

UNIVERSITE PARIS II - PANTHEON-ASSAS

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT INTERNATIONAL, DROIT EUROPEEN, RELATIONS INTERNATIONALES ET
DROIT COMPARE

Doctorat

LE DENI DE JUSTICE ECONOMIQUE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

L'effet négatif du principe de compétence-compétence

Julie CLAVEL

Soutenance en date du 12 décembre 2011 à 17 h 00

Sous la direction de Monsieur le Professeur G. KHAIRALLAH

MEMBRES DU JURY :

- **Marie-Elodie ANCEL**, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne
- **Thomas CLAY**, Doyen de la Faculté de droit et de science politique de Versailles-Saint-Quentin
- **Philippe DELEBECQUE**, Professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)
- **Georges KHAIRALLAH**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2).
- **Yann PACLOT**, Professeur à l'Université Paris-Sud

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1 : L'INCIDENCE DU DROIT FONDAMENTAL D'ACCEDER A LA JUSTICE SUR LE PRINCIPE DE COMPETENCE-COMPETENCE

TITRE 1 : LA GENERALITE DU DROIT D'ACCEDER A LA JUSTICE ET L'EXCEPTION ARBITRALE

Chapitre 1 : Le contenu du droit fondamental d'accéder à la justice

Chapitre 2 : Le déni de justice économique en matière d'arbitrage international

TITRE 2 : LA GENERALITE DU DROIT D'ACCEDER A LA JUSTICE APPLIQUEE A L'ARBITRAGE

Chapitre 1 : Légalité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence

Chapitre 2 : La détermination de la juridiction étatique garante de l'effectivité du droit d'accéder à la justice

PARTIE 2 : L'INCIDENCE DU DROIT FONDAMENTAL D'ACCEDER A LA JUSTICE SUR LE CARACTERE CONTRACTUEL DE L'ARBITRAGE

TITRE 1 : LES EFFETS DE L'IMPECUNIOSITE SUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Chapitre 1 : Inapplicabilité de la convention d'arbitrage

Chapitre 2 : Caducité de la convention d'arbitrage

TITRE 2 : LES EFFETS DE L'IMPECUNIOSITE SUR LA RESPONSABILITE DES PARTIES A LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Chapitre 1 : Responsabilité de la partie forte en cas d'impécuniosité

Chapitre 2 : Responsabilité des parties en l'absence d'impécuniosité

CONCLUSION GENERALE

Listes des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique droit administratif
Al.	Alinéa
Art./art.	Article/article
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C.	Contre
CA.	Cour d'appel
C.Cass. Ass. Plén.	Cour de cassation (arrêt de l'assemblée plénière)
C.Cass. Ch. Mixte	Cour de cassation (chambre mixte)
C. Cass. Civ.	Cour de cassation (chambre civile)
C. Cass. Com.	Cour de cassation (chambre commerciale)
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cf.	Confer
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Contra	Contraire
D.	Recueil Dalloz
DC	Décisions du Conseil constitutionnel concernant la conformité à la Constitution
Ed.	Edition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
In.	Dans
Infra.	Ci-dessous
JCP E	Jurisclasseur périodique, édition entreprise
JCP	Jurisclasseur périodique, édition générale
JDI	Journal du droit international
JO	Journal officiel
Juris.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N°	Numéro
Obs.	Observations
P.	Page
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S/Sirey	Recueil Sirey
Somm.	Sommaire
t.	Tome
Vol.	Volume

Résumé

L'accès à la justice est un droit fondamental et général, conçu comme nécessaire à l'état de droit. Cette dette de justice repose sur l'État qui doit assurer l'accès effectif, et donc matériel, à la justice à tout justiciable. Dans cette perspective, l'arbitrage international, justice privée, fait naître un conflit de juridictions. Si la justice arbitrale doit être préservée, ce n'est qu'à la condition qu'elle soit effective. Or, l'aspect négatif du principe de compétence-compétence crée en droit français une situation de déni de justice économique dans l'hypothèse d'impécuniosité d'un litigant (*i.e.* partie faible). Cette partie ne peut recourir à l'arbitrage faute de moyens financiers suffisants et les juridictions étatiques refusent leur saisine. Dès lors, cet effet négatif doit être écarté. L'État français sera responsable du déni de justice lorsqu'il est internationalement compétent. En ce cas, le juge étatique est invité à constater l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage et sa caducité. Néanmoins, afin de préserver la volonté contractuelle exprimée dans la convention d'arbitrage, il est possible de se fonder sur l'obligation de collaboration qui lie les litigants afin de mettre en œuvre la responsabilité de la partie forte. Le recours à la responsabilité contractuelle permet ainsi d'assurer tant l'accès à la justice que le respect de la convention d'arbitrage d'une part, et d'autre part, de sanctionner une partie invoquant de manière abusive son impécuniosité.

Mots clefs : *Arbitrage international ; principe de compétence-compétence ; déni de justice ; compétence internationale ; impécuniosité ; partie faible ; convention d'arbitrage ; contrat d'arbitre.*

Summary

The access to justice is fundamental and general. It is conceived as necessary for the rule of law. This debt of justice fall on the State that must ensure the effective and material access for all litigants. In this perspective, the international arbitration, a private justice, arise potential conflict of jurisdictions. If the arbitral justice must be preserved, it is only if it is effective. But the negative aspect of the principle of “*compétence-compétence*” in French law creates a situation of denial of economical justice in the case of an impecunious litigant (*i.e.* weaker part). The part can neather resorts to arbitration, for lack of sufficient funds, and to state courts, that refuse to jugde the litigation. Therefore, this negative effect must be rejected. The French jurisdiction will be responsible for the denial of justice when it is competent in judging international litigation. In this case, the contract can be void and can not be applied. However, in order to preserve the contractual intent expressed in the arbitration agreement, it is possible to rely on the duty of collaboration between the litigants in order to implement the responsibility of the stronger part. The use of contractual liability thus ensures, at one hand, the access to justice with respect to the arbitration agreement, and on the other hand, that the invoker's part is sanctioned if it raised improperly the impecuniosity state.

Keywords: *International ; Arbitration; principle of competence-competence; denial of justice; international jurisdiction; impecuniosity; weaker part; arbitration agreement; arbitrator agreement.*

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. L'étude du déni de justice économique en matière de justice arbitrale implique en premier lieu de s'entendre sur le sens de la notion de justice et sur le rôle qui lui est dévolu dans nos sociétés modernes. L'étude historique sommaire permet d'acquérir une première analyse sur la place qu'elle occupe dans nos sociétés contemporaines et corrélativement sur celle de l'arbitrage¹.

2. Originellement, la justice appartient au vocabulaire juridico-religieux et se rapproche de la conformité au droit, entendue comme le sentiment moral d'équité². Étymologiquement en latin, *jus* désigne indifféremment droit et justice et cette polysémie se retrouve en langue française où la justice vise, à la fois ce qui est conforme au droit et au sentiment d'équité³ : objectivement, elle renvoie au droit à travers le concept d'ordre⁴, subjectivement, elle désigne une vertu.

Traditionnellement défini comme correspondant au « *juste équilibre* », à ce qui est dû à chacun, il est difficile de s'entendre sur le concept du juste qui reste objet de débat constant. En effet, le « *juste*⁵ » est susceptible de recouvrir des situations divergentes selon les

1 Pour une analyse historique de la justice en France : FRANÇOIS (E.) (coord.), *Histoire du droit et de la justice en France*, PRAT 2007 ; FOYER (J.), *Histoire de la justice*, Paris PUF 1996 ; V. aussi pour une étude d'ensemble de la notion de justice : J. BONNIOT, E. CAQUET, P. MOLIARD, Thème 9 : La justice, in *Culture générale, Thèmes de société*, CNED, La documentation française, 2003 p. 85 et s.

2 V. pour une analyse philosophique de la notion de justice : SAMAMA (G.) (sous la direction de), *La justice*, philo, ellipses 2001 ; FONTAINE (Ph.), *La justice*, Ellipses, Philo éd. 2005.

3 Au sens éthique ; V. pour une définition du droit ou plutôt le constat de la carence de toute définition : V. VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, (1986 et 1984) Dalloz 2001 (rééd.) p. 8 article 1 « Manque d'une définition du droit ».

4 V. pour une analyse plus approfondie sur le sens de la justice : CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 43 et s. et p. 78 et s. « *Sens de la justice* » ; Sur les différents sens de la justice V. PAULIAT (H.), *La justice, un instrument de confiance dans la démocratie ? in Justice et démocratie*, Pulim, d'Agusseau (textes réunis par S. Gaboriau et H. Pauliat) p. 487.

5 V. notamment : CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010. Pour Platon, la justice se perçoit dans l'âme, et n'implique pas le recours à l'idée de droit. Dans la République, il est cependant amené à considérer la justice à l'échelle de la société et non du seul individu. Mais Platon pense la cité sur le modèle de l'individu. Son œuvre, pourtant dominée par le procès de Socrate, n'envisage la cité que dans un cadre strictement moral de l'idée de justice et non en fonction d'une problématique juridique. Selon lui, l'homme est seul juge de ses actes et pensées conformément à l'idée de justice. Aristote établit le droit sur des fondements distincts de la morale. Dans *l'éthique à Nicomaque*, il est conduit à définir la fin de l'activité juridique et à fonder une doctrine du droit : « *puisque le caractère de l'injustice est l'inégalité, il est évident qu'il doit y avoir un milieu par rapport à ce qui est inégal, et ce milieu sera précisément ce qui est égal. (...) ce sera là aussi que se trouvera la justice. Or l'égalité ne peut exister qu'entre deux termes au moins : le juste doit donc nécessairement être un milieu, une égalité par rapport à des choses et à des personnes* » (Chap. 5). Il distingue ainsi la morale de justice de la justice particulière qui consiste à attribuer à chacun le sien. Le droit est donc distinct de la morale. L'œuvre de Saint Augustin (IVème s.) contribue à préciser le sens du mot droit. Selon lui, les lois profanes sont injustes car il n'y a pas de juste sans adhésion à Dieu. La source suprême du droit est l'écriture sainte. Mais à partir du VIIème siècle, ce droit purement sacré ne répond plus aux besoins de la société. La doctrine Thomiste replace alors l'homme dans la perspective téléologique de l'univers. Dans cette perspective, la loi évangélique n'inclut pas de préceptes juridiques et elle a un autre domaine. Elle introduit la philosophie grecque au sein de la doctrine chrétienne, légitimant la référence au droit romain contre l'idée d'une législation divine universelle. Il érige une loi naturelle présente en chaque homme d'où doit être déduite la loi humaine. Pour lui, le droit, au contraire de la morale, correspond à l'art juridique du partage des choses. En cela il rejoint l'analyse d'Aristote sur la justice générale et particulière. Il existe selon lui trois ordres de lois : la loi éternelle ; la loi naturelle ; la loi œuvre de la raison humaine. La raison assure la cohérence du système, qui consiste en une recherche de la conformité de la nature humaine à sa fin résidant dans la notion de Bien commun. Le droit est donc antérieur à l'État et à l'individu, il existe en soi. Avec l'école du droit naturel, la raison se substitue à Dieu et devient législatrice. La notion de droit naturel a une double acception. Le droit naturel classique n'est pas un projet volontaire de l'homme mais au contraire est latent et révélé par l'observation du monde extérieur. Le droit naturel moderne se compose de préceptes que découvre la raison. Il est universel et immuable car à l'image de l'homme. Il est façonné au XVIIème s. avec Grotius pour qui la nature de l'homme devient le principe fondamental du droit. L'instinct de sociabilité constitue le fondement de toute organisation juridique et sociale. Il fonde l'individualisme juridique en ce que selon sa théorie le droit est le prolongement du droit subjectif de la personne. L'homme s'engage librement. Le contrat social détermine les bases de la société civile. Le droit naturel fait de l'homme le sujet et le créateur du droit. Les philosophes positivistes considèrent comme non pertinente l'idée de justice comme fondement du droit. Le droit ne se fonde que sur des données extérieures à la raison. Seul doit être objet de science le droit posé. Le positivisme formaliste considère que le droit positif est constitué de l'ensemble des règles de droit énoncées dans un pays. Pour le positivisme légaliste, seules les règles sanctionnées par l'autorité publique sont des règles de droit. Chaque jugement doit être strictement rattaché au texte de loi. L'ordre juridique n'a aucune lacune. Ces affirmations sont les préceptes de l'école de l'exégèse du XIXème s. En conséquence, ces philosophies excluent toute recherche des fins du droit. Le positivisme analytique et conceptualiste, représenté par Austin, se propose de construire un système rationnel de normes, avec une cohérence formelle entre les normes et les concepts qui les expriment. Il étudie le droit tel qu'il est. Il analyse les concepts des systèmes juridiques des sociétés et établit des rapports logiques entre eux. Il permet de construire des systèmes de concepts généraux et formels à partir du droit positif. La juridicité se caractérise par le caractère étatique de la norme. Il considère comme non pertinente l'idée de justice comme fondement du droit. Le droit ne se fonde que sur des données extérieures

conceptions et l'articulation de l'individuel et du social⁶. Ainsi, Aristote place le procès au centre de sa réflexion et adopte une définition du juste comme ce qui est conforme à la loi et respecte l'égalité⁷, la loi permettant de dépasser les revendications subjectives et arbitraires de chacun⁸. Dans cette conception, la justice exige un traitement égal pour tous, sans considération personnelle et sans privilège. La justice institution n'est pas la qualité de ce qui est juste mais une institution mettant en application la loi⁹. La loi n'est pas toujours juste, et son caractère juste ou injuste ne s'apprécie qu'au regard de cet idéal de justice qui transcende les lois.

La convergence des notions de justice subjective et objective transforme la justice en une aspiration universelle. Toute société est en quête perpétuelle de cet idéal restant d'un contenu flou, rendant difficile, voire impossible, toute définition. La justice est perçue avant tout comme un ressenti : devant son absence, sa négation, se dessine le contour du juste¹⁰. Ainsi, « la difficulté de dire où est la justice en général n'a d'égale que la facilité à découvrir

à la raison. Seul doit être objet de science le droit posé. Le positiviste normativiste, de Hans Kelsen, établit une théorie de la connaissance juridique. La théorie pure du droit fait une analyse externe des normes juridiques. Le droit est envisagé comme une science et non comme un art, détaché de toute éthique ou idéologie. Il part de la distinction de Kant entre l'être et le devoir être. Les normes juridiques relèvent du devoir être ; elles comportent deux caractères essentiels à leur juridicité : la validité (valeur obligatoire et l'obligation de respect de la norme dépendant de sa place dans la hiérarchie des normes) et l'efficacité. Pour le positivisme logique de Hart, les termes juridiques n'ont de valeur que s'ils sont rapportés à un ensemble logique permettant leur définition. Leur sens varie en fonction du contexte logique et historique. Il convient d'établir une stricte séparation entre droit et morale. Le droit résulte d'une norme primaire (obligations) et d'une norme secondaire (compétences). Pour le positivisme factualiste, les règles de droit ou les sources d'inspiration du législateur sont puisées dans le milieu social afin d'assurer leur efficacité et leur adéquation aux besoins sociaux. Le droit est un phénomène, un produit social. Montesquieu dans *L'Esprit des lois*, place le droit sous le signe du relativisme et du déterminisme. Dans les doctrines nord-américaines, le réalisme juridique s'est efforcé de rattacher le droit aux autres phénomènes sociaux. Il insiste sur l'incidence du droit sur le milieu social, la nécessité pour en assurer l'effectivité d'avoir l'adhésion de la société à la règle. Ainsi Holmes définit le droit comme un ensemble de prévisions. Le droit repose entièrement sur l'économie, l'histoire et la sociologie. Dans une acception plus étroite, le réalisme juridique est plus nuancé que la *sociological jurisprudence*. Il nie la certitude du droit et la prévisibilité des décisions judiciaires. Le mouvement de l'analyse économique du droit fournit une méthode issue d'une vision dynamique du droit. Elle compare la loi à ses objectifs, prévus ou non. La règle de droit n'est appréciée qu'au regard de son efficacité et se voit donc assigner une finalité sociale. Le droit est envisagé d'un point de vue purement instrumental. L'humanisme juridique rejette la vision univoque de l'homme, le droit doit prendre en compte la nature spirituelle et corporelle de l'homme. Il doit assumer toutes les contradictions, en combinant la nécessité de l'ordre et du progrès. Le positivisme est pris en compte mais il faut inclure dans l'analyse le sens de la justice, l'équité et l'irrationnel inhérent à la nature humaine. Le droit est un art à l'échelle humaine. Sur ces pensées V. pour une analyse plus complète : RAWLS (J.), *A theory of justice*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, *Théorie de la justice*, Seuil 1987, trad. C. Audard ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 51 et s. ; Pour une étude approfondie de la théorie de la justice par Saint Thomas d'Aquin V. VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, (1986 et 1984) Dalloz 2001 (rééd.) p. 87 et s. ; Pour une analyse du fondement du caractère coercitif de la règle de droit V. AUBERT (J-L), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 10 éd. Ed Armand colin, 2004 p. 21 (n° 26 théorie d'Aristote, de Saint Thomas d'Aquin ; n° 27 Grotius et Génésy ; n° 29 Ihéring ; n° 30 Kelsen ; n° 31 Durkheim ; n° 32 Duguit ; n° 33 et s. Marx).

6 V. pour une étude approfondie de la théorie de la justice V. VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, (1986 et 1984) Dalloz 2001 (rééd.) p. 122 et s. : L'auteur expose que la philosophie grecque professe que l'art juridique vise à attribuer à chacun le sien (*ius est suum cuique tribere*), justice concrète et relative. Dans cette conception, il n'est pas dans la vocation du droit de poursuivre le progrès, le bien être des hommes mais se réduit au partage des biens. La philosophie grecque part du postulat que l'homme est en premier lieu membre de la cité. Aristote situe l'individu comme une partie du tout. À Rome, l'utilité publique prime sur l'individu, l'intérêt particulier. Hegel, dans *Philosophie du droit*, conclut que la fin du droit n'est plus le profit de l'individu, mais le service de la communauté : le droit de l'État prime les droits subjectifs des particuliers. Le droit résulte d'un dépassement de l'individu sur lui-même. L'individualisme et le rationalisme recherchent quant à eux la justice idéale, abstraite et absolue. Pour les Romains, le droit doit rendre à chacun le sien (*suum cuique tribere*), fixe la part de chacun. En conséquence, là où les richesses ne sont pas limitées, le droit n'a plus à intervenir (eau, air...). Nombre d'auteurs voient aujourd'hui le droit comme une prescription de conduites et de comportements. Il est exact qu'il existe des règles directement ou indirectement prescriptives, et qu'en considération de celles-ci le citoyen module son comportement. Le droit pousse à l'action, mais il ne faut pas nécessairement intégrer dans la règle les comportements que la règle de droit suscite. De façon générale, une règle crée un devoir et un pouvoir. Toute permission crée pour un autre une interdiction, et vice versa. M. Villey, partisan d'une conception relationnelle du droit, redoute que la science des rapports du droit s'éclipse devant une science des comportements qui ferait apparaître le droit comme instrument de la morale. La tradition individualiste assigne au droit un objectif de protection de l'individu, partant de l'antériorité de l'homme à la société. Le contrat devient la seule base acceptable des règles de droit. Pour la pensée juridique moderne, le droit n'existe pas par nature, il est pour l'individu, création volontaire de l'homme. Le droit comme attribut d'un sujet, et non rapport aux autres, s'exprime dans les notions de droits de l'homme et de droit subjectif. Mais beaucoup admettent qu'à côté voire au-dessus de l'individu il est nécessaire de prendre en compte les intérêts collectifs.

7 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V ; V. pour une analyse de la doctrine d'Aristote, V. CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 notamment p. 54 et s. ; Pour une étude approfondie de la théorie de la justice par Aristote V. VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, (1986 et 1984) Dalloz 2001 (rééd.) p. 43 à 71.

8 V. CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 43 et s. et p. 78 et s. « sens de la justice » p. 55.

9 Pour une analyse au regard du droit pénal et de la sanction : RICÉUR (P.), *Le juste, la justice et son échec*, Camets 2005.

10 V. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, PUF 2004 vol. I, Introduction p. 90, qui désigne la justice comme un sentiment, « qui détermine une pratique, et cette pratique est une vertu, la vertu de l'homme juste ».

l'injustice dans les cas particuliers. Le sens de l'injuste procède de l'intuition [...] et la justice progresse -si elle progresse- par a contrario : elle se définit en creux tout au long des injustices commises »¹¹. L'appel à la notion de justice naît de sa carence. Sa vocation, en tant que vertu, est d'orienter l'existence humaine. Ainsi, le droit naît « *de la contradiction interne à la nature humaine entre l'impératif moral de justice et les conditions réelles de vie sociale* »¹². En définitive, juridiquement, le concept de justice peut s'appréhender par sa fonction : c'est la mesure du droit.

Plus restrictivement, l'essence de la mission de la justice est légitimée par l'application d'un droit respectueux de tous les membres de la société et de sa vocation à assurer l'état de droit, le droit tire sa légitimité de sa prétention au juste et en conséquence s'y réfère¹³. La justice se situe donc au-dessus du droit¹⁴. De manière générale, il ressort des conceptions que la justice a, avant tout et nécessairement, un rôle social, un objectif de paix sociale. De cette conception, il découle que l'accès à la justice se doit d'être général¹⁵ et nombre de juridictions ont consacré le droit au juge compris comme le droit au jugement¹⁶.

3. L'exigence de justice dans les rapports sociaux remonte à la plus haute Antiquité. Elle correspond à une nécessité d'organisation sociale qu'elle soit étatique ou arbitrale. La justice est donc une idée donnant naissance à un certain nombre d'institutions qui diffèrent suivant les civilisations et les époques, mais elle reste une constante de celles-ci, un « *phénomène universel : elle répond à un besoin exprimé de tout temps et en tout lieu par l'homme dès l'instant où celui-ci a renoncé à obtenir lui-même par la force la satisfaction de ce qu'il estime lui être dû* »¹⁷. Si la justice est fréquemment associée à l'état de droit donc à l'État, elle peut exister en dehors du cadre des tribunaux étatiques. Peu importe les formes que cette institution emprunte, on retrouve partout, en tout temps et en tout lieu, le juge. En effet, « *Dès lors que la justice se définit par ses fins [...] elle est de nature à englober toutes les voies qui permettent de les atteindre, notamment l'arbitrage* »¹⁸.

4. D'une manière générale, le juge ne s'appréhende qu'à travers la fonction de magistrat, alors qu'il existe depuis longtemps une façon alternative et complémentaire de rendre la justice : l'arbitrage, mode juridictionnel mais non judiciaire de règlement des conflits.

L'arbitre tranche un différend et à ce titre bénéficie de la *jurisdictio*, mais ne s'inscrit pas dans une organisation étatique prédéterminée lui conférant l'*imperium*. Il se définit, selon Monsieur Ch. Jarrosson¹⁹, comme « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* », il a pour origine la volonté des parties. Cette volonté - ce consentement - est

11 JESTAZ (Ph.), *Le droit*, Connaissance droit, 5 éd., Dalloz, 2007 p.13.

12 OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz précis, 1 éd. 1999 p.14.

13 La justice institutionnelle est *in fine* une idée, l'idée du juste. Pour être légitime, depuis l'antiquité, la recherche de la justice est une constante des fins du droit. La justice objective est mise en place par la voie du droit pour rechercher la justice subjective. Néanmoins, cette justice est une quête et la notion de droit n'en est pas le synonyme. L'application stricte du droit peut aboutir à une décision subjectivement injuste. C'est pourquoi l'appréciation du droit se fait au regard du sentiment de justice.

14 V. JESTAZ (PH.), *Le droit*, Connaissance droit, 5 éd., Dalloz, 2007 ; Pour une présentation de la justice comme finalité du droit V. VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, (1986 et 1984) Dalloz 2001 (rééd.) p. 40 et s. L'auteur relève « *rien de plus banal que d'assigner au métier du droit pour fin la justice. Cette définition est traditionnelle* ». L'auteur note cependant l'ambivalence du terme même de justice.

15 V. pour une théorie purement procédurale de la justice : RAWLS (J.), *A theory of justice*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, *Théorie de la justice*, Seuil 1987, trad. C. Audard ; V. pour une étude de la notion de justice : KYMLICKA (W.), *Les théories de la justice : une introduction*, (trad. Par M. Saint-Upéry), éd. La découverte/Poche 1999.

16 V. notamment : CEDH 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, série A, n° 18 & 36 ; Berger, n° 46 ; n° 1 /1973/11/18 ; SOYER (J.C.), Article 6, PETITI (L. E.), DECAUX (E.), IMBERT (P. H.) (dir.), *Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article* p. 251 ; SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ADRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2003 n° 3 : « *le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus* ».

17 OPPETIT (B.), Justice étatique et justice arbitrale, in *Mélanges Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 415.

18 OPPETIT (B.), Justice étatique et justice arbitrale, in *Mélanges Études offertes à Pierre Bellet*. Litec, 1991, p. 415. publié in « *Théorie de l'arbitrage*, PUF, coll. Droit éthique, société, 1998 p. 32.

19 JARROSSON (CH.), *La notion d'arbitrage*, Thèse LGDJ, 1987 n° 785.

matérialisée par la convention d'arbitrage, contrat dans le contrat, par lequel les parties s'engagent à soumettre à l'arbitre leur litige futur. De ce fait, l'arbitrage a une nature hybride, contractuelle et juridictionnelle. L'arbitrage prend naissance dans la volonté des parties de faire juger leur différend par une tierce personne. Cette institution associe donc le droit des contrats et le droit de la justice : l'arbitre est un prestataire de service qui a pour mission de rendre justice²⁰.

L'arbitrage a ainsi pour spécificité, au regard des autres formes de justice, d'avoir comme base un contrat, le contrat d'arbitre, qui le lie avec les litigants, acceptant par celui-ci l'office juridictionnel²¹. La justice est rendue par un cocontractant. Dès lors, chacune des natures de l'arbitrage nuance l'autre : l'aspect juridictionnel vient atténuer le libéralisme contractuel sous peine de violer les principes fondamentaux de procédure et, à l'inverse, son aspect contractuel tend à limiter l'intervention des juridictions étatiques sous peine de dénaturer l'institution²².

5. Le développement de l'arbitrage s'inscrit dans l'histoire de la justice qui, comme le relève B. Oppetit, a subi une « *désinstitutionnalisation* ». La justice est conçue de nos jours comme un bien public. De cette évolution, les formes de justice privée acquièrent une légitimité indépendante de leur reconnaissance par les ordres juridiques étatiques : « *L'exercice des prérogatives attachées au pouvoir de juger des arbitres relève d'une légitimité propre et autonome et doit être assuré de façon totalement indépendante, comme il sied à tout juge* »²³. Dès lors, peu importe la forme si la fin est remplie. Encore faut-il qu'elle soit remplie, et pour ce faire, que les litigants aient accès au juge car la justice se doit d'être effective.

En principe, « *La justice doit être gratuite [c'est] l'une des facettes nécessaires de son accessibilité. [...] La gratuité concerne bien entendu l'accès au juge lui-même.* »²⁴. C'est pourquoi, en dehors du droit de l'arbitrage, l'accès financier à la justice est une préoccupation constante en droit français. Pendant longtemps, le problème du droit d'accès était exclusivement étudié au regard des plus démunis dans le cadre du procès. Le principe de gratuité de la justice est ainsi acquis en France depuis de nombreuses années. Or, si le choix d'une justice onéreuse n'est pas en soi illicite ni même condamnable, chaque citoyen a un droit égal à la justice, tous doivent pouvoir saisir le juge d'un litige et « *cette liberté demeurerait une liberté formelle si n'était pas institué un système permettant aux justiciables d'assumer les frais* »²⁵, c'est pourquoi, depuis la révolution, le principe de gratuité de la justice est un principe fondamental de l'ordre juridique français²⁶, complété par des systèmes permettant aux plus démunis d'accéder au juge.

Depuis la loi des 16 et 24 août 1790, les juges sont rétribués par l'État et non par les plaideurs²⁷. Le principe de gratuité a été inscrit à l'article 81 de la Constitution française en

20 V. pour une illustration de cette qualité : Cass. Civ. 1^{er}, 6 déc. 2005, n° 03-13.116, P+B; D. 2006.270, note P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2006.144 ; THÉRY (PH.) ; *Revue Lamy de droit civil*, avril 2006 n° 26 p. 14 note Fr. X.- Train n° 26 p. 14 : la décision retient la responsabilité civile de l'arbitre dans le cas d'une expiration du délai d'arbitrage, sans que l'arbitre ait sollicité du juge une demande de prorogation de sa mission. Les arbitres ayant statué sans convention d'arbitrage, la sentence est annulée sur ce fondement. Selon l'auteur, cette décision institue une obligation de résultat. Cet arrêt est surtout l'occasion de rappeler que l'arbitre, investi de la mission de juger, est aussi un prestataire de service.

