause était contraire à l'ordre public et donc inapplicable.

Dans le cadre de ses activités d'exploration et de production de pétrole en Chine, Texaco China (« Texaco ») avait donné son accord pour développer et produire du pétrole dans la baie de Bohai en Chine. Texaco conclut un contrat avec les sociétés Apache Bohai et Apache China (collectivement « Apache ») aux termes duquel Apache acceptait de prendre à sa charge les obligations de forage de Texaco. Apache s'étant retirée unilatéralement du contrat, Texaco engagea une procédure d'arbitrage. L'arbitre, appliquant le règlement de l'Association Américaine d'Arbitrage, jugea qu'Apache avait rompu le contrat avec Texaco. Bien que l'accord entre Texaco et Apache contienne une clause exonératoire de responsabilité excluant « *tous les dommages ou pertes indirects* » qui naîtraient ou seraient liés d'une quelconque façon à l'accord, l'arbitre accorda à Texaco US\$ 20 millions pour dommages « indirects » (sur un total de dommages alloués de US\$ 71 millions).

Apache fit appel de la décision de la *District Court* (District Sud du Texas) de confirmer la sentence. Elle soutenait que l'arbitre (i) aurait outrepassé ses pouvoirs en recherchant la validité de la clause d'exonération de responsabilité au regard de la loi new-yorkaise et (ii) aurait manifestement ignoré cette loi en acceptant de réparer les dommages indirects soufferts par Texaco et en refusant d'en réduire le montant.

Dans le cadre de la vérification du respect de ses pouvoirs par l'arbitre, la Cour examine si la sentence peut « *s'expliquer, avec une certaine logique, sur le fondement de la lettre ou de l'objet du contrat* » ou « *se déduire rationnellement du contrat* ». Elle observe qu'une fois que l'arbitre avait écarté la clause exonératoire de responsabilité, les termes du contrat autorisant les parties à recevoir toute réparation prévue par la loi redevaient applicables. L'arbitre avait donc le pouvoir d'accorder des dommages indirects à Texaco.

La Cour vérifie ensuite si l'arbitre n'avait pas manifestement ignoré la loi. Après avoir souligné que son examen dans le cadre de cette cause d'annulation doit rester « *extrêmement limité* », elle entame une analyse en deux temps : elle recherche si (i) « *l'erreur de l'arbitre était évidente et aurait pu être immédiatement perçue comme telle par toute personne qualifiée pour être arbitre* » et si (ii) « *la sentence a pour conséquence d'entraîner une injustice criante* ».

Or, selon la Cour, en droit new-yorkais, la mise en œuvre d'une clause exonératoire ou limitative de responsabilité en présence d'un acte de négligence manifeste ou d'une faute volontaire est contraire à l'ordre public. En l'espèce, l'arbitre avait estimé qu'Apache s'était retirée du contrat avec une indifférence imprudente pour les droits de Texaco, qu'elle avait intentionnellement abandonné le contrat et qu'elle avait violé une obligation fondamentale de ce dernier. La Cour précise qu'elle ne vérifie pas le bien fondé des constatations de fait de l'arbitre dans le cadre du contrôle de la sentence et qu'en constatant, en droit, que le comportement d'Apache était une « *indifférence imprudente* » aux droits de l'autre partie, l'arbitre n'avait pas commis une erreur d'interprétation du droit de New York suffisamment manifeste pour justifier l'annulation de la sentence au regard du critère rappelé ci-dessus.

La Cour ajoute que la décision de l'arbitre d'écarter un précédent new-yorkais, prononcé sur la base de faits qui pouvaient, selon lui, être distingués de ceux de l'espèce, et de s'inspirer au contraire de la jurisprudence d'un autre État, ne constitue pas non plus une

erreur manifeste dès lors qu'Apache n'avait pas établi qu'une règle claire (par opposition à un précédent dont l'application au cas d'espèce pouvait être discutée) de droit new-yorkais avait été violée.

Apache Bohai Corp. LDC v. Texano China BV, 480 F.3d 397 (5^e cir. 2007) – 27 février 2007 G4296

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – États-Unis – Arbitrage international – Droit de la Floride – Contrôle des sentences rendues aux États-Unis – Compétence-compétence

Une décision de la Cour d'appel du onzième circuit confirmant un jugement déclarant une sentence arbitrale valable illustre les particularités du droit de l'arbitrage en Floride.

Le litige sous-jacent à cette décision portait sur un pacte d'actionnaires conclu par une société panaméenne (Rintin) et une société bermudienne (Domar), respectivement actionnaires minoritaire et majoritaire d'une holding propriétaire d'une usine de ciment en République Dominicaine. Leur pacte d'actionnaires contenait une clause d'arbitrage régie par le droit de la Floride.

Prétendant avoir découvert que Domar s'était livrée à diverses actions ayant entraîné une diminution de la valeur de son investissement, Rintin engagea des actions judiciaires dans différents pays contre Domar et des tiers dont certains étaient des filiales de Domar. Domar engagea alors une procédure arbitrale pour obtenir (1) une décision confirmant que Rintin avait violé le pacte d'actionnaire en engageant diverses actions judiciaires (2) une injonction de mettre un terme à ces actions et (3) l'évaluation et le rachat forcé des parts de Rintin dans la holding.

Refusant de se soumettre à l'arbitrage, Rintin entama une procédure devant les juridictions de l'État de Floride pour qu'il soit déclaré que les demandes présentées par Domar ne relevaient pas de la compétence des arbitres. Elle en fut déboutée au motif que, contrairement au droit fédéral, le droit de la Floride confie aux arbitres la mission de se prononcer sur leur propre compétence. Ces derniers se déclarèrent compétents et prononcèrent quatre ans plus tard une sentence finale par laquelle ils jugèrent que Rintin avait violé ses obligations en engageant de nombreuses actions judiciaires.

Dans le cadre de son recours contre la sentence, Rintin faisait valoir que les actions qu'elle avait engagées contre des tiers n'entraient pas dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. La Cour rejette cet argument au motif que le but ultime des actions litigieuses était de faire annuler la privatisation de l'usine de ciment, dont leur filiale commune s'était rendue propriétaire et qui constituait l'essentiel de son activité. La décision des arbitres lui ordonnant d'y mettre fin, parce qu'elle constituait une mesure essentielle à la protection des droits de Domar, n'était donc entachée par aucune « *erreur avérée* » dans l'appréciation de leur compétence par les arbitres, qui seule aurait justifié l'annulation de la sentence.

L'argument de Rintin selon lequel le pacte d'actionnaires était nul parce qu'il n'était pas conforme aux conditions de forme fixées par le droit panaméen ne suffit pas non plus à justifier l'annulation de la sentence. En effet, en l'absence de fraude dans la conclusion de la convention d'arbitrage, de violation de l'ordre public, ou de décision préalable contraire par un tribunal arbitral, le droit de Floride laisse aux seuls arbitres le pouvoir de décider s'il existe ou non une convention d'arbitrage valable.

Rintin Corp., S.A. v. Domar, Ltd., 476 F.3d 1254 (11^e circuit 2007) G4297

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – États-Unis – Arbitrage international – Sentence intérimaire – Exequatur

La *District Court* du Circuit Sud de New York décide qu'une sentence intérimaire peut faire l'objet d'une confirmation immédiate pour les parties du litige qu'elle tranche définitivement, ce qui n'est notamment pas le cas d'une sentence dans laquelle le tribunal arbitral se prononce sur le principe de responsabilité mais pas sur le quantum du dommage.

La Cour discute deux questions : peut-elle « confirmer n'importe quelle partie d'une sentence partielle » et si oui, « quelles parties de la sentence peuvent être considérées comme étant finales et susceptibles de confirmation ? ». En répondant à ces questions, la Cour déclare s'inspirer de la forte présomption qui émane du Federal Arbitration Act : « Si une sentence est finale et qu'aucune des parties n'a d'objection valable, la Cour doit la confirmer ».

En réponse à la première question, la Cour observe que la confirmation d'une sentence intérimaire n'est pas autorisée. En citant *Michaels c. Mariforum Shipping, S.A.* 624 F.2d 411, 414 (2d Cir. 1980), elle juge qu'une « District Court n'a pas autorité pour se prononcer sur les décisions intérimaires d'un tribunal arbitral ». Cependant, la Cour a la possibilité « de confirmer la résolution finale des demandes qui ont été tranchées définitivement par les arbitres, lorsque ceux-ci ont confirmé expressément que la sentence était destinée à être finale en ce qui concerne ces demandes entièrement jugées ».

Afin de décider si la sentence partielle a tranché des demandes de façon définitive, la Cour suit le critère établi dans l'arrêt *Rocket Jewelry Box, Inc. c. Noble Gift Packaging, Inc.* 157 F.3d 174, 176 (2d Cir. 1998), qui établit que la solution apportée au litige doit être « suffisamment définitive pour que les droits et obligations des deux parties... ne mènent pas à la nécessité d'un nouveau jugement ». Tel est le cas de la sentence partielle en l'espèce dont la Cour estime que « par sa rédaction, il est clair qu'elle est destinée à être une décision finale pour au moins certaines demandes et demandes reconventionnelles ».

Abordant la seconde question, la Cour observe cependant que, puisque certaines parties de la sentence sont clairement définitives et d'autres pas, elle ne peut confirmer la sentence dans son intégralité. Toutefois, se référant aux arrêts *Michaels c. Mariforum Shipping, S.A.* 624 F.2d 411, 413-414 (2d Cir. 1980) et *Kerr-McGee Refining Corp. c. MIT Triumph*, 924 F.2d 467, 471 (2d Cir. 1991), elle décide qu'elle peut confirmer la décision des arbitres en ce qu'elle porte sur les « demandes qui sont rejetées et celles pour lesquelles des dommages ont été alloués ». En revanche, « en ce qui concerne les demandes où seule la responsabilité a été établie [sans détermination du quantum], la sentence partielle ne peut être confirmée ».

Fluor Daniel Intercontinental, Inc. v. General Electric Co., Civ. 3294 (GEL), 2007 U.S. Dist. Lexis 17588 (S.D.N.Y. 12 mars 2007)
G4298

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – États-Unis – Arbitrage international – Sentence annulée dans son pays d'origine – Reconnaissance aux États-Unis

La Cour d'appel du District de Columbia confirme la décision du 17 mars 2006 (cette chronique, Cahiers de l'arbitrage 2006-2, 15-17 octobre 2006, page 52) par laquelle la *District Court*, limitant la portée de sa jurisprudence *Chromalloy*, a rejeté la demande d'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère au motif qu'elle avait été annulée dans son pays d'origine et que cette annulation n'était pas contraire à l'ordre public.

On se souviendra qu'une société colombienne et son actionnaire unique américain recherchaient aux États-Unis l'exequatur d'une sentence CCI rendue en faveur de la première en Colombie et annulée par la Cour suprême de cet État au motif que le droit colombien, à l'époque de la conclusion de la convention d'arbitrage, ne reconnaissait pas expressément l'arbitrage CCI.

Alors que le premier juge s'était principalement attaché à distinguer l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *Chromalloy* pour pouvoir s'aligner sur la jurisprudence du 2^e Circuit Baker Marine, la Cour d'appel justifie sa décision par une longue analyse de la Convention de New York. La Cour observe que la « Convention fournit une

structure habilement conçue pour l'application des sentences arbitrales internationales ». Citant *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons c. Toys « R » Us, Inc* (126 F.3d 15, 23 (2d Cir. 1997), elle note que « la Convention prévoit expressément que l'État dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence est rendue est libre de rejeter ou de modifier une sentence en accord avec sa loi sur l'arbitrage domestique, ainsi que l'ensemble de ses motifs qui en découlent expressément. Voir Convention art. V(1)(e). Toutefois, la Convention établit également avec clarté que lorsqu'une demande d'exequatur est présentée dans un autre État, cet État ne peut rejeter la demande que pour des motifs exprimés explicitement à l'article V de la Convention ».

Selon la Cour, il résulte de l'article V(1)(e) que les États contractants « ne peuvent normalement pas reconnaître une sentence arbitrale qui a été régulièrement annulée par l'autorité compétente d'un de ces États ». La Cour en conclut que, la demanderesse n'ayant pu établir ni que la procédure devant les juridictions colombiennes était viciée, ni que sa décision n'était pas authentique, la demanderesse n'avait pas d'intérêt à agir.

Invoquant *Baker Marine* et l'article de Van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958 : towards a judicial interpretation » (1981), elle affirme que « faire droit à la requête des demandereses compromettrait un principe essentiel de la Convention de New York : une sentence arbitrale ne peut faire l'objet d'une confirmation dans d'autres États contractants si elle a valablement été rejetée par une autorité compétente de l'État dans lequel elle a été rendue. Ce principe contrôle la solution de cette affaire ». Certes, l'article V(1)(e) de la Convention, selon lequel « la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées, à la demande d'une partie contre qui elle est invoquée..., si cette partie donne... la preuve que... la sentence... a été rejetée... par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue » (souligné par nous) n'interdit pas de reconnaître une sentence annulée dans un autre État. Cependant, on ne saurait soutenir que « la politique de la Convention en faveur de l'application des sentences arbitrales prévaut sur les dispositions de l'article V(1)(e). Un jugement visant à reconnaître ou à donner l'exequatur à une sentence qui n'a pas été annulée dans son État d'origine est très différent d'un jugement visant à écarter la décision de l'autorité compétente d'un autre État ».

La Cour ajoute que, la Convention n'encadrant pas les règles par lesquelles un État contrôle les sentences qu'il a le pouvoir d'annuler, il en résulte nécessairement qu'un État « peut annuler une sentence pour des motifs qui ne sont pas compatibles avec les lois et la politique d'un autre État contractant ». Pour la Cour, en dépit de l'article VII (dont on sait qu'il a permis à la jurisprudence française d'adopter la solution exactement inverse et que la Cour n'évoque même pas), « La Convention n'autorise pas le régime par lequel les États (lorsqu'ils décident de la reconnaissance d'une sentence étrangère) révisent régulièrement le jugement des juridictions de l'État d'origine lorsque celles-ci ont valablement décidé l'annulation d'une sentence rendue dans ce pays. Les appelantes vont beaucoup trop loin lorsqu'elles suggèrent que les États ont toute liberté pour ignorer la décision de l'autorité compétente de l'État d'origine lorsqu'elle annule une sentence arbitrale ».

Certes, la reconnaissance de la décision d'annulation étrangère ne doit pas être contraire à l'ordre public des États-Unis. Mais cette dernière notion doit être appréciée restrictivement, seules pouvant être écartées les décisions d'annulation qui « répugnent aux notions fondamentales de ce qui est décent et juste aux États-Unis ». Dans la mesure où ce n'était pas le cas, les appelantes soutenant uniquement que les juridictions colombiennes avaient mal appliqué le droit colombien, ce que la Cour se refuse à vérifier, la décision de la *District Court* est confirmée.

TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P., No. 06-7058 (Cour d'appel du District de Columbia) – 25 mai 2007
G4299

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Argentine – Recours en annulation contre une sentence arbitrale – Respect de leur mission par les arbitres – Pouvoir discrétionnaire des arbitres pour décider de la tenue d’une audience prévue dans les règles de procédure (non) – Règlement d’arbitrage de la CNUDCI – Annulation de la sentence arbitrale – Reprise de la procédure arbitrale

Dans un arbitrage opposant sept sociétés à l’État argentin, le Tribunal administratif d’appel a réaffirmé que les arbitres ont l’obligation de respecter l’accord des parties portant sur le déroulement de la procédure, à peine de nullité de la sentence arbitrale.

Un acte de mission avait été signé par les parties afin de régir et de fixer les modalités de la procédure arbitrale. Aux termes dudit acte, les parties avaient expressément convenu qu’après la réponse à la demande d’arbitrage, l’arbitre convoquerait les parties à une audience afin d’évaluer les preuves produites, conformément à l’article 360 du Code de procédure civile argentin, l’article 15(2) du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI, règlement choisi par les parties, étant d’application subsidiaire. L’audience prévue à l’article 360 a pour but de tenter une conciliation, de recueillir des témoignages, de présenter et de discuter des preuves produites par les parties. Au cours de la procédure arbitrale, le tribunal arbitral, considérant que l’arbitrage portait exclusivement sur une question juridique, a décidé que l’audience prévue par l’article 360 du Code de procédure civile argentin n’était pas nécessaire.

L’État argentin, condamné par le tribunal arbitral, a alors demandé l’annulation de la sentence arbitrale au juge administratif argentin compétent, au motif que le tribunal arbitral avait violé les règles de procédure fixées par les parties et qu’en ne tenant pas d’audience arbitrale, le tribunal l’avait privé de la possibilité de concilier et de présenter ses preuves, ce qui constituait une violation de ses droits de la défense. Les défendeurs ont allégué que les griefs invoqués par l’État argentin étaient purement hypothétiques, dans la mesure où il n’avait produit aucune pièce lors de l’arbitrage et n’avait pas précisé les moyens de preuve dont il aurait été privé par la non tenue de l’audience.

Le Tribunal administratif a annulé la sentence arbitrale au motif que le tribunal arbitral avait violé l’accord des parties sur la procédure à suivre dans l’instance arbitrale. Même si l’article 15(1) du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI prévoit que « le tribunal arbitral peut procéder à l’arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d’égalité et qu’à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens », l’article 15(2) du même Règlement dispose qu’« à la demande de l’une ou l’autre partie et à tout stade opportun de la procédure, le tribunal arbitral organise une procédure orale pour la production de preuves par témoins... ». L’article 15 (2) obligeait également le tribunal arbitral à organiser une audience. Le Tribunal administratif d’appel a estimé qu’il s’agissait là d’une violation essentielle des règles régissant la procédure arbitrale ayant porté atteinte aux droits de la défense de l’État argentin, d’autant plus que les parties à un arbitrage peuvent – comme l’avait fait l’État argentin – se réserver le droit de présenter des preuves pour les produire ultérieurement, contrairement à ce que les défendeurs alléguaient.

Après avoir décidé que ce vice de procédure devait entraîner l’annulation de la sentence arbitrale, le Tribunal administratif d’appel a rappelé qu’au titre des articles 760 et 761 du Code de procédure civile argentin, le juge saisi peut, soit déclarer la nullité partielle de la sentence arbitrale si la décision du tribunal arbitral est divisible, soit prononcer un arrêt au lieu et place de la sentence arbitrale si la nullité porte uniquement sur la décision et non sur des irrégularités de procédure. Dans le cas d’espèce, une irrégularité de procédure ayant été commise, le Tribunal administratif d’appel a pro-

noncé la nullité de la sentence arbitrale et ordonné la reprise de la procédure arbitrale afin que l’audience de l’article 360 du Code de procédure civile argentin puisse avoir lieu.

Tribunal Administrativo de Apelación, Sala 2, 18 juillet 2006 : República Argentina c. Propyme Argentina UTE, Euroinvest SA et Iuvans SRL, entre otras G4393

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Argentine – Mesures provisoires – Demande aux juridictions étatiques formulée préalablement à l’arbitrage – Article 23 du Règlement d’arbitrage de la CCI

Dans le cadre d’un contrat d’exploitation d’un brevet de médicament incluant une clause compromissoire CCI, une des parties, une société américaine, a saisi le juge argentin d’une demande de mesure provisoire pour qu’il soit fait interdiction à l’autre partie, une société argentine, de fabriquer, commercialiser, vendre ou distribuer le produit pharmaceutique visé au contrat. Le juge argentin de première instance a accueilli partiellement la demande et ordonné la mesure sollicitée jusqu’au prononcé de la sentence arbitrale.

La société argentine a interjeté appel de cette décision et demandé l’annulation de la mesure provisoire au motif que le juge argentin ne pouvait prononcer une mesure destinée à protéger un droit issu d’un contrat soumis à un droit étranger – droit de l’Illinois –, qu’il n’était pas en mesure d’appréhender. Elle a également allégué que, dans le cas d’espèce, il n’existait aucun risque imminent pour l’entreprise américaine de subir un dommage irréparable puisque, compte tenu de sa solidité financière, elle pourrait supporter une condamnation à verser d’importants dommages et intérêts que le tribunal arbitral pourrait éventuellement prononcer.

La Cour d’appel a rejeté l’appel, au motif que l’article 23 du Règlement d’arbitrage de la CCI autorise les parties à présenter une demande de mesures provisoires et conservatoires à toute autorité judiciaire compétente. La Cour d’appel relève en conséquence que le juge de première instance argentin avait été investi par les parties de la *juridictio* nécessaire pour prononcer de telles mesures.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 22 septembre 2005 : Searle Ltd. c. Roemmers SAICF G4393

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Brésil – Exequatur d’une sentence arbitrale étrangère – Validité d’une clause compromissoire contenue dans un contrat d’adhésion – Renonciation à l’arbitrage – Égalité des armes et frais de l’arbitrage – Ordre public

Une société italienne avait formé devant le Tribunal supérieur de justice (« TSJ ») une demande d’exequatur d’une sentence arbitrale prononcée par un tribunal arbitral ayant siégé à Londres et qui condamnait une société brésilienne à lui payer une somme d’argent. La société brésilienne s’est alors opposée à cette demande en arguant, entre autres motifs, (i) de l’inefficacité de la clause compromissoire, (ii) de la violation de ses droits de la défense, (iii) et de la violation par la sentence arbitrale de l’ordre public. Le TSJ a successivement rejeté chacun de ces arguments en rappelant à plusieurs reprises que son contrôle de la sentence était limité et ne pouvait en aucun cas porter sur le fond de celle-ci.

S’agissant de l’inefficacité de la clause compromissoire, la société brésilienne prétendait que, la clause compromissoire étant incluse dans un contrat d’adhésion, celle-ci aurait dû être stipulée en caractères gras ou acceptée expressément, comme l’exige la loi n° 9307/96 de 1996 sur l’arbitrage. Le TSJ a estimé, que pour répondre à cette question, il serait obligé de qualifier au préalable le contrat litigieux de contrat d’adhésion, ce qui le conduirait à analyser le fond. Or, le juge de l’exequatur se borne à contrôler la sentence au regard des critères établis par les articles 38 et 39 de la loi n° 9307/96 et tout contrôle du contenu de la sentence arbitrale est par conséquent exclu. L’exception soulevée par la société brésilienne, tenant à l’inefficacité de la clause compromissoire, ne pou-

(*) Associé, Sherman & Sterling (Paris), avocat aux Barreaux de Paris, New York, Madrid et Colombie.

(**) Associé, Dechert LLP (Paris), avocat aux Barreaux de Paris et Colombie. Les auteurs remercient Marie-Thérèse Hervella et José Caicedo pour leur collaboration dans la rédaction de ce panorama.

vait par conséquent être examinée dans le cadre d'une procédure d'exequatur. En toute hypothèse, a ajouté le TSJ, le contrat avait dans le cas d'espèce été librement négocié et conclu par les parties.

S'agissant de la violation de ses droits de la défense, la défenderesse à l'exequatur faisait valoir qu'en raison du coût élevé de l'arbitrage, elle n'avait pu désigner un arbitre et qu'en conséquence, le juge anglais avait procédé à sa place à cette désignation. En outre, ces considérations économiques l'auraient également empêchée de présenter des recours devant les juges anglais contre la sentence arbitrale. Elle aurait ainsi été empêchée de participer pleinement à l'arbitrage. Le TSJ a également rejeté ce moyen, en relevant que la société brésilienne avait eu pleinement connaissance de la procédure arbitrale et y avait participé activement en présentant des exceptions préliminaires et des moyens de défense. De plus, le TSJ a indiqué qu'à partir du moment où une partie accepte de soumettre un litige à l'arbitrage, elle ne peut ensuite se plaindre du caractère onéreux de la procédure.

La société brésilienne avançait encore que la sentence arbitrale avait violé l'ordre public, et plus particulièrement la garantie constitutionnelle des droits de la défense, puisque l'arbitrage international aurait « permis à une société étrangère d'exercer une justice privée », en violation du monopole dont jouissent les tribunaux brésiliens et de l'interdiction de se faire justice à soi-même. Le TSJ a alors rappelé que le Tribunal fédéral suprême avait reconnu, dans un arrêt par lequel il avait déclaré que la loi n° 9307/96 sur l'arbitrage était conforme à la Constitution, que le recours à l'arbitrage ne violait pas en lui-même l'ordre public international brésilien.

Enfin, le TSJ a rejeté le moyen tenant à la violation par la sentence arbitrale étrangère du principe de *exceptio non adimpleti contractus*, en réaffirmant que cette question relevait du contrôle du fond de la sentence, contrôle qui n'est pas autorisé dans le cadre de l'exequatur.

Tribunal Superior de Justiça, 18 octobre 2006 : SEC n° 507, Grain Partners SA c. Oito Exportação e Importação de Cereais e Defensivos Agrícolas Ltda G4395

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Brésil – Efficacité de la clause compromissoire – Application dans le temps de la loi n° 9307/96 de 1996 sur l'arbitrage – Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage – Primauté des principes généraux du droit sur les règles nationales dans les contrats internationaux

Le Tribunal suprême de justice brésilien a eu à se prononcer sur la question de l'application dans le temps de la loi brésilienne sur l'arbitrage à une clause compromissoire souscrite avant sa promulgation.

Les parties, une société brésilienne et une société allemande, avaient conclu un contrat d'agent commercial en 1955, lequel incluait une clause compromissoire aux termes de laquelle tous litiges entre les parties devaient être soumis à un arbitrage CCI. Un accord portant résolution du contrat a par la suite été conclu entre les parties. En septembre 2001, la société brésilienne a saisi les tribunaux brésiliens d'une demande d'annulation dudit accord. La société allemande a alors soulevé une exception d'incompétence résultant de l'existence de la clause compromissoire prévue au contrat de 1955. Le juge de première instance a accueilli cette exception et renvoyé les parties devant le tribunal arbitral. Insatisfaite du jugement, la société brésilienne a interjeté appel devant le Tribunal supérieur de justice (« TSJ »), au motif que la clause compromissoire conclue par les parties en 1955 ne produisait aucun effet juridique étant donné que la force obligatoire des clauses compromissoires n'a été reconnue qu'à compter de la promulgation de la loi n° 9307/96 de 1996 sur l'arbitrage, laquelle ne trouvait par conséquent pas à s'appliquer au contrat conclu en 1955.

Dans un premier temps, le TSJ a rappelé qu'avant la promulgation de la loi n° 9307/96 sur l'arbitrage, la clause compromissoire n'était qu'un *pactum de contrahendo* qui ne permettait pas de déférer directement un litige à un tribunal arbitral en l'absence de conclusion par les parties d'un compromis et qui, s'il était violé, ne donnait droit qu'à une indemnisation dans le cadre de la responsabilité contractuelle. Seul le compromis, et non la seule clause compromissoire, engageait les parties à soumettre un litige à arbitrage. Cela étant, le TSJ a estimé que, même si certaines règles contenues dans la loi n° 9307/96 sur l'arbitrage sont des règles maté-

rielles, les règles régissant l'arbitrage sont par principe de nature procédurale. Or, comme les règles de procédure sont d'application immédiate, le TSJ a conclu que la loi n° 9307/96 doit s'appliquer à toutes les conventions d'arbitrage (clause compromissoire et compromis) signées avant son entrée en vigueur, pour autant que cette convention ait été invoquée postérieurement. Dans le cas d'espèce, la clause compromissoire ayant été invoquée en 2001, soit 5 ans après l'entrée en vigueur de la loi sur l'arbitrage, le TSJ n'a pu que conclure à son caractère obligatoire, et par conséquent à l'incompétence des juges brésiliens.

Dans un second temps, le TSJ parvient à cette même conclusion en se fondant sur le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, seul traité international en matière d'arbitrage conclu par le Brésil avant la loi n° 9307/96. Le TSJ a constaté que le contrat conclu par les parties était un contrat international et donc que le Protocole de 1923, en vertu duquel les clauses compromissoires et les compromis produisent les mêmes effets juridiques, s'appliquait au cas d'espèce. Le TSJ a alors jugé que cette reconnaissance de la force obligatoire tant des clauses compromissoires que des compromis dérogeait à la règle nationale posée avant l'entrée en vigueur de la loi n° 9307/96, qui niait aux clauses compromissoires tout effet juridique. En outre, il a ajouté qu'une telle solution se justifiait pour les contrats internationaux qui, en raison de leur internationalité, doivent recevoir un traitement juridique propre et distinct. Cela implique, selon le TSJ, que les principes généraux du droit doivent s'appliquer « au détriment des normes particulières à chaque pays ». Le TSJ a finalement indiqué que l'inclusion d'une clause compromissoire est une pratique courante dans le commerce international et que les parties doivent respecter la convention d'arbitrage qu'elles ont conclu en vertu du principe de bonne foi. Il s'ensuit qu'en l'espèce, la clause compromissoire obligeait la société brésilienne à soumettre le litige à arbitrage.

Tribunal Superior de Justiça, 18 août 2005, RE n° 712.566 : Espal Representações e conta própria Ltda. c. Wilhelm Fette GmbH G4396

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Bolivie – Renonciation à l'arbitrage – Faculté du juge bolivien de relever d'office son incompétence en faveur d'un tribunal arbitral (non)

Dans cette affaire, la Cour supérieure de La Paz avait confirmé un jugement de première instance ayant rejeté d'office une demande en responsabilité contractuelle au motif que le contrat prévoyait que tout différend entre les parties serait soumis à arbitrage devant la « Chambre de commerce internationale de Gênes ».