21 Même s'il est vrai que contrat et justice ne sont pas exclusifs dans le cadre de la justice étatique V. notamment CADIET (L.), Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, in *Les principales clauses des contrats entre professionnels*, av. propos J. Mestre. Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix en Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, Faculté de Droit et de science politique, 1990 p. 193.

22 Pour une étude de la nature de l'arbitrage : V. MOTULSKY (H.), *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, t. 2, Préf. Cl. Reymond, Dalloz éd. 1974 p. 5 et s.

23 CA Paris, 4 mai 1988, *Rev. Arb.* 1988 p. 644 et p. 657 (2 esp.) note Fouchard.

24 FRANÇOIS (E.) (Sous la coordin. de), *Histoire du droit et de la justice en France*, éd. PRAT 2007 p. 65.

25 CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1^{er} éd. 2010 p. 145.

26 Article L. 111-2 du COJ ; « *La gratuité du service de la justice est assurée selon les modalités fixées par la loi et le règlement* ».

27 Les frais de justice ne sont plus supportés par les justiciables. La gratuité de la justice est donc un droit fondamental ancien V. BOUGRAB (J.), L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ? *AJDA* 2001 p. 1016 ; A propos de l'aide juridictionnelle V. CAROTENUTO (S.), MENDES CONSTANT (J.), L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, *Petites affiches*, 05 juillet 2002 n° 134, p. 4 : pour ces auteurs, « *L'État doit offrir au justiciable les moyens d'exercer effectivement son droit fondamental au juge. En ce*

date du 4 novembre 1848 qui disposait alors que « *La justice est rendue gratuitement au nom du peuple français* ». Cette volonté d'assurer l'égal accès à la justice n'a eu de cesse de se traduire légalement en droit français. Le projet de constitution du 19 avril 1946 précisait en son article 11 que « *La loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice et l'insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle* », le déni de justice économique était dès lors prohibé. La loi du 30 décembre 1977 a supprimé les taxes mises à la charge des plaideurs pour service rendu, contribuant ainsi à favoriser l'accès de tous au juge de façon démocratique et égalitaire. En outre, de tout temps l'accès financier à la justice a été en parallèle soutenu par la charité des professionnels du droit. Existait dès l'antiquité, il fallut donc attendre la loi de 1851 pour que cette aide soit organisée par les pouvoirs publics. Avant, elle reposait uniquement sur le devoir de charité que devaient témoigner les hommes de droit²⁸. Aujourd'hui encore, le bénévolat, individuel ou collectif, occupe une place importante dans l'accès au droit en France comme à l'étranger. Néanmoins, l'action bénévole ne peut suffire à elle seule à assurer l'accès effectif de chacun d'autant que cet accès est un devoir à la charge de l'État, et non du citoyen. La loi du 3 janvier 1972 a créé « l'aide judiciaire ». Avec cette loi, le principe de l'indemnisation par l'État des auxiliaires de justice est introduit dans notre droit²⁹. L'attribution de l'aide juridictionnelle est basée sur la notion d'impécuniosité pour faire valoir ses droits en justice.

6. On constate depuis environ deux cents ans le développement d'un mouvement constant en faveur de l'accès matériel à la justice. En France comme dans le cadre de l'Europe, on note l'essor de politiques publiques organisant l'accès à la justice et au juge dont l'idée centrale est de ne pas faire supporter à un justiciable le coût du procès le concernant sans prendre en compte sa fortune. L'inverse contrarie les principes élémentaires de toute justice car le droit d'accéder au juge est conçu comme une condition nécessaire de l'état de droit et partant, de la démocratie.

De cette manière, le droit tente d'organiser une égalité de fait venant au support de l'égalité de droit. Ainsi, la résolution RES (2002)12 du Comité des ministres du 18 septembre 2002³⁰ établissant la commission européenne pour l'efficacité de la justice énonce que « *l'état de droit, sur lequel reposent les démocraties européennes, ne peut être assuré sans systèmes judiciaires équitables, efficaces et accessibles* » et que « *la prééminence du droit est un principe qui ne peut être respecté que si les citoyens peuvent faire valoir leurs droits et contester des actes illégaux* ». L'article 47, alinéa 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne des 7 et 8 décembre 2000 énonce le caractère fondamental de ce droit d'accès au tribunal³¹. Selon cette disposition, le droit d'accéder effectivement au juge ne doit pas être anéanti par une absence de moyens financiers et donc « *une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ». Il est donc de la responsabilité de l'État d'assurer l'accès effectif à la justice, droit conforté par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) et par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH).

En conséquence, conformément au principe du droit d'accès à la justice, l'État français ne doit pas laisser perdurer une situation de déni de justice économique. En d'autres termes, il

sens, le droit à l'aide juridictionnelle est un prolongement naturel du droit au juge ».

28 DELACHENAL (R.), *Histoire des avocats au Parlement de Paris*, Plon, 1885 ; SCHNAPPER (B.), *De la charité à la solidarité : l'assistance judiciaire française (1851-1972)*, *Revue d'histoire du droit* 1984, t. 52, p. 105-117.

29 Ces fonds sont gérés par les avocats par l'intermédiaire de leur Caisse des règlements pécuniaires des avocats (C.A.R.P.A.) illustrant ainsi les principes fondamentaux de cette profession.

30 Adoptée lors de la 808^{ème} réunion des délégués des ministres annexe 7.

31 CAROTENUTO (S.), MENDÈS CONSTANT (J.), *L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, Petites affiches*, 05 juillet 2002 n° 134, p. 4 : les auteurs notent que « *la Charte va bien au-delà d'une simple reprise de principes déjà proclamés et connus [et consacre] la protection communautaire des droits fondamentaux du justiciable consacrés dans le sixième chapitre dénommé « Justice* ».

doit assurer un accès effectif au juge de tout citoyen. Une abstention de sa part constituerait une violation directe de l'article 6 § 1 de la CESDH puisque l'État doit en garantir l'effectivité.

7. Nécessaire à l'état de droit mais aussi à la stabilité de notre société, la justice est un bien public, un droit. Dans ce contexte, la démocratisation de son accès a eu pour effet, et il faut s'en féliciter, d'augmenter le nombre de personnes pouvant y avoir recours. « *Tant que la justice était sociologiquement rare et qu'elle restait le privilège d'une certaine partie de la population, elle pouvait ignorer la dimension économique. Cette préoccupation économique est donc inscrite dans le destin de la justice dans la démocratie. Un plus grand accès à la justice modifie l'idée de justice : son utilisation dévoyée (les actions dilatoires) est le prix à payer pour que ceux qui en ont vraiment besoin y aient accès* »³². En conséquence, le nombre d'affaires traitées n'a eu de cesse de s'accroître, provoquant un engorgement des tribunaux³³. La justice est donc confrontée aux limites des finances publiques. Mais, du fait du rôle éminemment politique et social de l'institution, la CEDH interdit aux États membres de justifier une restriction du droit d'accès au juge sur ce fondement. Néanmoins, il reste possible de réfléchir à la compétence internationale des tribunaux français sur la base d'une analyse économique intégrant la considération des finances publiques.

Les compétences internationales peuvent reposer sur une rationalité « économique »³⁴. Or, face à ce principe d'accessibilité matérielle à la justice et de gratuité de son accès, il faut noter que l'arbitrage crée un marché de la justice auquel les pays de droit écrit ne sont pas habitués, à l'inverse des pays anglo-saxons. La conformité de ce marché au regard du droit fondamental d'accès au juge et à la justice, ne pourra s'apprécier qu'à la suite de l'analyse du résultat : l'arbitrage ne restera une justice légitime qu'à la condition qu'il ne contrevienne pas dans les faits au principe du droit d'accès général et fondamental à la justice.

8. L'arbitrage s'inscrit dans le cadre du débat sur l'accès matériel à la justice par les liens qu'il entretient avec l'État. L'arbitre est à la fois un juge et un contractant, or la mission de justice est redoutable. Pendant longtemps, elle fut rendue au nom de Dieu, puis au nom du peuple souverain mais jamais au nom de celui qui juge³⁵, hormis en matière d'arbitrage. Si de nos jours, l'arbitrage est envisagé majoritairement comme une justice, l'attitude adoptée face à l'arbitrage est historiquement étroitement liée à la conception du droit et de la justice dans l'État.

Hors délégation de l'État, l'arbitre est le seul à bénéficier d'un tel pouvoir, ce qui conduit à se demander dans quelle mesure la justice relève exclusivement des prérogatives étatiques³⁶. L'arbitrage se heurte à la question fondamentale qui est de savoir si seuls les tribunaux étatiques doivent se voir reconnaître le monopole d'administration de la justice. En

32 GARAPON (A.), Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile, *D.* 1997 p. 69.

33 GARAPON (A.), Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile, *D.* 1997 p. 69 : Dès lors, cette démocratisation de la justice conduit à une situation pour le moins inédite qui impose une réflexion économique de l'institution. Ce « *besoin de plus en plus infini rencontre des ressources de plus en plus finies. Voilà les deux grandes lignes de tension de cette déroutante économie pour laquelle nous ne disposons pas de modèle historique. Une telle approche économique n'est donc pas imposée que par les restrictions budgétaires mais aussi par la dynamique démocratique elle-même qui facilite l'accès au juge* ».

34 Le développement des centres d'arbitrage est donc important économiquement et de fait peut justifier une législation favorable à l'institution d'arbitrage. Néanmoins, les seuls intérêts économiques sont insuffisants à justifier un détachement total de toute autre considération notamment celle de bonne administration de la justice qui doit être assurée y compris en matière d'arbitrage. Si les centres doivent être protégés, que devient cette protection si la législation française aboutit à des solutions radicales qui *in fine* ne correspondent plus à la volonté des parties et sont contraires au droit général d'accéder au juge.

35 Les rois égyptiens, au III^e millénaire avant notre ère, jugeaient sous l'apparence du Dieu Horus (V. GAUDEMET (J.), *Institutions de l'antiquité*, Sirey, 2^e éd, 1982), en Grèce les hommes n'avaient ce pouvoir que de Zeus. À Rome, les juges ne se voyaient investis que grâce aux auspices transmettant la volonté de Jupiter. À l'époque monarchique la justice est rendue au nom du roi, représentant de Dieu sur terre. En France, il faudra attendre la première République pour que la justice soit rendue au nom de la Nation.

36 V. par ex GAUDEMET (J.), *Institutions de l'antiquité*, Sirey, 2^e éd, 1982 qui considère (n°774-785) que l'arbitrage est apparu « *lorsqu'il exista une autorité assez forte pour imposer son intervention aux adversaires et pour les obliger à respecter sa sentence* ».

effet, comme le soulignait B. Oppetit, « le problème de légitimité que fait naître l'arbitrage se dédouble. Il s'agit d'abord de savoir s'il y a une place dans notre organisation juridictionnelle pour des instances de justice privée et si donc leur aptitude à connaître de contentieux leur est reconnue ou si au contraire la fonction de juger reste un privilège de souveraineté. À supposer ce préalable levé, il reste encore à déterminer de quelle manière une justice privée peut ou doit être rendue »³⁷. Si on a coutume d'assimiler la justice à la justice étatique³⁸, la compétence juridictionnelle étant un devoir essentiel de l'État, il est cependant admis que les parties peuvent attribuer compétence aux arbitres pour trancher leur litige car l'arbitre est un juge, l'arbitrage une justice³⁹. Selon H. Motulsky, les justices arbitrale et étatique poursuivraient le même idéal de justice par des voies distinctes. Néanmoins, la justice arbitrale n'est pas détachée de celle étatique.

Une brève Histoire de l'arbitrage démontre que cette institution reste fortement liée à l'évolution de la justice étatique. Certains auteurs se sont évertués à rechercher qui, de la justice arbitrale ou de la justice étatique, a précédé l'autre et leur influence respective. À cette question, la réponse est sans aucun doute à rechercher dans les critères de justice. L'arbitrage était un moyen de rendre justice, parfois le seul, dans de nombreux espaces géographiques, alors que dans d'autres lieux, il était inexistant ou de faible importance. En Mésopotamie, sous Babylone, nulle trace d'arbitrage, la justice était rendue par des juges liés au pouvoir⁴⁰. De même, l'Égypte ignorait l'arbitrage, la société égyptienne comptait de nombreux fonctionnaires chargés de rendre la justice. Dans d'autres espaces géographiques, l'arbitrage est une institution extrêmement ancienne, remontant à plus de quatre mille ans⁴¹, à la Grèce classique⁴². Ainsi, à la fin du III^e millénaire avant notre ère, les Assyriens le pratiquaient couramment. L'arbitrage était très développé à Athènes⁴³ comme à Rome⁴⁴. La loi des XII tables est la première loi écrite à contenir des références à l'arbitrage⁴⁵. On trouve également des références à l'arbitrage dans l'Ancien testament⁴⁶ ou dans le Coran⁴⁷.

À travers les siècles et suivant les espaces considérés, justice étatique et justice arbitrale ont eu la même fonction, rendre la justice, et sont inspirées par la même mission, la justice. Quant à l'antériorité de l'une sur l'autre, le débat est insoluble car l'organisation de la justice est variable suivant les époques et les régions en fonction de l'organisation politique et de l'existence et de la forme d'un État. En effet, elle est étroitement liée à la forme sociétale, étatisée ou composite, et à la relation qu'entretiennent justice et État. Cependant, l'histoire permet d'observer d'une part la constance de l'arbitrage, qui n'est pas apparue avec la mondialisation de l'économie, et d'autre part, les rapports qu'il entretient avec l'État, soit en

37 OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, PUF 1998 p. 19.

38 L'arbitrage négligerait la sécurité des relations juridiques, le respect des intérêts collectifs, pour réaliser un autre type de justice, privilégiant la bonne foi et l'idée de conciliation.

39 Dans ces conditions, on peut valablement admettre que l'arbitrage constitue une forme de justice à côté de celle étatique, l'arbitre étant investi de la *jurisdictio*.

40 DEMARE-LAFONT (S.), Jugement et arbitrage en Mésopotamie, Droit et Cultures, *Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, publiée par le Centre Droit et Cultures de l'Université Paris X- Nanterre et par l'Association Droit et culture n° 47-2004/1 p. 67 : qui montre que justice arbitrale et justice étatique étaient complémentaires et non concurrentes, l'arbitrage étant particulièrement répandu entre marchands assyriens.

41 V. notamment : VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS (J.), L'arbitrage dans la Grèce antique. Époque archaïque et classique, *Rev. Arb.* 2000.9 ; PAPADATOU (D.), L'arbitrage byzantin, *Rev. Arb.* 2000.349.

42 VI- V av. J.C.

43 V. HUMBERT (M.), Arbitrage et jugement à Rome, *Droit et Cult.*, vol n° 28, 1994.47 : L'auteur expose que selon Solon (cité par Démosthène in *Midiana, Leg. Attic.* p. 344) : « si les citoyens veulent choisir un arbitre pour terminer les différends qui se seront élevés entre eux pour leurs intérêts particuliers, qu'ils prennent celui qu'ils voudront d'un commun accord ; qu'après l'avoir pris, ils s'en tiennent à ce qu'il aura décidé ; qu'ils n'aillent point à un autre tribunal » ou Aristote (*Rhétorique*, I, 1374b. Traduction M. Dufour. Les belles lettres, 1932) pour qui être équitable consiste à préférer le recours à l'arbitrage plutôt qu'à la justice étatique « car l'arbitre voit l'équité ; le juge ne voit que la loi ».

44 Ces règles nombreuses ont été compilées en premier par Gaius dans les *Institutes*. Avec Justinien, le droit de l'arbitrage atteint son apogée sous l'empire Romain, notamment à travers le *Digeste*. V. HUMBERT (M.), Arbitrage et jugement à Rome, *Droit et Cult.*, vol n° 28, 1994.47

45 Livre IV titre VIII « *De receptis qui arbitrium receperunt* » : développé dans CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2.

46 *Exode*, 18, 15, *Genèse*, 31, 36-37.

47 *Sourate des femmes*, Verset 35.

termes de concurrence soit de complémentarité.

9. Pouvoir politique et développement de l'arbitrage sont historiquement très liés en France⁴⁸. En France, l'arbitrage comme la justice étatique ont longtemps été un enjeu de pouvoir entre le gouvernement et les juges⁴⁹. Plus l'État était méfiant envers le pouvoir judiciaire, plus il essayait de le soumettre en favorisant notamment l'arbitrage. À l'inverse, lorsque le pouvoir s'appuyait sur la justice, il tendait à réduire l'arbitrage.

À partir du XIII^{ème} siècle, la justice royale cherche à monopoliser l'activité judiciaire et lutte contre les justices concurrentes. Au XIV^{ème} siècle, les recours contre les sentences devant les Parlements sont nombreux, et le roi soutient sa justice⁵⁰. L'arbitrage est intégré à l'ordre judiciaire. Mais à partir du XVI^{ème} siècle, la royauté crée des conditions multiples et rigoureuses pour admettre l'appel d'une sentence, le roi est de plus en plus favorable à l'arbitrage et se méfie de sa propre justice⁵¹. L'arbitrage gagne donc de l'autonomie à l'égard de la justice étatique. À partir du XVII^{ème} siècle, le conflit entre le roi et les Parlements devient vif. Les juges prennent des libertés envers les ordonnances et les édits royaux notamment ceux relatifs à l'arbitrage⁵². Si aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, la justice est envisagée en France comme l'instrument étatique pour assurer la paix et faire respecter l'ordre, le roi doit faire face à l'opposition des cours souveraines, les Parlements, refusant d'enregistrer les ordonnances royales⁵³. Le monarque devient donc favorable à l'arbitrage. Néanmoins, rares sont les ordonnances ou les édits relatifs à l'arbitrage qui se limitent en général à la question de l'appel⁵⁴. Cette possibilité d'appel est créée par les Parlements afin de permettre un contrôle des arbitrages⁵⁵ donc une soumission de la justice arbitrale à celle étatique.

À la Révolution, la justice d'État est rejetée et considérée avec une grande défiance, l'arbitrage s'est corrélativement développé, étant à nouveau conçu comme une arme contre le pouvoir judiciaire. La justice se trouve soumise au pouvoir⁵⁶. Cependant, l'arbitrage volontaire, contrairement à ce que laisse présumer la ferveur de la législation de l'époque, ne connaîtra pas un essor spectaculaire, bien que dans l'esprit des révolutionnaires : « *tout conflit soit nécessairement mieux réglé par la voie de l'arbitrage* »⁵⁷, vérité à laquelle il n'est pas

48 Pour une étude de la notion d'arbitrage et de l'évolution de la législation relative à l'arbitrage à partir du XIX^{ème} siècle : VEAUX (D.), Arbitrage, *Jurisclasseur Notarial Répertoire*, Fasc. 10.

49 Pour une étude approfondie : JALLAMION (C.), Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII^{ème} au XIX^{ème} siècle, *Rev. Arb.* 2005 p. 3.

50 Ordonnance de 1510 article 34 confirme la possibilité d'appel des sentences qui ne sera plus remise en cause en matière civile.

51 V. JALLAMION (C.), Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII^{ème} au XIX^{ème} siècle, *Rev. Arb.* 2005 p. 3 : L'auteur expose que : le second édit de Fontainebleau d'août 1560 (*Isambert XIV*, 52) impose l'arbitrage dans les relations commerciales et celui-ci est rendu en dernier ressort. L'arbitrage en matière commerciale est donc soustrait à l'ordre judiciaire. Deux édits sont rendus à propos de l'arbitrage par Charles IX en 1560. Ils considèrent l'arbitrage avec faveur et y voient « *le vray moyen d'abréger les procez, et garder qu'ils ne soient amenez par devant les juges* » (*Isambert XIV* 49-50). Les possibilités d'appel sont restreintes et se trouvent limitées à un seul degré. Le premier édit reconnaît l'autorité de la chose jugée aux sentences. Ces dispositions seront confirmées par la suite notamment par le « Code Michau » (ordonnance de janvier 1629). Cependant, l'ordonnance d'avril 1667 ne consacre aucun titre à l'arbitrage. Mais la ferveur pour l'arbitrage reste vive. À titre d'exemple, un édit de mars 1673 crée l'office de greffier des arbitrages.

52 Les Parlements veillent à rester compétents pour les appels des sentences en refusant d'enregistrer les textes royaux. Par exemple les cours s'opposent à l'exigence du paiement préalable à l'appel de la peine stipulé au compromis. L'arbitrage devient dans les deux derniers siècles de l'Ancien régime l'instrument du conflit opposant les cours à la royauté. V. JALLAMION (C.), Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII^{ème} au XIX^{ème} siècle, *Rev. Arb.* 2005 p. 3.

53 De la sorte les Parlements portent atteinte à la souveraineté du roi.

54 Le droit romain ignorait l'appel. Un titre entier du Digeste est consacré à l'arbitrage qui était à Rome très développé. : D. IV, VIII *De receptis qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*.

55 En effet, la plus ancienne ordonnance relative à l'arbitrage en France remonte à 1363. sous Jean II.

56 La loi du 16-24 août 1790, concernant l'organisation judiciaire sur la voie extrajudiciaire, présente l'arbitrage comme « *le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens* » ; Décret du 16- 24 août 1790 Titre I article 1, Duvergier, I, 310.

57 Les révolutionnaires ont probablement été sous l'influence des auteurs du XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle développant une nouvelle théorie de l'école du droit naturel. Ainsi, Pufendorf qualifie l'arbitrage de « *partie de douceur* » (*Le droit de la nature et les gens*, trad. Barbeyrac, 6^{ème} éd., Basle, 1750, t.1, p. 174-175) et Grotius d'affirmer qu'il doit être suivi par « *ceux qui aiment la justice et la paix* » (*Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, 1729, t. II, p. 173). L'arbitre est conçu comme le juge idéal, appartenant au droit naturel et excluant par là-même tout recours contre les sentences. V. JALLAMION (C.), Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII^{ème} au XIX^{ème} siècle, *Rev. Arb.* 2005 p.3 ; DAVID (R.), Arbitrage du XIX^{ème} et arbitrage du XX^{ème} siècle, in *Mélanges offert à René Sabatier* p. 221.

envisageable de déroger à l'époque révolutionnaire. Il est créé une justice extrajudiciaire, sans juriste, sans avocat ni règle de droit, mettant en place à côté de l'arbitrage volontaire, l'arbitrage forcé et la justice de paix⁵⁸. Ainsi, la Constitution française de 1791 proclame que « le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif »⁵⁹. Avec la Constitution de 1793, l'arbitrage devient obligatoire et se substitue à la justice étatique⁶⁰. Paradoxalement, l'arbitrage va souffrir de la concurrence, non de la justice étatisée, mais des modes de règlement alternatif des litiges. C'est cette substitution de l'arbitrage à la justice étatique et non la promotion de cette dernière qui lui causera préjudice. En effet, le législateur va désormais contrôler, non le juge, mais l'arbitre⁶¹.

À compter de 1795, la conception révolutionnaire de l'arbitrage laisse place à une grande défiance. En effet, au XIX^{ème} siècle, la codification favorise la confusion entre Droit et Loi et entre Droit et État et l'État se voit investi du devoir de juger ses citoyens. La rupture intervient au début du XIX^{ème} siècle avec Napoléon qui s'appuie sur la justice pour gouverner. L'arbitrage se trouve alors sérieusement limité, envisagé avec hostilité, il fait l'objet de vives critiques⁶². Le Code de procédure civile du 29 avril 1806 traduit la volonté de circonscrire le recours à ce mode de règlement des litiges⁶³ et impose aux arbitres de recourir aux juges dans des hypothèses variées. De même, sont exclues du champ de l'arbitrage de nombreuses matières jugées trop importantes pour lui être soumises. En parallèle, au cours du XIX^{ème} siècle, les contrats d'adhésion se développent, notamment dans le domaine des contrats d'assurance qui contiennent fréquemment des conventions d'arbitrage. Alors qu'elles restaient plutôt favorables à l'arbitrage, à partir des années 1840, les juridictions se montrent hostiles envers ces conventions au regard des dangers qu'elles comportent pour les assurés. Certaines cours d'appel refusent de reconnaître leur validité en matière civile⁶⁴. Le point culminant de cette méfiance est atteint avec un arrêt en date du 10 juillet 1843 où la Cour de cassation condamne la convention d'arbitrage dans les rapports de commerce interne. Si cette défaveur s'estompe par la suite, il faudra néanmoins attendre les réformes de 1980 et 1981 pour entériner « l'esprit de faveur » à l'égard de l'arbitrage en France⁶⁵, esprit qui ne s'est pas démenti depuis. En effet, cet « esprit de faveur » a été conforté par la nouvelle réforme

58 Ainsi Thouret, avocat au parlement de Rouen s'exprime en ces termes lors de la séance du 16 août 1790 devant l'assemblée constituante (Archives parlementaires, 1^{ère} série XVIII, 89) : « il faut rappeler aux plaideurs que la justice des tribunaux n'est instituée que comme un remède extrême pour ceux qui n'ont pas l'esprit de s'en passer ». V. JALLAMION (C.), Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII^{ème} au XIX^{ème} siècle, *Rev. Arb.* 2005 p. 3.

59 Titre III Chapitre 5 Art. 5 ; De même, la Constitution de l'an III garantit le droit constitutionnel pour les citoyens de recourir à l'arbitrage.

60 En réaction à l'Ancien Régime les juges étatiques sont remplacés par des « arbitres publics » élus chaque année par une assemblée électorale.

61 Ainsi la procédure mise en place par le décret du 2 octobre 1793 fait de l'arbitrage une justice intra-étatique entièrement entre les mains du législateur.

62 L'arbitrage est soumis à l'autorité de l'État, et doit avoir recours à la justice étatique, car seul l'État a l'*imperium* nécessaire pour en assurer l'exécution. V. pour une analyse nuancée de la notion d'*imperium* et un résumé historique de son acceptation au regard de l'arbitrage : CHEKROUN (D.), *L'imperium* et l'arbitre in *L'arbitrage*, Arch. De Phil. Du droit, tome 52, Dalloz 2009 p. 135 et s. : l'auteur applique la notion d'*imperium* à l'arbitrage tout en en restreignant le sens : il a le pouvoir d'ordonner des sanctions non celui d'ordonner le recours à la force publique pour les faire exécuter (*imperium summum*). De même, l'*imperium* de l'arbitre est restreint aux parties.

63 DAVID (R.), Arbitrage du XIX^{ème} et arbitrage du XX^{ème} siècle, in *Mélanges offert à René Sabatier* p. 221.

64 CA Nîmes, 16 mars 1842, *Imbert et Duplan c. Rocher*, JP, 1842, I, 421 : qui condamne la convention d'arbitrage et considère qu'elle doit rester exceptionnelle. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de bail, l'avocat général relève qu' « en France, les cours et les tribunaux institués par le roi, et rendant la justice en son nom, ont seuls compétence générale pour décider les procès qui surgissent dans le royaume. Le législateur a admis, il est vrai, que la seule volonté des parties pouvait déroger à cette règle générale, et investir de la connaissance de leur litige de simples particuliers choisis par elles ; c'est là la disposition de l'article 1003 du Code de procédure civile ; mais, même en ce cas, la loi, toujours protectrice des intérêts des citoyens, et toujours attentive à les préserver contre leur propre faiblesse ou contre leur ignorance, ne leur a permis de se soustraire à la juridiction ordinaire et à des formes tutélaires qu'à certaines conditions. ». L'avocat général relève que la convention d'arbitrage ne peut recevoir validité que dans la mesure où elle impose une obligation de faire. Et la cour de décider que « l'arbitrage est une exception, une dérogation à l'ordre public des juridictions ; qu'il doit comme tel, pour être valable, être soumis à la plus exacte observation des conditions et des règles prescrites par la loi ». Ces principes seront repris par la cour d'appel de Paris dans deux arrêts du 9 et 31 janvier 1843 (*Prugniaux c. Lesselin*, JP 1843, I, 232 et *Simon c. Dupont*, JP, 1843, I, 233) annonçant un revirement de jurisprudence. Ce mouvement aboutira à un arrêt de la chambre civile du 10 juillet 1843 (*Compagnie l'Alliance c. Prunier*, D. 1843, I, 343, *Rev. Arb.* 1992.399, concl. Av. Gén. Hello).