Saisie d'un pourvoi en cassation formé par la demanderesse déboutée, la Cour suprême de justice de la Bolivie a cassé cet arrêt en considérant que les parties pouvaient renoncer à l'arbitrage par convention expresse ou tacite. Il n'appartient pas au juge de soulever d'office l'incompétence résultant de l'existence d'une convention d'arbitrage : seul, le défendeur peut le faire, et tout silence de sa part implique renonciation au bénéfice de la convention d'arbitrage.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Auto Supremo n° 168, 4 avril 2007 : Juan Carlos León Justiniano c. Cooperativa Pacajes Ltda G4397

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Colombie – Recevabilité de l'action de protection contre l'arbitrage – Arbitrabilité objective – Actes administratifs – Kompetenz-Kompetenz – Voie de fait

En raison de la multiplication des actions de protection des droits fondamentaux contre des sentences arbitrales, la Cour constitutionnelle colombienne a souhaité, par le présent « arrêt unificateur », clarifier sa position en la matière.

Dans le cas d'espèce, une collectivité territoriale s'opposait dans un arbitrage à une société privée au sujet d'un contrat de concession. Dans sa sentence finale, le tribunal arbitral avait reconnu que des circonstances imprévues avaient entraîné la rupture de l'équilibre économique du contrat et décidé que la collectivité territoriale devait indemniser le concessionnaire. Un mois plus tard, la collectivité territoriale avait demandé au Conseil d'État d'annuler la sen-

tence arbitrale au motif que le tribunal arbitral avait commis des erreurs de droit et de fait, que la sentence était ultra petita et que la convention d'arbitrage avait un objet illicite. La demande d'annulation fut rejetée par le Conseil d'État le 11 mars 2004. Estimant que son droit constitutionnel à un procès équitable avait été violé et que les décisions tant du tribunal arbitral que du Conseil d'État étaient constitutives de voies de fait, la collectivité territoriale a alors exercé l'action de protection des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution (« acción de tutela ») en vue d'obtenir l'annulation des deux décisions. Selon la collectivité territoriale, les arbitres s'étaient prononcés sur la validité d'un acte administratif alors qu'une telle question n'est pas arbitrale. La protection constitutionnelle a été refusée le 5 août 2004 par le Conseil d'État, au motif que cette action était irrecevable lorsqu'elle s'attaquait à des décisions de justice, qu'il s'agisse de la sentence arbitrale aussi bien que de l'arrêt du Conseil d'État du 11 mars 2004. La collectivité territoriale a alors fait appel de cette décision devant la Cour constitutionnelle pour demander à nouveau l'annulation de la sentence arbitrale pour les mêmes motifs que ceux qui avaient été invoqués devant le Conseil d'État.

Par une première décision, la Cour constitutionnelle a accepté les arguments de la collectivité territoriale et a annulé la sentence arbitrale ainsi que l'arrêt du 11 mars 2004 du Conseil d'État. Toutefois, cet arrêt de la Cour constitutionnelle a été à son tour annulé par sa chambre plénière, par l'arrêt de principe ici rapporté.

La Cour constitutionnelle a saisi l'opportunité que lui offrait le cas d'espèce pour exposer longuement les principes généraux du droit colombien en matière d'arbitrage. Elle a notamment insisté sur le caractère exceptionnel de l'arbitrage, sur le respect qui est dû à la volonté des parties de soumettre leurs litiges à arbitrage, sur le caractère restreint des recours offerts par la loi contre les sentences arbitrales, ainsi que sur la stabilité juridique dont doivent jouir les sentences arbitrales.

Partant de cette analyse, la Cour constitutionnelle a ensuite analysé la recevabilité de l'action de protection contre des sentences arbitrales, avant de statuer sur les allégations du demandeur, aux dires duquel la sentence arbitrale attaquée et l'arrêt statuant sur le rejet du recours en annulation dirigé contre celle-ci étaient constitutifs de voies de fait.

S'agissant de la recevabilité des actions de protection contre les sentences arbitrales, la Cour constitutionnelle a rappelé que le choix de la justice arbitrale implique une renonciation spécifique et exceptionnelle à la juridiction des tribunaux étatiques et que, même si les arbitres exercent une fonction juridictionnelle, les tribunaux arbitraux ne font pas partie de l'organisation judiciaire étatique et ne sont pas soumis au double degré de juridiction. Par conséquent, l'action de protection est par principe irrecevable contre les sentences arbitrales et les arrêts qui tranchent les recours en annulation des sentences arbitrales. Ainsi, ce n'est qu'exceptionnellement, en cas de voie de fait, c'est-à-dire en présence d'une illégalité manifeste portant directement atteinte aux droits fondamentaux consacrés par la Constitution, que l'action de protection constitutionnelle est ouverte à l'encontre des sentences arbitrales. Considérant que l'action en protection intentée par la collectivité territoriale remplissait la condition ainsi posée, la Cour constitutionnelle l'a déclarée recevable.

La Cour constitutionnelle a ensuite estimé que, pour se prononcer sur la violation du droit à un procès équitable constitutive d'une voie de fait par le tribunal arbitral et le Conseil d'État, celle-ci devait auparavant établir quelle était la compétence du tribunal arbitral à la lumière du principe *kompetenz-kompetenz*.

La Cour a rappelé que la compétence des tribunaux arbitraux est définie par la Constitution, par la loi et surtout par la convention d'arbitrage. Dans ce sens, la Cour a indiqué que l'arbitrabilité objective est le critère qui détermine si certaines questions peuvent être tranchées ou non par voie d'arbitrage. S'agissant des actes administratifs et des résiliations de contrats administratifs, la Cour constitutionnelle a rappelé que, selon sa jurisprudence, sont inarbitrables les questions qui touchent à l'ordre public, à la souveraineté nationale ou à l'ordre constitutionnel. Ainsi, les litiges relatifs à la validité des actes administratifs relèvent de la compétence exclusive des juges administratifs colombiens. Cela étant, un problème particulier se pose en ce qui concerne les actes administratifs pris par une personne de droit public dans le cadre de ses relations contractuelles avec des particuliers. En vertu de la loi n° 80 de 1993 sur les « contrats étatiques », peuvent être soumis à arbitrage les différends qui portent sur la conclusion, l'exécution et la résiliation des contrats administratifs. Or, dès lors que le contrat administratif

peut être résilié unilatéralement par l'administration, la question se pose de l'arbitrabilité objective d'un tel acte administratif. La Cour constitutionnelle a estimé à ce propos que c'était la nature même de l'arbitrage – qui ne peut connaître que de litiges concernant des droits auxquels les parties peuvent renoncer – qui donne la réponse. Les arbitres ne peuvent en effet se prononcer que sur les « conséquences patrimoniales » d'un acte administratif et non sur sa validité. La Cour constitutionnelle a en outre ajouté qu'il était possible de trancher un différend « exclusivement économique » sans pour autant préjuger de la validité de l'acte administratif auquel le litige est relatif.

La Cour constitutionnelle, après avoir constaté l'universalité du principe *kompetenz-kompetenz*, a ensuite souligné qu'en vertu de ce principe, les arbitres ont la faculté de déterminer leur compétence. Cela implique, selon la Cour, que la voie de fait d'un tribunal arbitral est une situation exceptionnelle puisqu'en vertu du principe *kompetenz-kompetenz*, celui-ci jouit d'une large marge d'autonomie interprétative pour déterminer sa propre compétence. Par conséquent, pour qu'il y ait voie de fait commise par les arbitres, ces derniers doivent avoir agi manifestement en dehors du domaine fixé par les parties dans la convention d'arbitrage et l'acte de mission, ou avoir outrepassé les limites fixées par la Constitution et la loi lorsqu'ils se prononcent sur une question qui est manifestement inarbitrable. Or, selon la Cour constitutionnelle, le tribunal arbitral n'avait dans le cas d'espèce pas commis de voie de fait dans la mesure où il ne s'était pas prononcé sur la validité de l'acte administratif de résiliation du contrat, mais sur les conséquences patrimoniales de celui-ci.

Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, 14 mars 2007 : Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, Angelino Garzón y el Secretario Jurídico de este departamento, Hernán Jaime Ulloa

G4398

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Costa Rica – Annulation d'une sentence arbitrale – Caractère limité des causes d'annulation d'une sentence arbitrale (principe de « déjudiciarisation » de l'arbitrage) – Violation de l'ordre public international par l'application des principes Unidroit et des coutumes commerciales internationales (non)

Dans le cadre d'un arbitrage relatif à l'exécution d'un contrat de construction organisé sous l'égide du centre international de conciliation et d'arbitrage de la chambre de commerce costaricain-américaine du nord, le demandeur sollicitait de ses cocontractants (le Conseil technique de l'aviation civile et l'État) le paiement des coûts additionnels qu'il avait dû prendre en charge du fait de l'importation d'une machine pour le revêtement d'une autoroute afin de terminer les travaux dans le délai prévu par le contrat. Le tribunal arbitral a rejeté la demande. La Cour suprême de justice du Costa Rica fut alors saisie par le demandeur en vue d'obtenir l'annulation de la sentence arbitrale.

Deux questions furent essentiellement débattues et tranchées par la Cour suprême de justice : le dispositif de la sentence arbitrale et la prétendue violation de l'ordre public international costaricain. D'une part, le demandeur estimait que les arbitres avaient statué sans se conformer à leur mission puisque, au lieu de se prononcer sur les coûts additionnels, le tribunal arbitral s'était prononcé sur la suspension des travaux. Le demandeur affirmait qu'en agissant de la sorte, les arbitres avaient statué *infra petita*, avaient violé son droit à un procès équitable et s'étaient prononcés sur une question sur laquelle ils n'avaient pas de compétence. La Cour suprême a rejeté ces allégations en soulignant que, dans la mesure où le défendeur avait invoqué comme exception le fait que l'importation avait été rendue nécessaire par la suspension unilatérale des travaux par le demandeur, les arbitres avaient agi dans le cadre de leurs attributions.

Le demandeur a également demandé l'annulation de la sentence arbitrale pour violation du droit à un procès équitable résultant d'une incohérence entre ce qui avait été demandé et ce qui avait été jugé, ainsi que d'une contrariété entre les motifs et le dispositif de la sentence. Cette demande a été rejetée par la Cour suprême qui a estimé que l'annulation ne pouvait être demandée – hormis la violation de l'ordre public – que pour des vices de procédure. Or, le grief invoqué par le demandeur concernait l'analyse de la motivation de la sentence arbitrale, c'est-à-dire une question de fond que la cour n'est pas autorisée à aborder dans le cadre du recours en

annulation d'une sentence arbitrale. La Cour suprême a alors rappelé que cette restriction de son contrôle sur la sentence répondait au principe de « déjudiciarisation » de l'arbitrage.

Le demandeur a enfin allégué que le tribunal arbitral avait porté atteinte à l'ordre public international costaricain en appliquant les principes Unidroit sur les contrats commerciaux internationaux et les coutumes commerciales internationales, alors que le contrat était soumis au droit administratif costaricain. La Cour suprême de justice a rejeté l'argument du demandeur, en indiquant qu'il était de jurisprudence constante que tout moyen invoqué au soutien d'une violation à l'ordre public doit être motivé de façon claire et précise, et que doivent en outre être indiquées les normes prétendument violées. Or, le demandeur n'avait pas démontré en quoi l'application des principes Unidroit et des coutumes commerciales internationales était contraire à l'ordre public costaricain. Par ailleurs, la Cour suprême a constaté que ces principes et coutumes avaient été appliqués pour donner effet aux clauses du contrat et que c'était donc ce dernier qui avait en réalité été appliqué par les arbitres.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Primera, 23 mars 2006 : aff. n° 05-000097-0004-AR, Alterra Partners Costa Rica SA c. Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) y El Estado

G4399

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Mexique – Principe de compétence compétence

La possibilité de se soustraire à l'intervention de la justice étatique dans un conflit, afin de le soumettre à un arbitrage commercial, est une manifestation du droit des particuliers à renoncer à leurs droits subjectifs et d'établir des dispositions juridiques auxquelles ils souhaitent se soumettre ; ainsi, une convention d'arbitrage peut être incluse dans un contrat comme clause compromissoire, ce qui, en règle générale et aux termes de l'article 1432 du Code de commerce, confère compétence aux arbitres pour intervenir, connaître et décider jusqu'à l'existence et la validité du contrat sous-jacent, ainsi que de la clause compromissoire. Toute disposition contraire serait contraire à la volonté des parties. Cependant, il existe une exception à cette règle, lorsqu'aux termes de l'article 1424 du Code précité, un différend est soumis à un organe juridictionnel sur la base d'un contrat contenant une clause compromissoire, et quand s'exerce dans le même temps une action contre cette dernière clause visant à la déclarer nulle, inefficace ou d'exécution impossible, ce qui rendrait nécessaire une décision judiciaire préalable concernant l'action en nullité. Une telle conclusion s'impose, car, d'une part, l'existence du contrôle judiciaire de l'arbitrage ne doit pas être négligée, et d'autre part, la compétence des arbitres provient de l'autonomie de la volonté des parties, de sorte que, si un quelconque vice du consentement dans l'acte qui confère compétence à l'arbitre est allégué, l'action en nullité doit être résolue préalablement par l'organe juridictionnel, tout en laissant intact le droit des parties, aux termes de l'article 1424, d'initier des procédures arbitrales relatives au différend sur l'exécution et même l'existence ou la validité du contrat qui contient la clause compromissoire, le tribunal conservant sa compétence exclusive en cette matière.

Cour suprême (1^{er} ch.) 11 janvier 2006 : Arrêt n° 25/2006, affaire 51/2005

NOTE ■ Cf. à propos de cette décision, l'article du professeur Cossio : Compétence-compétence à la mexicaine et à l'américaine : une évolution douteuse, *supra*, p. 27, et le commentaire à la Revue de l'arbitrage 2006-4, p. 1039, de J. Graham et C. Leal-Isola

G4404

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Venezuela – Annulation d'une sentence arbitrale – Pouvoir des dirigeants sociaux de compromettre – Contrat administratif – Inarbitrabilité objective

Dans le cadre d'une politique de modernisation de la télévision publique, la Compañía Anónima Venezolana de Televisión CA (« VTV ») – société détenue à 100 % par l'État vénézuélien et assurant une mission de service public de l'audiovisuel – représentée par son Président, avait conclu avec une société italienne un contrat d'ouvrage

comportant une clause compromissoire aux termes de laquelle tout litige « en rapport avec le contrat » serait soumis à un arbitrage CCI ayant pour siège Caracas.

Attirée par la société italienne à une procédure arbitrale, VTV a invoqué in *limine litis* « l'inefficacité » de la clause compromissoire, arguant d'une part que son Président n'avait pas été habilité à compromettre, et d'autre part que, s'agissant d'un contrat administratif, le différend était inarbitrable en vertu de l'article 127 de la Constitution politique du Venezuela de 1961. Le tribunal arbitral a rejeté les arguments avancés par VTV et reconnu la validité de la clause compromissoire. Il a considéré qu'en souscrivant la clause compromissoire, le Président de VTV avait agi non pas en tant que mandataire mais en tant que dirigeant social ayant réalisé un acte de gestion entrant dans l'objet social de la société. Par conséquent, ce dernier avait le pouvoir de compromettre au nom de la société lors de la conclusion du contrat. S'agissant de la question de l'arbitrabilité, le tribunal arbitral, estimant que le contrat d'ouvrage était un contrat commercial et non un contrat administratif, a conclu à l'arbitrabilité de la question soumise à arbitrage.