65 Cette réforme, par décrets en date du 16 mai 1980 et du 12 mai 1981, introduit un livre IV au nouveau Code de procédure civile intitulé « de l'arbitrage » (art. 1422 à 1507 du Code de procédure civile) en vigueur à compter du 1^{er} mai 2011.

introduite par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage⁶⁶. Son objectif est de « modernise[r] le droit français de l'arbitrage, tant interne qu'international »⁶⁷. Le rapport au premier ministre précise que « le nouveau décret tient compte de la spécificité de cette forme d'arbitrage [i.e. international], laquelle implique une nécessaire souplesse procédurale »⁶⁸.

10. Dès lors, si l'arbitrage ne souffre donc plus en France d'un déficit de légitimité⁶⁹, il n'est pas pour autant une justice autonome, « la fonction de juger est une mission assurée ou contrôlée par la puissance publique car elle est destinée à satisfaire, au-delà des intérêts des particuliers, un besoin d'intérêt général : la paix civile dans le respect des lois »⁷⁰. La justice étant devenue une dette de l'État, l'arbitrage se développe sous sa responsabilité⁷¹. L'État régleme et assure son accès. La justice est devenue un bien public qui ne saurait être compromis par l'insertion d'une convention d'arbitrage⁷². Cette absence d'autonomie ne remet pas en cause sa qualité d'organe juridictionnel, l'arbitre est en effet apte à dire le droit comme il sied à toute juridiction de par une permission légale. Mais, la CJUE, qui s'est prononcée au sujet de la qualification du tribunal arbitral comme une juridiction⁷³, a refusé de lui reconnaître ce caractère, le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, fondé sur la convention d'arbitrage, n'ayant pas la permanence requise⁷⁴. Mais, « pour n'être pas une juridiction d'État, qui nie encore que l'arbitrage soit une justice, et l'arbitre un juge »⁷⁵ ?

L'arbitrage n'est pas une justice de l'État mais reste une justice dans l'État. Dès lors, « à défaut de l'assurer lui-même, le service public de la justice a donc vocation à contrôler l'activité juridictionnelle quand elle prend la forme d'un arbitrage »⁷⁶. En toute hypothèse, la justice reste une obligation étatique non arbitrale. Bien qu'envisagé comme complètement autonome en droit français, l'arbitrage reste néanmoins rattaché aux ordres juridiques qui autorisent, organisent l'arbitrage et donnent force exécutoire aux sentences arbitrales. L'arbitrage s'inscrit dans l'organisation d'une justice étatisée qui reste débitrice du devoir et du pouvoir de juger. Le magistrat viendra au secours de l'arbitrage pour assurer l'intégration de sa sentence au sein de l'ordre juridique et son exécution forcée si besoin est, le magistrat se doit d'assurer l'effectivité de la justice. Intégré au sein d'un ordre juridictionnel au nom duquel il statue, le magistrat veillera au respect des normes fondamentales par l'arbitre, et sera

66 Ce décret procédant à un renumérotation des articles relatifs à l'arbitrages dans le Code de procédure civile, nous avons choisi la terminologie suivante : le terme nouveau sera dédié aux articles issus de la présente réforme, le terme ancien à ceux issus du décret de 1981.

67 Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

68 Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO du 14 janv. 2011.

69 Il est envisagé comme le mode normal de résolution des litiges dans le cadre du commerce international.

70 CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 105.

71 Selon l'analyse de Montesquieu, la justice est le monopole de la puissance publique V. pour une analyse de la justice comme une fonction de l'État, notamment CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 105 (notamment au regard de : Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, La Pléiade, t. II, livre XI chap. 6).

72 En effet, non seulement celle-ci est temporaire car limitée au temps du litige contractuel mais surtout, elle ne peut se voir reconnaître de pouvoir de contraindre et reste par là même dans l'étroite dépendance des juridictions étatiques.

73 CJUE, 23 mars 1982, *Entreprise « Nordsee »*, Rev. Arb. 1982 p. 473 note Ph. Fouchard : « Si l'activité du tribunal arbitral en cause permet certains rapprochements avec l'activité juridictionnelle, ces caractéristiques ne suffisent pas à conférer à l'arbitrage le statut d'une « juridiction d'un État membre » ; CJUE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres c. Energiebedrijf Ijsselmij NV*, Rev. Arb. 1995, p.503 note Ph. Fouchard.

74 Solution confirmée par : CJUE, (4 ch.), 22 janvier 2005, *Denuit & Cordenier c. Transorient*, Rev. Arb. 2005. 765 note L. IDOT : « pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une juridiction d'un État membre au sens de l'article 234 CE, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels que l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organe, des règles de droit, ainsi que son indépendance. Selon la jurisprudence de la cour, un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction d'un État membre au sens de l'article 234 CE ». Par cet arrêt la Cour maintient sa position traditionnelle. La notion de juridiction d'un État membre est une notion autonome du droit communautaire dégagée depuis l'arrêt *Vaassen Göbbels* (CJUE, 30 juin 1966, *Vaassen Göbbels* aff. 61/65, Rec. p. 377 (Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>). La cour exige que la juridiction remplisse deux séries de critères. Les premiers, fonctionnels, ne posent pas de problème au regard de l'arbitrage. La deuxième série en revanche est relative à des critères organiques au nombre de six : l'origine légale de l'entité, son caractère permanent, le caractère obligatoire de sa compétence, son indépendance, le respect du principe du contradictoire et la force obligatoire des décisions. Au sujet de l'arbitrage, le fait que le tribunal tire ses pouvoirs d'une convention des parties et qu'il n'ait pas de caractère permanent lui ôte aux yeux de la cour le caractère de juridiction d'un État membre.

75 CADIET (L.), L'application de l'article 75 du NCPC, note sous Paris 23 juin 1993 (*Société Euro Disney*), Rev. Arb. 1994.151 spéc. p. 162.

76 CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 165.

seul garant de l'état de droit. Le fait que le litige se situe en matière d'arbitrage international n'ôte pas au juge étatique sa mission de garant de l'état de droit. Il ne faut pas confondre activité juridictionnelle et pouvoir juridictionnel de l'État⁷⁷. Si l'arbitre ne statue pas au nom d'un État, ce constat ne signifie pas que l'arbitrage soit détaché des ordres juridiques mais simplement que l'arbitre a la qualité de juge des parties et non de juge d'un ordre juridictionnel.

L'arbitre et le magistrat ont un statut différent mais une mission identique : celle de rendre justice. En effet, mission et fonction ne sont pas synonymes et, l'identité de mission⁷⁸ n'emporte pas l'identité de fonction. La fonction est étroitement liée au cadre juridique à l'intérieur duquel s'exécute la mission⁷⁹. La mission juridictionnelle de l'arbitre n'est pas affectée par cette différence, seule l'est sa fonction. À la différence de l'arbitre, le juge étatique est chargé d'une mission publique. Tandis que le juge étatique, au regard de sa charge publique, rend sa décision au nom du peuple, l'arbitre la rend en son nom, car il ne pèse sur lui aucune charge publique. Néanmoins, si son investiture est privée, elle procède de la loi⁸⁰. « *Seule la loi peut du reste créer des juridictions d'un type nouveau et, si une place est laissée à la justice arbitrale, cette place est délimitée par la loi* »⁸¹. L'arbitre est donc un juge⁸² car la notion de juge ne doit pas être assimilée à celle de magistrat, qui n'en est qu'une composante.

Monsieur Th. Clay a démontré que juge et arbitre sont d'égale valeur, l'arbitre n'est ni un magistrat de second ordre, ni sous la hiérarchie de celui-ci⁸³. Dès lors, quelle qu'elle soit, la justice s'organise autour de la notion de procès équitable, sorte de philosophie du procès sinon de la justice, de la fonction de juger. Ces deux justices reposent sur un certain nombre de principes communs en l'absence desquels on ne peut parler de justice, principes qualifiés en *common law* de « justice naturelle », au cœur desquels se trouve la notion de procès équitable⁸⁴. Statut de juge et statut d'arbitre sont proches en jurisprudence et l'État veille à ce que la justice arbitrale respecte ces principes. Ainsi, l'arbitre ne peut être considéré comme un tiers au litige, il ne peut donc être entendu comme témoin lors de l'appel contre sa sentence⁸⁵, ni être appelé à l'instance par une partie⁸⁶ et ne peut faire tierce opposition à cette annulation⁸⁷. Par ailleurs, une sentence qui contreviendrait aux normes du procès équitable ne saurait être reconnue ou exécutée en France. Mais, si l'arbitre est un juge, il n'est investi d'aucune fonction publique et en conséquence, ne relève pas du statut de la magistrature et ne

77 MOTULSKY (H.), in *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, t.2, Dalloz éd. 1974, tome 2, « *La nature de l'arbitrage* », n° 5.

78 Arbitre et Magistrat ont en commun la balance et le bandeau. Comme l'explique Monsieur P. Ferreira da Cunha, la balance est le « *symbole [...] universel du jugement* », associée à l'idée de juste milieu par Aristote, illustrant la pesée du juste et de l'injuste. Le bandeau signifie qu' « *il ne faut pas se laisser abuser par l'écume des choses. Savoir, plutôt que voir* ». En définitive, ce qui sépare arbitre et juge c'est le symbole du glaive, « *symbole de la coercition* » et donc de l'effectivité (FERREIRA DA CUNHA (P.), La balance, le glaive et le bandeau. Essai de symbologie juridique, in *Arch. Phil. Dr.*, vol. XL, 1996.107).

79 KLEIN (Th.), La fonction de juge, in *Mélanges Louis Edmond Pettiti*. Bruylant, Bruxelles, 1998 p. 507 ; V. MOTULSKY (H.), *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, t.2, Préf. Cl. Reymond, Dalloz éd. 1974 p.7 n° 3 : « *Dès lors qu'une prétention est soumise à une personne investie par le Droit du pouvoir d'accueillir ou de rejeter cette prétention par application d'une règle de droit, on se trouve devant une juridiction. Or, l'arbitre est, par définition une telle personne habilitée par le Droit à trancher une prétention : il est donc un juge* ».

80 Ainsi, les tribunaux rappellent que l'arbitre est un véritable juge accomplissant une mission juridictionnelle et accédant au statut de juge.

81 CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 191.

82 V. notamment : FOUCHARD (Ph.), Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, *Rev. Arb.* 1996.325 ; JARROSSON (Ch.), Qui tient les rênes de l'arbitrage ? Volonté des parties et autorité de l'arbitre, note sous Paris 19 mai 1998, 3 déc. 1998 et 19 janv. 1999, *Rev. Arb.* 1999.601.

83 Cette affirmation, comme le note l'auteur (p. 59 n° 76) remonte à la Loi des XII tables (12, 3).

84 La reconnaissance de la *jurisdictio* à l'arbitre et la qualification de décision juridictionnelle au sujet des sentences arbitrales impliquent en elles-mêmes le respect par les arbitres des règles élémentaires de procédure civile notamment le respect des droits de la défense et l'ordre public procédural. V. MOULY (J.), De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé), in *nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* in *Mélanges Roger Perrot*, Dalloz 1996 p. 299 : « *un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel* » ; Pour le renvoi aux principes directeurs de la procédure civile, V. l'article 1502 ancien du Code de procédure civile ou la sanction du non-respect de l'ordre public international. V. PERROT (R.), L'application à l'arbitrage des règles du nouveau Code de procédure civile, *Rev. Arb.* 1980.645.

85 CA Paris, 29 mai 1992, *Consorts Rouny*, *Rev. Arb.* 1996.408 obs. Ph. Fouchard p. 325.

86 CA Paris, 9 avril 1992, *Société l'Oréal*, *Rev. Arb.* 1996.483 (2 esp.) obs. Ph. Fouchard p. 32. Cependant la cour a accepté car une instance connexe était suspendue à la décision de la cour, et dans cette instance, l'arbitre était en cause directement.

87 C. Cass. Civ. 1, 16 déc. 1997, *Raoul Duval*, *Rev. Arb.* 1999.253 : « *nul ne peut être juge et partie* ».

peut être reconnu responsable d'un déni de justice. Il est uni avec les litigants par un lien contractuel, le contrat d'arbitre. Les arbitres ne peuvent donc engager la responsabilité de l'État ni être soumis à la procédure de prise à partie. C'est pourquoi la Cour de cassation affirma en 1960⁸⁸ que « *l'action en dommages et intérêts dirigée contre (les arbitres) à raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions de droit commun* ». Il s'agit donc d'une responsabilité contractuelle.

Si les arbitres ne peuvent engager la responsabilité de l'État par leur décision, en revanche, l'inaction de l'État face à une décision arbitrale contraire au droit d'accéder au juge ou aux règles du procès équitable est quant à elle source de responsabilité. Seul l'État est garant du droit fondamental d'accéder au juge ce qui comporte déjà une limite importante au caractère prétendument délocalisé de l'arbitrage international. En conséquence, justice arbitrale et justice étatique sont complémentaires mais l'État reste débiteur de la dette de justice. Il se doit de veiller à son accès et de garantir une bonne justice. Or, de nos jours, l'ensemble du régime français de l'arbitrage international est gouverné par une idéologie de faveur poussant toujours plus loin le libéralisme en la matière. Cette faveur excessive amène à s'interroger sur les conséquences qu'elle pourrait engendrer en arbitrage international au regard de la dette de justice qui s'impose à l'État français.

11. Un équilibre se doit d'être conservé entre ces deux modes de résolution des litiges et l'État doit veiller à ce que l'arbitrage ne paralyse pas le droit d'accéder au juge. Afin de perdurer, l'arbitrage doit rester, d'une part, une justice voulue et d'autre part, pour être efficace, cette faveur ne doit pas devenir excessive. Un excès de faveur se retourne le plus souvent contre l'institution que l'on cherche à protéger. L'arbitrage étant une technique libérale, il suppose l'égalité des parties⁸⁹. L'insertion systématique des conventions d'arbitrage a de plus en plus tendance à contraindre certaines parties à avoir recours à ce mode juridictionnel de résolution des litiges sans prendre en compte leurs moyens financiers pour en assumer la charge. Dès lors, en matière d'accès à l'arbitre, comme en matière d'accès au juge, le raisonnement ne peut se réduire à la base contractuelle de l'arbitrage. S'il est possible de ne pas prendre en compte la faiblesse d'une partie dans le cas de contrats ordinaires, l'aspect contractuel de l'arbitrage s'atténue pour laisser place à l'aspect juridictionnel.

12. Or, les intervenants à l'arbitrage se sont élargis au fur et à mesure de son succès. Un bref aperçu de la pratique permet de constater que l'arbitrage n'est plus ce qu'il était au début du XX^{ème} siècle.

Il s'est développé d'une façon exceptionnelle mais sans prise en compte des nouveaux intervenants tels que les consommateurs ou les très petites, petites ou moyennes entreprises. Ce développement a eu pour conséquence d'élargir le champ des personnes ayant recours à cette procédure. L'arbitrage n'est plus le monopole des grandes entreprises. Il est devenu d'utilisation courante, ce qui, en soi, n'est pas problématique et même souhaitable selon l'opinion dominante. Cependant, il serait raisonnable de prendre en compte cette évolution dans notre législation, afin de pérenniser cette institution indispensable en assurant le respect effectif du principe du droit d'accéder au juge. Or, les frais d'une procédure d'arbitrage peuvent constituer une charge excessive pour les très petites, petites ou moyennes entreprises ou devenir insupportables financièrement pour une partie du fait de l'écoulement d'un certain laps de temps. Or, si rien n'empêche des justiciables de saisir l'arbitre plutôt que le magistrat, l'important est que l'accès à la justice soit préservé.

Il est incontestable que la convention d'arbitrage ne peut être analysée comme une

88 C. Cass. Civ. 2^{ème}, 29 janvier 1960, *Rev. Arb.* 1960.121.

89 En droit français, le mythe de l'égalité parfaite des parties renaît. L'ensemble de son régime est entièrement basé sur ce postulat.

renonciation à la justice. Or, si le droit au juge s'accommode fort bien du recours à un juge privé, c'est sous réserve de garantir un accès effectif à la justice.

13. L'objet de notre étude est une situation pathologique précise : l'absence de moyens financiers d'une partie pour assumer les frais d'arbitrage. En d'autres termes, il s'agit d'une situation d'impécuniosité qui empêche un justiciable de pouvoir financer son accès à la justice arbitrale. La question du droit d'accéder au juge est problématique dans l'hypothèse où la partie au contrat contenant une convention d'arbitrage ne peut saisir l'arbitre faute de moyens financiers. Le juge étatique se déclare cependant incompétent sans prendre en compte le droit d'accès au juge et sans vérifier le risque de déni de justice⁹⁰.

La convention d'arbitrage s'analyse comme le contrat par lequel les parties s'engagent à conclure un contrat second afin d'accéder à l'arbitrage, elle est la première base contractuelle de cette justice. Une fois le litige né, et du fait du consentement à la procédure d'arbitrage, elle crée l'obligation contractuelle pour les parties de conclure un contrat d'arbitre. Ce contrat crée le lien d'instance en investissant les arbitres du pouvoir de juger. Il lie d'une part les litigants, formant une partie commune, et d'autre part les arbitres, qui acceptent leur mission de juge aux conditions contractuelles fixées.

En ce que l'arbitrage constitue un choix entre la justice privée et la justice étatique, il fait intervenir des règles de procédure interne, dont le principe de compétence-compétence. Ce principe comporte deux aspects distincts. L'aspect positif du principe octroie la compétence à l'arbitre de juger de sa propre compétence en analysant la convention d'arbitrage pour définir si elle lui octroie la compétence de juger du litige au fond entre les parties. L'aspect négatif du principe reçoit en droit français une acceptation isolée et interdit à une juridiction étatique de conserver sa compétence à titre provisoire, dans l'attente d'une décision arbitrale statuant sur la compétence. Entraînant un dessaisissement presque automatique des juridictions françaises dès lors qu'une exception d'arbitrage est soulevée devant elles, cet effet sera au centre de notre étude car il induit le dessaisissement, sans analyse, du magistrat au profit de l'arbitre. En effet, la reconnaissance de l'aspect négatif, comme nous l'étudierons par la suite, est une particularité française. Elle implique d'une part le dessaisissement du juge pour accorder une compétence prioritaire à l'arbitre, et, d'autre part, une obligation de saisir l'arbitre pour juger de sa compétence et du litige. Cet effet se constate dès l'existence d'une convention d'arbitrage.

14. Dans ce contexte, il convient de s'interroger sur la réaction qu'a le droit français, ou qu'il devrait avoir, dans l'hypothèse où l'un des contractants de la convention d'arbitrage ne peut pas honorer les frais d'arbitrage international. Le postulat de cette étude est de réfléchir sur l'incidence de la notion d'accès à la justice et au droit, pilier de l'organisation sociétale, lorsqu'un contrat contient une convention d'arbitrage. Que celle-ci entre dans le champ de compétence du litige ou non, qu'elle soit ou non valable, est sans incidence sur notre propos. Cette présence au sein du contrat impose aux parties d'avoir recours à l'arbitrage en cas de litige. En effet, de par l'effet positif du principe de compétence-compétence, le litige, ainsi que la question de la compétence de l'arbitre, relèvent de la juridiction arbitrale. Corrélativement, l'effet négatif, lorsqu'il est retenu, comme dans le système juridique français, impose aux juridictions étatiques de se déclarer incompétentes lorsqu'une partie leur soumet un litige relatif à un contrat contenant une convention d'arbitrage dont elle conteste la validité ou l'applicabilité au présent litige. L'arbitre est donc juge de sa compétence, à l'exclusion dans un premier temps des juridictions étatiques. Ce principe impose donc aux

90 CROZE (H.), MOREL (CH.), FRADIN (O.), *Procédure civile*, 2^e éd. Litec p.261 ; NOUGEIN (H.J.), REINHARD (Y.), ANCEL (P.), RIVIER (M.CL.), BOYER (A.), GENIN (PH.), *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, Procédure p. 119 pour une définition de l'arbitrage international, et pour le coût de l'arbitrage p. 103.

parties de conclure un contrat d'arbitre en l'absence duquel l'arbitre n'est pas investi.

En droit français, le principe de compétence-compétence ne permet pas seulement à l'arbitre de ne pas surseoir à statuer lorsqu'un litige relatif à sa compétence est soulevé, il implique, lorsque l'aspect négatif est consacré, que l'arbitre ait une compétence prioritaire et semble-t-il exclusive au regard de sa compétence et du litige. Or, lorsqu'une partie a recours à l'arbitrage, elle doit désigner un arbitre. C'est une condition *sine qua non* à la mise en place de la juridiction arbitrale. Il se forme alors un contrat d'arbitre entre l'arbitre et les litigants, par lequel l'arbitre, acceptant sa mission, se trouve investi. Ce contrat est le plus souvent onéreux, substantiellement onéreux, ce qui est justifié par la qualité de la prestation fournie. Certains litigants n'ont pas, ou n'ont plus, les moyens financiers d'assumer l'exécution de ce contrat et, en général sa formation lorsqu'une provision est exigée.

Cette hypothèse peut toucher des situations diverses qui concernent tant le consommateur que le professionnel en difficulté, tant les personnes physiques que morales. Les premiers confrontés à cette situation sont les très petites, petites et moyennes entreprises qui, pour des raisons diverses, signent des contrats comportant une convention d'arbitrage qu'ils ne peuvent honorer par la suite. Imaginons, à titre d'exemple, une entreprise concluant un contrat avec une autre, un contrat de franchise. Naît alors au sujet de celui-ci un problème au regard du paiement du prix ou de l'exécution du contrat. Dans ce contrat, il semble qu'il existe une convention d'arbitrage applicable. La convention d'arbitrage peut être imposée au gérant, pourtant dépourvu des moyens financiers nécessaires lui permettant de mettre en œuvre la procédure d'arbitrage. Sans paiement ou plus généralement sans décision au sujet de l'exécution du contrat objet du litige, l'entreprise ne peut raisonnablement survivre. Celle-ci peut se voir privée d'accès à la justice, c'est-à-dire que la partie faible ne peut assumer les frais d'arbitrage sans se mettre en difficulté financière en l'occurrence en faillite. Elle renonce donc à revendiquer en justice le paiement du prix ou l'exécution contractuelle faute de pouvoir assumer les conditions financières d'accès au juge.

Cette situation de déni de justice est reconnue en droit international privé lorsque les frais juridictionnels d'un État ne permettent pas un accès effectif au juge. En revanche, en matière d'arbitrage, il semblerait que le problème ne se pose pas. Pourtant, en toute hypothèse, lorsqu'il s'agit du demandeur ou d'une partie qui ne peut, ou ne veut, assumer seule les frais d'arbitrage, le contrat d'arbitre n'est pas conclu. En principe, une provision est exigée, faute de trouver, en général, un arbitre qui officie gracieusement. Dans l'hypothèse où le contrat d'arbitre est conclu à titre onéreux, mais sans provision, l'arbitre peut exercer son droit de rétention sur la sentence tant qu'il ne perçoit pas sa rémunération. La partie faible ne peut donc avoir recours à la justice arbitrale et se voit refuser l'accès de la justice étatique, à défaut de renonciation commune au recours à l'arbitrage. Aucun principe de gratuité n'existe en la matière. La question du déni de justice économique apparaît clairement.

Le caractère volontaire de l'arbitrage international, ainsi que son coût rendent difficilement concevable un système d'aide juridictionnelle. Reste alors la charité des professionnels du droit. Mais, dans une démocratie, on ne peut s'en remettre exclusivement à cette charité pour assurer un accès effectif au juge. Dans cette perspective, la prise en compte de la faiblesse devient de plus en plus nécessaire, à défaut, un excès de libéralisme risquerait de nuire à cette institution. L'originalité de la problématique provient de la confrontation entre la démocratisation de l'institution et de son caractère onéreux.

15. Cette problématique concerne l'arbitrage tant interne qu'international, la condamnation du déni de justice économique, qui a pour pendant l'accès effectif au juge, peut se poser dans ces deux hypothèses. Cependant, le déni de justice ne sera envisagé qu'au regard de l'arbitrage commercial international et de son régime en droit français car il a

vocation à se poser en des termes différents⁹¹. En effet, si la jurisprudence a toujours fait preuve d'un plus grand libéralisme au regard de l'arbitrage international, la différence fondamentale n'est pas là, d'autant que le décret de 2011 a unifié en grande partie leurs régimes. Ce qui distingue l'arbitrage international est qu'il fait naître un conflit de juridictions étranger à l'arbitrage interne.

Bien que déclaré par le droit français délocalisé de tout ordre juridique, l'arbitrage international met en jeu des règles de conflit de juridictions puisque différents fors ont vocation à en connaître. C'est d'ailleurs probablement la raison de cette particulière faveur jurisprudentielle ayant pour objectif d'asseoir la compétitivité législative relative au développement des centres d'arbitrage locaux. En outre, ce déni de justice économique peut laisser place en matière internationale à un déni de justice secondaire où il est alors nécessaire de déterminer la juridiction compétente pour juger au fond du litige.

La question de la « relocalisation » de l'arbitrage apparaît et avec elle des problèmes juridiques spécifiques. En cette matière, la question peut se poser en matière de convention d'arbitrage comme elle l'a été en matière de clause d'élection de for. Or, comme le souligne Madame H. Muir Watt, il existe une obligation positive de faire à la charge des États, sur le fondement de l'article 6 de la CESDH, qui induit la création d'un chef de compétence subsidiaire fondé sur le déni de justice⁹². Plus généralement, l'arbitrage international impose de réfléchir sur les chefs de compétence internationale retenus en tenant compte du lien entre la procédure d'arbitrage elle-même et la procédure étatique intervenant soit en support soit en substitution de celle-ci. Si cette réflexion peut intégrer des considérations économiques, l'incidence économique d'une procédure d'arbitrage ne doit pas être la seule considération. La bonne administration de la justice doit être le fil directeur de la réflexion.

Nous ne rejoignons pas l'analyse tendant à faire de la justice un bien de consommation comme un autre car son rôle social majeur interdit de la penser en termes exclusivement économiques. En effet, « *l'institution judiciaire est moins assimilée à un service public comme un autre qu'à un lieu politique - au sens fort du terme - dans lequel s'élabore la démocratie. [...] C'est la raison pour laquelle il n'est pas possible [...] de moderniser la justice comme on modernise la poste. La justice est devenue la nouvelle « scène de la démocratie », [...] la justice est « la première mission de l'État ». Cette nouvelle place de l'institution judiciaire correspond à une migration du critère même de démocratie qui glisse de la justice sociale propre à l'État providence vers la justice formelle plus procédurale et malheureusement plus procédurière* »⁹³.

16. Dans ce contexte exacerbé de concurrence législative, il convient donc de s'interroger sur la nécessité de prise en compte dans le régime juridique de l'arbitrage international de l'existence d'une partie faible.

Contractuellement, la maxime « *qui dit contractuel dit juste* »⁹⁴ est largement remise en cause dans un esprit d'équilibre contractuel conformément aux fins du droit et, dans une approche plus globale de la justice, prise dans son aspect institutionnel, la notion de partie faible n'a de cesse d'être prise en compte par la sociologie et l'organisation contemporaine du droit. Néanmoins, de prime abord, il semble que le droit positif français ignore tout déséquilibre contractuel en la matière et vise à instaurer une politique on ne peut plus libérale semblant faire peu de cas de la possibilité d'accès matériel à la justice arbitrale et plus largement, du droit fondamental d'accéder effectivement à la justice en général dès lors

91 Sur le caractère international de l'arbitrage: V. MOREAU (B.), Arbitrage international, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2009 (2011) n° 5 et s.

92 V. MELIN (Fr.), Droit international et procédure civile, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 1995 (2011) n°19.

93 GARAPON (A.), Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile, *D.* 1997 p. 69.

94 SPITZ (J.F.), « Qui dit contractuelle dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.* 2007.281.

qu'entre en jeu une procédure d'arbitrage.

L'arbitrage est porté par un mouvement de faveur et se voit doté d'un régime juridique hors norme où la convention d'arbitrage est proclamée « contrat sans loi » par la Cour de cassation, l'arbitrage et la sentence sont dit « délocalisés de tout ordre juridique ». Ce régime de faveur est justifié au nom de deux axiomes : d'une part, l'arbitre est le juge naturel du commerce international et, d'autre part, l'arbitrage est conforme aux intérêts du commerce international. Nonobstant cet état du droit français, la faiblesse doit être prise en compte en matière d'arbitrage comme une donnée de base du droit des contrats et de l'accès au juge, non comme une exception à la législation. Seule cette prise en compte comme donnée du droit permet de ne pas faire de la faiblesse une exception au régime et, partant, un moyen dilatoire, mais au contraire de tendre vers un régime équilibré et juste. En définitive, la prise en compte de la faiblesse d'une partie puise sa source dans la définition même du droit, de son objet et de ses fins.

17. Encore faut-il définir ce que la notion de partie faible signifie lorsqu'elle se conçoit au regard du principe d'accessibilité à la justice. En effet, si le droit prend sans cesse en considération les faiblesses des hommes, la notion de faiblesse est polymorphe⁹⁵. Elle peut être entendue soit subjectivement soit objectivement. Ces deux types de faiblesse n'ont pas la même fonction et ne recouvrent pas la même réalité mais ne se dissocient pas nécessairement. C'est ainsi que de manière générale, la prise en compte de la faiblesse dans le droit des contrats n'a de cesse de s'amplifier tant en droit interne qu'en droit communautaire.

En droit français, de nombreuses protections catégorielles sont ainsi prévues au titre de la faiblesse d'une partie au contrat. Cette protection diffère selon les branches du droit considérées. Ainsi, en droit de l'arbitrage interne par exemple, l'article 2061 du Code civil ne permet pas à un consommateur de contracter une convention d'arbitrage afin de protéger celui-ci. Le droit des incapacités illustre ce que certains nomment, l'« honneur du droit ». Ainsi, l'incapable majeur ou le mineur n'auront pas la même liberté de contracter afin de les protéger de leur propre faiblesse, d'eux-mêmes.

Subjectivement, la faiblesse est considérée comme inhérente à l'individu, à son être, objectivement, elle est issue d'une organisation des rapports en société. La faiblesse fut envisagée pendant longtemps comme un défaut personnel, faiblesse subjective *in concreto*, d'un individu. Elle provient dans cette analyse de la situation personnelle de l'individu, état physique et mental. La technique de protection est alors l'identification de la partie faible pour lui accorder un statut spécifique adapté au cas par cas. Par la suite, notre législation a pris en compte la faiblesse en tant que position d'infériorité d'un contractant dans le contrat au regard de la finalité ou de la portée de la convention, faiblesse objective *in abstracto*, relevant de la position d'une partie au regard d'un type de contrat eu égard à l'organisation sociale. Faiblesse structurelle, l'objectif est alors de rééquilibrer le rapport contractuel en luttant contre les abus ou en accordant des droits uniquement à la partie faible. « *Le droit privé a considérablement évolué, depuis 1804, dans sa perception des rapports interindividuels, substituant progressivement à la fiction d'une égalité entre les contractants la réalité d'une opposition entre une partie faible et une partie forte. Dans cette perspective, le droit ne postule plus une égalité entre les contractants mais cherche à corriger une situation d'inégalité. Il va s'agir de renforcer la position de la partie faible dans le rapport contractuel en aménageant le contenu du rapport contractuel (notamment par le biais d'obligations contractuelles implicites et de l'ordre public) et en encadrant le consentement des contractants (délais de réflexion, de rétractation, obligations d'information). Tel est l'objet de*

95 V. pour une étude approfondie des différents sens de faiblesse au contrat : BOURRIER (CH.), *La faiblesse d'une partie au contrat*, coll. Thèses de sciences Humaines n° 12 : L'auteur base son étude sur la distinction entre la faiblesse d'une partie inhérente à sa situation personnelle de celle relative à sa position dans le contrat.

ce qu'il est convenu de dénommer la protection de la partie faible»⁹⁶.

18. En France, la protection de la partie faible n'est pas entièrement ignorée mais du fait de la nature hybride de l'arbitrage, juridictionnelle et contractuelle, la protection de la partie faible est envisagée presque exclusivement sous l'angle contractuel, ce qui implique une protection objective donc catégorielle. Ainsi, dans le domaine de l'arbitrage, comme dans les autres domaines contractuels, il est naturel, presque instinctif, d'assimiler la partie faible au salarié ou au consommateur, bref à une catégorie particulière d'individu.

Transposée en droit international, cette conception de la faiblesse amène à envisager la question sous l'angle essentiel de l'inarbitrabilité ou des chefs de compétence exclusive. En d'autres termes, ce raisonnement conduit à exclure la compétence arbitrale au profit de celle étatique de manière définitive en considération de la qualité d'une partie ou de la nature d'un litige. À chaque type de faiblesse correspond une législation protectrice et diversifiée. Le but de la législation applicable à la catégorie définie abstraitement comme faible est la protection de la partie faible sans considération d'ensemble, passant, ou tendant à passer, de l'égalité de droit à l'égalité de fait. Comme l'ont souligné de nombreux auteurs, le droit devient épars, sans cohérence d'ensemble et répond à des intérêts particuliers pour des catégories spécifiques uniquement. Cette spécialisation du droit semble devoir être le corollaire de ce mode de protection, néanmoins nécessaire, mais entraîne inexorablement des réactions des intéressés, pouvant donner lieu à des « *abus de faiblesse* », transformant la partie faible en partie forte. Cette protection, typique du système de droit latin, a l'avantage indéniable de fixer les règles juridiques à suivre sans possibilité de discussion, du moins en théorie, et a pour effet de restreindre la crainte des moyens dilatoires par voie de conséquence.

Ce réflexe du droit français, dans la protection des parties faibles, de classement et de division des individus en catégories ne saurait garantir le droit général d'accéder au juge : ainsi la distinction entre le salarié et le consommateur, le locataire, la caution etc. paraît inopérante. Ce type de protection est à écarter en matière de droit au juge, droit général. En effet, l'effet le plus néfaste de cette réaction du droit est de considérer une personne inexorablement faible d'une part et de délaisser de toute protection une autre considérée comme forte. Or le droit fondamental d'accéder à la justice ne saurait être garanti uniquement pour une catégorie de personnes définie.

19. L'arbitrage ne doit pas être exclu *a priori* pour une catégorie de personnes ni admis sans nuance pour d'autres. Il doit être pensé de manière plus équilibrée dans son ensemble afin de pérenniser l'institution, en assurant son accès au plus grand nombre. L'existence de la partie faible ne doit pas être une exception à l'application du régime général mais une donnée de celui-ci pour ne pas en faire un moyen dilatoire tout en assurant un nécessaire équilibre. « *Plutôt que de chercher une égalité entre le « faible » et le « fort », d'autant plus vaine que ce n'est pas le droit mais essentiellement le fait qui crée l'asymétrie, ne vaut-il pas mieux admettre la situation de pouvoir et adopter comme point de départ un postulat d'inégalité ?* »⁹⁷.

20. Certains auteurs développent l'idée que le choix de la juridiction à saisir étant le premier des droits procéduraux, conditionnant les autres, exiger un accord spécifique ou une matérialisation du consentement par une signature se rapportant directement à la clause, voire, créer une obligation d'information au profit de la partie faible, aurait le mérite d'éclairer celle-ci sur la portée de son engagement. Ainsi, selon F. Matscher⁹⁸, le caractère volontaire de la

96 LOKIEC (P.), La décision et le droit privé, *D.* 2008 p. 2293.

97 LOKIEC (P.), La décision et le droit privé, *D.* 2008 p. 2293.

98 MATSCHER (F.), L'arbitrage et la convention, article 6 (suite), in *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica 1995 p. 281.

soumission à la procédure arbitrale doit être contrôlé, encadré au regard de l'importance des garanties procédurales dans une société démocratique. Néanmoins, même éclairée, une signature d'une convention d'arbitrage ne s'analyse pas en une renonciation au droit au juge, cette information préalable étant par ailleurs inopérante à en garantir l'accès. De telles mesures ne pourraient en outre que renforcer la judiciarisation de l'arbitrage déjà très contestée et ne seraient d'aucun secours en cas de défaut de moyens financiers pour la saisine de l'arbitre. Enfin, au regard de notre sujet, ce n'est pas la convention d'arbitrage mais le contrat d'arbitre, ou plus exactement son impossibilité de formation et par voie de conséquence, l'impossibilité d'exécution de la convention d'arbitrage, qui est à l'origine du déni de justice économique.

21. D'autres plaident pour un accès conditionné au juge étatique fondé sur la volonté des parties, sur le respect de la parole donnée. Cette solution est à exclure *a priori* pour deux raisons : d'une part à ce stade du litige aucune certitude n'existe sur cette volonté car la validité *ratione materiae* ou *ratione personae* voire l'existence même de la convention d'arbitrage n'a fait l'objet d'aucune décision, d'autre part, personne ne peut admettre, même dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage serait valable et applicable au litige, que les parties aient entendu renoncer à leur droit d'accès à la justice en cas d'absence de moyens financiers. Admettre une telle solution, même fondée sur une volonté hypothétique des parties, serait aberrant : comment pourrait-on conclure qu'une partie accepterait par avance une renonciation à son droit d'accès à la justice alors même que l'objet de la convention d'arbitrage est d'en prévoir les modalités d'accès et d'exercice. Cette solution, fondée sur le respect de la parole donnée, est donc à exclure. Le consentement réel à l'arbitrage ou la qualité de la personne sont des questions qu'il convient de dissocier du droit d'accès au juge. Ces questions relèvent du principe de compétence-compétence dans son aspect positif.

22. Certains n'ont pas hésité à écrire que « *l'argent est quelque chose que l'on est censé avoir. Il serait normal que ce principe juridique gouverne également l'accord d'arbitrage* » et que « *dans un arbitrage international, le principe de pacta sunt servanda prévaut sur le principe du droit d'accès à la justice... pour l'instant nous devons vivre avec le fait que les slogans tels que « pas d'argent, pas d'arbitrage » ne sont pas démodés, mais caractérisent plutôt la situation actuelle* », et, que « *la justice est ouverte à tous - comme le Ritz* »⁹⁹. Nous ne partageons pas cet avis. Il convient donc d'analyser dans quelle mesure le droit fondamental et général d'accéder au juge influe sur le droit de l'arbitrage international français et si la prise en compte de la faiblesse permet d'adopter un régime équilibré en droit de l'arbitrage international permettant d'assurer la pérennité de l'institution tout en garantissant le droit au juge.

Le droit fondamental et général d'accéder à la justice devrait en principe conduire à assurer la protection de la partie faible, de toutes les parties faibles. La généralité du droit au juge empêche toute classification. La notion de « *partie faible* » qui renvoie à celle de déni de justice est alors une notion floue, presque fuyante, qui vise une situation concrète et non une catégorie de personnes. Cependant, si le problème d'accès à la justice était latent auparavant, il n'en reste pas moins que cette démocratisation de l'arbitrage n'a pas modifié la nature de l'institution ni son rattachement aux ordres juridiques étatiques. Il s'agit donc d'intégrer une réflexion économique en prenant garde de souligner que cette « *économie n'est pas une économie marchande mais une économie politique. La justice ne peut pas être assimilée à un bien marchand* »¹⁰⁰.

99 SACHS (K.), La protection de la partie faible en arbitrage, *Gaz. Pal.* du 17 juillet 2007, *Cah. Arb.* n° 2007/2, p. 22.

100 GARAPON (A.), Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile, *D.* 1997 p. 69.

La justice a avant tout un rôle social et politique, et est composante essentielle de l'état de droit. Elle s'inscrit dans notre idéal républicain et démocratique, dont l'une des fonctions essentielles est de protéger les plus démunis. Il ne s'agit pas d'avoir une approche de rentabilité économique mais d'essayer de penser de manière rationnelle, dans l'ordre international, les chefs de compétence, y compris en matière d'arbitrage. Or, « *la façon dont on aborde les questions d'économie de la justice est tributaire de la conception que l'on peut avoir de la fonction judiciaire elle-même* »¹⁰¹. L'objet de cette étude n'est pas de nuire à l'institution d'arbitrage qui « *a ses forces et ses faiblesses. Si ses forces ne sont pas exploitées comme il convient, ses faiblesses peuvent conduire à son déclin progressif car il ne sera plus considéré comme un moyen adéquat de résoudre les litiges du commerce international* »¹⁰².

23. Dès lors, nous étudierons le caractère général du droit fondamental d'accès au juge pour analyser l'incidence que ce droit doit avoir sur l'arbitrage, faisant figure d'exception en droit français (Partie 1) afin de tirer les conséquences juridiques de la généralité du droit d'accès au juge sur le droit de l'arbitrage tant au regard de la convention d'arbitrage qu'au regard de la responsabilité des parties (Partie 2).

101 MUIR WATT (H.), La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, n° 4, Disponible sur le site internet de la Cour de cassation:

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_mme_muir_watt_9474.html?idprec=8586.

102 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 p. 20.

PARTIE 1 : L'INCIDENCE DU DROIT FONDAMENTAL D'ACCÉDER À LA JUSTICE SUR LE PRINCIPE DE COMPÉTENCE-COMPÉTENCE

«Jamais rien n'indigne plus que l'injustice ; tous les autres maux que nous supportons ne sont rien en regard »¹.

24. En France, le recours au juge est souvent considéré comme reflétant la pathologie de la règle de droit, le « *droit en guerre* ». Cependant, comme le relève Madame M.-A. Frison-Roche², si le procès est une pathologie, pourquoi les politiques publiques se focalisent-elles sur l'accès à la justice, sur son effectivité et l'amélioration de son fonctionnement ? Le procès peut et même doit être envisagé comme un mode ordinaire de réalisation des droits et de la loi. Il est un moyen d'organiser la vie en société en interdisant aux citoyens de se rendre justice eux-mêmes pour se soumettre à la médiation d'un tiers. Certes, aucun système idéal d'accès à la justice n'existe, et dans chaque ordre juridique, l'accès est assujéti aux finances publiques. Il est indéniable qu'on observe une saturation des tribunaux qui ne peuvent plus assumer, dans un court délai, la charge des dossiers qui leur sont confiés. Néanmoins, l'Europe n'autorise plus un État à justifier une entrave au droit d'accès au juge par le constat d'un manque de crédits³. Le droit au juge est devenu un droit fondamental au jugement et chaque citoyen doit pouvoir être entendu en justice. Dès lors, le déni de justice est condamné et reste de la responsabilité de l'État qu'il y ait ou non arbitrage.

25. Ainsi, l'État doit assurer l'accès à la justice, droit fondamental que possède chaque justiciable. Or, sans qu'il y ait violation de la loi, le justiciable peut être dans une situation de déni de justice, dans l'impossibilité de saisir un juge ou d'obtenir un jugement au fond. Le déni de justice économique est donc prohibé, le droit d'accéder au juge étant général. Si, en application de l'article 5 du Code civil, le magistrat ne peut créer des règles de droit, néanmoins, en application de l'article 4 du Code civil, l'absence de règle législative ne permet pas au juge de s'abstenir de répondre à un moyen de droit. En conséquence, lorsqu'une norme à valeur constitutionnelle et conventionnelle est invoquée devant le magistrat français, à savoir le droit d'accès au juge, il convient de s'interroger sur la réaction que doit adopter l'ordre juridique considéré.

26. Lorsqu'ayant saisi successivement l'arbitre puis le juge étatique, le premier refuse sa compétence faute de paiement et le second, en arguant la compétence du premier, refuse de juger au fond, une situation de déni de justice se crée, nonobstant la généralité du droit au juge. À l'heure actuelle, la loi ne prévoit pas le recours à la justice étatique lorsqu'une partie ne peut saisir l'arbitre faute de moyens financiers, l'arbitrage fait donc figure d'exception en pratique.

Appliqué strictement, le principe de compétence-compétence interdirait au magistrat de se saisir de cette question. Cependant, sans accès à la justice, ni la justice ni le droit ne peuvent exister, cette affirmation élémentaire ne se traduit pas toujours en pratique par la garantie due au justiciable. L'indifférence du droit français à cette situation d'impécuniosité a pour fondement premier une volonté de préserver l'arbitrage. Cela étant, il convient d'analyser la licéité de cette situation tant en droit interne qu'en droit international.

1 KANT, *Fragments de Nachlaß ed Vorländer*, VIII p. 269.

2 FRISON-ROCHE (M.-A.), Le juge et le sentiment de justice, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Préf. R. Badinter, 2002, Montchrestien p. 42.

3 CEDH, 1 sect. 7 mai 2002, *Burdov c. Russie*, D. 2002 somm. Com. p. 2572, obs. N. Fricero.

Les théoriciens du droit ont pensé la législation actuelle en faveur de l'institution. Cette construction résulte de la prise en compte d'une partie considérée comme de mauvaise foi voulant se soustraire à l'arbitrage sans raison pertinente et contre laquelle il faudrait se prémunir. S'il ne saurait être reproché de vouloir pérenniser l'arbitrage international, on ne saurait pourtant exclure *ab initio* des hypothèses de dysfonctionnement de l'institution sous prétexte qu'il ne faut pas, par principe, créer une possibilité pour une partie de mauvaise foi de s'y soustraire. Ainsi, on ne saurait exclure certaines situations de la réflexion juridique au prétexte que leurs conséquences pratiques pourraient nuire à l'idéologie de faveur que porte l'institution d'arbitrage. Face à la généralisation du droit d'accès au juge et à son caractère fondamental, l'arbitrage peut-il continuer à faire figure d'exception ? L'impécuniosité d'une partie ayant souscrit une convention d'arbitrage est une situation pratique qui ne soulève pas moins de nombreuses questions théoriques au regard du déni de justice et donc de l'éventuelle responsabilité de l'État. Il convient donc d'étudier la responsabilité de l'État en cas de déni de justice économique dans le cadre de l'arbitrage international et de déterminer l'incidence d'une convention d'arbitrage sur la compétence internationale d'un État, donc de « *relocaliser l'arbitrage* ».

27. Le droit fondamental d'accéder au juge est général, il s'applique à toute personne devant toute juridiction, l'arbitrage ne saurait donc continuer à faire exception (Titre 1). Dès lors, il conviendra d'appliquer ce principe à l'institution d'arbitrage pour apprécier la légalité du droit en vigueur et déterminer l'État compétent (Titre 2).

Titre 1 : La généralité du droit d'accéder à la justice et l'exception arbitrale

28. L'institution judiciaire est l'une des constantes du droit, si ce n'est la constante du droit. Le juge permet d'assurer la cohésion de la société en instaurant un équilibre et en atténuant les aspirations à la justice privée par sa médiation. Si l'on peut concevoir des domaines de droit sans juge ou de droit sans règle, là où il n'existe ni juge ni règle, le droit est inexistant⁴. L'instance judiciaire, peu importe sa forme ou sa nature, constitue l'essence du droit. L'autorité sociale et juridique organise le débat, remplaçant la guerre des forces par la guerre des mots. Si le procès doit être envisagé comme le « *droit en guerre* », loin de s'en attrister, il convient au contraire de saluer cet apport des civilisations qui consiste à avoir évincé la vengeance, le recours à la justice privée⁵, par cette voie. De nos jours, envisagé comme une condition nécessaire à la démocratie, le procès est en passe de devenir, dans sa globalité, une liberté fondamentale. Le raisonnement est que, pour concrétiser l'égalité des individus devant la loi, qui comprend l'égalité devant la justice, l'État doit opérer une discrimination positive, dont l'aide juridictionnelle constitue l'une des solutions efficaces. Ainsi, le principe d'égalité conduit l'État à devoir traiter des inégalités devant la justice pour assurer l'effectivité de l'égalité devant la loi et la justice qui constituent deux principes à valeur constitutionnelle.

29. Désormais, on parle de « droit au recours », de « droit au juge » et non d'accès à la justice. L'accès à la justice est devenu lui-même un droit de toute personne physique ou morale⁶ car le procès est une nécessité sociale. On discute la règle, on en déduit le sens : le juge dit le droit et non exécute la loi, car elle n'est pas un dogme mais un instrument de raison au service de ses fins.

Le procès est le critère du droit, comme ayant vocation à être invoqué devant le juge. Le juge, donc, existe partout, c'est une constance du droit, son expression. Il est « *la clef de voûte du système juridique puisqu'il est le maître de l'effectivité des droits et des lois (...), le juge tient donc le droit dans son existence même, entre ses mains* »⁷. C'est sa présence qui incite à agir selon le droit. Il a reçu le pouvoir de statuer au nom de la société, de traduire la conscience sociale et d'assurer le respect de l'état de droit. Sa position aura force de vérité légale⁸. Le juge fait le droit, c'est pourquoi la justice est exigible. Tout citoyen doit pouvoir exiger que l'équilibre soit respecté ou rétabli.

Lorsque la justice ne fonctionne plus, elle laisse place à la justice particulière, en un mot, à la vengeance. Le juge est le garant de l'État de droit. Or, d'un point de vue formel comme substantiel, le déni de justice est une injustice et l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme exprime ce sentiment objectif de justice. Un principe logique presque instinctif nous commande de considérer qu' « *un jugement est injuste lorsqu'il n'est pas rendu* »⁹. Le nécessaire accès à la justice renvoie donc au problème du déni de justice en arbitrage international. Si le déni de justice et sa sanction sont reconnus

4 Le droit peut se passer du juge dans certaines de ces branches comme l'illustre l'absence de juge constitutionnel jusqu'en 1958 en France. Mais, si la société n'instituait aucun juge, elle serait de non-droit.

5 La notion de justice privée peut en effet s'entendre soit comme la vengeance soit comme l'arbitrage. Néanmoins, dans le cadre de cette étude, justice privée ou justice particulière doivent être comprises comme se référant à la procédure d'arbitrage.

6 Cette conception imprègne aujourd'hui l'Europe communautaire avec l'adoption dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne d'un titre spécifique à la justice et avec la directive communautaire relative à l'aide juridictionnelle pour les litiges transfrontaliers du 27 janvier 2003. Le droit d'accès au juge, droit subjectif, est devenu une prérogative juridique dont une personne est titulaire. La Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales reconnaît que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu. Elle admet ainsi que les États puissent le limiter à condition de ne pas l'atteindre dans sa substance même et de manière proportionnelle à un but légitime : V. CEDH, 18 fév. 1999, *Beer et Regan c. Allemagne* Rec. 1999-1 ; DTDH 2000.77 obs. Tigroudja.

7 BARANÈS (W.), FRISON-ROCHE (M.-A.), Le souci de l'effectivité du droit, *D.* 1996, chron. 301 n° 4 et 10.

8 Ainsi, le point commun de toutes ces règles est leur vocation à recevoir une application judiciaire.

9 FRISON-ROCHE (M.-A.), Le juge et le sentiment de justice, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Préf. R. Badinter, 2002, Montchrestien p. 42 spéc. p. 48.

depuis longtemps, sa caractérisation en matière d'arbitrage peut poser problème au regard de la responsabilité de l'État puisque l'institution est dite délocalisée.

30. Le déni de justice ne sera analysé qu'au regard de l'une de ses composantes : celle du déni de justice économique. Le défaut de moyens financiers peut-il être considéré comme une limite proportionnelle et légitime au droit d'accès au juge ? Cette analyse impose d'étudier non seulement les caractères de la justice arbitrale mais aussi sa place au sein du système de justice d'un État pour déterminer si l'État peut se voir reconnaître responsable d'une telle carence. Le droit, autonome et fondamental, d'action en justice de chaque individu est général, il s'applique à toute instance et toute personne. Reconnu comme une justice à part entière, le droit au juge peut être valablement satisfait par le recours à la justice arbitrale, à condition qu'elle soit effective. Ce droit d'action s'entend du droit d'accéder à une justice effective et ne saurait être restreint à une décision statuant sur la compétence d'une juridiction. Dans cette mesure, la convention d'arbitrage constitue-elle une renonciation admissible à un droit d'accès au juge ?

31. Il convient donc d'envisager, dans un premier temps, le caractère général et fondamental du droit d'accéder au juge (Chapitre 1) et dans un deuxième temps, dans quelle mesure l'arbitrage peut faire figure d'exception à ce principe (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le contenu du droit fondamental d'accéder à la justice

Portalis : « *la justice est la première dette de la souveraineté... c'est pour garantir cette dette sacrée que les tribunaux sont établis* »¹.

32. Le droit français est empreint de l'idée que le procès est un mal, transformant le droit en droit en guerre, expression pour le moins péjorative. Or, comme le relève un auteur, « *associer la procédure à la guerre, c'est nécessairement concevoir le procès comme un phénomène exceptionnel, voire pathologique, alors qu'on pourrait avoir une conception plus ordinaire du procès, conduisant notamment à aborder la question du contentieux de masse non pas comme une plaie mais sous le mode premier et normal de la satisfaction juridique* »².

L'action peut se définir comme le pouvoir reconnu aux justiciables de s'adresser à la justice pour assurer la protection de leurs droits et intérêts légitimes. Elle « *sert à déterminer si une situation est susceptible d'être l'objet d'un procès et par qui et contre qui celui-ci peut être engagé. Ainsi, l'action naît d'une situation au profit d'une personne contre une autre* »³. Cette notion, à la jonction entre le droit et la procédure, est souvent assimilée soit au droit au fond, soit à la demande. En droit français, l'article 30 du Code de procédure civile, reprenant les enseignements de H. Motulsky, définit l'action en justice comme le « *droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* ».

La notion d'action en justice a donné lieu à de nombreuses controverses du fait de son importance. En France, une doctrine abondante, relayée par la jurisprudence, tend à considérer les droits procéduraux fondamentaux uniquement lorsque sont mis en cause des droits subjectifs fondamentaux, ce qui aboutirait à une légalité des droits en fonction de leur valeur présumée. Mais, si la notion d'action est centrée sur le procès, celle de droit au juge montre le lien existant entre la procédure et l'effectivité des droits. Ainsi, l'article 4 du Code civil lie le déni de justice au juge⁴. Il en va de l'ordre de la société, le juge doit rendre justice. C'est une nécessité pour éviter le recours à « *la justice privée, funeste aux faibles, [...] négation de la justice, désordre juridique* »⁵, « *il faut entendre par déni de justice [...] tout manquement de l'État à son devoir juridictionnel* »⁶. En effet, la nécessité pour l'État d'assurer à tout citoyen un accès au juge découle des exigences de l'état de droit.

Le droit ne doit pas devenir un instrument théorique détaché de ses fins sociales, c'est pourquoi le droit au juge se doit d'être effectif. Cette conception concrète implique d'assurer l'accès au juge y compris aux plus démunis et d'admettre que les obstacles matériels doivent être levés. Justice arbitrale et justice étatique ont une histoire commune : la reddition de la justice. La primauté de l'une sur l'autre dépend étroitement de l'organisation politique dans laquelle elles s'insèrent. L'arbitrage est devenu un instrument nécessaire au commerce

1 FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Titre préliminaire, De la publication, des effets et de l'application des lois en général, présentation au corps législatif, exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, 23 frimaire an X- 14 décembre 1801, t. VI p. 268 à 270.

2 FRISON-ROCHE (M.-A.), La procédure et l'effectivité des droits substantiels, in D'AMBRA (D.), BENOIT-ROHMER (F.) et GREWE (C.) (Dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Droit et justice coll. Dirigée par P. Lambert n° 49, actes du colloque des 31 mai et 1 juin 2002 organisé à la faculté de droit de Strasbourg par l'institut de recherche Carré de Malberg (IRCM) et l'équipe droits de l'homme du groupe de recherche sur les identités et les constructions européennes (GRICE), Bruyant p. 2 n° 4.

3 WIEDERKEHR (G.), Action en justice, in CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF p. 6.

4 La responsabilité du juge en cas de déni de justice formel de l'article 4 du Code civil est reprise par l'article 434-7-1 du Code pénal. L'article 4 consacre la jurisprudence en tant que source de droit. Le juge doit répondre aux insuffisances de la loi, il s'agit d'une obligation à sa charge.

5 CORNU, FOYER (J.), *Procédure civile*, Thémis, droit privé, 3^{ème} éd. 1996 p. 90.

6 TGI Paris, 5 novembre 1997, D. 1998.9, note Frison-Roche.

international et entretient des rapports complémentaires avec la justice étatique qui l'institue et le reconnaît. Néanmoins, si arbitrage et justice étatique poursuivent une fin commune, la justice, celle-ci est pour l'État à la fois un devoir et une prérogative. L'insertion d'une convention d'arbitrage, au sein d'un rapport contractuel consenti, ne saurait ôter à l'État toute responsabilité.