Saisie par VTV d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale, la Chambre administrative du Tribunal suprême du Venezuela a été amenée à se prononcer sur la validité de la clause compromissoire. Sur la question du défaut de pouvoir du représentant légal de la société à compromettre, celle-ci a estimé, contrairement au tribunal arbitral, qu'en l'absence de toute autorisation du Ministre de tutelle, le Président de VTV n'avait pas de pouvoir de compromettre pour la société. Bien qu'elle ait la forme d'une société commerciale, VTV n'en demeure en effet pas moins une entreprise publique soumise au droit administratif et aux principes essentiels de l'organisation administrative, puisque l'État en est le seul actionnaire. Il s'ensuit que les pouvoirs du Président de VTV de compromettre doivent être appréciés à l'aune de la loi organique sur l'administration centrale de 1995, et non de la loi sur l'arbitrage commercial. Or, la loi organique sur l'administration centrale dispose que les entreprises publiques sont soumises à un régime protecteur spécifique. Le Tribunal suprême relève en outre que, s'agissant d'un contrat financé par les deniers publics et non par les fonds de la société, le ministre concerné aurait dû donner son consentement à l'inclusion de la clause compromissoire au contrat. En l'absence d'une telle autorisation spéciale, le Tribunal suprême conclut que la clause compromissoire n'est pas valable. Quant à la distinction entre mandataire et dirigeant social, le Tribunal suprême affirme que le droit positif vénézuélien prévoit expressément que les dirigeants sociaux sont des mandataires et que, comme tels, ils ne peuvent réaliser *motu proprio* que les seules opérations prévues par les statuts (article 243 du Code de commerce). Le Président de VTV n'était donc pas habilité à conclure la convention d'arbitrage. Contrairement à la solution retenue par le tribunal arbitral, le Tribunal suprême applique ainsi la théorie des mandataires sociaux, et non celle des organes sociaux. Il relève néanmoins que, même en admettant la théorie de l'organe, les dirigeants sociaux ont des limitations inhérentes à leurs pouvoirs dans la mesure où seuls les actes « nécessaires au fonctionnement normal de l'entreprise » peuvent être réalisés sans l'autorisation du Conseil d'administration. Or, s'agissant de VTV, l'objet social a une finalité publique. En conséquence, même en appliquant la théorie de l'organe, la souscription de la clause compromissoire aurait également constitué un excès de pouvoir, la soumission d'un différend à l'arbitrage n'étant pas nécessaire à la réalisation de l'objet social VTV.

Concernant la question de l'arbitrabilité de la matière soumise à arbitrage, le Tribunal suprême décide que c'est à tort que les arbitres ont qualifié le contrat litigieux de contrat commercial. Il s'agit d'un contrat administratif entrant en outre dans la catégorie des « contrats d'intérêt public ». Le Tribunal suprême constate en effet que toutes les conditions de la qualification de contrat administratif étaient en l'espèce réunies : une des parties était une personne publique, l'objet du contrat portait sur une prestation de service public et le contrat comportait par conséquent des clauses exorbitantes. En outre, le Tribunal qualifie le contrat de « contrat d'intérêt public » étant donné que, par la conclusion de ce contrat, l'État entend assurer un service public en raison tant de l'objet du contrat que de son financement. Or, selon l'article 127 de la Constitution de 1961 (dont le texte fut repris par l'article 151 de la Constitution de 1999), les « contrats d'intérêt public » relèvent de la compétence exclusive du juge administratif. Il s'ensuit que le litige, qui portait sur l'exécution du contrat conclu entre VTV et la société italienne, était inarbitrable.

Arrêt n° 855 de la Chambre politique et administrative du Tri-

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Venezuela – Formation de la convention d'arbitrage – Arbitrabilité objective – Renonciation à l'arbitrage – Accord entre le Canada et le Venezuela concernant la promotion et la protection des investissements du 1^{er} juillet 1996 – « Fork in the road »

Dans le cadre d'un contrat de concession minière entre une autorité administrative indépendante vénézuélienne (Corporación Venezolana de Guayana) et une société Minera Las Cristinas, CA, la Chambre administrative du Tribunal suprême de justice du Venezuela a été saisie par cette dernière afin que soit ordonné à l'autorité administrative indépendante de souscrire un compromis d'arbitrage. Ladite société souhaitait entamer un arbitrage portant sur la licéité de l'acte administratif pris par le président de l'autorité administrative indépendante déclarant la cessation du contrat, ainsi que d'un décret du Ministère des mines par le biais duquel le gouvernement vénézuélien avait souverainement repris tous ses droits sur les mines dont l'exploitation avait été concédée. La société entendait ainsi faire jouer la clause n° 26 du contrat d'exploitation minière conclu avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi minière de 1999 – et donc soumis à la législation minière de 1945 – en vertu de laquelle les parties devaient soumettre leurs différends à arbitrage sous l'égide de la CCI à Caracas « en accord avec les dispositions du Code de procédure civile du Venezuela ». En vertu de l'article 609 dudit Code, l'engagement de soumettre le différend à arbitrage prévu par une clause compromissoire doit être « formalisé » par un compromis et, en cas de défaillance de l'une des parties, les tribunaux peuvent ordonner la « formalisation » de l'accord d'arbitrage.

Par un arrêt du 14 juillet 2004, la Chambre administrative du Tribunal suprême a rejeté la demande de « formalisation » pour deux raisons. D'une part, la demanderesse prétendait soumettre l'annulation de deux actes administratifs au tribunal arbitral CCI prévu par la clause compromissoire. Or, aux termes de l'article 259 de la Constitution du Venezuela qui consacre la compétence exclusive des juges administratifs vénézuéliens, il s'agit là d'une question qui ne peut être tranchée par voie d'arbitrage. D'autre part, préalablement à sa demande de « formalisation » du compromis d'arbitrage, la demanderesse avait saisi les juges administratifs pour que soient annulés divers actes administratifs, y compris les deux ci-dessus indiqués. La Chambre administrative a donc décidé que, dans de telles conditions, la demande de « formalisation » du compromis était irrecevable et a condamné la demanderesse aux frais et dépens.

Suite à cet arrêt, l'actionnaire principal du concessionnaire, une société canadienne, a commencé un arbitrage CIRDI contre le Venezuela, et ce sur la base de l'Accord entre le Canada et le Venezuela concernant la promotion et la protection des investissements signé le 1^{er} juillet 1996.

Dans le même temps, le concessionnaire saisissait la Chambre constitutionnelle du Tribunal suprême du Venezuela afin que soit annulé l'arrêt de la Chambre administrative du 14 juillet 2004 en ce qui concerne la condamnation aux frais et dépens. La Chambre constitutionnelle a rejeté cette nouvelle demande sur la base des effets de la demande d'arbitrage CIRDI présentée par la société mère de la demanderesse. La Chambre constitutionnelle a en effet rappelé qu'il était demandé au tribunal arbitral du CIRDI de condamner le Venezuela pour violation du Traité bilatéral de 1996, et qu'en vertu de l'article XII-3-b de ce Traité, l'investisseur ne peut soumettre un différend à l'arbitrage que s'il renonce à son droit d'engager d'autres procédures devant un tribunal de la partie contractante en cause. La Chambre constitutionnelle a ainsi décidé qu'elle ne pouvait connaître d'une demande d'annulation d'une décision prononcée par une juridiction nationale dès lors que, dans le même temps, une action était intentée sur le même fondement devant un tribunal CIRDI. En l'espèce, la Chambre constitutionnelle du Tribunal suprême a conclu qu'en saisissant le CIRDI, la demanderesse avait nécessairement renoncé à la juridiction des tribunaux vénézuéliens et que sa demande était par conséquent irrecevable.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, arrêt n° 00832, 14 juillet 2004 : Minera Las Cristinas CA c. Cor-

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Panama – Annulation d'une sentence arbitrale – Accord sur le traitement et la protection des investissements conclu par la France et le Panama le 5 novembre 1982 – « Internationalisation frauduleuse » d'un litige strictement national – Indépendance du Ministère public – Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – Nomination d'un arbitre au lieu et place d'une partie défaillante – Sentence arbitrale ultra petita – Défaut de notification à toutes les parties à l'arbitrage

Une autorité indépendante administrative créée pour planifier, gérer et contrôler le transport terrestre au Panama (la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre, « ATTT ») cherchait à construire un terminal de bus et un centre commercial. Pour cela, une loi fut votée accordant une concession provisoire à une société panaméenne (la Sociedad Terminal Nacional de Transporte Terrestre de Pasajeros para la Provincia de Colón SA, « Terminal Nacional »). Cependant, le projet fut annulé et aucun contrat de concession ne fut en définitive conclu. Alléguant avoir subi un préjudice résultant de la non conclusion du contrat, M. Parienti, en sa qualité d'actionnaire de Terminal Nacional et de propriétaire à 100 % d'une société panaméenne qui devait exploiter le centre commercial (De Lesseps Holding Corp.), a alors commencé un arbitrage contre l'ATTT et, subsidiairement, contre la République du Panama en invoquant l'Accord sur le traitement et la protection des investissements conclu par la France et le Panama le 5 novembre 1982. Il présenta sa demande d'arbitrage auprès d'un centre d'arbitrage panaméen (le Centro de Solución de Conflictos de la Cámara Panameña de Construcción, « CESCÓN »). D'après M. Parienti, conformément à l'article 8(2) de l'Accord de 1982, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI devait s'appliquer à titre principal et le Règlement du CESCÓN à titre subsidiaire.

Le tribunal arbitral a condamné l'ATTT et l'Etat panaméen à payer plus de 32 millions de dollars américains à M. Parienti, au titre notamment du manque à gagner pour les vingt prochaines années subi par celui-ci de par sa participation dans Terminal Nacional et dans De Lesseps Holding Corp. Insatisfait de la sentence arbitrale et arguant de plusieurs irrégularités de procédure, le Président de l'État du Panama a alors ordonné au Ministère public panaméen de présenter un recours en annulation de ladite sentence arbitrale devant la Cour suprême de justice du Panama.

Avant de répondre aux moyens présentés par le demandeur au recours en annulation, la Cour suprême a d'abord cherché à établir s'il s'agissait d'un arbitrage commercial international ou non, question conditionnant l'étendue de son contrôle de la sentence. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur l'article 5 du décret-loi du 8 juillet 1999 sur l'arbitrage international, qui qualifie d'international l'arbitrage qui a pour objet une transaction ayant des points de contact avec l'étranger. Faisant application de cet article, la Cour suprême a jugé que l'arbitrage était interne puisque le litige portait sur une concession de construction et d'exploitation au Panama qui avait été octroyée à une société panaméenne. En outre, les obligations devaient être exécutées au Panama et la loi panaméenne était applicable. De même, elle releva que le siège de l'arbitrage était situé au Panama et que les arbitres étaient panaméens. La Cour suprême a enfin souligné que l'investisseur français était domicilié au Panama et que les entreprises qu'il disait contrôler étaient également panaméennes, renforçant ainsi sa conclusion qu'il s'agissait d'un arbitrage interne et non international.

Sur la base de cette qualification d'arbitrage interne, la Cour suprême a dénoncé « une série d'actions tendant à attribuer artificiellement le statut international à la sentence arbitrale afin d'échapper à la juridiction des tribunaux nationaux ». Partant de cette conclusion, la Cour suprême a jugé que l'Accord franco-panaméen sur le traitement et la protection des investissements ne pouvait être invoqué par le défendeur dans la mesure où son article 1(3) prévoit que l'Accord s'applique aux sociétés constituées au Panama pour autant qu'elles soient contrôlées directement ou indirectement par des Français. Or, dans le cas d'espèce, M. Parienti ne détenait que 49 % des actions de la société panaméenne, Terminal Nacional. Par conséquent, la Cour suprême a considéré que la condition posée à l'article précédemment cité n'était pas rem-

La Cour suprême a ensuite étudié l'exception d'irrecevabilité soulevée par le défendeur au recours en annulation formé par le Ministère public panaméen. Le défendeur alléguait que le Ministère public – qui représente l'État – n'était pas indépendant et qu'il n'était donc pas recevable à présenter un tel recours. La Cour suprême a rejeté cette exception en indiquant que, selon le droit panaméen, le Ministère public a pour devoir de défendre les intérêts de l'État. Le fait que le Président du Panama ait donné des instructions au procureur général pour que soit demandée l'annulation de la sentence arbitrale répondait non seulement à la défense des intérêts de l'État, mais également aux prescriptions du droit panaméen. La Cour suprême a en conséquence conclu que la demande d'annulation entrait dans les domaines de compétence du Ministère public et que ce dernier aurait même violé la Constitution du Panama s'il n'avait pas défendu les intérêts patrimoniaux de l'État.

La Cour suprême a alors procédé à l'analyse des griefs invoqués par le Ministère public concernant la constitution du tribunal arbitral, le caractère *ultra petita* de la sentence et la notification de la demande d'arbitrage.

S'agissant, en premier lieu, de la constitution du tribunal arbitral, la Cour suprême a décidé que les règles applicables, à savoir le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI auquel renvoie l'article 8(2) de l'Accord de 1982, avaient été violées puisque l'article 7 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit que chaque partie a le droit de nommer un arbitre. Ainsi, le CESCO n'aurait pas dû faire application de son propre Règlement d'arbitrage en procédant à la nomination de l'arbitre au lieu et place de l'ATTT, faute pour cette dernière de l'avoir elle-même désigné.

En ce qui concerne, en second lieu, le caractère *ultra petita* de la sentence arbitrale, le tribunal arbitral avait estimé qu'à défaut de plus amples précisions de la part des parties, et en application de l'article 5 du décret-loi n° 5 du 8 juillet 1999 sur l'arbitrage, celui-ci devait trancher le litige en équité. La Cour suprême a au contraire estimé que c'était l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, et non l'article 3 du décret-loi n° 5 de 1999 sur l'arbitrage, qui s'appliquait. Or, le premier de ces textes prévoit que les tribunaux arbitraux ne peuvent trancher le litige en équité que s'ils y ont été expressément autorisés par les parties. Dès lors, selon la Cour suprême, en l'absence de tout accord des parties dans ce sens, les arbitres avaient agi *ultra petita*.

Enfin, le Ministère public demandait l'annulation de la sentence arbitrale sur la base de l'absence de notification à l'État de la demande d'arbitrage. M. Parienti avait répondu que c'était l'État de Panama qui s'était obligé, par l'Accord de 1982, à régler ses différends avec les investisseurs français par arbitrage CNUDCI, ce qui incluait tous ses « organes et entités ». Ainsi, dans le cadre du présent arbitrage, le Panama aurait agi par le biais de l'ATTT, et la notification à cette dernière était par conséquent suffisante. La Cour suprême a, cependant, refusé cette analyse compte tenu du fait que l'ATTT était dotée d'une personnalité juridique propre et d'une autonomie financière, en sorte que la notification qui lui avait été faite n'avait pas d'effets juridiques à l'égard de l'État, qui possède sa propre personnalité juridique. De plus, c'est M. Parienti qui avait lui-même distingué l'ATTT de l'État du Panama, en demandant que ce dernier soit reconnu subsidiairement responsable. Cette absence de notification équivalait donc, selon la Cour suprême, à une violation du droit à un procès équitable.