La volonté d'avoir recours à l'arbitrage doit-elle s'analyser comme une renonciation à la garantie fondamentale du droit au juge ? Assurément pas. La volonté d'avoir recours à l'arbitrage n'étant à aucun moment une renonciation au droit au juge, le droit d'action des parties doit être préservé. En effet, le droit d'action en justice est la contrepartie de l'interdiction de se faire justice soi-même. Lorsqu'il est légalement requis, le juge a le devoir de se prononcer. Dans la conception classique du déni de justice, le fautif est donc le juge qui s'est abstenu et l'article 4 du Code civil envisage ainsi le déni de justice sous l'angle du juge refusant de trancher au prétexte d'obscurité ou d'insuffisance de la loi. Pointant la culpabilité du juge, il dispose que « *le juge qui refusera de juger [...] pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* »⁷.

33. Une législation qui contredirait ce droit fondamental d'accéder à la justice devrait être écartée par le juge sous peine de commettre un déni de justice. Traditionnellement, on distingue le droit d'accès, qui serait satisfait tant qu'on ne refuse pas expressément à une personne l'accès à une juridiction, et les problèmes d'organisation juridictionnelle. Cependant, si assurer l'efficacité du service public de la justice est nécessaire, cette condition n'est pas suffisante. On peut concevoir une situation de déni de justice dans une hypothèse où le juge n'est pas dans l'obligation légale de statuer, voire dans l'obligation de se dessaisir. Tel serait le cas en application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Ainsi, selon le Conseil Constitutionnel⁸, dans l'hypothèse où l'on admet la reconnaissance d'un droit non assorti d'un recours effectif devant le juge, la garantie des droits n'est plus assurée et, en application de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789, il n'y a plus de Constitution. Dès lors, le principe de compétence-compétence nécessite d'approfondir la compréhension du droit d'action pour vérifier si la conception française de son effet négatif n'est pas contraire au droit d'accès à la justice, norme qui lui est éminemment supérieure.

Dans ce contexte, l'action en justice est une notion fondamentale. En effet, traçant la limite du juridique et du non juridique, elle est la mesure de l'obligation positive mise à la charge de l'État. Le juge, arbitral ou étatique, doit trancher le litige au fond. Une simple décision relative à la compétence ne saurait dès lors suffire, *a fortiori* lorsqu'elle est prise *prima facie*. « *L'empire contemporain du droit ne doit pas faire oublier que le droit est ordonné à la justice, qu'il n'est qu'un des moyens pour y parvenir et qu'il faut donc se défier d'un culte trop absolu du droit pour le droit. Le procès n'a de signification qu'à travers le jugement qui en marque le terme. [...] juger consiste à rendre la justice en disant le droit, et non pas à dire le droit en rendant la justice* »⁹. La justice est conçue comme une condition de la démocratie et de l'état de droit¹⁰. La justice est une fonction pouvant revêtir différentes formes. Si elle n'est pas un monopole étatique, elle n'en reste pas moins de la responsabilité de l'État, comme liée à l'effectivité de l'état de droit. En effet, c'est à l'État qu'il revient, en

7 Le refus de statuer (déni formel) et le mal jugé (déni matériel) doivent être rapprochés. À ce titre, les deux sont admis en droit international et engagent la responsabilité de l'État. C'est lui qui est débiteur de ce droit à la justice. Sa responsabilité est mise en cause : le déni de justice vise en effet un dysfonctionnement du service public de la justice, un manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle.

8 Cons. Const., 9 avril 1996, 96-373 DC, *Polynésie française*, JO 13 avr., p. 5724, *Justices* 1997/5.247 obs. Drago; *AJDA* 1996 p. 371 note O. Scharmek et Molfessis.

9 CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 4-5.

10 C'est ainsi que, l'une comme l'autre et magistrat et arbitre doivent rendre la justice conformément à leur mission et peuvent se voir reprocher le déni de justice. En cas de contrat d'arbitrage, le déni de justice prend un visage particulier pour devenir le déni d'une justice, étatique ou arbitrale, voire de justice quand le justiciable se voit refuser l'accès de part et d'autre.

dernier lieu, d'assurer l'effectivité de la justice, et qui verra sa responsabilité engagée en cas de déni de justice.

Dès lors, l'insertion dans un rapport contractuel d'un contrat d'arbitrage ne saurait exonérer l'État de sa responsabilité au titre du déni de justice tant interne qu'international, et ce, peu importe l'affirmation plus ou moins avérée du caractère délocalisé de l'arbitrage international.

34. Il convient d'étudier le droit d'accéder à la justice à travers la notion de droit d'action (Section 1). Le lien entre le droit d'accéder à la justice et l'État démocratique et l'état de droit impose de reconnaître un caractère général à l'accès à la justice (Section 2).

Section 1 : Sens et portée du droit d'accéder à la justice

35. La notion d'action est centrée sur le procès. Elle a cependant donné naissance en France à la notion de droit au juge illustrant ainsi le lien existant entre la procédure et l'effectivité des droits, lien qui a été mis en lumière par la théorie de l'état de droit¹¹. L'action est un droit fondamental en ce qu'elle sert de support au droit au juge. L'action, entendue comme le moyen de réalisation des droits (§1), devient un droit fondamental, un droit au juge et au jugement (§2). Ainsi, le droit d'action revêt un caractère fondamental y compris en matière de commerce international et partant d'arbitrage international. La simple possibilité de saisir le juge étatique aux fins d'un déclinatoire de compétence est insuffisante à satisfaire ce droit.

§1- Le droit d'action comme moyen de réalisation des droits

36. Au regard du développement de l'arbitrage international et de la question du déni de justice, la question du caractère fondamental du droit d'action se pose : l'action en justice est-elle un droit fondamental tant devant la justice étatique qu'arbitrale ? La qualification d'action en droit reste discutée et son caractère de droit subjectif est parfois nié¹². Néanmoins, l'action est un droit, et mieux, un droit fondamental autonome (A). L'enjeu concret du droit au juge est *in fine* la prééminence du droit, *via* l'accès au juge (B).

A- La nature du droit d'action en justice, un droit fondamental autonome

37. À l'origine, en droit romain ou en droit anglais, la reconnaissance d'une action créait un droit, marquant l'importance d'une telle action¹³. Le critère de juridicité par sa soumission au juge était donc éclatant. Le droit romain considérait que les droits découlaient des actions

11 V. notamment : GREWE (C.), L'accès au juge : le droit processuel d'action, in D'AMBRA (D.), BENOIT-ROHMER (F.) et GREWE (C.) (Dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Droit et justice coll. Dirigée par P. Lambert n° 49, actes du colloque des 31 mai et 1 juin 2002 organisé à la faculté de droit de Strasbourg par l'institut de recherche Carré de Malberg (IRCM) et l'équipe droits de l'homme du groupe de recherche sur les identités et les constructions européennes (GRICE), Bruyant, p. 30.

12 La France se distingue, avec les pays nordiques, au regard du droit d'action. En effet, la constitution de 1958 reste pour l'essentiel légicentriste, les droits de l'homme n'étant pas conçus à l'époque comme des droits subjectifs. Certains considèrent l'action comme un pouvoir. Cependant, l'action doit être individualisée pour être recevable. Pour un aperçu historique des rapports entre droit substantiel et droit d'action V. MOTULSKY (H.), Le droit subjectif et l'action en justice, *APD* 1964 p. 215 reproduit in MOTULSKY (H.), *Écrits, t. 1 Études et notes de procédure civile*, Dalloz 1973, Préf Cornu et J. Foyer p. 85.

13 V. pour une analyse du droit d'action en Égypte : MENU, Ne pas procéder, Règles éthiques et mesures dissuasives dans l'Égypte pharaonique, in HOAREAU-DODINAU (J.), MÉTAIRIE (G.), TEXIER (P.), *Procéder, pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?*, Cah. De l'Inst. D'Anthrop. Juridique n° 13, Pulim, p. 11.

reconnues par le prêteur. Ce système, repris sous l'Ancien Régime, fut critiqué dès le XIX^{ème} siècle. Désormais, le système s'inverse et l'action est ouverte à condition de reposer sur un droit préétabli. Dans ce système, à un droit reconnu légalement correspond nécessairement un droit d'action. Pour les auteurs classiques du XIX^{ème} et début XX^{ème}, l'action était conçue comme le droit à l'état dynamique, le « *droit à l'état de guerre* ». Dans cette optique, héritée du droit romain, il n'y a pas de droit sans action et pas d'action sans droit. Cette analyse peut se voir confortée en droit européen et en droit interne, où le droit d'action est conditionné par l'existence d'une contestation portant sur un droit préexistant. Néanmoins, il convient de ne pas se méprendre, il n'est pas exigé que le droit soit établi pour que l'action soit ouverte mais que l'application d'un droit soit alléguée.

Progressivement, l'ordre s'inverse donc et l'action en justice est considérée comme une protection de l'État accordée aux sujets de droit et non comme créatrice de droit. Action en justice et droits substantiels restent étroitement liés bien que conceptuellement séparés. Le droit d'action est garant de l'effectivité du droit qu'il soutient tout en étant autonome. Ainsi, le droit d'action est un droit subjectif autonome (1). Le droit d'action est un droit fondamental, un « *droit fonction* » (2).

1) - Le droit d'action en tant que droit autonome

38. H. Motulsky¹⁴ distingue le droit d'action du droit substantiel partant d'une analyse du déni de justice et de la méthode structurale de la règle de droit. Il constate que le juge est débiteur d'une obligation : celle de rendre un jugement.

Ce droit subjectif de nature procédurale devient dès lors autonome au regard du droit substantiel. Sa théorie est consacrée à l'article 30 du Code de procédure civile reconnaissant l'action comme le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond par un juge pour qu'il la dise bien ou mal fondée. Si le régime du droit d'action et celui du droit substantiel diffèrent, droit et action sont étroitement liés. Une confusion est née en France au regard de l'article 31 du Code de procédure civile qui exige que l'intérêt du droit, objet de l'action, soit un intérêt légitime. Or, exiger que celui-ci soit légitime fait passer du contrôle de la recevabilité à celui de son bien-fondé, entretenant de la sorte une ambiguïté. Mais l'action ne se confond pas avec le droit qui sous-tend la prétention.

La demande en justice, premier acte du procès, est la mise en œuvre de l'action, qui est l'une de ses conditions de recevabilité. Le juge statue en premier lieu sur la recevabilité de l'action avant d'examiner son bien-fondé¹⁵. La demande est l'aspect procédural du droit d'action. Pour contester l'existence du droit d'action, le défendeur soulève une fin de non-recevoir, alors que pour attaquer la régularité de la demande, il soulève une exception de procédure. Enfin, pour contester le droit, objet de l'action, il exercera une défense au fond. Les trois notions sont donc différentes. La Cour de cassation en déduit fort logiquement que l'existence d'un droit substantiel n'est pas une condition de recevabilité de l'action en justice mais de son bien-fondé. L'existence du droit au fond n'est pas une condition de l'existence de l'action mais de son succès.

39. Il convient donc d'éviter la confusion entre les notions d'action, de droit au fond et de demande. Les conditions de recevabilité de la demande sont les conditions exigées pour introduire valablement un droit d'action. Les règles relatives aux demandes sont formelles et permettent d'encadrer le droit d'action mais ne se confondent pas avec lui. Dès lors, une

14 V. pour le caractère de droit subjectif du droit d'action ; MOTULSKY (H.), Le droit subjectif et l'action en justice, *APD* 1964 p. 215 reproduit in MOTULSKY (H.), *Écrits*, t 1 *Études et notes de procédure civile*, Dalloz 1973, Préf Cornu et J. Foyer p. 85 spéc. p. 97 et s.

15 V. notamment : C. Cass. Civ. 3, 5 fév. 1997, *Proc. Avr.* 1997 n° 82 obs. Perrot.

demande mal fondée ne retire pas son droit d'action au justiciable. Lors de l'introduction de la demande, seul le droit d'action est examiné, le fondement de la prétention litigieuse ne le sera que dans un second temps. La notion se distingue alors du droit substantiel d'une part et des formalités de l'action en justice et des voies de droit permettant la saisine du juge d'autre part.

40. L'article 30 du Code de procédure civile consacre l'action en tant que droit processuel autonome au regard du droit substantiel¹⁶. L'intérêt légitime ne doit pas être réduit à l'intérêt relevant, c'est-à-dire celui susceptible d'être tranché par le droit. La Cour de cassation s'attache à rappeler cette distinction : l'intérêt légitime doit être entendu comme une appréciation de l'importance de l'intérêt allégué et de sa légitimité, entendue comme un jugement de valeur évoluant en fonction de l'état et des mœurs de notre société¹⁷. De plus, si l'on exige pour la reconnaissance du droit d'action que celle-ci se fonde sur un droit, l'exigence ne va pas jusqu'à la preuve de l'existence du droit lui-même mais n'implique que l'apparence de celui-ci. À défaut, si la certitude du droit était requise, la justice se réduirait à une instance d'enregistrement. Or, la certitude juridique applicable à un cas d'espèce, si elle existe, n'est pas le lot commun des procès. Par ailleurs, la loi laisse certaines lacunes auxquelles le juge remédie en application de l'article 4 du Code civil.

41. L'action en justice est un droit subjectif de nature processuelle, c'est le droit d'exercer une prérogative, elle implique une liberté d'action. Le droit d'agir est aussi celui d'avoir tort et d'essayer de convaincre le juge. L'action en justice a toujours le même objet : celui d'être entendu par le juge afin qu'il statue sur la prétention. Ainsi, la demande peut être rejetée sans mettre à mal l'existence du droit d'action. C'est pourquoi, selon Madame M.-L. Niboyet¹⁸, dans une acception large, la notion d'action en justice se définit comme étant le droit à une juridiction. La possibilité d'une décision de rejet démontre l'autonomie de l'action en justice au regard de la demande ou du droit subjectif qui la sous-tend.

2)- Le droit d'action en tant que liberté fondamentale

42. Le droit d'agir en justice a un but social. Substitut au droit de se rendre justice, le droit au juge correspond à l'idée que, dans un but de paix sociale, nul ne peut se faire justice soi-même. Cette finalité impose un égal accès à la justice¹⁹. Ce droit est donc général. Une analyse historique montre que le besoin de justice est inhérent à toute organisation politique. Ainsi, Monsieur S. Guinchard développe la théorie du pouvoir, où l'action serait une liberté fondamentale, un pouvoir légal que chaque personne juridique possède. L'action doit être considérée, selon cet auteur, comme « *un pouvoir légal permettant (...) de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de la loi* »²⁰.

16 Pour une distinction entre droit subjectif et droit d'action : V. MOTULSKY (H.), Le droit subjectif et l'action en justice, *APD* 1964 p. 215 ; texte reproduit in MOTULSKY (H.), *Écrits*, t. 1 *Études et notes de procédure civile*, Dalloz 1973, Préf Cornu et J. Foyer p. 85 : « l'action se détache du droit substantiel, ce qui implique nécessairement qu'elle est indépendante de son succès. [...] l'action, admet-on, constitue une « faculté, une « possibilité », un « pouvoir », tandis que la demande en justice constitue la concrétisation de ces virtualités » (p. 94). « La faculté de saisir un tribunal, de s'adresser à lui, ce n'est pas l'action en justice : c'est l'accès aux tribunaux. Celui-ci signifie que l'on est habilité à mettre le mécanisme judiciaire en mouvement : il s'agit d'une liberté générale, offerte à tous ; mais il ne s'agit pas de l'action en justice, qui exige de l'appareil juridictionnel plus qu'une mise en marche [l'action est] la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention qui lui est soumise » (p. 95).

17 De la même manière qu'évoluent les notions de bonnes mœurs ou d'ordre public, le droit varie en fonction des populations et des époques.

18 NIBOYET (M.-L.), Action en justice, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, Quadrige, Dicos poche, 1 éd., 2003 p. 17.

19 RENOUX (Th.), Le droit au recours juridictionnel, *JCP* 1993.I.3675.

20 VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, 23 éd. n° 32 et s.

43. L'action apparaît comme l'exercice d'une liberté en ce qu'elle appartient à tous et qu'elle est abstraitement définie par la loi. Sa nature ne varie pas en fonction du droit qui la fonde, elle est en elle-même un droit fondamental. Elle est envisagée comme une liberté des individus de s'adresser à la justice, le citoyen est le créancier de l'État qui doit lui assurer cet accès.

Sur le plan processuel, il existe donc une faculté d'agir en justice, conséquence de la liberté fondamentale d'accès au juge. Elle traduit un pouvoir légal, celui d'être entendu devant le juge sur une prétention afin qu'il statue sur celle-ci²¹. La reconnaissance de sa nature de liberté fondamentale générale ne s'oppose pas à la réglementation de ses conditions d'exercice. Ainsi, l'exercice abusif reste sanctionné²² mais l'appréciation inexacte de ses droits par une partie ne constitue pas en elle-même un abus.

Le droit d'action est un droit fondamental autonome et il ne convient pas de distinguer selon le caractère fondamental ou non du droit qui le sous-tend mais selon sa vraisemblance. L'apparence prend alors une grande importance. Si l'action ne se fonde, en apparence, sur aucun droit subjectif (*i.e.* intérêt juridiquement protégé), le droit d'action n'existe pas. L'action en justice est un droit, un « droit fonction », transcendant ainsi la distinction entre le droit d'action / droit subjectif et le droit d'action / pouvoir, en ce que le droit d'action s'exerce dans l'intérêt de celui qui s'en prévaut et pour protéger son droit. La procédure ayant alors pour fonction de garantir l'effectivité des prérogatives juridiques des individus, l'accès au juge, à savoir la mise en œuvre de la procédure, devient donc fondamental et objet de garanties.

44. Le droit au juge²³, qu'implique le droit d'action, devient l'un des éléments de la « prééminence du droit ». Or, un recours n'est véritablement effectif que lorsqu'il peut être concrètement pratiqué et qu'il aboutit à un jugement. Le droit au juge contient le droit au jugement. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 9 avril 1996, ne reconnaît pas simplement le droit d'accès au juge, mais élève au rang de garanties fondamentales le droit au recours effectif²⁴. Obligation positive mise à la charge des États, la législation ou les autorités ne peuvent priver un individu de ce droit d'accès. La Cour européenne²⁵ a une conception large de l'article 6 de la CESDH. Elle précise qu'« *on ne comprendrait pas que l'article 6§1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'ont point d'intérêt en l'absence de procès* »²⁶. « *Dans*

21 NIBOYET (M.-L.), Action en justice, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, Quadrige, Dicos poche, 1 éd., 2003 p. 17 spéc. p. 19 : Les doctrines italienne et belge préfèrent envisager l'action comme un droit potestatif, comme « le droit de faire naître par un acte de volonté unilatéral (la demande en justice) un rapport juridique processuel (le lien d'instance) créateur de droits et d'obligations entre le juge et les parties (demandeur et défendeur), dont celle pour le juge de rendre une décision sur le fond ».

22 Code de procédure civile art. 559 et s. : Cette sanction n'est cependant admise qu'en cas de mauvaise foi ou de faute grossière, dolosive.

23 Pour une distinction entre le droit au juge et le droit d'action V. CADIER (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 555 et s. : « le droit au juge, c'est d'abord le droit d'accéder à un tribunal, qui n'est pas le droit d'action ».

24 Cons. Const., 9 avril 1996, n°96-373 DC, *Polynésie française*, JO 13 avr., p. 5724, *Justices* 1997/5 p. 247 obs. Drago ; *AJDA* 1996 p. 371 note O. Scharmek et Molfessis ; Disponible sur le site du Conseil (et commentaire du Conseil constitutionnel également disponible) : A propos du droit de propriété (article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) et de sa protection contre des atteintes : « Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ».

25 V. aussi : l'article 8 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 énonce que « toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ». Le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, pouvant être invoqué devant la cour de cassation, énonce à son article 2§3 « les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que toute personne dont les droits et les libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile [...] c'est le droit à un recours, pas nécessairement juridictionnel ».

26 CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, Série A, n° 18 & 36 Berger, n° 46 ; n° 1 /1973/11/18 ; SOYER (J.C.), Article 6, in PETTITI (L.E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.H.) (dir.), *Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, p. 251 ; SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ADRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne*

une société démocratique au sens de la Convention, le droit à une bonne justice occupe une place si éminente qu'une interprétation restrictive de l'article 6§1 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition »²⁷. Dans sa décision du 21 janvier 1994²⁸, le Conseil constitutionnel rattache ce droit à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui assure la « *garantie des droits* » en admettant qu'ils puissent faire l'objet d'atteintes non substantielles. Mais cette valeur constitutionnelle du droit au juge ne concerne que les droits fondamentaux. À travers ces décisions, l'action apparaît jusqu'en 1996 comme un droit fondamental ayant une valeur constitutionnelle lorsque la prétention soumise au juge tend à faire respecter un droit d'égale valeur²⁹. Cette conception était donc étroitement délimitée et reposait sur le droit soutenant l'action elle-même. En effet, dans sa décision du 9 avril 1996³⁰, le Conseil se fonde sur l'article 16 de la Déclaration et confirme en partie sa jurisprudence. Dans cette conception, le droit au juge ne semble exister que s'il existe au préalable un droit subjectif. Cependant, cette décision affirme nettement le principe d'effectivité des droits, ce qui aboutit à la reconnaissance du droit d'action comme liberté fondamentale.

45. Par ailleurs, de nombreux textes internationaux consacrent ce droit à caractère de liberté fondamentale. Ainsi, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 énonce que « *toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi* ». Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, pouvant être invoqué devant la Cour de cassation, énonce à son article 2 § 3 que « *les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que toute personne dont les droits et les libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile* ». En conséquence, le droit d'action est un droit et une liberté dans le système juridique français.

46. Quant à la jurisprudence de la CJUE, elle ne reconnaît au droit d'action le caractère de droit fondamental que dans un domaine spécial, afin de garantir l'applicabilité des normes communautaires. Là encore, cette jurisprudence est établie en considération du droit soutenant l'action elle-même.

Sur le fondement « *des principes généraux de droit communautaire qui découlent des traditions constitutionnelles communes des États membres* », la Cour reconnaît l'existence du droit au recours juridictionnel « *qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme* »³¹. Ce recours doit être assuré même dans l'hypothèse où « *les règles de la procédure interne ne le prévoient pas* »³². Ainsi conçu, le droit au juge vise aussi le droit au juge communautaire. En conséquence, les règles procédurales internes doivent assurer l'effectivité des droits reconnus au niveau communautaire.

Si le droit au juge trouve une limite dans l'abus de droit, afin de préserver le droit au contrôle juridictionnel, la théorie de l'abus de droit est entendue restrictivement au sein de l'Union européenne. Ainsi, la Commission européenne retient deux critères pour le

des droits de l'Homme, PUF, 2003 n° 3.

27 CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, série A, n°11 ; CHERRIER (J.-L.), Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n°216, 242, 289.

28 Cons. Const., 21 janvier 1994, *Urbanisme et construction*, Décision n° 93-335 DC, JO du 26 janvier 1994, *JCP* 1994.I.3761 obs. PICARD, n° 9 et 35 ; *D.* 1995 somm. 302 obs. Gaia.

29 Cons. Const., 21 janvier 1994, *Urbanisme et construction*, Décision n° 93-335 DC, JO du 26 janvier 1994, *JCP* 1994.I.3761 obs. PICARD, n° 9 et 35 ; *D.* 1995 somm. 302 obs. Gaia.

30 Cons. Const., 9 avril 1996, 96-373 DC, *Polynésie française*, JO 13 avr., p. 5724, Justices 1997/5.247 obs. Drago, *AJDA* 1996 p. 371 note O. Scharmek et Molfessis ; Cons. Const. 23 juillet 1999 n° 99-416, *Couverture maladie universelle*, JO 28 juillet 11250, § 38 ; *AJDA* 1999, p. 738, chron. J.-E. Schoettl.

31 CJUE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222-84, Rec. 1651 ; *D.* 1986 IR 454 obs. Cartou.

32 CJUE, 3 déc. 1992, *Oleifinit Borelli SPA c. commission CEE*, Aff. n° C 97/91, S. Guinchard, Procès équitable, *Rép. Proc. Civ.* Dalloz n°35.

caractériser : l'action doit, d'une part, être objectivement dépourvue de tout fondement et donc constituer un harcèlement processuel de l'adversaire et, d'autre part, avoir pour objet d'éliminer la concurrence. Selon les termes de la jurisprudence de première instance, au sujet de l'abus de position dominante, ce dernier est conçu de manière particulièrement stricte et est reconnu « *dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, l'accès au juge étant un droit fondamental et un principe général garantissant le respect du droit* »³³. « *Par le visa de l'art. 16 de la Déclaration française des droits de l'homme, il est acquis que, faute de droit effectif d'action en justice, c'est-à-dire faute d'un jugement, le droit substantiel ne peut pas être garanti, ce qui signifie qu'il n'y a pas de Constitution, c'est-à-dire pas de système juridique fondé, c'est-à-dire pas de droit objectif légitime. Le juge tient donc le droit, dans son existence même, entre ses mains* »³⁴. Encore faut-il s'entendre sur le contenu exact du droit d'action.

47. La Cour européenne fonde sa jurisprudence sur la « *prééminence du droit* » inscrite dans le préambule de la Convention européenne et sur « *les principes fondamentaux de droit universellement reconnus* ». Cette prééminence du droit ne pourrait être assurée sans un droit d'accès à un juge.

Dans le cadre de la CESDH, l'article 13 énonce que « *toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale* ». Pour la Cour européenne, l'article 6 garantit l'accès au tribunal à toute personne souhaitant introduire une action relative à des droits ou obligations de caractère civil³⁵. Si la cour, sur le fondement « *des principes fondamentaux de droits universellement reconnus* » prohibe le déni de justice, le droit au procès est conditionné à l'existence préalable d'une « *contestation portant sur un droit* » qui « *est celui que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne* »³⁶. En conséquence, l'article 6 ne s'applique qu'aux limitations procédurales de droit interne et ne vise pas les limitations matérielles d'un droit. Si le droit d'agir ne revêt pas un caractère absolu, la Cour européenne des droits de l'homme élargit de manière substantielle le domaine reconnu au droit d'action en se fondant sur l'article 6 § 1 de la Convention³⁷.

Par l'arrêt *Golder*, la Cour considère que le droit au juge n'est « qu'un aspect » du droit à un tribunal. En effet, le droit à un procès équitable comprend d'une part le droit à une bonne justice et d'autre part, le droit à l'exécution effective des décisions de justice. Elle consacre ainsi le droit à un tribunal et au jugement. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de tribunal se caractérise par sa fonction juridictionnelle consistant à « *trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »³⁸. Ainsi, le contrôle du juge ne doit pas être limité, à

33 CJUE (TPI) 17 juillet 1998, *ITT Promedia NV c. commission*, Aff. T 111/96 : Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>.

34 FRISON-ROCHE (M.-A.), BARANES (W.), Le souci de l'effectivité du droit, *D.* 1996 p. 301.

35 CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, Série A, n° 18 & 36 Berger, n° 46 ; n° 1 /1973/11/18 ; SOYER (J.C.), Article 6, in PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.H.), *Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, p. 251 ; SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ADRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, 2003 n° 3 ; V. CEDH, 9 déc. 1994, *Affaire des saints monastères grecs*, *Gaz. Pal.* 28 sept. 1995, note D. Worms ; DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), Droit à un juge, accès à la justice européenne, in *Pouvoirs*, Les Cours européennes, 2001-96, p. 123.

36 CEDH, 21 février 1986, *James c. Royaume-Uni*, Série n° 98 ; Berger n° 211 ; *JDI* 1987.772 chron. Rolland et Tarvernier ; Berger n° 79 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'Homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 624: il appartient au juge européen de se référer au droit interne pour déterminer l'existence d'un droit : CEDH, 28 sept. 1995 *Masson et Van Zon*, série A 327, §49. CEDH 19 oct. 2005 (Gr Ch.) *Roche c. Royaume Uni*, §119, *JCP* 2006.I.109 n° 4 obs. Sudre.

37 CEDH 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, Série A, n° 18 & 36 Berger n° 46 ; n° 1 /1973/11/18 ; SOYER (J.C.), Article 6, in PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.H.), *Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article* p. 251 ; SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ADRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, 2003 n° 3 ; CEDH, 24 oct. 1979, *Winter Werp c. Pays-Bas*, Série A, n° 33 ; *JDI* 1982.191 note Rolland.

38 CEDH, 22 oct. 1983, *Sramek*, série A, n° 84, § 36 ; S. Guinchard, Procès équitable, *Rép. Proc. Civ.* n° 198, à propos de l'Autorité régionale des transactions immobilières du Tyrol, en Autriche ; CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, série A, n°80 ; Berger n° 79 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'Homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 479, §600.

défaut ce serait vider de sa substance le droit à un tribunal³⁹. L'action se trouve élevée au rang des garanties relevant du contrôle supranational, droit effectif concernant tous les droits et obligations à caractère civil.