La Cour suprême a, en dernier lieu, estimé que la sentence arbitrale était contraire à l'ordre public puisque, selon l'article 195 de la Constitution du Panama (laquelle a été amendée après le début de la procédure arbitrale), le Conseil des ministres doit autoriser l'État à participer à un arbitrage, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce. Selon la Cour suprême, le CESCO aurait dû notifier l'arbitrage au ministre de la Justice pour que celui-ci soumette la question au Conseil des ministres. Par ailleurs, même si l'État avait préalablement accepté de se soumettre à l'arbitrage en vertu de l'Accord de 1982, ce qui aurait eu pour effet de rendre l'autorisation préalable du Conseil des ministres superflue, l'article 195 de la Constitution prévoit également que l'avis favorable préalable du Procureur général doit être obtenu. Après avoir rappelé que ces restrictions constitutionnelles constituent une réglementation spéciale et impérative qui fait partie de l'ordre public interne, la Cour a décidé que, dans le cas d'espèce, les arbitres ne pouvaient prendre une décision contraire à la Constitution.

Accueillant ainsi l'ensemble des moyens invoqués par le Ministère public, la Cour suprême a donc annulé la sentence.

Corte Suprema de Justicia de Panamá, 20 septembre 2006 : Solitud de anulaci3n del laudo arbitral de 27 de enero de 2005 dictado en el proceso arbitral interpuesto por el se1or Laurent Jean-Marc Parienti c. Autoridad de Tr3nsito y Transporte Terrestre (ATTT) y Estado paname1no, Aff. n° 219-05 **G4402**

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Paraguay – Arbitrabilité – Ordre public

Une société paraguayenne a saisi le juge paraguayen d'une action en responsabilité contractuelle pour violation d'un contrat de distribution contre son cocontractant, un fabricant coréen de voitures. La société coréenne a alors opposé l'existence d'une clause compromissoire, aux termes de laquelle tous les litiges entre les parties en rapport avec le contrat seraient soumis à un tribunal arbitral siégeant en Corée et appliquant le droit coréen.

Devant le juge de première instance, la demanderesse attaqua la validité de la clause compromissoire en arguant que l'article 9 de la loi 194/93 sur les contrats d'agence et de distribution conclus avec des étrangers interdisait la soumission du contrat à une loi étrangère. Le juge de première instance a jugé que la société paraguayenne aurait dû demander la nullité de la clause compromissoire dans sa demande introductive d'instance devant le tribunal étatique, et que, ne l'ayant pas fait, elle n'était plus en droit de le faire. Il a néanmoins reconnu qu'en égard à l'article 9 de la loi 194/93, la clause compromissoire devait être annulée partiellement en ce qui concerne l'application exclusive de la loi coréenne. Puis, sur la base de la clause compromissoire ainsi modifiée, il s'est déclaré incompétent au profit du tribunal arbitral. La demanderesse interjeta appel de cette décision, mais le Tribunal d'appel approuva la décision du juge de première instance conformément à la loi 194/93 prévoyant la possibilité de recourir à l'arbitrage.

La société paraguayenne a alors formé un recours devant la Cour suprême de justice en invoquant la violation du droit à un procès équitable et de la loi 194/93.

Contrairement au Tribunal d'appel, la Cour suprême a estimé qu'en rejetant l'exception de nullité de la clause compromissoire au motif que la demanderesse ne l'avait pas invoquée dans sa demande introductive d'instance, une violation des articles 15 et 420 et du droit à un procès équitable avait été commise, puisque l'objet du litige que le juge doit trancher est établi à la lumière des différents mémoires produits lors de la procédure.

Concernant l'incompétence des tribunaux étatiques résultant de l'existence d'une clause compromissoire, la Cour suprême a rappelé que le juge n'est tenu de renvoyer les parties devant l'arbitre que s'il n'est pas démontré que la clause est nulle ou inapplicable (article 11 de la Loi 1879/02 sur l'arbitrage). Par conséquent, celui-ci est tenu de répondre à toute question portant sur la validité de la clause compromissoire. En l'espèce, il s'agissait de savoir si la question soumise à arbitrage était arbitrale. L'article 10 de la loi 194/93 prévoit que les différends en matière de contrats d'agence et de distribution relèvent de la « compétence territoriale » des tribunaux nationaux, mais que les parties peuvent, tant que le juge national n'a pas tranché le litige, transiger ou soumettre à arbitrage les différends portant sur leurs droits patrimoniaux avant ou après la saisine du juge national. Selon la Cour suprême, la conclusion du Tribunal d'appel, selon laquelle l'arbitrage constitue une exception à la compétence des tribunaux nationaux, « est une affirmation purement dogmatique » à la lumière de l'article 10 de la loi 194/93. La Cour suprême a en effet estimé que la liberté contractuelle dont jouissent les particuliers ne saurait modifier les règles de compétence des tribunaux paraguayens, qui sont des règles d'ordre public. Or, l'article 10 de la loi 194/93, même s'il prévoit la possibilité de recourir à l'arbitrage, ne prive pas pour autant de manière absolue les tribunaux nationaux de leur compétence. La Cour suprême a ajouté que l'article 10 établit en outre une « juridiction obligatoire » au profit des tribunaux du lieu d'exécution des contrats d'agence et de distribution. Le législateur entendait par là créer une garantie au profit de la partie la plus faible. Or, dans le cas d'espèce, le lieu d'exécution du contrat se situait au Paraguay. La Cour suprême a donc conclu à l'inarbitrabilité du litige et a par conséquent annulé l'arrêt du Tribunal d'appel.

Corte suprema de justicia, Sala constitucional, 25 mai 2006 : arrêt n° 288, Gunder ICSA c. Kia Motors Corporation **G4403**

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Allemagne – Convention d'arbitrage – Clause pathologique – Constitution du Tribunal arbitral

Conformément au § 1029 ZPO, un des éléments essentiels pour la validité d'une clause compromissoire est la désignation incontestable du tribunal arbitral compétent. Une clause compromissoire négociée dans le cadre des statuts d'une société ne satisfait pas à cette obligation si, tout en prévoyant de soumettre certains litiges à l'arbitrage, elle ne désigne pas le tribunal arbitral compétent.

Le Tribunal régional supérieur, saisi par un associé d'une société d'une demande de paiement dirigée contre un autre associé, s'est donc reconnu compétent en rejetant l'exception d'incompétence fondée sur l'existence de la clause compromissoire. En l'espèce, la clause compromissoire se limitait à prévoir que les litiges devaient être soumis à un tribunal arbitral et qu'à ce titre un accord relatif à la désignation du tribunal arbitral serait conclu ultérieurement. Un tel accord n'étant jamais intervenu, la clause compromissoire ne pouvait donc pas être utilement invoquée.

Trib. rég. sup. Thuringe, 9 janvier 2006 : 6 U 569/05 G4300

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Allemagne – Convention d'arbitrage – Clause pathologique – Désignation des juridictions étatiques et arbitrales

Les parties à un contrat avaient, d'une part, convenu de recourir à l'arbitrage et, d'autre part, prévu dans la clause relative au droit applicable la compétence non exclusive des juridictions étatiques allemandes. Un litige relatif à l'exécution des travaux prévus par ce contrat est survenu entre les parties. Un arbitre a alors été saisi par la demanderesse en application de la clause compromissoire. La défenderesse contesta la compétence de l'arbitre en invoquant la nullité de la clause compromissoire en raison des dispositions contradictoires concernant la compétence du juge étatique.

Par une sentence partielle, le tribunal arbitral s'estima compétent. La défenderesse introduisit parallèlement une procédure devant les tribunaux étatiques contre la demanderesse, en paiement de la rémunération des travaux réalisés. Les tribunaux étatiques se sont alors considérés incompétents eu égard à l'existence d'une clause compromissoire. Cette décision a été confirmée en appel.

La demanderesse déposa une demande d'exequatur de la sentence arbitrale partielle. La défenderesse contesta alors, pour s'opposer à l'exequatur, la validité de la clause compromissoire. Le Tribunal supérieur de Hambourg considéra cependant que, malgré la référence à la juridiction étatique, la clause compromissoire n'en avait pas moins été valablement conclue. La clause compromissoire contractuelle ne pouvait donc être remise en cause, et l'arbitre unique pouvait en conséquence juger valablement de sa propre compétence dans le cadre d'une sentence partielle, sur le fondement notamment du Règlement d'arbitrage de la CCI.

Le Tribunal considéra enfin que cette sentence, même partielle (limitée à la compétence et aux frais relatifs à la première partie de la procédure), n'en était pas moins définitive pour les questions qu'elle tranche.

Trib. rég. sup. Hambourg (Hanseat OLG Hamburg), 14 mars 2006 : 6 SchH 11/05 G4301

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Allemagne – Procédure arbitrale – Reconnaissance et exécution d'une sentence arbitrale étrangère – Forclusion – Ordre public – Recours en annulation – Procédure d'exequatur

Le débiteur allemand condamné par une sentence arbitrale étrangère ne peut soulever, dans le cadre d'une procédure d'exequatur, des moyens destinés à faire obstacle à l'exécution d'une sentence étrangère s'il a omis de soulever ces moyens dans le cadre d'une procédure d'annulation qu'il aurait dû introduire dans le pays dans lequel la sentence a été prononcée. En l'espèce, le délai de trois mois dont disposait le défendeur pour introduire une demande en annulation dans le pays d'origine de la sentence s'était écoulé sans que celui-ci ne fasse usage de ce droit.

Cette règle résulte de décisions rendues par les tribunaux allemands sous l'empire du droit allemand de l'arbitrage antérieur à la réforme.

L'application de cette jurisprudence est certes contestée sous l'empire du nouveau § 1061 ZPO, en raison du silence dans ce domaine de l'article V de la Convention de New York. Cependant, la Convention de New York ne s'oppose ni en sa qualité de norme de droit international public, ni du fait de son incorporation dans le droit allemand, à ce que la recevabilité des moyens destinés à faire obstacle à la reconnaissance des sentences étrangères soit conditionnée par leur invocation dans le cadre d'un recours en annulation dans le pays d'origine.

Il est d'ailleurs expressément prévu en droit allemand en matière d'arbitrage interne que ces mêmes moyens ne peuvent être soulevés dans le cadre d'une procédure d'exequatur qu'avant l'expiration du délai pour introduire une demande en annulation.

Trib. rég. sup. Karlsruhe, 27 mars 2006 : 9 ScH 02/05 G4302

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Allemagne – Clause compromissoire – Compétence arbitrale ou étatique – Procédure sur titre – « Urkundenprozess »

Lorsqu'un contrat contient une clause compromissoire, le recours à une action devant les tribunaux étatiques est exclu non seulement pour les procédures ordinaires, mais également pour les procédures sur titre (relatives au paiement d'une somme d'argent sur présentation d'un exemplaire original du contrat « Urkundenprozess »).

En l'espèce, la Cour fédérale de justice a transposé le principe établi en matière de procédures judiciaires relatives aux demandes de paiement de chèques et d'effets de commerce. En effet, les procédures simplifiées en paiement de chèques ou d'effets de commerce peuvent être considérées comme un cas particulier de procédure sur titre. Il s'agit, dans ces deux cas, de procédures accélérées et simplifiées dans le cadre desquelles une décision est rendue sur présentation d'un document original. La procédure simplifiée en paiement de chèques ou d'effets de commerce est exclue en présence d'une clause compromissoire dans le contrat en exécution duquel est établi le chèque ou l'effet de commerce considéré. De la même manière, en présence d'un contrat contenant une clause compromissoire, il ne peut pas être recouru à la procédure sur titre.

Cour féd. just., 12 janvier 2006 : III ZR 214/05 G4303

ÉTANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Italie – Sentence – Recours en annulation – Exequatur – Mesures conservatoires – Suspension – Garantie bancaire

En cas de recours en nullité d'une sentence arbitrale étrangère devant l'autorité judiciaire compétente de l'État dans lequel la sentence a été rendue, la Cour d'appel saisie d'une opposition à l'exequatur de la sentence en Italie peut suspendre l'exequatur et la procédure d'opposition jusqu'à l'issue du recours contre la sentence dans le pays d'origine.

Si la partie en faveur de laquelle l'exequatur a été rendu a, entre-temps, obtenu une mesure conservatoire sur la base de cet exequatur, la suspension de la procédure d'opposition à exequatur peut rendre caduque la mesure conservatoire ainsi pratiquée. Afin d'éviter le risque d'atteinte aux droits du créancier que cette situation est susceptible de présenter, ce dernier peut demander que le défendeur offre une caution bancaire en garantie du paiement de sa dette.

Cour d'appel de Rome, civile 1^{re} section, 15 janvier 2007 : (ordonnance) G4304

NOTE ■ Cette ordonnance s'inscrit dans le cadre d'une procédure d'opposition à l'exequatur en Italie d'une sentence CCI émise à Paris à la suite d'un arbitrage entre une société italienne et une société espagnole. La partie italienne a sollicité l'exequatur de la sentence en Italie, pays où elle entendait procéder à des mesures d'exécution (par le moyen de la saisie d'une créance de la société espagnole envers un client italien), tout en sollicitant dans le même temps des saisies conservatoires *ex parte*. La Cour d'appel de Rome, compétente selon l'article 839, premier alinéa du Code de commerce (la défenderesse n'ayant pas son siège en Italie), a accordé à la fois l'exequatur et la mesure conservatoire demandée, laquelle était sur le point d'être exécutée.

La défenderesse – qui avait entre-temps introduit un recours en annulation contre la sentence en France – forma alors une opposition contre l'ordonnance d'exequatur devant la Cour d'appel de Rome et demanda, dans l'attente de l'issue du recours en annulation pendant en France, la suspension de la procédure d'opposition à exequatur, conformément à l'article 840, 4^e alinéa du Code de procédure civile.

La Cour d'appel de Rome accueillit cette demande et suspendit la procédure d'opposition à l'exequatur dans l'attente de la décision française. Dans le même temps, cependant, et pour éviter que la demanderesse ne perde la garantie du paiement du montant obtenu par la sentence du fait de la caducité de la saisie conservatoire entraînée par la suspension de l'exequatur, la Cour a ordonné à la défenderesse de produire une garantie bancaire pour le même montant.

ÉTANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Italie – Convention d'arbitrage – Nullité ou inapplicabilité manifestes – Appréciation *prima facie* – Autorité de chose jugée

L'article 2, alinéa 3 de la Convention de New York de 1958 donne au juge saisi le pouvoir et le devoir de vérifier, à titre préliminaire, la validité et l'applicabilité de la clause compromissoire prévoyant un arbitrage à l'étranger, et ce sur la base d'un examen sommaire et, le cas échéant, de renvoyer les parties devant les arbitres. Ce n'est qu'au cas où, à l'issue de cet examen sommaire, le juge parvient à la conclusion que la convention d'arbitrage est nulle ou insusceptible d'être appliquée qu'il se prononcera sur sa compétence ou celle d'une autre juridiction. Cet examen sommaire ne constituant pas un véritable examen au fond, la décision des arbitres ne s'impose ni au collègue arbitral, ni à la juridiction étrangère à la compétence de laquelle les parties auraient été renvoyées.