* *
*

48. Le lien entre droit au fond et droit d'action vient de l'exigence d'un intérêt légitime contenue au sein de l'article 31 du Code de procédure civile. Cela étant, l'intérêt légitime peut être assimilé au contrôle des bonnes mœurs, à un contrôle de moralité de l'action. Il revient à se demander si l'ordre juridique accepte que puisse être intentée une action sur un fondement donné. L'action ne se confond pas avec le droit qu'elle sous-tend et qu'elle permet de rendre effectif. Elle existe indépendamment de celui-ci. C'est un droit substantiel de nature procédurale devenu liberté fondamentale en tant qu'instrument de réalisation du droit au juge. L'action est au centre de la notion d'effectivité du droit et devient par là-même un devoir de l'État y compris en matière d'arbitrage.

B- Conséquence du droit fondamental et effectif d'accéder à la justice en droit français

49. Le droit d'action est reconnu en France comme un droit à valeur constitutionnelle. Il est par ailleurs protégé par les textes internationaux que la France a ratifiés (1). Néanmoins, le morcellement du procès amène à s'interroger sur le contenu du droit d'action pour en conclure qu'une simple décision statuant sur la compétence ne satisfait pas à l'exigence d'accès au juge (2).

1)- Consécration du droit d'accéder à la justice en tant que liberté fondamentale effective

50. En droit français, le droit d'action est donc un droit autonome. Cela étant, aucun texte ne fait allusion au droit fondamental et effectif d'agir en justice, autrement dit à son accès matériel. Seule la Déclaration des droits de l'homme incluse dans le projet constitutionnel du 19 avril 1946 énonçait à son article 11 que « *la loi assure à tous les hommes le droit de se faire entendre en justice et l'insuffisance de ressources ne saurait y faire obstacle* ». Néanmoins, l'ordre juridique français consacre le système d'aide juridictionnelle, partant du postulat que l'accès à la justice ne doit pas être paralysé par un défaut de moyens financiers⁴⁰, conformément à l'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Le déni de justice économique est ainsi reconnu, et à cet égard la France fait preuve d'une volonté législative pour lutter contre celui-ci. En conséquence, l'État a l'obligation de lever les obstacles matériels, financiers ou juridiques qui pourraient entraver l'exercice du droit d'action. Le caractère « délocalisé » de l'arbitrage ne remet pas en cause cette obligation de l'État, qui se doit de garantir l'état de droit, la démocratie et l'accès au juge, peu importe à cet égard que les parties aient choisi la voie de la justice arbitrale.

³⁹ CEDH, 28 juin 1990, *Obermeier c. Autriche*, Série A, n° 179, § 70 ; Berger n° 50 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'Homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 263.

⁴⁰ À ce titre, le droit français consacre aussi le principe de gratuité de la justice.

51. De la consécration du droit d'agir en justice naît le droit au juge⁴¹. En droit belge, le droit d'accès au juge est reconnu comme un droit naturel depuis 1840. En France, la reconnaissance du droit d'action est principalement jurisprudentielle. Ce droit est protégé par le Conseil constitutionnel. Monsieur Th. Renoux a ainsi dégagé deux séries de principes fondant la valeur constitutionnelle du droit au juge⁴². D'une part, on observe le principe de séparation des pouvoirs qui est en France à l'origine de la reconnaissance du pouvoir juridictionnel, et le principe d'égal accès à la justice. Le Conseil déclare non conformes à la Constitution les lois excluant une catégorie d'individus de l'exercice des voies de recours, condamnant ainsi toute discrimination dans le droit d'agir en justice⁴³. D'autre part, on retrouve les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui expriment le caractère fondamental du droit d'agir en justice, en témoignent la prohibition du déni de justice⁴⁴ ou de la mort civile⁴⁵, et le respect des droits de la défense.

52. La Cour européenne affirme avec force la positivité du droit à un juge⁴⁶, un État ne pouvant exclure le droit d'action sans motif sérieux. Les justiciables doivent en effet pouvoir faire trancher leurs prétentions par un juge. Selon la Cour, « *le fait d'avoir pu emprunter des voies de recours internes, mais seulement pour entendre déclarer ses actions irrecevables par le jeu de la loi, ne satisfait pas toujours aux impératifs de l'article 6§1* »⁴⁷.

53. L'accès au juge doit être garanti sur le plan juridique et matériel. Sur le plan matériel, il est nécessaire d'assurer la mise en place d'une aide juridictionnelle pour permettre aux plus démunis de voir leur cause entendue devant le juge. L'entrave au droit d'accès à la justice ne doit pas être en fonction des ressources des individus, elle ne doit pas provenir de la disproportion de celles-ci au regard du prix d'accès au droit et donc au juge. Le droit d'accès à la justice est donc général, aucune discrimination n'est admise au regard de l'accès à la justice afin de satisfaire l'objectif de prééminence du droit dans un État démocratique. L'absence de procès étant pire que le mal d'un procès et ouvre la voie à la justice privée. Par ailleurs, un individu ne peut pas renoncer totalement et préalablement au droit au juge, ce droit étant d'ordre public, le contrat d'arbitrage ne pouvant donc être assimilé à une telle renonciation⁴⁸.

2)- Insuffisance d'une décision statuant sur la compétence

54. L'effectivité du droit d'accès au juge suppose que le recours juridictionnel permette un contrôle juridictionnel réel, effectif. Ainsi, le tribunal saisi doit l'être en pleine juridiction afin d'examiner l'affaire en droit et en fait.

Le justiciable doit pouvoir, en fait, avoir une réelle possibilité d'accéder à la justice, l'arbitrage international étant inopérant à lui dénier ce droit. Dès lors une législation qui se révélerait contraire à ce principe fondamental serait illicite. C'est cette idée que traduit la notion d'effectivité, constamment à l'honneur dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, et qui aboutit à un raisonnement fonctionnel au centre duquel se

41 V. RENOUX (Th.), *La constitutionnalisation du droit au juge en France*, in Rapport au colloque du CEDORE sur le droit au juge dans l'Union européenne, Nice 25 et 26 avril 1997, LGDJ 1998, p. 109.

42 RENOUX (Th.), *Le droit au recours juridictionnel*, JCP 1993.I.3675.

43 Cons. Const., 27 déc. 1973, *Relative à la loi de finance de 1974*, Rec. 25 ; Disponible sur le site du Conseil.

44 Article 4 du Code civil.

45 Loi du 31 mai 1854.

46 CEDH, 28 oct. 1999, *Brumarescu c. Roumanie*, JCP 2000. I. 203, n° 10, obs. F. Sudre, *D.* 2000, somm. 187, obs. N. Fricero, *JDI* 2000. 127, obs. S. Restencourt.

47 CEDH 6 déc. 2001, *Yagtzilar c. Grèce*, Journal des droits de l'Homme, supplément au n° 7 du 31 janv. 2002 des Annonces de la Seine.

48 V. Comm. EDH, 27 nov. 1996, Req. n° 28101/95, *Nordstöm-Janzon c. Pays-Bas* : DR 97/112 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'Homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 232.

trouve le juge. Dès lors, comme le soulignent de nombreux auteurs, « *il existe sur le plan des libertés, un véritable droit d'agir en justice* », expression d'une liberté fondamentale⁴⁹. Une telle position revient à admettre que le droit d'agir marque une limite à la puissance étatique et que son existence peut créer à la charge de l'État certaines obligations propres à assurer son effectivité. La justice devient dans ce cadre un bien public.

55. On constate, en droit français, un morcellement des différentes étapes du procès fondé sur une approche chronologique. Ainsi, le droit d'accès précéderait les conditions relatives à l'action et celles déterminant la compétence du tribunal saisi. Ainsi, H. Motulsky⁵⁰ procède à une distinction entre l'action en justice, la compétence et le droit d'accès au tribunal en établissant une symétrie entre les notions de pouvoir juridictionnel et d'accès au tribunal. Dans cette optique, le droit d'action permettrait aux individus de s'adresser aux tribunaux uniquement afin qu'ils statuent sur leur compétence. Le demandeur qui se verrait opposer l'incompétence des tribunaux français ne pourrait invoquer le droit au juge, celui-ci étant par hypothèse satisfait. De ce fait, la responsabilité internationale de l'État au titre du déni de justice serait éludée. En conséquence, au regard du principe de compétence-compétence, le droit français serait conforme au droit d'accès au juge. Cependant, cette analyse heurte le sens commun de l'équité : un juge statuant sur sa compétence seule n'est suffisant ni en pratique ni au regard de la mission de la justice. Cette conception abstraite n'est pas unanimement partagée et ne correspond guère à l'évolution du droit positif ni à la jurisprudence relative au déni de justice.

On ne peut se satisfaire d'une situation où, bien qu'ayant un droit d'agir en justice, une partie se trouve dans l'impossibilité d'avoir recours à l'arbitre, faute de moyens, et au juge étatique, du fait de l'exception d'incompétence. S'il existe en effet des liens entre l'action en justice et l'accès aux tribunaux, selon Madame M.-L. Niboyet-Hoegy, ce raisonnement conduit à la création d'un juge qui statuerait uniquement sur l'existence du droit général d'ester. L'État doit donc assumer le libre accès à la justice, à savoir le droit au juge, entendu comme le droit au jugement au fond. Or, pour satisfaire à la prohibition du déni de justice, la Cour impose que le tribunal soit saisi en pleine juridiction⁵¹. En effet, si le contrôle du juge se trouve être trop limité, il vide la substance même du droit d'accès au juge⁵². Ainsi, un simple examen *prima facie* ne saurait suffire, l'intégrité de la fonction juridictionnelle se devant d'être respectée. Dès lors, dessaisies en application du principe de compétence-compétence, les juridictions françaises n'auraient pas satisfait à l'obligation d'assurer à chacun le droit au juge en cas de déni de justice de fait.

56. La Cour Européenne des droits de l'homme reconnaît le droit d'accès au juge à toute personne revendiquant un droit ou une obligation de caractère civil. Dans cette hypothèse, elle consacre le caractère fondamental du droit d'action. La prééminence du droit n'est effective qu'avec la consécration d'un droit d'accès au juge.

Selon la Cour Européenne, la prohibition du déni de justice appartient aux « *principes fondamentaux de droit universellement reconnus* ». Ainsi, « *le fait d'avoir pu emprunter des*

49 V. notamment : VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, 23 éd., n°32 et s ; Si l'action en justice se distingue du droit subjectif qu'elle met en œuvre, et est elle-même un droit subjectif (art. 30 du Code de procédure civile), il faut distinguer la recevabilité et le fondement de l'action (art. 32 du Code de procédure civile). Sur le concept de déni de justice en droit interne induisant un droit au jugement : V. CORBION (L.), Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle, *Juriclassieur Civil Code* art. 4, Fasc. Unique (2007) n°58 et s. « *sous l'influence du droit européen, le droit devient de plus en plus réaliste. À ce titre s'est imposée l'idée que priver une personne titulaire d'un droit de la faire valoir efficacement en justice équivaut à un déni de justice [...] en amont, tout ordre juridique doit garantir qu'un juge acceptera de trancher le litige, et, en aval, que la décision de ce juge mettra fin définitivement au différend* » (n° 58).

50 MOTULSKY (H.), Le droit subjectif et l'action en justice, *APD* 1964 p. 215.

51 CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte c. Belgique*, série A, n° 43, § 51 ; S. Guinchard, Procès équitable, *Rép. Proc. Civ.* n°27, n° 320 ; CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, série A, n° 58, § 29 ; Berger n°59 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'Homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 939 ; S. Guinchard, Procès équitable, *Rép. Proc. Civ.* n° 320.

52 CJUE, 13 mars 2007, Aff. C-342/05 ; C. BLUMANN, Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire, *JCP* 2007.I.175.

voies de recours internes, mais seulement pour entendre déclarer ses actions irrecevables par le jeu de la loi, ne satisfait pas toujours aux impératifs de l'article 6§1 »⁵³, « *le droit d'accès à un tribunal ne se limite pas au droit d'engager une procédure, mais inclut le droit d'obtenir une décision d'un tribunal* »⁵⁴. Dans l'esprit de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour Européenne des droits de l'homme, le garant de l'état de droit est le juge.

Lorsque le juge étatique prend une décision en application du principe de compétence-compétence, elle reste uniquement circonscrite à sa compétence, dès lors elle ne satisfait pas aux conditions de droit d'accès à la justice qui implique le droit à un jugement au fond. L'État sera responsable du déni de justice si le tribunal arbitral ne peut se constituer et rendre une sentence, et cette responsabilité n'est pas exclue par la décision prise par les juridictions sur le fondement du principe de compétence-compétence. Le droit d'action est une liberté fondamentale reconnue comme telle par le conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la CJUE.

57. Ainsi, la seule application du principe de compétence-compétence, à savoir le renvoi des parties devant la justice arbitrale, ne saurait exonérer l'État de sa dette de justice, si l'arbitrage se révèle inapte à trancher le litige au fond. La saisine des juridictions étatiques sur la simple question de la compétence ne permet pas de répondre aux exigences du droit d'accès au juge.

* *
*

58. L'action en justice est le pouvoir de s'adresser à l'autorité judiciaire pour assurer la protection de droits et intérêts légitimes. Ce droit que possède chaque individu, personne morale ou physique, est consacré à l'article 30 du Code de procédure civile. Le droit d'action se distingue, y compris dans la jurisprudence de la Cour de cassation, du droit au fond, de la prétention litigieuse. L'intérêt légitime se rattache à la demande et permet d'apprécier moralement la légitimité de l'action. Cette appréciation évolue donc en fonction de la société, avec ou contre elle, en considération de la volonté politique d'admettre certaines actions au sein de l'ordre juridique. L'action en justice est considérée de nos jours comme une liberté fondamentale. Elle s'inscrit dans le cadre plus large du droit à un procès équitable et induit de ce fait non seulement le droit d'avoir recours au juge mais, en outre, le droit à un jugement qui ne se limite pas à une simple appréciation de la compétence juridictionnelle. Le droit d'action est reconnu tant par le Conseil constitutionnel que la CEDH et la CJUE. Son exercice doit être effectif et les limitations qui lui sont apportées doivent être légitimes et proportionnelles.

§2- Suppression du droit d'accéder au juge

59. Le droit d'action est une liberté fondamentale qui doit être préservée, y compris dans le domaine arbitral. Rares sont les hypothèses en droit français de déni d'action, et le principe de compétence-compétence n'en fait pas partie (A). De même si certaines limitations sont admises, elles se restreignent au domaine spécifique des immunités de juridictions (B).

⁵³ CEDH, 6 déc. 2001, *Yagtzilar c. Grèce*, Journal des droits de l'Homme, supplément au n° 7 du 31 janv. 2002 des Annonces de la Seine
⁵⁴ CEDH, 1er mars 2002, *Kutic c. Croatie* ; Rapp. CEDH 2003, n°48778/9.

A- Le déni d'action et le principe de compétence-compétence

60. Le déni d'action se distingue du déni de justice. Dans le premier cas, un droit substantiel n'est pas assorti d'un droit procédural. Cela étant, le droit d'action ne peut être limité que très partiellement ce qui n'empêche pas son encadrement formel.

61. Concernant le droit d'action et ses éventuelles limitations, l'article 13 de la CESDH exige qu'en cas de violation d'un des droits consacrés par la convention, un citoyen ait accès à un recours effectif dans le droit de l'État partie. Quant à l'article 5 § 4, il ne vise que les personnes arrêtées ou détenues et consacre un droit d'action, c'est-à-dire un droit au recours en justice. Enfin, l'article 6 consacre avec certitude l'existence d'un droit d'action dans les domaines d'application de la Convention à caractère civil et pénal. Dans ces domaines, ni le juge ni le législateur ne peuvent dénier le droit d'action.

L'article 6 § 1 n'a pas vocation à s'appliquer lorsqu'il n'existe aucun droit substantiel pouvant être invoqué devant le juge. En effet, le droit au juge n'existe que pour assurer l'effectivité d'un droit substantiel reconnu ou plus exactement envisageable. La jurisprudence de la Cour est constante, l'article 6 vaut pour les constatations « *relatives à des droits de caractère civil que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne* ». L'article 6 « *n'assure par lui-même aux droits et obligations à caractère civil aucun contenu matériel déterminé dans l'ordre juridique des États contractants* »⁵⁵. La Cour « *n'a pas qualité pour substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales quant à l'application du droit interne, il lui appartient de statuer en dernier ressort sur les exigences de la convention* »⁵⁶. Tant qu'il ne s'agit pas d'un droit protégé par la Constitution ou par la CESDH, le législateur peut supprimer tout droit d'action⁵⁷.

62. Le déni d'action est l'hypothèse exceptionnelle où la loi prive une personne du droit d'agir en justice. Rares sont les textes qui nient le droit d'action. Il en est pourtant ainsi par exemple de la loi du 4 mars 2002 qui à l'alinéa 1 de son article 1 précise que « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ». Le but du législateur était d'interdire à un enfant né handicapé de revendiquer en justice le préjudice d'avoir à vivre du fait du non avortement thérapeutique de la mère. Par ailleurs, il existe en droit français des dénis d'action, notamment les articles 1965 et 1967 du Code civil qui ferment l'action en justice dans les hypothèses de dettes de jeu et de paris. Ils sont analysés comme laissant subsister un droit naturel, à savoir un droit sans action permettant d'exclure toute action en répétition ou la qualification de libéralité. Néanmoins, certains auteurs soutiennent que cette législation a fait du jeu une zone de non-droit. La question est donc celle de savoir s'il s'agit d'une obligation naturelle ou d'une absence de droit. Dans le domaine des jeux d'argent, le législateur refuse au titulaire d'un droit légalement consacré le bénéfice de l'action permettant l'exécution forcée. Il s'agit d'un refus d'action d'origine légale et non judiciaire. Quand on réfléchit en matière de recevabilité, c'est-à-dire d'existence de l'action, il y a une idée d'indignité de certaines actions. Le juge, dans certains cas, déclarera l'action irrecevable.

63. Le principe du droit d'accès aux tribunaux est consacré par la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme depuis l'arrêt *Ambatielos* du 6 mars 1956 (*Grèce c. royaume Uni*). La Cour a considéré dans l'arrêt *Golder* qu'un droit d'accès au juge était inhérent à l'article 6 de la Convention conçu comme le gage de l'effectivité de tout autre

55 V. notamment : CEDH, *Boden c. Suède*, 24 septembre 1987 ; CEDH, *Salerno c. Italie*, 22 septembre 1992.

56 CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c. France*, Série A n° 333-B, p. 41, § 31 : *JCP* 1996, I, 3910 chron. F. Sudre ; CHERRIER (J.-L.), Code de la convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n°226 ; *D.* 1996.357 note Collin-Demurieux.

57 V. pour une étude plus approfondie : BANDRAC (M.), Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi, in *Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003 p. 1.

droit. Cette analyse implique que le titulaire d'un droit fondamental doit être titulaire d'un droit processuel lui permettant la réalisation judiciaire de celui-ci. Ainsi, la Cour sanctionne les règles procédurales ne permettant pas à certains sujets de bénéficier du droit d'agir en justice⁵⁸. La liberté d'interdire une action au justiciable est étroitement encadrée et le principe de compétence-compétence ainsi que la conclusion d'une convention d'arbitrage ne peuvent avoir pour effet de dénier toute action au justiciable.

64. Le déni d'action est donc extrêmement rare en droit français. Il recouvre en réalité les actions que l'ordre juridique trouve immorales. En toute hypothèse, le déni d'action est strictement encadré et doit répondre à des impératifs supérieurs : il doit être légitime et proportionnel.

65. Le principe de compétence-compétence est une règle processuelle française imposant dans son effet négatif au juge étatique de se dessaisir dès lors qu'une partie invoque l'application d'une convention d'arbitrage au regard du litige qui lui est soumis. Il s'agit d'une règle de procédure française relative à la répartition des compétences entre les juridictions étatiques françaises et arbitrales. En aucun cas, l'application de ce principe ou l'insertion d'une convention d'arbitrage n'équivaut à un déni d'action légalement reconnu ou à une renonciation au droit d'action.

* *

*

66. Le droit d'accéder au juge peut être l'objet de certaines limites. La première d'entre elles est le déni d'action, c'est-à-dire l'impossibilité de faire valoir un droit devant le juge. Le principe de compétence-compétence est une règle de procédure, de répartition interne des compétences et ne peut être assimilé à un déni d'action en cas de conclusion d'une convention d'arbitrage.

B- Droit d'accéder au juge et immunité de juridiction

67. Des limitations au droit d'action sont admises lorsqu'elles ont un motif légitime, qu'elles sont proportionnelles à l'objectif poursuivi et qu'en substance le droit d'agir ne se trouve pas altéré⁵⁹. Avec l'arrêt *Golder c. Royaume Uni* du 21 février 1975 et sur le fondement du principe de prééminence du droit, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété l'article 6 § 1 de la CESDH comme garantissant un droit d'accès aux tribunaux, un droit au jugement. Selon la Cour « *il consacre de la sorte le droit à un tribunal dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir un tribunal, ne constitue qu'un aspect* ». Si ce droit est reconnu, il n'est pas absolu et les États peuvent le limiter.

L'arrêt *Ashingdane c. Royaume Uni* du 26 avril 1985 précise qu'il « *appelle par sa nature une réglementation par l'État* ». Les limites, pour se concilier avec l'article 6 § 1 de la convention, doivent cependant poursuivre un but légitime et être proportionnelles. Elles ne doivent en aucun cas atteindre le droit d'accès dans sa substance même. En d'autres termes, en présence de l'apparence d'un droit reconnu par le système juridique, le droit d'action se doit d'exister.

⁵⁸ Par exemple : CEDH, 9 déc. 1994, *Affaire des saints monastères grecs*, *Gaz. Pal.* 28 sept. 1995, note D. Worms : refus de reconnaître la personnalité juridique d'un groupement.

⁵⁹ V. CEDH, 21 novembre 2001, *Forgarty c. Royaume Uni* ; D. 2003.1246 note Flauss : concernant une immunité de juridiction.

68. Une atténuation majeure doit être apportée. L'inexistence du droit au juge en présence d'un droit substantiellement reconnu est considérée comme conforme à l'article 6 § 1 au regard des immunités de juridiction des États. La Cour a en effet exclu la violation de l'article 6 § 1 à propos de procédures tendant à mettre en œuvre l'obligation de réparer de ces États, analysant l'immunité comme une barrière procédurale et non comme une atteinte au droit substantiel. Tout en rappelant le droit au juge, elle admet la conformité à l'article 6 en examinant la légitimité et la proportionnalité. En conséquence, en application de la jurisprudence relative à l'immunité de juridiction dont bénéficient les États, le droit d'action peut être dénié ou limité si et seulement si la mesure est proportionnelle à un but légitime⁶⁰.

En matière d'arbitrage international, le débat est tout autre. La protection de l'arbitrage n'est pas sous-tendue par les mêmes intérêts que celle de la puissance publique. Dès lors, le raisonnement ne peut se transposer au principe de compétence-compétence, qui ne peut avoir le même effet que les immunités de juridictions. L'application de ce principe ne peut donc avoir pour effet de dénier tout droit d'action à un individu.

* * *

69. L'existence d'une immunité de juridiction d'un État aboutit à interdire à un justiciable d'avoir accès au juge. Cette limitation est communément admise. Cependant, elle ne saurait être transposée en matière d'arbitrage où les intérêts sont purement privés et n'ont pas de rapport avec une question de puissance publique.

Conclusion de la section 1

70. Le droit d'action concerne tant l'organisation de notre justice que la protection des droits. Ne pas le reconnaître⁶¹ ou ne pas l'exercer transforme la règle de droit en un « *rouage inerte* ». Ce constat ne cède pas en matière d'arbitrage international où le droit d'action et d'accès au juge doit être garanti. Le droit d'action est un droit autonome, fondamental et général⁶². Le principe de compétence-compétence intervient au stade primaire de la procédure et organise l'accès à la justice, spécifiquement l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Il s'agit d'une règle de procédure de droit français qui impose aux juridictions françaises de se dessaisir dès lors qu'il apparaît qu'un litige doit matériellement être soumis à l'arbitrage. Statuant sur la recevabilité de l'action devant les juridictions étatiques, cette décision de renvoi aux juridictions arbitrales ne saurait suffire à garantir le droit d'accès au juge car, comme le relève Madame M.-A. Frison-Roche⁶³, la procédure ne doit pas être envisagée de façon autonome au regard des droits substantiels, elle a pour fin l'effectivité de la loi, les droits procéduraux n'ayant de sens qu'au regard des droits substantiels. Instrument de réalisation des droits, la prohibition du déni de justice a donc un fondement de nature processuelle⁶⁴.

71. Le droit fondamental d'action en justice est soit conçu, dans la conception subjective,

60 Pour une violation de l'article 6 § 1 de la CESDH et une immunité de juridiction: CEDH, 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, Req n° 34869/05 ; Disponible sur le site de la cour en version française.

61 L'égal accès à la justice ne doit pas devenir un privilège.

62 DAVID (R.), *Théorie et réalité dans l'application du droit. Une enquête internationale sur l'accès à la justice*, *RID comp.* 1979 p. 617.

63 FRISON-ROCHE (M.-A.), *La procédure et l'effectivité des droits substantiels*, in D'AMBRA (D.), BENOIT-ROHMER (F.) et GREWE (C.) (Dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Droit et justice coll. Dirigée par P. Lambert n° 49, actes du colloque des 31 mai et 1 juin 2002 organisé à la faculté de droit de Strasbourg par l'institut de recherche Carré de Malberg (IRCM) et l'équipe droits de l'Homme du groupe de recherche sur les identités et les constructions européennes (GRICE), Bruyant, p. 2 n° 49.

64 En effet, au titre de l'article 12 alinéa 1 du Code de procédure civile, « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Cumulé avec l'article 4 du Code civil, lorsque le juge refuse de statuer sur la prétention soumise, il entre en contradiction avec la définition même de son office. De cette obligation de statuer du juge, le droit d'action en justice acquiert son effectivité. La volonté de se soumettre à l'arbitrage international ne signifie pas une volonté de se soustraire à toute protection juridictionnelle. V. CA Paris, 25 avril 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 800.

comme une prérogative accordée à tout sujet de droit, soit, dans la conception objective, comme un ensemble de règles relatives aux conditions de recevabilité des prétentions. Nous rejoignons l'analyse de Madame M.-A. Frison-Roche et W. Baranès selon laquelle l'action existe en soi et représente pour chacun le droit fondamental d'agir en justice, son but étant l'obtention d'un jugement au fond et partant, ce droit implique d'avoir un tribunal qui écoutera sa prétention. Sans accès au tribunal, le droit d'action n'aurait aucun sens et ne saurait être considéré comme effectif. Il traduit en fin de compte le droit que chaque individu possède d'invoquer le droit. Le droit d'action, loin de se limiter à des questions de recevabilité de la demande en justice, désigne le droit d'accès à la justice, le droit à une décision tranchant un litige. Dès lors, une décision se restreignant à une question de compétence ne saurait être suffisante à garantir ce droit.

Section 2 : Nécessité politique et juridique d'assurer un droit d'accès général à la justice

72. La nécessité de faire respecter le droit est envisagée comme le corollaire d'un État démocratique. Le droit est apprécié au regard de ses fins : le droit doit pouvoir être effectif donc appliqué. L'*imperium* ou le pouvoir de contrainte devrait dans cette conception être le critère de juridicité du droit. Un droit ne pouvant faire l'objet d'une contrainte étatique pour en assurer son exécution n'est pas effectif. Si le droit n'est pas un droit de valeur, en tant qu'instrument d'organisation politique, il évolue avec la société qu'il régit en intégrant certaines valeurs fondamentales de celle-ci. Afin d'assurer la « prééminence du droit », le droit au juge demeure son nécessaire corollaire de l'état de droit. L'état de droit est une nécessité de l'État démocratique moderne. Sans prééminence du droit, il n'y a plus de Constitution.

Somme toute, le premier critère du droit reste son effectivité et sa possibilité de sanction par l'autorité étatique qui l'a établi ou le reconnaît. Sans effectivité, le droit ne serait que lettre morte et n'aurait dès lors aucune utilité sociale. Dans ce cadre, le juge est donc, sinon le critère du droit, une nécessité de réalisation du droit. Les justices arbitrale et étatique sont complémentaires mais seul l'État reste débiteur de la dette de justice envers le citoyen. L'effectivité de la justice, tant arbitrale qu'étatique, doit être absolument préservée, il s'agit d'une nécessité politique (§1) rendant générale la prohibition du déni de justice (2§).