Cass. civ., sections unies, 12 janvier 2007 : n° 412/07 G4305

NOTE ■ Par cet arrêt, les sections civiles unies de la Cour de cassation ont réaffirmé que, sur la base de l'article II, alinéa 3 de la Convention de New York – qui dispose que « *le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage* » – le juge saisi d'un litige pour lequel les parties ont souscrit une clause arbitrale a le devoir de vérifier, à titre préliminaire, l'existence des conditions d'applicabilité de la clause compromissoire et, le cas échéant, de renvoyer les parties devant les arbitres.

La Cour a par ailleurs confirmé que ce pouvoir de vérification – qui permet de trancher une question de fond (vérification de la validité et de l'applicabilité de la clause compromissoire) – n'implique pas que le juge soit compétent pour trancher le litige au fond. Ce pouvoir lui est attribué directement par la Convention de New York, qui impose au juge national de vérifier, à titre purement préliminaire par rapport à tout débat sur sa propre compétence, la validité de la clause compromissoire et la compétence des arbitres, laissant à l'ordre juridique national le soin de choisir les mécanismes procéduraux par lesquels le juge doit renvoyer les parties à l'arbitrage. Dans le système italien, le mécanisme choisi est celui de la déclaration d'irrecevabilité de la demande pour laquelle les parties ont convenu d'un arbitrage.

L'arrêt commenté affirme, en outre, que ce pouvoir de vérification du juge national n'a aucune autorité de chose jugée et ne lie par conséquent pas les arbitres, lorsque le juge admet la validité et l'efficacité de la convention arbitrale. Par conséquent, les arbitres (ou, le cas échéant, les juges étrangers) à qui le litige est soumis conserveront leur pouvoir de trancher leur propre compétence.

En l'espèce, la Cour de cassation a estimé que la clause compromissoire invoquée par la partie demanderesse, insérée dans un contrat que l'autre partie n'avait pas souscrit et n'avait par conséquent pas régulièrement accepté, n'était pas valable. En conséquence la clause n'était pas applicable et le juge national était compétent.

ÉTANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Italie – Convention d'arbitrage – Effets – Incompétence ou défaut de juridiction

En présence d'un compromis ou d'une clause compromissoire prévoyant un recours à un arbitrage à l'étranger, la question qui se pose au juge n'est pas une question de compétence, mais de fond. Cette question tient à la vérification que doit effectuer le juge compétent de la validité de la clause d'arbitrage impliquant la renonciation à toute compétence étatique italienne ou étrangère. En application de ce principe, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui, tout en déclarant la compétence du juge italien après avoir exclu que le litige entrait dans les prévisions de la clause arbitrale, a retenu que l'interprétation de ladite clause constituait une question de compétence.

Cass. civ., section plénière, 5 janvier 2007 : n° 35 G4306

NOTE ■ Les sections unies de la Cour de cassation ont réaffirmé le principe, depuis longtemps consolidé dans la jurisprudence de la Cour suprême, selon lequel, en présence d'un compromis ou d'une clause compromissoire prévoyant le recours à un arbitrage étranger, le juge saisi n'a pas à trancher une question de compétence (la sentence arbitrale n'impliquant pas un pouvoir juridictionnel mais restant un acte d'autonomie privée), mais de fond, tenant à vérification de l'existence d'une renonciation de quelque juridiction étatique, qu'elle soit italienne ou étrangère. Et ce en application de l'article II, alinéa 3, de la Convention de New York, qui attribue au juge national saisi du litige le pouvoir et le devoir de vérifier avant toute autre considération la validité et l'applicabilité de la convention arbitrale.

Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation a annulé l'arrêt de la Cour d'appel de Naples qui, en violation de ce principe, avait exclu l'applicabilité d'une clause compromissoire dans le cadre d'un litige entre plusieurs parties. En l'espèce, la Cour d'appel avait refusé d'étendre à l'ensemble des parties la clause arbitrale contenue dans un contrat de distribution conclu entre deux des quatre parties en cause. La Cour de cassation a critiqué la décision de la Cour d'appel, en estimant sa motivation insuffisante. En particulier, la Cour de cassation a relevé que la clause d'arbitrage faisait référence aux litiges directement et indirectement liés au contrat et a estimé, à la lecture de la motivation de l'arrêt, que cet aspect n'avait clairement pas été examiné et que les raisons pour lesquelles la Cour d'appel avait estimé que les demandes n'entraient pas dans le cadre des litiges « indirectement nés du contrat de distribution, selon la rédaction de la clause compromissoire » n'étaient pas motivées.

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Italie – Sentence arbitrale – Autorité de chose jugée – Relations juridiques préjudicielles ou liées

L'article 829, alinéa 1, n° 8 du CPC règle le conflit existant entre deux décisions rendues sur des litiges identiques, mais ne s'étend pas au régime d'une sentence arbitrale rendue sur des droits ou relations juridiques ayant un caractère préjudiciel, ou sur des droits et relations juridiques liés, ou se trouvant en conflit avec ceux sur lesquels est fondée une sentence arbitrale antérieure. Compte tenu de l'absence d'identité parfaite entre les litiges, l'appréciation des arbitres qui ont souverainement estimé avoir le pouvoir de juger au-delà des limites des précédentes instances arbitrales ne peut être contrôlée.

Cour d'appel de Naples, civile 1^{re} section, 22 janvier 2007

G4307

NOTE ■ Par cet arrêt, la Cour d'appel de Naples a rejeté le recours en annulation dirigé contre une sentence arbitrale par application de l'article 829, n° 8 du CPC, qui dispose que : « les recours en annulation sont admis, même en cas de renonciation, dans les cas suivants : [...] 8 – si la sentence arbitrale est contraire à une précédente sentence définitive ou à une précédente sentence passée en chose jugée entre les parties, à condition que l'exception de chose jugée ait été soulevée pendant l'instance arbitrale ».

Le cas d'espèce concernait un marché obtenu par un GIE pour effectuer des travaux dans le cadre de la réalisation d'un parc dans une Commune de la province de Naples. À la fin des travaux, un différend est né entre l'entrepreneur et la commune, dans le cadre duquel avait déjà été rendue une précédente sentence, laquelle avait été confirmée par la Cour d'appel, qui avait rejeté un recours en nullité dirigé contre elle. Le second arbitrage portait sur des questions similaires à celles déjà tranchées au cours du premier arbitrage. La seconde sentence arbitrale contredisant en partie la première, la Commune a introduit un recours en nullité contre cette seconde sentence en faisant valoir, entre autres arguments, que les questions déjà tranchées dans un premier arbitrage ne pouvaient pas être remises en cause dans le second arbitrage.

La Cour d'appel de Naples a rejeté ce recours, en observant que la cause de nullité prévue à l'article 829, n° 8 du CPC concerne uniquement l'hypothèse d'un conflit entre deux décisions tranchant des différends identiques, et ne s'étend pas au cas dans lequel – comme dans cette affaire – une sentence arbitrale porte sur des droits ou des situations juridiques liés ou ayant un caractère préjudiciel déjà tranché par une précédente sentence. Dans le cas d'espèce, la Cour a estimé que, dans la seconde sentence, les arbitres avaient tranché l'inexécution prétendue des obligations de la Commune non seulement jusqu'à la première sentence arbitrale (1997), mais également pour la période suivante (1999), et que cette

seconde phase des relations contractuelles entre les parties ne pouvait être couverte par l'autorité de chose jugée de la première sentence, malgré l'identité partielle des questions soulevées dans les deux arbitrages. Par conséquent, la Cour a affirmé qu'en l'absence de parfaite identité entre les questions soulevées lors des deux procédures arbitrales, les arbitres nommés dans le cadre de la seconde procédure étaient en droit de statuer au-delà des limites du premier arbitrage.

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Italie – Arbitrage contractuel (« irrituale ») – Clause de prorogation de for – Validité

Dans un arbitrage « irrituale » [non juridictionnel], compte tenu de sa nature contractuelle, des litiges portant sur l'exécution des obligations fixées par la sentence, ainsi que des différends portant sur la nullité de cette dernière pour vices du consentement ou pour incapacité des arbitres pourront surgir. La clause compromissoire prévoyant un arbitrage « irrituale » peut donc être assortie, dans le même contrat, d'une clause de compétence pour trancher ces éventuels litiges.

Tribunal de Monza, civile 1^{re} section, 15 novembre 2006

G4308

NOTE ■ En l'espèce, le maître d'ouvrage d'un marché public avait assigné son cocontractant devant le Tribunal de Monza, malgré la clause d'arbitrage « irrituale », c'est-à-dire non juridictionnel, prévue à l'article 17 du marché. Cette partie avait invoqué l'incertitude existant quant à la volonté des parties de compromettre, compte tenu du fait que l'article 18 du contrat prévoyait que dans l'hypothèse d'éventuels litiges non tranchés par l'article 17 (soit la clause compromissoire), les parties attribuent compétence au Tribunal de Monza.

Le Tribunal de Monza a au contraire appliqué la clause arbitrale « irrituale », et a jugé que, par les articles 17 et 18 du contrat – apparemment contradictoires –, les parties avaient entendu établir un critère de coordination entre les éventuels différends nés après la sentence arbitrale. En particulier, le Tribunal a estimé que, par l'article 18, les parties avaient entendu soumettre à la compétence exclusive du Tribunal de Monza les différends nés à la suite de la sentence rendue (celle-ci étant « irrituale », la sentence n'est pas exécutoire, et requiert pour être exécutée le consentement de la partie condamnée), ainsi que les recours contre la sentence arbitrale en raison d'un vice du consentement ou d'une incapacité de ces derniers. Se référant au principe selon lequel les conventions doivent être interprétées dans le sens qui leur donne effet, prévu par l'article 1367 du Code civil, le Tribunal a ainsi déclaré la clause compromissoire valable.

La Cour de cassation s'était déjà prononcée, par un arrêt du 10 juin 1998, n° 5717, sur la question de la coexistence, dans le même contrat, d'une clause compromissoire et d'une clause de prorogation de for, estimant que « le doute sur la commune intention des parties de déférer à des arbitres les litiges nés du contrat doit être résolu dans le sens de la compétence du juge naturel, à savoir le juge ordinaire ». Ce principe (qui confirme l'opinion traditionnelle de la Cour de cassation selon laquelle, en cas de doute quant à l'interprétation d'une clause compromissoire, il y aurait lieu d'adopter une lecture restrictive de la clause en retenant la compétence de la juridiction ordinaire) a été critiqué par certains commentateurs, qui rejettent le principe de prévalence de la compétence du juge ordinaire sur celle de l'arbitre, estimant au contraire que la suprématie qui doit être accordée à l'une ou à l'autre doit être appréciée selon la réelle volonté des parties (v. Zucconi Galli Fonseca, commentaire, article 806 du CPC, dans Arbitrage (par Carpi), Zanichelli, Bologne 2001, p. 48 spéc., note 213 ; Ruffini, À propos de l'interprétation de la clause compromissoire, des doutes de la Cour de cassation et de l'article 1367 du Code civil, Rev. arb., 1999, 53-57).

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Pays-Bas – Tierce décision obligatoire (bindend advies) – Retrait du tiers – Compétence du juge ordinaire

Avandor vend à Steps un paquet d'actions de Steps International B.V. Une garantie définit les termes d'un éventuel ajustement du prix d'achat suite à un audit à venir. En cas de non-validation du prix payé, chacune des parties peut demander au président de l'institut national des experts-comptables de désigner un expert qui tranchera le différend sous forme d'une tierce décision obligatoire (*bindend advies*). Pour tout (autre) différend, le contrat de vente prévoit la compétence exclusive du Tribunal de grande instance d'Amsterdam.

Un différend sur l'actif net consolidé de Steps International surgit après la vente à Steps. L'expert est désigné mais se retire trois mois plus tard en exerçant le droit qu'il s'était réservé à cet égard dès le commencement de sa mission. Peu de temps après, le vendeur soumet le différend au Tribunal de grande instance d'Amsterdam qui se déclare incompétent. En appel, la Cour d'Amsterdam décide : « le Tribunal a considéré à juste titre qu'au vu de la garantie, la demande d'Avandor se rapporte à l'établissement/adaptation du prix de vente. Tout différend y relatif doit être tranché par le moyen d'une tierce décision obligatoire. Cette stipulation doit être interprétée strictement. Ni la clause d'attribution de compétence ni le retrait de l'expert régulièrement nommé n'y changent rien. Rien ne s'oppose à ce que la nomination d'un nouvel expert soit sollicitée ».

Gerechtshof Amsterdam, 27 mars 2003 : Tijdschrift voor Arbitrage 2006, 49, note A.I.M. van Mierlo, aff. Avandor B.V. e. a. c. Steps Groep B.V. e.a. **G4391**

NOTE ■ Cette décision simple dans une affaire simple permet, d'une part, de présenter quelques brèves observations sur la tierce décision obligatoire en droit hollandais et, d'autre part, de faire remarquer que la Cour aurait en principe été mieux inspirée en déclarant la demande d'Avandor irrecevable au lieu de se déclarer incompétente, comme s'il s'agissait d'un cas d'application d'une clause arbitrale (cf. aussi le cas ci-après).

L'intervention d'un tiers qui tranche un litige ou un point d'incertitude de manière à ce que sa décision s'impose contractuellement aux parties est un pur produit de la jurisprudence néerlandaise. La loi ne contient aucune disposition substantielle sur cette procédure et l'actuel projet de révision de la loi sur l'arbitrage de 1986 la laisse de côté.

Le *Bindend advies* est, d'une part, une procédure largement utilisée dans les litiges relatifs aux services et produits de consommation courante. À ce titre, les particuliers concernés bénéficient pendant un mois du droit de refuser cette procédure, afin de reprendre la voie judiciaire normale devant le juge civil. Le *Bindend advies* est, d'autre part, régulièrement pratiquée dans les affaires entre professionnels lorsqu'il s'agit de déterminer la qualité de marchandises, un prix, un dommage ou d'interpréter un contrat, voire de le compléter en cas d'incertitude avérée. Tout litige concernant l'exécution de la décision du tiers convenu relève du juge ordinaire qui, le cas échéant, vérifiera la régularité de la procédure suivie devant le tiers convenu quant au respect des principes du procès équitable. La mise en cause du contenu d'une tierce décision obligatoire devant le juge permet de la soumettre au test de la notion de « raison et [d']équité » (*redelijkheid en billijkheid*) qui a valeur d'une révision limitée au fond, c'est-à-dire appliquée « à la marge ». Ce test n'aboutira à la non-validation de la décision du tiers que dans des cas exceptionnels.