§1- Justice effective : condition de la démocratie et de l'état de droit

73. Dans son cadre institutionnel, la justice est conçue comme un attribut de la souveraineté⁶⁵. Dès lors, faire régner la justice est une exigence qui relève du pouvoir politique⁶⁶. De nos jours, la justice est considérée comme une composante essentielle de l'État démocratique (B) dans la mesure où elle constitue la garantie fondamentale de l'état de droit (A), elle est une autorité, un pouvoir. Chaque justiciable est donc en droit de revendiquer son application, la convention d'arbitrage ne pouvant s'analyser en une renonciation au droit au juge.

65 Ainsi, Saint Louis rendait la justice sous son chêne.

66 Historiquement, la justice a été un adjectif, « *ce qui est juste* », puis un substantif « *le juste* », avant de devenir un concept. Elle est une création de la société, science du juste et de l'injuste. La justice se définit alors par ses fins, dès lors, la voie importe peu : elle peut être étatisée ou contractualisée. Puis, avec l'évolution de l'État, elle devient représentative et exemplaire, rendue au nom du souverain. Le droit et la justice s'étatisent et perdent leur composante contractuelle.

A- L'accès à la justice comme corollaire de l'état de droit

« L'aménagement d'un ordre juridique hiérarchisé n'a de sens que dans la mesure où il repose sur un ensemble de valeurs sans lesquelles il ne serait que formalisme vain »⁶⁷.

74. L'arbitrage s'insère dans un système d'organisation politique, il est une voie juridictionnelle ouverte aux justiciables dans certaines matières sous certaines conditions. Il reste dans l'entière dépendance de l'État qui se porte garant de l'exécution de la justice. En conséquence, une sentence ne sera reconnue que si elle a été prise à la suite d'une procédure répondant au principe du procès équitable. Le contrat d'arbitrage, et plus largement la procédure d'arbitrage, ne remettent pas en cause cette exigence et la nécessité, tant juridique que politique, de respecter l'État de droit dans les sociétés démocratiques.

75. Il convient donc d'analyser sommairement la théorie de l'état de droit (1) pour comprendre le rôle qui lui est dévolu dans les sociétés modernes (2). En effet, au nom de l'état de droit, l'État doit garantir l'accès à la justice y compris lorsque les parties ont convenu de choisir la voie arbitrale.

1)- Analyse sommaire de l'essor de la théorie de l'état de droit et rôle du juge

76. L'état de droit ne se réduit pas à un concept idéologique mais implique un système d'organisation politique. Il exprime le lien entre le droit et l'État, un type nouveau d'État reposant sur la soumission au droit. À l'origine de la théorie, différentes conceptions ont émergé : l'état de droit a été envisagé soit dans une conception formelle (*i.e.* l'État qui agit au moyen du droit, en la forme juridique), soit dans une conception matérielle (*i.e.* l'État qui est assujéti au droit), soit encore comme l'État dont le droit comporte certains attributs intrinsèques (*i.e.* conception substantielle). Ces conceptions sont toutes sous-tendues par de fortes considérations politiques.

77. De façon générale, un bref aperçu met en lumière que la théorie de l'état de droit s'inspire d'une méfiance de principe face à l'État⁶⁸. Au cœur de l'état de droit, il y a donc l'idée de limitation du pouvoir de l'État. Le concept d'état de droit recouvre une certaine conception des libertés publiques, de la démocratie et du rôle de l'État. La limitation du pouvoir intervient dans un premier temps par référence aux droits de l'homme⁶⁹. L'État de droit crée la « possibilité d'opposition par le droit »⁷⁰ et a pour finalité la garantie de ces droits.

La théorie de l'état de droit implique aussi une conception de la démocratie où les représentants sont tenus au respect de normes supérieures. Avec l'état de droit, la démocratie

67 CHEVALLIER (J.), *L'état de droit*, 4 éd., Clefs politique, Montchrestien 2003 p.14.

68 Les philosophes se sont appuyés sur le contrat social en lui assignant la finalité de sécurité collective et de protection de ses membres ; cependant pour une analyse de la notion d'état de droit notamment au regard de la législation des pays arabes V. BACCOUCHE (N.), La justice comme nécessaire garant des libertés, in *Justice et démocratie*, Pulim, d'Agusseau (textes réunis par S. Gaboriau et H. Pauliat) p. 171 (et notamment pour une étude de l'instrumentalisation de la justice n° 27 et s).

69 La notion de « droits naturels » est l'expression de cette volonté de dissocier le droit de l'État. L'affirmation des droits de l'individu trouve ses racines dans l'école du droit naturel et des gens du XVIIème et XVIIIème siècle. L'individu est détenteur de droits en tant qu'Homme et l'État est tenu de les garantir. Dès lors, la hiérarchie formelle des normes devient un moyen de protection des droits individuels. Se profile alors une conception substantielle ou matérielle qui est confortée par la Déclaration des droits de l'Homme.

70 Termes empruntés à C. Lefort.

devient encadrée par le droit⁷¹. Cette conception postule une confiance dans le droit pour faire prévaloir certaines valeurs. Sorte de fétichisme de la règle, la norme assure ce qu'elle énonce. Elle tend à la judiciarisation de l'ordre social et légitime la montée en puissance du pouvoir juridictionnel. L'état de droit repose ainsi sur l'idée du gouvernement des « sages », les juristes, où le droit est conçu comme le seul savoir légitime pour gérer l'État. Son idéal est la suppression de tout pouvoir discrétionnaire. Il fait du pouvoir une compétence.

Si l'État libéral est limité et justifié par les droits de l'homme, le milieu du XIX^{ème} siècle marque le triomphe du positivisme juridique issu d'une théorie purement juridique de l'État. Cette antinomie entre positivisme juridique et droits de l'homme eut des conséquences sur la conception des droits subjectifs et celle de la théorie de l'action, particulièrement en France. La théorie a été confrontée à deux défis au cours du XX^{ème} siècle. D'une part, les régimes totalitaires⁷², et d'autre part, l'avènement d'un État providence⁷³. Elle va donc subir deux inflexions aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale et, par la suite, faire l'objet d'une transposition en droit positif. Désormais, l'état de droit suppose un certain « état du droit » qui le rapproche du *rule of law*⁷⁴. Les aspects formels et substantiels deviennent indissociables.

78. Depuis le milieu du XX^{ème} siècle, les exigences de l'état de droit propulsent la justice institutionnelle au premier rang. En effet, l'état de droit est défini par Monsieur J.-Y. Morin⁷⁵

71 Une part de la doctrine veut fonder l'état de droit en séparant État et droit en deux réalités distinctes. La norme juridique s'appuie alors sur un ordre préexistant divin, naturel, social ou humain. Son fait générateur se situe en dehors de l'État. Au début du XX^{ème} siècle, la notion de « droit objectif », née de la conscience sociale, imprègne la théorie (Pour une étude plus détaillée V. CHEVALLIER (J.), *L'état de droit*, 4 éd., Clefs politique, Montchrestien 2003 : qui relève que F. Gény distingue le « droit donné » du « droit construit »). L'idée est que le texte n'est que la transposition d'une norme juridique déjà présente au sein du groupe social. Le fondement du pouvoir de l'État et de ses gouvernants se situe alors dans le droit objectif qui tire son origine de la réalité sociale. Le droit devient avec Duguit un « fait social ». Il se forme sous l'influence de deux sentiments : celui de la sociabilité et celui de la justice (Pour une étude plus détaillée V. CHEVALLIER (J.), *L'état de droit*, 4 éd., Clefs politique, Montchrestien 2003). À l'inverse, H. Kelsen voit dans la théorie de l'état de droit une « fonction idéologique d'une importance extraordinaire » permettant de légitimer l'État et de renforcer son autorité. Il assimile les concepts d'état de droit et d'ordre juridique (H. Kelsen, *La théorie pure du droit* 1934, Dalloz, 1962). Le droit est conçu comme un système de normes liées les unes aux autres. Cette théorie de dynamisme du droit s'interroge sur les processus de création et d'application du droit. Elle l'envisage comme une série de normes en cascade qui s'enchaînent et s'engendrent successivement. Dans cette conception, l'ordre juridique étatique est caractérisé par une rationalisation du processus de production du droit. L'État devient « l'ordre juridique total ». H. Kelsen, récusant la présentation dualiste, postule sur l'absolue identité entre le droit et l'État. L'État, organisation politique, ne peut dès lors être pensé que comme un « ordre juridique ». Le concept de l'état de droit peut alors être envisagé d'un point de vue strictement positiviste, excluant tout jugement de valeur.

72 Face au développement des régimes totalitaires, et à leur inadéquation avec le concept d'état de droit, la théorie renvoie désormais à la démocratie libérale et aux droits de l'Homme. La conception purement formelle du droit fausse le sens de la hiérarchie des normes et prive les contrôles juridictionnels de toute portée. Ainsi, pendant la seconde guerre mondiale, en traitant la législation antisémite objectivement suivant une approche scientifique détachée de tout jugement éthique, elle contribua à la banaliser et la légitimer. De ce fait, pour que l'état de droit soit assuré, il doit prendre en compte les droits de l'Homme et libertés fondamentales. Un droit n'est pas conforme à l'état de droit du seul postulat qu'il respecte la hiérarchie des normes, encore faut-il qu'il soit conforme à une certaine vision substantielle. Les philosophes prennent la mesure de l'importance des garanties juridiques dans l'organisation politique : le règne du droit est un moyen de limitation étatique. La référence au concept d'état de droit s'inscrit dans trois perspectives : celle du droit contre l'État, développée par les « nouveaux philosophes » considérant la résistance à l'État comme une lutte contre la barbarie (en effet ceux-ci conçoivent les États totalitaires comme la quintessence de l'État d'où la nécessité de lier l'État au droit), celle du droit sans l'État des néolibéraux, et enfin celle des travaux de B. Barret-Kriegel qui entend réhabiliter l'État en prenant appui sur une démarche historique.

73 D'autre part, avec l'État providence, l'État est investi de la mission de satisfaire les besoins de tout ordre. Aux droits et libertés viennent se greffer les droits créances traduisant un pouvoir d'exigibilité au regard de l'État. La conception des droits de l'Homme change. L'État s'immisce dans les rapports privés de toute nature. On voit se alors se développer un droit interventionniste au service de la réalisation des politiques publiques. Le droit positif est en constante recherche de légitimité. Selon M. Weber, il trouve celle-ci dans la rationalité formelle de l'État de droit. L'État est hors de la morale, de la justice sociale ou des idéologies. Dans cette conception il est minimal. Le droit est alors rationnel car abstrait, général et impersonnel, il est systémique et procède d'une application objective. Dans *Théorie de l'agir communicationnel*, J. Habermas critique cette position en mettant en lumière les présupposés moraux qui la sous-tendent notamment l'idée de neutralité dans le classement des normes alors qu'il existe en réalité de nombreux choix à opérer entre deux normes de valeur égale. Or, cette hiérarchisation n'est pas moralement neutre. L'émergence de l'État providence représente la critique la plus décisive de l'État de droit. L'émergence des droits de la société sur l'État au XIX^{ème} siècle, « les droits créances », sont considérés comme caractéristiques de l'État providence. Ils ont été présentés comme des libertés réelles à l'opposé des libertés formelles, les droits libertés. Ces droits appellent l'intervention de l'État. Cette émergence a posé la question de la compatibilité entre État de droit et État providence. Selon M. Weber, la loi perd sa généralité et se transforme en instrument de réalisation politique perdant par là même sa rationalité et sa prévisibilité. Cette déformalisation du droit exposée au début du XX^{ème} siècle s'est vérifiée par la suite, mais, en tout état de cause, l'État de droit ne produit pas lui non plus un droit plus neutre, impersonnel ou rationnel. État de droit et État providence produisent un droit de valeurs. La Cour constitutionnelle ne consacre pas de hiérarchie entre ces deux droits mais cherche à les concilier. L'état de droit n'est donc pas inconciliable avec l'État providence. V. ROUSSEAU (D.), *L'état de droit est-il un état de valeurs particulières?*, in *Mélanges Pactet*, Dalloz 2003.

74 Comp. Avec article 3 du statut du conseil de l'Europe 5 mai 1949.

75 MORIN (J.Y.), *L'état de droit, émergence d'un principe du droit international*, *RCADI* n° 254, 1995 p. 180 et 124 ; V. pour une analyse de

comme « un ordre juridique permettant le contrôle du pouvoir et partant, la protection des droits de l'homme, le véritable test de l'état de droit se trouve dans l'existence d'une panoplie de procédures et de recours, appuyés sur des institutions, permettant à la victime d'une violation d'obtenir qu'il y soit mis fin et d'être indemnisée le cas échéant ».

79. Dans la conception française, l'état de droit « *présuppose une vision de l'État, entité abstraite et collective distincte de la « société civile », et du droit, perçue comme l'idéal de justice. Il repose sur une conception du pouvoir et des libertés individuelles qui a été cristallisée en France à la Révolution* »⁷⁶.

80. La notion internationale d'état de droit signifie le « règne du droit » : l'idée est que le pouvoir est fondé et limité par le respect du droit. Elle implique que l'État est soumis au droit⁷⁷. La Cour Européenne des Droits de l'Homme se réfère souvent à l'état de droit, à la notion de « *prééminence du droit* ». La CJUE parle de « *communauté de droit* ». Le traité d'Amsterdam⁷⁸ affirme que « *l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que sur l'état de droit, principes qui sont communs aux États membres* »⁷⁹. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans son préambule (al. 2) précise que l'union « *repose sur le principe de démocratie et d'état de droit* ». Le socle de l'état de droit repose désormais sur les droits fondamentaux qui bénéficient d'une consécration juridique dans des textes de valeur supérieure. Ils ont fait l'objet d'un processus de constitutionnalisation et d'internationalisation⁸⁰. Le droit doit donc revêtir un certain contenu substantiel, outre ses qualités formelles⁸¹.

81. Le concept d'état de droit étant devenu un « label » incontournable, tout pays se revendique état de droit. Peu importe le régime politique, chaque État se dit « de droit ». Cependant, la nouvelle conception de l'état de droit implique un ensemble de valeurs et de principes bénéficiant d'une consécration juridique et de garanties appropriées. Le simple respect d'une hiérarchie formelle devient insuffisant. Ainsi, la règle juridique doit présenter certains attributs substantiels⁸², la sécurité juridique étant une garantie contre l'arbitraire. Ce concept implique aussi que le droit existant puisse être connu et compris. Il suppose ensuite que les individus disposent de garanties contre les modifications du droit⁸³. Surtout, l'état de droit implique que toute décision soit encadrée par le droit et que ce droit soit garanti par l'intervention d'un juge qui apparaît comme la condition de la réalisation de l'état de droit.

82. Le juge devient la figure centrale ayant pour fonction de garantir le respect des lois. Le droit inapplicable ou inappliqué ne sert à rien. En effet, le droit est envisagé au travers de sa fonction sociale. En conséquence, chaque droit doit pouvoir être invoqué devant une juridiction, à défaut il serait lettre morte. La reddition de la justice est donc une composante essentielle de l'état de droit. Chaque droit reconnu doit pouvoir être invoqué devant le juge. Si le fait que le juge soit un magistrat ou un arbitre importe peu, en revanche, l'État doit garantir

l'État de droit : ROBERT (J.), *Vers l'État de droit, in Enjeux du siècle, nos libertés*, Economica, 2002 p. 35: l'auteur analyse la notion au regard de l'ordre juridique français.

76 CHEVALLIER (J.), *L'état de droit*, 4 éd., Clefs politique, Montchrestien 2003 p.52.

77 Notamment création de la CPI en 1998 par le Traité de Rome.

78 En date du 2 octobre 1977.

79 Article 6 § 1 du T UE.

80 International, européen et communautaire notamment article 6 § 1 T. d'Amsterdam.

81 Dans la sphère juridique, une réflexion naît alors sur la relation entre l'État et les droits de l'Homme. La prééminence des droits fondamentaux et leur effectivité devient une préoccupation essentielle. Ils sont conçus comme des droits subjectifs mais reflétant les valeurs objectives de l'ordre juridique. Sur ce concept d'état de droit va être légitimé le contrôle de constitutionnalité des lois, notion liant la démocratie au respect des droits fondamentaux.

82 Clair, précis, stable.

83 La loi ne doit pas être rétroactive sans justification d'un intérêt supérieur.

cet accès. L'arbitrage ne doit pas devenir un moyen de contourner le droit au juge et donc l'état de droit. Dans tous les cas, l'individu doit être protégé par le droit et l'insertion d'un contrat d'arbitrage ne saurait être comprise comme une renonciation anticipée d'un justiciable à la protection juridictionnelle qui lui est due. Que ce juge soit arbitral ou étatique, son intervention est nécessaire. Cependant, seul l'État est garant de l'état de droit, c'est donc à lui de garantir l'accès au juge. Dès lors, en cas de défaillance de la justice arbitrale, l'état de droit impose à l'État d'intervenir.

2)- Le juge comme critère de juridicité du droit : une nécessité sociale

83. La règle de droit a pour objet l'organisation de la société d'une part et d'autre part, l'organisation des rapports des membres qui la composent⁸⁴. Néanmoins, la finalité de la règle de droit ne se réduit pas à la composante d'ordre ou de sécurité mais inclut aussi l'objectif que le droit prend en considération : un besoin de justice, afin d'assurer la protection de tous, et donc en premier lieu des plus faibles. Ce qui distingue la règle de droit des règles morales ou religieuses est que celle-ci est non seulement obligatoire mais également sanctionnée par l'État⁸⁵. La règle de droit est obligatoire car elle a une finalité sociale d'organisation de la société et des rapports entre ses membres. Ce caractère obligatoire est nuancé en fonction de l'importance de cette règle pour l'ordre social, elle est tantôt impérative, tantôt supplétive de volonté. Dans les deux cas, lorsqu'elle s'applique, elle a un caractère contraignant et est donc sanctionnée par l'autorité publique.

84. La possibilité de saisir le juge et d'obtenir une réponse quant à la prétention soumise engage donc le système juridique dans son entier en ce qu'elle est le critère de la juridicité de la règle de droit. L'obligation du juge devient dans ce cadre l'essence du juridique, et ainsi « *ce qui est propre au droit, c'est une mise en question organisée, une institution de contestation [...] Procès et jugement sont des phénomènes psychosociologiques si irréductibles à tous autres et si spéciaux au droit qu'il apparaît rationnel d'en faire l'indicatif de la juridicité* »⁸⁶. Dès lors, « *il n'y a de droit que là où il peut y avoir un procès* »⁸⁷. Nous retiendrons donc l'analyse de J. Carbonnier, « *est juridique ce qui est propre à provoquer un jugement, ce qui est susceptible de procès, justiciable de cette activité très particulière d'un tiers personnage que l'on appelle arbitre ou juge* »⁸⁸. Comme le souligne Madame M.-A. Frison-Roche⁸⁹, « *on peut s'accorder pour dire qu'une société est organisée selon un état de droit lorsque les personnes peuvent obtenir d'un juge l'effectivité d'un droit ou l'application*

84 Pour une analyse des finalités du droit : V. BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz 4 éd. 2003 p. 31 et s. ; Pour une opinion défendant l'existence d'un droit en dehors de l'État : V. notamment : STONE SWEET (A.), GRISEL (F.), *L'arbitrage international : du contrat dyadique au système normatif*, in *L'arbitrage*, Arch. De Phil. Du droit, tome 52, Dalloz 2009 p. 75 : « *défendant l'existence d'un « droit sans organisation étatique ou pluri-étatique* » (p. 76). Les auteurs fondent la juridicité de ce droit sur l'intervention d'un tiers donc sur la justiciabilité dudit droit, ce tiers pouvant être un magistrat ou un juge. Pour en conclure que : « *cette conception de la juridicité a un potentiel explicatif important en matière d'arbitrage international, puisqu'elle permet d'envisager la juridicité de l'institution en dehors de tout rattachement à un ordre juridique donné* » (p. 80) . Ces auteurs soutiennent la théorie de la « *création normative triadique* » afin de permettre « *la création de normes juridiques abstraites, générales et prospectives en l'absence de système de contrainte et, donc d'ordre juridique au sens de la doctrine positiviste* » (p. 86).

85 Certains auteurs contestent cette analyse en soulignant qu'il existerait des règles de droit, juridiques par nature. Dans cette analyse, la coercition étatique n'est pas le critère de la règle de droit mais sa conséquence. Ainsi, peu importe la possibilité d'invoquer ou non la règle de droit devant un juge, celle-ci serait en elle-même juridique par nature. Dans cette conception peu importe donc l'effectivité du droit considéré. La théorie du critère substantiel de la règle de droit n'explique pas la mutabilité des règles de droit. Pour une définition du droit : V. BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz 4 éd. 2003 p. 17 et s.

86 CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, coll. Quadrige, PUF, 1994 p. 319.

87 CADIEU (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 38.

88 CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, LGDJ 10 éd. 2007 (« *Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit* »).

89 FRISON-ROCHE (M.-A.), Dénis de justice et interprétation de la loi par le juge, *Jurisclasseur Civil*, Code article 4, Fasc. Unique cote 11, 1996 p. 3.

89 FRISON-ROCHE (M.-A.), Dénis de justice et interprétation de la loi par le juge, *Jurisclasseur Civil*, Code article 4, Fasc. Unique cote 11, 1996 p. 3.

d'une règle et la sanction des atteintes à l'un et des violations de l'autre ». Ainsi, le préambule de la Constitution américaine souligne que l'établissement de la justice constitue une des missions essentielles de l'État.

85. Chaque homme est tenté de transgresser les lois, il faut donc créer une puissance publique à même de contraindre les citoyens à se conformer au droit⁹⁰. En l'absence de transgression envisageable, la loi serait uniquement portée à la connaissance de chacun. Or, la loi tire sa force de la possibilité de se voir invoquée en justice lors de sa violation⁹¹. Si la justice n'est pas rendue, puis appliquée, la loi reste sans effet.

La mission de la justice est de rétablir l'équilibre rompu par la transgression de la loi. La justice, comme institution, est humaine, elle reste un pan de l'État et chacun peut la saisir lorsqu'il estime son droit lésé. Corrélativement, l'état de droit implique de renoncer à la force privée dans le règlement des différends lorsque l'État assure un accès effectif à la justice. La force, canalisée socialement, est alors mise au service du droit. L'application du droit est acceptée dans son principe. L'ordre juridique existe dans la sphère où celui-ci se fait reconnaître. Les citoyens se battent alors avec des mots, le pouvoir juridique étant conçu comme un jeu de persuasion.

Les sujets de droit se battent devant le juge, au sein d'une instance officielle et renoncent par là même à la vengeance. « *Le législateur ne peut que produire les instruments normatifs, à travers les lois, mais non les appliquer lui-même : il n'a pas le pouvoir de rendre effectives les règles qu'il édicte. Si l'on pose que le droit ne prend vie, c'est-à-dire n'existe, qu'à travers son application, le système juridique doit mettre en avant, d'une façon première, ce souci d'effectivité du droit. Par conséquent, il cesse nécessairement de reposer sur la loi pour se reconstruire à partir du jugement* »⁹².

86. Les théories prolifèrent et divergent quant au fondement de la coercition étatique. On distingue ainsi celles du droit naturel⁹³, idéalistes, et celles, positivistes, qui voient dans le

90 V. *contra* : PACLOT (Y.), La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, *Rev. Soc.* 2011 p. 395 : « Une norme, c'est un instrument de référence, un modèle, qui sert de guide pour l'action. Mais qu'est-ce qui fait qu'une norme est juridique et qu'est-ce qui distingue la norme juridique d'autres types de normes ? Est-ce la contrainte ? Est-ce la possibilité de la contester en justice, ce que l'on a appelé la « justiciabilité ? » (n° 3) ». Cette question de la juridicité est spécifique puisque, comme le précise l'auteur, c'est une loi (celle du 3 juillet 2008 prise conformément à la directive n° 2006/46/CE du 14 juin 2006) qui se référerait à ce type d'accord. Les entreprises ont dû adhérer à ce « code », « sous la contrainte, à la faveur d'un véritable tour de passe-passe ». À défaut, le gouvernement les a « menacé » de légiférer sur ce point. « Juridicité forcée, certainement, mais il n'en reste pas moins que les dispositions de ce code méritent d'être reconnues comme juridiques » (n° 9). Selon l'auteur, ce code est donc une norme juridique. Il conclut à cette qualification en déplaise aux « esprits dogmatiques et passésistes pour qui le droit ne saurait procéder que de sources formelles » (n° 10). Dès lors, « Il faut sortir du système légaliste (auquel Gény n'avait d'ailleurs pas tout à fait échappé), changer de paradigme, et admettre le jaillissement, la diversité, le pluralisme, le désordre créateur des sources ; admettre qu'il y a des « sources d'en haut » et des « sources d'en bas », selon la terminologie de Philippe Jestaz ; dépasser la notion réductrice de sources du droit, qui renvoie nécessairement à ses sources formelles, et admettre l'existence de sources de droit. Cela conduit à reconnaître l'émergence de sources privées non étatiques » [...] et à prendre en compte la montée en puissance de la pratique en tant source créatrice de droit ; bref, à admettre la coexistence dans nos sociétés postmodernes du droit dur et du droit souple, de la hard law et de la soft law, et à considérer que ce code constitue du droit souple » (n° 11). Peu importe pour l'auteur qu'il s'agisse de recommandations dénuées de caractère obligatoire puisque selon lui la portée normative d'une règle réside dans sa perception. Nous partageons l'analyse de ce code en droit. En effet, ce code est une norme juridique car une loi lui attribue cette qualité au sein de notre ordre juridique (V. notamment : Article L. 621-18-3 du C. mon. Fin.) et que l'AMF assure l'effectivité de son application. L'AMF dispose à cet égard d'un pouvoir de sanction. On retrouve donc les critères dogmatiques et passésistes de juridicité : consécration légale/jurisprudentielle et coercition. En revanche pour les autres normes contenues dans le texte, le « standard » qu'il définit, il est certain que le juge peut en tenir compte pour apprécier la responsabilité des dirigeants. C'est une possibilité pour le juge non une obligation lorsqu'il définit les notions juridiques. L'auteur note par ailleurs que « le code est second par rapport à la loi - comme le serait un règlement d'application - ce qui ne contribue certainement pas à accroître sa force normative » (n° 27). Dès lors, « lorsque le code est plus exigeant que la loi [...] quelle serait la sanction en cas de violation de ces recommandations ? La sanction du marché, bien sûr, qui pourrait se détourner de la société ne respectant pas ces recommandations, l'atteinte à la réputation du dirigeant, mais [les contrats] ne pourraient être annulés, pour autant que les règles et les procédures légales applicables à la société aient été respectés ».

91 CADIEF (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 37 et s. ; Pour une analyse de la mission du juge : V. BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz 4 éd. 2003 p. 332 et s.

92 FRISON-ROCHE (M.-A.), BARANES (W.), *Le souci de l'effectivité du droit*, D. 1996 p. 301.

93 L'idée de droit naturel est extrêmement ancienne, procédant de l'intuition qu'il existe un ordonnancement ou un équilibre idéal de la nature. Cet équilibre se retrouve dans la vie sociale et constitue le juste, principe universel de justice s'imposant aux hommes et à la société. Aristote distingue la loi naturelle et le droit légal. Le droit légal est variable car il prend en considération les spécificités de la société et des hommes qui la composent mais il tend au bien commun. Saint Thomas d'Aquin établit une hiérarchie des normes dans laquelle prime la loi éternelle, de nature mystique, suivie de la loi divine, révélée aux hommes, puis par la loi naturelle qui est découverte par la raison, modèle

droit un fait de société⁹⁴. En fin de compte, la force du droit et son autorité sont sans doute le résultat d'un mélange entre traduction d'un projet politique de société et prise en compte de valeurs fondamentales. En effet, la règle de droit a de toute évidence un fondement social, elle correspond à un projet de société, à son organisation à un moment donné. Elle est donc évolutive. Le droit évolue avec la société qu'il régit. Cette conclusion n'empêche pas de juger et d'encadrer le droit au regard de principes supérieurs ou considérés comme tels par une société. C'est par l'effet de ce jugement que le droit évolue⁹⁵. C'est cette prise en considération des valeurs qui justifie que la règle soit imposée à l'ensemble du corps social⁹⁶. Un droit déconnecté des valeurs sociales est rejeté par l'ensemble du corps de l'ordre juridique considéré.