ÉTRANGERS

Législation et jurisprudence étrangères – Pays-Bas – Conditions générales – Tierce décision obligatoire (bindend advies) facultative – Compétence du juge ordinaire

Van Overbeek, agent immobilier, intervient dans la vente d'un bien de la société Expo-Plastic. Les conditions générales applicables à son intervention sont celles de l'association professionnelle nationale (NVM) dont il est membre. Un différend surgit au sujet de ses services à Expo-Plastic (ci-après : Expo). En vertu des conditions générales, tout différend peut, sous réserve du respect de certaines formalités, être résolu par recours à la procédure de *bindend advies*.

Assignée devant un tribunal (non précisé) de grande instance, Expo est condamnée par défaut. Faisant opposition, elle fait valoir l'incompétence du Tribunal de grande instance en invoquant les dispositions des conditions générales relatives à la procédure de *bindend advies*. En effet, les formalités pour l'engagement de la procédure sont strictement définies dans les conditions générales :

– VI.7 : à partir du moment où (i) le membre de NVM (en l'occurrence van Overbeek) a reçu copie de la requête du client (en l'occurrence Expo) adressée à la NVM en vue de la nomination d'une commission de *bindend advies* ou (ii) une requête conjointe été adressée à la NVM, le membre n'est plus habilité à engager une action en justice contre le client. Il sera dès lors tenu de coopérer avec la commission et d'obtempérer à son verdict ;

– VI.8 : jusqu'au moment visé au VI.7, le membre de la NVM peut agir devant le juge civil. Suivent des précisions sur le cas où une telle action serait engagée sans notification préalable au client avec indication d'un délai de grâce pour engager la procédure (i) sous VI.7.

Le Tribunal de grande instance rejette l'opposition de van Overbeek en se déclarant incompétent après avoir constaté que celui-ci a omis de procéder à la notification à Expo du délai de grâce pour saisir la NVM en vue de l'engagement de la procédure de *bindend advies*.

Le grief principal de van Overbeek devant la Cour d'Amsterdam porte sur le refus du Tribunal de grande instance de rejeter comme inacceptable, au vu des normes de la raison et de l'équité (*redelijkheid en billijkheid*), la demande d'Expo que le Tribunal de grande instance se déclare incompétent au motif qu'Expo avait tout mis en œuvre pour se soustraire à ses obligations de paiement vis-à-vis de van Overbeek.

Mettant l'accent sur la diligence exigée des membres de la NVM lors de l'engagement d'une procédure soit contractuelle soit judiciaire de résolution de conflits, la Cour décide ce qui suit : « 3.11 – Le moyen de van Overbeek selon lequel l'argument d'Expo tiré de l'incompétence du juge ordinaire est inacceptable pour des motifs de raison et d'équité (*redelijkheid en billijkheid*) doit être écarté. Van Overbeek aurait pu le prévenir en se conformant aux stipulations d'application des articles VI. 7 et 8 des conditions générales en notifiant à Expo notamment son intention de saisir le juge civil. Cette considération est d'autant plus pertinente du fait que l'applicabilité de la procédure de « *bindend advies* » trouve son origine dans le fait que c'est van Overbeek qui est membre de la NVM, ce qui entraîne l'applicabilité des conditions de l'accord concernant l'intervention de van Overbeek auprès d'Expo. En conséquence, le moyen de van Overbeek est rejeté ».

Gerechtshof Amsterdam, 10 novembre 2005 : Tijdschrift voor Arbitrage, 2007, 9, note J.J. van Haersolte-van Hof, aff. Van Overbeek Makelaars Onroerend Goed Purmerend B.V. c. Expo-Plastic Nederland : B.V. **G4392**

G4309

• COLLOQUES

17 et 18 septembre 2007, Comité brésilien de l'arbitrage

Le prochain congrès du Comité brésilien de l'arbitrage se déroulera à Rio de Janeiro (Brésil) sur le sujet : « Les arbitrages complexes ».

Il s'agit d'une des plus importantes manifestations scientifiques dans le monde latino-américain, qui s'inscrit dans le cadre d'une collaboration désormais bien établie entre les milieux français et brésiliens de l'arbitrage, à l'initiative du regretté professeur Philippe Fouchard. Ce congrès est d'autant plus important que le Brésil est aujourd'hui l'un des pays du monde qui fait preuve du plus grand dynamisme en matière d'arbitrage international. Nous invitons donc tous nos lecteurs à y participer. La conférence se déroulera à l'hôtel Intercontinental de Rio de Janeiro.

Contact et inscriptions : eventos@cepad.com.br, www.cba-r.org.br, cliquer sur le banner du congrès.

26 novembre 2007 : 27^{ème} réunion annuelle de l'Institut du droit des affaires internationales d'ICC : « Complementary and Alternative Remedies and Interest in International Commercial Arbitration ».

Cette manifestation réunira les meilleurs praticiens de l'arbitrage international autour de la question peu souvent débattue des mesures accessoires et alternatives pouvant être prononcées par les arbitres du commerce international. Il sera notamment question des clauses pénales, des astreintes et des intérêts de retard.

Inscriptions auprès de Laetitia de Montalivet, ICC Institute of World Business law. fax : 01 49 53 30 30. email : conf@iccwbo.org

Octobre-novembre 2007 – CMAP

Le CMAP propose un cycle de formation à l'arbitrage de 32 heures. Les intervenants, tous spécialistes reconnus de l'arbitrage, seront : Jean-Pierre Ancel, président de

chambre à la Cour de cassation et président de la commission d'agrément et de nomination du CMAP ; Éric Loquin, professeur agrégé de droit privé à l'Université de Bourgogne, doyen honoraire de la Faculté de droit de Dijon et directeur du Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux, (CNRS/Université de Bourgogne) ; Jean-Luc Sauvage, président honoraire du Tribunal de commerce des Hauts-de-Seine et président de la Commission d'information et de prospection du CMAP ; Ivan Zakine, président de chambre honoraire à la Cour de cassation et conseiller du CMAP ; Louis Degos, avocat associé et secrétaire général du Comité français de l'arbitrage ; Myriam Bacqué, déléguée générale du CMAP ; Bertrand Lasserre, consultant et responsable des activités internationales du CMAP.

Contact : M^{me} Renaudat, 39, avenue Franklin-D.-Roosevelt 75008 Paris – Tél. : 33 (0) 1 44 95 11 40 – Fax : 33 (0) 1 44 95 11 49 – Email : cmap@cmap.fr

• BRÈVES

Médiation – Directive européenne

Le 29 mars 2007, le Parlement européen a adopté en première lecture une proposition de directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Ce texte vise à encourager le recours à la médiation comme méthode de résolution des litiges en matières civile et commerciale et prévoit des règles en ce qui concerne les interactions entre la médiation et les procédures judiciaires civiles.

Maroc – Procédure civile

La commission de la justice, de la législation et des droits de l'homme à la chambre des conseillers du Maroc a adopté le projet de loi n° 05-08 modifiant et complétant le chapitre VIII de la partie V du Code de procédure civile qui régit notamment l'arbitrage interne. La commission a en outre évoqué l'élaboration d'une loi sur l'arbitrage international.

Espagne - Club espagnol d'arbitrage (CEA)

L'Espagne s'ouvre résolument à l'arbitrage international. La nouvelle loi d'arbitrage du 23 décembre 2003 était un premier pas dans ce sens. La création en 2005 du Club Espagnol d'Arbitrage (CEA) est un second pas dans la même direction.

Le CEA ne se veut pas un centre d'administration d'arbitrages, mais un cercle de réflexion qui regroupe déjà plus de deux cent cinquante spécialistes de l'arbitrage de dix-huit pays. Il a pour objet de promouvoir la pratique de l'arbitrage en Espagne et de faire jouer à ce pays un rôle actif dans l'arbitrage international, notamment pour les litiges impliquant l'Amérique Latine.

Son premier congrès s'est tenu l'an dernier à Madrid. Le Roi d'Espagne a présidé la séance d'ouverture et le président du Tribunal suprême celle de clôture. Le deuxième congrès vient d'avoir lieu, avec une participation active de nombreux magistrats espagnols, qui ont manifesté leur soutien à l'arbitrage.

Le chapitre français du CEA, en cours de création, entend regrouper tous ceux qui s'intéressent à l'arbitrage en Espagne.

Pour toute information, s'adresser à : M^{me} Cremades, acc@bredinprat.com.

Résultats des concours d'arbitrage simulé

Le concours national d'arbitrage simulé de la session 2006-2007, co-organisé par l'Université de Montpellier, la Chambre de commerce internationale et les éditions Dalloz, qui accueille des équipes de la plupart des universités françaises et francophones, a primé cette année, au terme d'une compétition serrée, après huit mois d'échanges de mémoires et une semaine de plaidoiries devant des tribunaux arbitraux présidés par Maître Serge Lazareff, les équipes suivantes :

– 1^{er} prix : Master professionnel de droit des affaires de l'Université de Versailles-Saint-Quentin (Aurélien Coupy ; Julie Ecolasse ; Adrien Jelic et Valérie Joly) ;

– 2^e prix : Master professionnel arbitrage et commerce international de

l'Université de Versailles-Saint-Quentin (Tammam Kaïssi, Julien Maire du Poset et Fabrice Parsy) ;

– 3^e prix : Master professionnel de droit du marché de l'Université de Montpellier I (Bruno Binard ; Vincent Craponne et Sandy Testud) ;

– 4^e prix : Master professionnel de droit de l'entreprise de l'Université d'Auvergne (Jean-Marie Billy, Frédéric Bony, Julien Chabanat et Carole Perrin).

Les inscriptions pour la session 2007-2008 sont à prendre auprès du Centre de droit de la consommation et du marché de l'Université de Montpellier I. Tél. : 04 67 61 51 05.

Fax : 04 67 61 46 85.

Courriel : conso@univ-montp1.fr

Le concours d'arbitrage de Paris, organisé par Science-Po Paris (chaire Régulation), le cabinet Clifford Chance et les éditions Lamy, a vu s'opposer 30 équipes, venus de nombreux pays différents. Les finales se sont déroulées jeudi 31 mai, devant un tribunal arbitral présidé par le président Guy Canivet, et composé du professeur Ibrahim Fadlallah, de Jean-Pierre Grandjean, de Richard Descoings et de Claude Bébéar. Les résultats ont été les suivants :

– 1^{er} prix : Master professionnel de droit du commerce international de l'Université de Nanterre (Alhous Dialo, Marion Paris, Hoang Tran-Thang et Alexandre Vermynck ; superviseur : Michel Bazex) ;

– 2^e prix : Master professionnel arbitrage et commerce international de l'Université de Versailles-Saint-Quentin (Sonia Ben Reguiga et Emmanuel Gillet ; superviseur : Thomas Clay).

• PUBLICATIONS

Droit international privé, par M.-L. Niboyet, professeur à Paris X-Nanterre, directrice de l'IEJ et G. de Geouffre de La Pradelle, professeur émérite à Paris X-Nanterre, LGDJ, 2007.

Dans un monde marqué par l'ubiquité de ses acteurs économiques et la fluidité des échanges, le droit international privé est un excellent révélateur des évolutions de la

société. Au cœur même des controverses sur le rôle de la norme juridique et l'accès au juge, cette discipline analyse le phénomène de la frontière entre les ordres juridiques et leurs méthodes de coordination. Depuis les temps les plus reculés, la coordination de la diversité des lois et des juges, la détermination du statut des nationaux et des étrangers, la condition de ces derniers, ont permis de forger des outils méthodologiques nécessaires pour appréhender le traitement du pluralisme juridique, que celui-ci se manifeste au niveau national, régional ou transnational. Ce manuel, qui s'adresse aux étudiants et aux praticiens du contentieux international, intègre d'importants développements consacrés à l'arbitrage. Il s'agit donc d'un instrument de travail indispensable.

L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques : Stratégies juridiques, par J.-Y. Trochon et F. Vincke, *Forum European Communication, Coll. Feduci, Bruylant, 2006.*

La mondialisation bouleverse en profondeur l'environnement juridique des entreprises : développement durable, responsabilité sociale, bonne gouvernance, lutte contre le crime économique, flexibilité du droit du travail, rôle des organisations non gouvernementales (ONG) ou encore de la *soft law* et de l'éthique, sont ainsi devenus, en quelques années, des facteurs déterminants qui influent sur la compétitivité, l'organisation et la réputation des groupes mondialisés. Cet ouvrage aborde en profondeur ce nouvel environnement au travers d'une réflexion complète, pratique et très documentée qui ne manquera pas de contribuer utilement à la réflexion de tous ceux qui s'intéressent au droit du commerce international dans le monde contemporain.

Austrian Arbitration Yearbook 2007, publication annuelle, Éd. Ch. Klausegger, P. Klein, Fl. Kremslehner, A. Petsche, N. Pitkowitz, J. Power, I. Welsch, G. Zeiler, *Stämpfli, 2007.*

The Austrian Arbitration Yearbook is a collection of articles on domestic and international arbitration by leading arbitration practitioners. Although the Austrian Arbitration

Yearbook does not focus on Austria alone, the 2007 edition of the Yearbook deals with major issues of the Austrian arbitration law under the new Austrian Arbitration Act which came into force on 1 July 2006. Some of the articles in the Yearbook analyze the implications of the significant legislative changes in Austria and also compare these with other arbitration regimes in Europe and abroad. The Yearbook covers a number of areas of both topical and enduring importance which are likely to be of relevance to academics, practitioners or business persons who are or may become involved in arbitration proceedings in Austria, CEE/SEE or elsewhere.

La confiance légitime et l'estoppel, par B. Fauvarque-Cosson, Éd. Société de législation comparée, *Actes du 17^{ème} congrès de droit comparé de l'Académie internationale de droit comparé (Utrecht Pays-Bas, 16-22 juillet 2006).*

De très nombreux systèmes juridiques protègent la confiance et les attentes légitimes des contractants. Dans les pays de droit civil, la protection de la confiance est souvent assurée de manière flexible à travers des principes généraux, au premier rang desquels la bonne foi. Parfois, des techniques plus spécifiques existent. Dans les droits de *common law* se déploie une doctrine célèbre, aux multiples visages et aux contours variables selon les pays : celle de l'estoppel. Figure essentielle des droits de *common law* et du droit commercial international, l'estoppel évoque la noble idée d'un devoir de cohérence avec soi-même et de loyauté envers les autres.

Cet ouvrage permet de mieux saisir les fondements des solutions retenues par chacun des systèmes juridiques examinés et fait apparaître les grandes tendances contemporaines qui irriguent le droit des contrats.

Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law, par T. Zuberbühler et Ch. Oetiker (eds), Éd. Schulthess, 2007.

It is nowadays widely accepted that arbitral tribunals are in a position to decide upon EC competition law questions. Very recently, the EC Com-

mission has started an initiative to encourage private enforcement of EC competition law. It is clear that this will increase the importance of arbitration as an alternative dispute resolution mechanism for such enforcement. In addition, the EC Commission increasingly uses arbitration as means of private monitoring and enforcement of commitments given by parties in the framework of public antitrust or merger control proceedings. This book is aimed at putting its spot on a number of issues of arbitrating EC competition law which are, in the authors' view, of most relevance in practice. Twenty young lawyers from all over Europe express their views on these issues, making a precious contribution to properly understand them and to develop appropriate solutions.

Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé, par V. Moissinac Massénat, préf. H. Muir Watt, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2007.

Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé sont le corollaire inévitable de la coexistence de juridictions concurrentes et compétentes. Tout contentieux européen ou international risque d'être porté devant des juridictions étatiques distinctes et d'être ainsi à l'origine de situations de litispendance, de connexité ou encore de contrariétés de jugements. Ces conflits font l'objet d'une approche distincte dans les pays de droit civil et ceux de *common law*. Les pays de tradition civiliste excluent a priori tout mode de solution dont la flexibilité porterait atteinte à la sécurité

juridique. Le règlement des conflits internationaux de procédures et de décisions est par conséquent essentiellement constitué de règles rigides et préétablies, telles que la règle *prior tempore, potior jure*. Selon les principes de *common law*, l'arbitrage du conflit de procédures ou de décisions relève en revanche de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge dès lors qu'il doit examiner l'aptitude de son for ou d'un for concurrent à statuer. Le critère mis en place s'apparente alors à celui du juge le plus compétent. Cette étude est indispensable à la compréhension des problèmes de droit judiciaire privé contemporain. Elle ne manquera pas aussi d'intéresser les praticiens de l'arbitrage, souvent confrontés à des questions complexes de procédures parallèles.

Retrouvez tous les numéros de La Gazette du Palais depuis 2000 sur

lextenso.fr



- **1 050 NUMÉROS**
- **33 600 ARTICLES**
- **500 000 DÉCISIONS**
de jurisprudence dans
tous les domaines du droit.

Formule d'archivage compacte et ultra-fiable, Lextenso.fr vous donne accès à tous les numéros de la Gazette du Palais publiés depuis 2000. Vos recherches deviennent immédiatement beaucoup plus rapides et confortables.

En qualité d'abonné à la Gazette, vous bénéficiez d'un tarif d'abonnement très privilégié sur la formule "Focus" Gazette du Palais.

● **Informations au 01 42 61 88 04 et sur www.lextenso.fr**

Tarif spécial réservé aux abonnés de la Gazette du Palais

314 € TTC 136 € TTC (Abonnement Focus 1 an)

GAZETTE DU PALAIS
LE JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
FRANÇAISES PAR ACTIONS

DIRECTEUR HONORAIRE
 JEAN-GASTON MOORE

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION
 FRANÇOIS PERREAU

DIRECTEUR DE LA RÉDACTION
 ÉRIC BONNET

DIRECTION ET RÉDACTION
 12, PLACE DAUPHINE, 75001 PARIS
 TÉL. : 01 42 34 57 27
 FAX RÉDACTION : 01 46 33 21 17
 E-mail : redaction@gazette-du-palais.com

TARIFS 2007

PRIX TTC AU N°		
ABONNÉS	N° NORMAL	1,55 €
	N° SPÉCIAL	6 €
NON ABONNÉS	N° NORMAL	6 €
	N° SPÉCIAL	9 €
	+ FRAIS DE PORT	

ABONNEMENT/FRANCE ET U.E./UN AN

JOURNAL SEUL (PRIX TTC) :	268 €
RECUEILS + TABLE SEULS (PRIX TTC) :	299 €
JOURNAL, RECUEILS ET TABLE :	
PRIX TTC	402 €
JOURNAL ET CD-ROM (2 CD PAR AN)	
PRIX TTC	515 € *
* SOUS RÉSERVE DU PAIEMENT DU DROIT D'ENTRÉE	

ABONNEMENT/ÉTRANGER/UN AN

JOURNAL SEUL	319 €
JOURNAL, RECUEILS ET TABLE	505 €

C.C.P. PARIS 213-93 J

POUR TOUT CHANGEMENT D'ADRESSE, IL EST INDISPENSABLE QUE VOUS NOUS FASSIEZ PARVENIR L'ÉTIQUETTE SUR LAQUELLE FIGURENT VOTRE NUMÉRO D'ABONNÉ ET VOTRE ANCIENNE ADRESSE. REPRODUCTION DES NOTES ET ARTICLES RIGOREUSEMENT INTERDITE. LA RÉDACTION DU JOURNAL N'EST PAS RESPONSABLE DES MANUSCRITS COMMUNIQUÉS.

ÉDITEUR

GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

LA GAZETTE DU PALAIS
LE JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
FRANÇAISES PAR ACTIONS

ADMINISTRATEUR : FRANÇOIS PERREAU
 CONTRÔLEUR DE GESTION : JEAN-CLAUDE LESEUR

SIÈGE SOCIAL : 3, BLD DU PALAIS
 75180 PARIS CEDEX 04
 R.C.S. PARIS 383 314 671

COMPOSÉ DE :

LA GAZETTE DU PALAIS – SOCIÉTÉ DU HARLAY

S.A. AU CAPITAL DE 75.000 €
 P.-D.G. : GILLES DE LA ROCHEFOUCAULD
 3, BLD DU PALAIS
 75180 PARIS CEDEX 04

SOCIÉTÉ DE PUBLICATIONS ET DE PUBLICITÉ POUR LES SOCIÉTÉS

S.A. AU CAPITAL DE 216.000 €
 P.-D.G. : CHARLYNE LESEUR
 8, RUE SAINT-AUGUSTIN
 75080 PARIS CEDEX 02

Internet :
www.gazette-du-palais.com

COMMISSION PARITAIRE DE PUBLICATIONS ET AGENCES DE PRESSE N° 0508 T 83097

ISSN 0242-6331

IMPRIMÉ PAR JOUVE, 11, BD DE SÉBASTOPOL, 75001 PARIS

DIRECTION ARTISTIQUE GRAPHIR DESIGN

PETITES ANNONCES

Tél. 01 44 32 01 50 / Fax 01 40 46 03 47

Offres d'emploi	6,50 €
Demandes d'emploi	5,50 €
Immobilier (achats, ventes, locations), cours et formation, ventes meubles, matériel bureau, véhicules	7,00 €
Associations-cessions, propositions diverses	6,50 €
Offres de services	8,00 €
Domiciliation	11,50 €
Annonces encadrées	(+ 15 % sur prix H.T.)
	T.V.A. : 19,60 %

La ligne H.T.

Offres d'emploi

Collaboration

Cabinet d'Avocats spécialisé en droit de la responsabilité **cherche Collaborateur expérimenté - minimum 3 ans de barre**. Envoyer CV au journal sous le n° 033 qui transmettra.

F001963

Cabinet d'Avocats MARSEILLE spécialisé dans la réparation du dommage corporel **cherche collaborateur(trice)**. Envoyer CV par mail : jh.brandone@wanadoo.fr ou 40 rue Fargès - 13008 MARSEILLE.

F001974

Secrétariat



DEPUIS 1954
 LE SPÉCIALISTE DU JURIDIQUE
 met à votre disposition
 SECRÉTAIRES - AUDIO
 ASSISTANTES - JURIDIQUES
 01.47.20.79.08

F000109

Cabinet d'Avocats, (Paris 17), recherche un(e) Assistant(e) Juridique confirmé(e) en droit des sociétés. Disponible rapidement. Merci d'adresser CV avec photo au journal sous le n° 034 qui transmettra.

F001965

Avocat Paris (8°) rech. secrétaire temps partiel CDI.
 Tél. : 01.42.65.50.64

F001975

URGENT

Avocat (17°) recherche Assistante Juridique expérimentée (Frappe rapide - Audio - Bonne maîtrise informatique) - Sachant rédiger actes juridiques à partir de modèles - **CDI plein temps - disponibilité : immédiate.**

Tél. : 01.42.27.54.29

Fax : 01.46.22.18.51

e-mail : gfassina@wanadoo.fr

F001973

CABINET D'AVOCAT SPECIALISE DROIT DE L'AUTOMOBILE recherche **secrétair-re-assistante juridique** expérimentée sens de l'organisation et des responsabilités. Envoyez CV + prétentions au : 01.40.55.04.12

F001976

Demandes d'emploi

Collaboration

Avocat, jeune avec grande expérience, cherche collab. plein temps avec cabinet parisien, comportant : activité plaidante tant en province qu'à Paris.
 Tél. 01.45.75.91.02

G001148

Divers

Sec. jur. TTX, audio, très expérimentée cherche CDD/CDI.
 Tél. : 06.09.15.52.87

G002480

SECR. AVOCAT CHER. CDD - mi-temps.
 06.37.32.32.46

G002486

Secr. très exp. ch. heures supplémentaires de 7 h à 9h00 le matin CDI pos.
 Tél. : 01.39.89.67.95

G002487

Sec. exp. cherche CDD/CDI partiel ou plein temps - Libre le 24/09/07.
 Tél. : 06.62.82.39.44

G002488

Sec. cab. d'avocats ch. poste en CDI.
 Tél. : 06.32.90.11.27

G002489

Immobilier

Locations

Bureau standing dans cabinet pour 2 avocats indépendants - secrétariat - parking - Vue sur grand jardin - Avenue principale La Varenne St Hilaire 94 - Loyer mensuel 830 € H.T. charges 45 €. Tél. : 01.48.83.64.65/06.62.57.59.64

L001240

Cabinet d'avocats international en droit des sociétés et droit fiscal en développement propose bureau(x) et prestations annexes au 6ème étage du 16 avenue Hoche à Paris (8°) dans locaux de prestige entièrement rénovés à jeune avocat (h/f) âgé de moins de 40 ans disposant d'une spécialité ou d'une compétence particulière et fortement motivé pour développements communs.

Tarifs très compétitifs. www.kgls.fr.

Tél. : 01.56.59.18.80 M. Levron

E-mail : jle@kgls.fr

L001243

Paris 1^{er} (100 m du Palais) - **Avocat propose bureau** + emplac. secrétariat + services - Px HT mens. : 1.500 €. Tél. : 01.42.21.35.35

L001244

A louer St Michel (5°) bel apt 132 m² - 6 bureaux (parquet, moulures) siège cabinets avocats depuis 20 ans. Poss. avocats assoc.

Tél. : 06.30.22.52.39 (soir ap. 19h30)

L001245

Domiciliations

LA DOMICILIATION DE QUALITE

à 12°, 16°, 17° et le meilleur px...

A ACAIRE 01.44.67.87.00

K000001

N° 1 à PARIS
SOFRADOM S.A.
Domiciliations d'entreprises
 PRÉSENT DANS LES 20 ARRONDISSEMENTS DE PARIS RÉGION PARISIENNE. PROVINCE N° VERT : 0.800.008.088
www.sofradom.fr

K000003

Associations-cessions

Cabinet d'avocats parisien réputé recherche à reprendre clientèles

en Droit des Sociétés, Droit Fiscal et Droit Social.

Adresser réponse au journal sous le n° 036 qui transmettra.

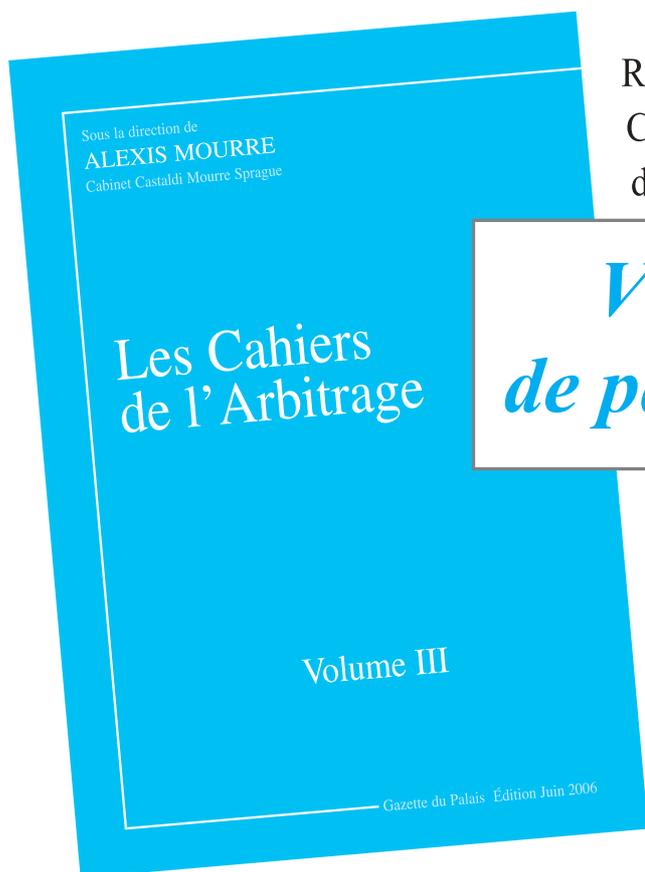
H000252

Cabinet d'avocat 34000 - **MONTPELLIER recherche confrère(s) pour cession de clientèle et bail locaux.**

Contact Mobile : 06.60.86.48.96

ou courriel : kittyvez@hotmail.com

H000278



Réalisé sous la direction d'Alexis Mourre avocat à la Cour, cet ouvrage, fruit d'un travail collectif d'universitaires et de praticiens spécialistes de l'arbitrage présente, par extraits concis, la quasi totalité de la jurisprudence française en matière d'arbitrage et de médiation de 2004 à 2005.

*Vient
de paraître*

Le lecteur trouvera également une analyse des grandes tendances de la jurisprudence arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale et en matière d'investissement international, ainsi que des études doctrinales françaises et étrangères sur les problèmes contemporains de l'arbitrage. L'index consolidé inclut les références des trois volumes.

Bon de commande

A retourner accompagné de votre règlement à :

Gazette du Palais - Service diffusion - 3, boulevard du Palais 75180 Paris cedex 04 - (France)

Tél. : 01 44 32 01 59 ou 60 - Fax : 01 44 32 01 61 - E-mail : diffusion@gazette-du-palais.com

Veillez inscrire votre adresse pour la livraison du (ou des) ouvrage(s) commandé(s).

Nom

Prénom

Société

Adresse

Tél.

Fax

E-mail

Je commande exemplaire(s) de l'ouvrage : **“Les Cahiers de l'arbitrage” – Volume III (2004-2005)** au prix unitaire de 65 € TTC soit un total de € TTC

Je souhaite acquérir conjointement **le Volume I, le Volume II et le Volume III des “Cahiers de l'arbitrage”** au prix forfaitaire de 150 € TTC. Je commande lots pour un total de € TTC

Je joins un chèque à l'ordre de la **Gazette du Palais** correspondant au montant total de ma commande.

J'effectue un virement sur votre compte en banque **CIC EST PLACE OUDIN GC**

Banque 30066 guichet 10650 compte 00011013101 clé 38 - IBAN FR76 3006 6106 5000 0110 1310 138

(Merci d'adresser à nos services, avant tout virement, ce bon de commande dûment complété afin de permettre un traitement rapide de votre commande).

N.B. les commandes non réglées ne seront pas servies.

Signature

le / /