87. L'état de droit est donc un État composé de justiciables. Dans cette optique, le droit d'ester en justice est considéré comme un droit fondamental nécessaire car il est le seul à permettre la garantie de tous les autres droits. La Loi fondamentale allemande (article 19), la Constitution espagnole (article 24), la Constitution grecque (article 20), italienne (article 24) ou encore portugaise (article 20) consacrent toutes ce droit.

* *
*

88. Au cœur de chacune des conceptions de l'état de droit, il y a l'idée que l'individu doit être protégé contre l'État. Cette protection implique donc une limitation du pouvoir par le droit. Désormais, la notion d'état de droit est un état du droit qui incorpore une analyse formelle mais également substantielle des normes au sein de l'ordre juridique. Dans cette conception, le juge occupe une place centrale en devenant l'instrument de réalisation du droit. Le droit, envisagé dans sa fonction sociale, doit en effet être effectif. Cette effectivité impose d'assurer un recours efficace au juge étatique ou arbitral. Notion devenue incontournable en droit interne comme en droit international, l'état de droit implique qu'un droit légalement consacré puisse recevoir une sanction judiciaire. C'est la condition d'effectivité du droit, l'une des conditions *sine qua non* de l'état de droit. L'insertion d'une convention d'arbitrage ne peut porter atteinte à un tel droit à la justice sans remettre en cause les fondements même de l'état de droit.

des lois afin de rechercher le bien commun. Le droit naturel n'est pas immuable car la nature des choses est variable, il peut donc évoluer avec le temps. Avec Grotius, le centre de la réflexion devient l'homme, c'est de sa nature que naît le droit naturel qui devient universel et immuable. Dans l'idéologie individualiste, la volonté prend alors toute sa place et donne naissance aux théories du contrat social. V. AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 10 éd. Ed Armand colin, 2004 p. 25-26.

94 Avec l'évolution des idées, l'objet de recherche s'est centré sur la société, sur le fait social que la notion de contrat social avait initié. Le positivisme se dédouble en positivisme juridique, représenté par Ihéring, considérant que le droit tire de son existence son autorité, et le positivisme sociologique, qui fonde cette autorité sur la société et la solidarité. Pour le positivisme juridique, le droit est celui qui s'applique, qui, pour Ihéring ne peut être que contraignant de par sa nature. Le droit est le fruit d'une lutte, c'est parce qu'il a été conquis par la force qu'il a vocation s'imposer et la seule autorité de contrainte est celle de l'État. Kelsen lie le droit à l'État et les confond. La règle de droit sera respectée car elle est assortie d'une sanction. Pour le positivisme sociologique l'important, le centre de l'étude, est le fait social et cette théorie implique un jugement du contenu de la règle de droit. Ainsi, selon Durkheim, il existe une conscience collective du groupe qui s'exprime dans la règle de droit, différente de la conscience individuelle. Duguit développe l'idée de solidarité sociale mais y voit un ensemble de consciences individuelles et non une conscience sociale. Selon lui « toute règle de droit trouve son fondement dans l'interdépendance des hommes vivant dans la société considérée et, plus précisément, dans la norme de solidarité sociale qui découle de cette interdépendance [...] la solidarité sociale est à la fois le fondement et la fin de la règle de droit » : voir pour une étude plus approfondie : V. AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 10 éd. Ed Armand colin, 2004 p. 25-26.

95 Ainsi, si la concubine s'est vue pendant de nombreuses années refuser tout droit d'action, la société ayant évolué et avec elle ses valeurs, elle peut aujourd'hui comme toute personne saisir un juge pour voir reconnaître ses droits.

96 Cette idée se retrouve dans les théories du contrat social.

B- L'accès effectif à la justice des plus démunis comme corollaire d'un État démocratique

« La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans la force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants ; la force sans la justice est accusée. Il faut mettre ensemble Justice et Force ; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste »⁹⁷.

89. Le droit, politique par essence, participe à l'organisation de la cité⁹⁸. Il sert à organiser les rapports entre gouvernants et gouvernés et régit aussi les rapports entre gouvernés. Le droit occupe donc une place fondamentale dans la vie sociale au point que certains juristes aimeraient qu'il soit omnipotent. Le droit, régulateur de la vie sociale, trouve sa légitimité dans sa nécessité sociale⁹⁹. Or, le droit serait dépourvu d'efficacité s'il n'était pas rendu à l'effectivité par la voie de la justice, étatique ou arbitrale (1). L'arbitrage répondant aux mêmes fins ne doit être admis qu'à la condition de son effectivité. La juridicité étant le critère du droit, l'accès au juge doit donc être assuré aux plus démunis pour préserver l'état de droit (2)¹⁰⁰.

1)- Droit au recours effectif et justice démocratique

« La Convention a pour but de protéger des droits, non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs »
(CEDH 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, série A, n° 32).

90. La justice doit être effective, et pour ce faire, accessible¹⁰¹. En France, dans la décision *Statut de la Polynésie française* en date du 9 avril 1996¹⁰², dans le cadre d'un déni de justice, le Conseil constitutionnel déduit de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, qu'*« en principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des*

97 Pascal, *Pensées*, n° 298 éd. Brunschvicg.

98 Mais il ne faut pas entendre la politique comme la stratégie de conquête du pouvoir. Ici, il s'agit du politique (le politique) c'est-à-dire de l'exercice du pouvoir dans la cité. La notion de droit n'a de sens qu'en société, il suppose la présence de l'autre. Il organise les rapports sociaux, à la différence de la morale, il n'a pas son siège dans le for intérieur des hommes : *ubi societas, ibi jus*. Le droit se compose par définition de choix de société. Il est indispensable à la société, à sa cohérence.

99 Pour une étude plus approfondie des fins du droit et de la justification du caractère coercitif de la règle, V. AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 10 éd. Ed Armand colin, 2004 p. 8 et s. Spéc. p. 16 et s.

100 FRISON-ROCHE (M.-A.), Le droit d'accès à la justice et au droit, in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (TH.) (sous la direct. de), *Libertés et droits fondamentaux*, 12 éd. Dalloz 2006 p. 449 : « On peut considérer que l'accès à la justice contient tous les autres droits [...] On mesure que la pauvreté budgétaire de l'institution juridictionnelle n'est pas seulement question de bonne ou mauvaise gestion des deniers publics. Elle interfère directement avec l'équilibre politique des pouvoirs » (n° 572).

101 La justice institution n'est pas l'émanation directe du peuple, c'est une médiation qui permet de faire une distinction entre la justice et la vengeance, distinction que les tribunaux populaires ignorent. Elle doit, pour être acceptée par le peuple, revêtir certaines qualités. La justice doit s'exercer selon les lois connues de tous pour ne pas se réduire à l'appareil répressif de l'État. En conséquence, la justice doit être indépendante de l'opinion publique et du pouvoir politique. Pour une analyse du droit au juge comme une condition de citoyenneté V. FRISON-ROCHE (M.-A.), Le droit d'accès à la justice et au droit, in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (TH.) (sous la direct. de), *Libertés et droits fondamentaux*, 12 éd. Dalloz 2006 p. 449 spéc. n° 588.

102 Cons. Const. 9 avril 1996, 96-373 DC, *Polynésie française*, JO 13 avr. p. 5724, Justices 1997/5.247 obs. Drago, *AJDA* 1996 p. 371 note O. Scharmek et N. Molféssis ; Pour une étude du lien entre les droits de la procédure et la protection de l'effectivité des droits substantiels : GUINCHARD (S.) Menaces sur la justice des droits de l'homme et les droits fondamentaux de procédure, in *Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003 p. 209.

personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction » car « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution* ». En conséquence, le Conseil consacre le principe selon lequel la garantie des droits, et partant l'état de droit, n'est assurée que par un recours effectif au juge, faute de quoi il n'y a pas de Constitution.

L'effectivité des droits doit être assurée, peu importe le caractère fondamental ou non de ceux-ci. « *Cette sorte de droit à un tribunal est porteur d'un droit au jugement, car on peut supposer qu'un recours n'est véritablement effectif que lorsque non seulement il peut être concrètement pratiqué, mais encore en ce qu'il aboutit à un jugement, car c'est celui-ci qui donne sens à l'action* »¹⁰³. En conséquence, un jugement portant uniquement sur la compétence sera insuffisant à satisfaire les exigences de l'état de droit. Donc, la décision judiciaire prise en application du principe de compétence-compétence ne peut assurer l'état de droit si elle aboutit à une impossibilité factuelle d'assurer l'accès au juge et donc l'effectivité des droits.

91. La justice, de par sa fonction sociale, revêt indirectement une fonction politique. Elle est un instrument au service de la démocratie¹⁰⁴. En effet, il n'y a pas de démocratie sans justice démocratique. Le lien qui unit la justice et la démocratie permet de mettre en lumière les fonctions sociales de la justice. La justice est facteur de démocratie et acteur du lien démocratique, notamment par l'accès libre et égal au droit et à la justice. La justice démocratique est une justice accessible à tous de façon égale. Elle doit être accessible intellectuellement, humainement et financièrement. Ces trois qualités sont recherchées dans les démocraties contemporaines. Ainsi, la justice envisagée comme une composante nécessaire de l'état de droit ne doit sous aucun prétexte suivre la loi du marché ou de la concurrence, ni être soumise à la rationalité économique malgré les tentations. Or, plus la justice se démocratise, plus son accès est facilité et, de fait, apparaît alors un problème inédit¹⁰⁵, celui de l'encombrement des tribunaux du fait de leur accès le plus large possible¹⁰⁶.

92. Néanmoins, le premier des droits dont doit disposer un individu dans une société démocratique est celui de pouvoir voir sa cause entendue en justice. Cette faculté est l'un des éléments constitutifs de la notion de « prééminence du droit », consacrée par l'article 6 de la CESDH. En effet, des propres termes du Conseil constitutionnel, « *la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel et son exercice effectif exige que soit assuré l'accès à chacun au juge chargé de statuer sur sa prétention* »¹⁰⁷. La possibilité pour chacun de faire valoir ses droits, au besoin en saisissant le juge, est donc une composante de l'état de droit et de la démocratie. Les notions d'accès au droit et à la justice expriment cet impératif. Elles sont comprises comme permettant « *à tout citoyen d'aborder ou de parvenir à un État idéal de justice distributive, au moins élémentaire mais difficilement accessible pour beaucoup* »¹⁰⁸. Pour être démocratique et préserver l'état de droit, la justice doit être accessible y compris aux plus démunis.

103 FRISON-ROCHE (M.-A.), BARANES (W.), Le souci de l'effectivité du droit, *D.* 1996 p. 301.

104 V. pour une étude de la notion de démocratie : PAULIAT (H.), La justice, un instrument de confiance dans la démocratie ? in *Justice et démocratie*, Pulim, d'Agusseau (textes réunis par S. Gaboriau et H. Pauliat) p. 487.

105 Pour une évaluation économique des systèmes juridiques par la banque mondiale : <http://www.français.doing.business.org>.

106 CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1^{er} éd. 2010 p. 24 : « *les juristes français, dans leur grande majorité, ne sont pas prêts à accepter la vision caricaturale d'une justice assimilée à une entreprise comme les autres [...] s'il y a place pour une analyse économique de la justice et du procès, c'est à la condition d'en borner le domaine et de ne pas en exagérer la portée, afin de ne pas passer à insensiblement de la justice servante de l'économie à la justice asservie à l'économie* » (L. CADIET, Introduction in *De l'économie de la justice*, RIDE 1999-2 p. 143) ».

107 Cons. Const. 9 avril 1996, *AJDA* 1996 p. 371 note O. Scharmek ; Ass. Plén. 30 juin 1995 *JCP* II 22478 concl. Jeol, note Perdiau ; CEDH, *Golder*, 21 février 1975, Série A n° 18 § 36 : « *le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes du droit civil universellement reconnus* ».

108 DESDEVEISES (Y.), Accès à la justice/accès au droit, in CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF p. 1.

2)- Droit effectif au recours et accès matériel des plus démunis

93. Le droit au recours effectif est avant toute chose un droit effectif au recours. Cet accès à la justice se conçoit alors comme une sorte de devoir élémentaire de l'État, devoir à la charge de la puissance publique, plus large que la simple organisation des institutions.

L'effectivité de l'accès à la justice implique de ne plus s'en remettre au grand principe d'organisation judiciaire. Cet accès traduit la possibilité de voir reconnaître ses droits sans nécessairement recourir à l'institution judiciaire. Tout citoyen doit être en mesure d'accéder au droit et à la justice. Les politiques judiciaires mettent en avant l'amélioration de la compréhension des mécanismes juridiques et judiciaires par les citoyens et de l'accès financier à la justice.

En France, le droit d'accès aux tribunaux a été longtemps conçu au regard du principe d'égalité, donc d'égal accès, devant le service public de la justice. Le droit d'accès fait l'objet d'un traitement identique face à un service public régalién sans que le contenu du droit ou les ressources influent. Cependant, à travers sa jurisprudence pragmatique, la Cour européenne des droits de l'homme permet aux juristes romano-germaniques de vérifier si la force de leurs principes n'est pas inversement proportionnelle à leur respect effectif. En d'autres termes, le droit d'accéder au juge reçoit-il une consécration effective¹⁰⁹ ?

94. Chaque citoyen a un droit égal à la justice, tous doivent pouvoir saisir le juge d'un litige et « *cette liberté demeurerait une liberté formelle si n'était pas institué un système permettant aux justiciables d'assumer les frais* »¹¹⁰. C'est pourquoi, depuis la Révolution, le principe de gratuité de la justice est un principe fondamental de l'ordre juridique français¹¹¹ complété par des systèmes permettant aux plus démunis d'accéder au juge. Certes, le choix d'une justice onéreuse n'est pas en soi illicite ni même condamnable et l'arbitrage est une institution importante pour le commerce international qui revêt de nombreux avantages. Cela étant, si le caractère onéreux de cette justice devait avoir pour effet d'interdire l'accès à toute justice, la sanction ne saurait être l'incompétence des juridictions étatiques. En effet, afin de garantir l'état de droit et la démocratie, il importe, arbitrage ou pas, de garantir l'accès au juge.

L'acceptation d'une convention d'arbitrage ne valant pas renonciation au droit au juge, l'état français doit donc mettre en place des mécanismes juridictionnels permettant d'assurer le droit effectif au jugement, quand bien même une convention d'arbitrage serait insérée dans le corps d'un contrat principal.

* *
*

95. La prise en compte de la notion d'efficacité fait du droit un instrument politique au sens d'organisation de la cité. Dès lors, les politiques publiques françaises se préoccupent de

109 Pour une analyse du lien entre l'accès à la justice et l'accès au droit, notamment sur le caractère fondamental du droit au juge V. FRISON-ROCHE (M.-A.), Le droit d'accès à la justice et au droit, in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (Th.) (sous la direct. de), *Libertés et droits fondamentaux*, 12 éd. Dalloz 2006 p. 449 spéc. n° 583 et s. : « *Le droit d'accès à la justice n'est pas un droit subjectif de plus : il est celui qui permet à chacun d'être protégé par le droit. Il est la prérogative matrice de tous les droits, puisqu'instruments d'effectivité de ceux-ci. En cela il est directement l'expression de l'égalité des personnes [...] le principe d'égalité conduit l'État à un devoir de traiter les inégalités devant la justice* » (n° 587).

110 CADIEU (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 145.

111 Article L. 111-2 du COJ « *La gratuité du service de la justice est assurée selon les modalités fixées par la loi et le règlement* ». Pour une analyse du droit d'accès effectif au juge au regard d'un obstacle de fait : V. sur le concept de déni de justice en droit interne : V. CORBION (L.), Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle, *Jurisclasser* Civil Code art. 4, Fasc. Unique (2007) n° 60 et s. (NIOC) ; D'AMBRA (D.), L'aide à l'accès à la Justice : l'aide juridictionnelle, in *Procédure[s] et effectivité des droits*, coll. Droit et justice, t. 49, 2003, Bruylant, p. 43 : « *Permettre l'accès effectif à la justice, c'est d'abord permettre à des personnes qui sont pratiquement dans l'impossibilité d'exercer leurs droits en justice, en raison de l'insuffisance de leurs ressources, de saisir toutes les juridictions sans être tenues d'avancer tout ou partie des frais et avec le concours gratuit ou partiellement gratuit des auxiliaires de justice* ».

l'accès effectif à la justice. L'Europe communautaire n'est pas non plus insensible à l'accès de tous à la justice¹¹², comme en témoigne notamment la Charte des droits fondamentaux : l'accès au juge est consacré comme permettant d'obtenir un jugement et son exécution. La procédure doit être effective donc efficace. L'arbitrage international n'a de légitimité qu'à la condition *sine qua non* d'être une justice effective.

§2- Droit d'accéder au juge général et prohibition du déni de justice

96. Le fondement du droit d'action réside dans l'idée que l'État doit permettre à ses sujets d'obtenir justice. En conséquence, il doit ériger des institutions judiciaires et permettre aux sujets de s'en servir librement. La liberté d'agir consistant en un droit d'accès aux tribunaux, il appartient à l'État de fournir à ses sujets les moyens matériels de l'accès à la justice. Cette liberté ne se conçoit pas sans pouvoir contraindre le juge à juger et suppose la sanction du déni de justice. Sur le plan matériel, le droit d'accès à la justice implique de mettre en place un système d'assistance judiciaire¹¹³, aide consacrée par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui la qualifie d'essentielle pour assurer l'effectivité du droit d'accès à la justice.

97. À l'inverse de la justice étatique, la justice arbitrale est généralement conçue comme ne s'insérant dans aucun ordre juridique préétabli, son accès n'obéit donc pas au principe de gratuité, faute d'appartenir au service public de la justice¹¹⁴. Cela étant, si l'arbitrage ne rend pas la justice au nom d'un État souverain, le litige reste localisé et les litigants bénéficient des garanties procédurales de leur for. Néanmoins, la partie faible, au nom du principe de compétence-compétence, sera renvoyée devant l'arbitre nonobstant l'absence de moyens financiers suffisants. Or l'arbitrage, malgré ses nombreuses qualités, n'est pas une justice aisément accessible financièrement. Il suffit pour s'en convaincre de se référer aux tarifs des frais et honoraires d'arbitrage inaccessibles pour certains de nos concitoyens¹¹⁵. Or, au caractère fondamental du droit d'action en justice répond donc la prohibition du déni de justice tant en droit interne qu'en droit international. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (article 8) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (articles 2 et 14) proclament que toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus.

98. Le déni de justice est reconnu et sanctionné tant en droit interne qu'en droit international public. Il reçoit un traitement spécifique en droit international privé (A) et n'est pas exclu en matière d'arbitrage (B).

A- Dénis de justice et déni d'une justice

99. Les notions de déni de justice en droit international public et en droit international privé, bien que distinctes (1), peuvent être rapprochées (2).

112 Directive du 27 janvier 2003 relative à l'aide judiciaire accordée dans le cadre des litiges transfrontaliers.

113 Gratuité du service public de la justice loi du 30 décembre 1977 et décret du 20 janvier 1978. La directive du 25 janvier 2003 relative à la justice au sujet des litiges transfrontaliers cherche à harmoniser l'aide juridique.

114 Sur le contrat d'arbitre V. CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2.

115 V. par exemple règlement CCI, Appendice III (dernière mise à jour en avril 2010).

1)- Distinction

100. La théorie du déni de justice remonte à l'Antiquité, apparaissant comme liée à la fois à la protection due par le prince envers ses sujets résidant à l'étranger et à la vengeance privée¹¹⁶. Le déni de justice de droit international public est un acte imputable à l'État, engageant sa responsabilité du fait de sa contradiction avec ses engagements internationaux¹¹⁷. Dès le XIV^{ème} siècle, l'État défaillant s'exposait aux représailles des personnes privées en cas d'indisponibilité des voies de droit locales pour obtenir la justice. Puis, à la fin du XVII^{ème} siècle, les risques de conflits interétatiques ayant pour origine des intérêts purement privés¹¹⁸, et l'usage répété de la force par les pays les plus puissants, sont à l'origine de l'adoption en 1860 à la première conférence internationale des États d'Amérique latine de la « doctrine de Calvo »¹¹⁹, puis, par la suite, d'une tentative de limitation du champ du déni de justice. La prohibition du déni de justice en droit international public a donc pour volonté première d'éviter les risques de conflits interétatiques ayant des origines purement privées¹²⁰.

En droit international public, le déni de justice est lié à la protection judiciaire des étrangers. Coutumes et traités contiennent la règle de « libre accès aux tribunaux ». Le déni de justice se définit comme un acte internationalement illicite engageant la responsabilité de l'État. Dans ce cadre, il se rattache au standard minimum des étrangers et non au traitement national. Ce traitement est présumé être satisfait par l'application des normes internes. Le droit international public analyse le droit interne de manière extérieure afin d'appréhender les hypothèses de déni de justice. Dans ce cadre, la responsabilité de l'État au titre du déni de justice nécessite la violation d'une obligation internationale¹²¹. Il faut une violation de l'obligation d'assurer aux étrangers un traitement conforme aux exigences du droit international pour caractériser le déni de justice en droit international public.

101. La protection est en principe assurée selon le droit interne. Cette présomption ne cède que devant la preuve de l'inexistence de voies de recours adéquates ou devant celle d'entraves injustifiées à leur exercice. Fait négatif, la preuve du déni de justice est donc extrêmement

116 Pour une étude plus approfondie : V. CORBION (L.), *Le déni de justice en droit international privé*, Préf. Y. Lequette, Marseille, PUAM, 2004 : En 1354, Bartole fut l'auteur de la première monographie sur les représailles. Avec M. Gentili, les représailles présentent un caractère politique. En effet, il distinguera le refus de rendre justice de l'injustice d'une part, et les dommages commis par les personnes privées de ceux commis par la communauté. Hugo de Groot, dit Grotius, distingua le premier le déni de justice du *justum bellum* (voir: Hans W. Spiegel « origin and development of denial of justice », *American journal of international law* 1938 p. 63- 81).

117 Pour une analyse historique du concept de déni de justice : CORBION (L.), *Le déni de justice en droit international privé*, Préf. Y. Lequette, Marseille, PUAM, 2004 p. 18 et s.

118 V. CORBION (L.), *Le déni de justice en droit international privé*, Préf. Y. Lequette, Marseille, PUAM, 2004 : Comme le montre l'affaire dite de *Don Pacifico*, David Ricardo, britannique résidant en Grèce, a vu sa mission incendiée suite à une révolte antisémite. Ne pouvant obtenir réparation des autorités grecques, il s'est adressé aux autorités britanniques qui ont saisi la flotte britannique en 1850 de tous les navires du port de Pirée causant un risque de guerre entre la France et la Grande Bretagne (Elihu Root, « the basis of protection to citizens residing abroad », *AJIL* 1910).

119 CORBION (L.), *Le déni de justice en droit international privé*, Préf. Y. Lequette, Marseille, PUAM, 2004 : Argentin qui a développé l'idée de l'exclusion de la protection diplomatique fondée sur l'égalité et l'indépendance des États et l'égalité entre nationaux et étrangers, il rejette toute intervention de la force dans le cadre de litiges privés de nature pécuniaire (Carlos Calvo, *Le droit international théorie et pratique*, 5^{éd}, Paris 1896). Puis lui a succédé la doctrine de Drago, codifiée dans la convention Drago-Poter de 1907 considérant comme illégal le recours à la contrainte pour le recouvrement de la dette publique (Drago L., *State loans and their relation to international policy*, *AJIL* 1907 p. 692).

120 V. aussi : La Convention de Washington du 18 mars 1965, instituant le CIRDI permet un accès direct pour les personnes privées aux juridictions internationales. Dans le but d'éviter le déni de justice, l'arbitrage international s'est développé dans le cadre des contrats d'État, par la multiplication des traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements, les tribunaux arbitraux CIRDI acceptant leur compétence sur ce fondement ; Pour une étude sur la jurisprudence du CIRDI voir la thèse de W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Paris II, 2003, spéc. l'affaire *AAPL c. Sri Lanka* p. 23 et s. ou *ILM* 1990 p. 580 ; Ainsi, l'affaire *AAPL c. Sri Lanka* consacre ce qu'il convient de nommer « l'arbitrage sans lien de droit » où le déni de justice est un fondement de la compétence. En effet, les arbitres ont considéré que l'État avait donné son consentement lors du traité : le traité bilatéral de protection est envisagé par les arbitres comme une offre d'arbitrage, l'investisseur acceptant cette offre de manière décalée lors de la saisine du CIRDI. *Asian Agricultural Products Limited c. république démocratique socialiste du Sri Lanka*, sentence du 27 juin 1990.

121 En effet, les erreurs substantielles ou formelles sont corrigées par le droit interne lui-même, et ne sont donc pas considérées comme des dénis de justice en droit international public. En outre, en application du droit international public, la seule violation du droit interne ne peut suffire à engager la responsabilité de l'État sur le fondement du déni de justice.

difficile à rapporter.

102. En droit international privé, le déni de justice en tant que chef de compétence internationale des juridictions françaises voit le jour au cours du XIX^{ème} siècle du fait du principe d'incompétence des tribunaux français dans les litiges entre ressortissants étrangers. L'arrêt *Moser* du 8 avril 1851¹²² de la Chambre des requêtes est l'une des décisions les plus anciennes se référant au risque de déni de justice dans un litige relatif à une action en restitution de dépôt entre une ressortissante italienne et un ressortissant suisse. Dans un arrêt en date du 18 juin 1892¹²³, relatif à un divorce d'Israélites marocains en Algérie, le risque de déni de justice est là encore invoqué. Le principe d'incompétence fut renversé quand fut appliqué le principe de Bartin, à savoir la transposition des règles de compétence interne dans l'ordre international. Privé d'une grande partie de son intérêt, le déni de justice en tant que chef de compétence resta présent dans notre droit.

Le droit français, qui sanctionne depuis longtemps le déni de justice¹²⁴, a fortement évolué sous l'impulsion de l'article 6 § 1 de la Cour Européenne des droits de l'Homme pour assurer la protection judiciaire due à chaque citoyen. L'article 4 du Code civil oblige le juge à juger, même en cas d'insuffisance de la loi, et donc lui confère le pouvoir de remédier aux imperfections législatives. Traditionnellement, le droit international privé français consacre le risque de déni de justice comme chef autonome de compétence des tribunaux français. Ainsi, en matière de conflit de juridictions, une compétence résiduelle fondée sur le déni de justice fut admise par la chambre civile dès l'arrêt *Patino* en date du 21 juin 1948 concernant la recevabilité des demandes formées par des étrangers contre des étrangers. Ce chef de compétence autonome fondé sur le déni de justice a été reconnu en droit commun et en droit conventionnel. Cela étant, dans la conception originaire française, le déni de justice est exclu si la prétention est déclarée irrecevable ou mal fondée à l'étranger¹²⁵. En droit international privé, ce chef de compétence fut admis dans l'hypothèse d'un déni de justice par omission, à savoir une double incompétence¹²⁶. Ainsi, lorsque le cours de la justice s'interrompt, le déni de justice est constitué et les juridictions françaises doivent se saisir du litige.

En droit international privé, il s'agit d'une situation de fait définie par le droit interne d'un État, critère de compétence internationale, afin d'éviter qu'une impossibilité d'accès au juge se produise¹²⁷. Il constitue un chef de compétence internationale. Tel est le cas lorsqu'un sujet de droit ne parvient pas à avoir un juge affirmant sa compétence pour statuer sur le litige soumis. En droit interne, le déni de justice est constitué en cas de mal jugé ou de refus de statuer, par exemple en cas d'obscurité de la loi¹²⁸.

122 Req., *Moser* du 8 avril 1851, *D.P.* 1851.I.137 : Moser qui refusait la compétence française ne pouvait justifier d'aucun domicile étranger.

123 Arrêt *Suissa*, 18 juin 1892, *S.* 1892, I, 407, *D.* 1892.I.489.

124 Art. 4 C. civ. ; 506 du Code de procédure civile et 434-7-1 C. Pen.

125 CA Paris, 10 nov. 1959, *Dawn Adams*, *Rev. Crit. DIP* 1960.218 note Ph. Fouchard ; CA Paris, 16 déc. 1974, *JDI* 1976.146 note D. Holleaux.

126 Souvent la compétence française était déjà justifiée sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil ou par l'urgence. La jurisprudence consacra la même solution en cas de déni de justice de fait en raison de l'éloignement, des conditions juridico-politiques, de l'urgence.

127 V. l'article 1493 ancien du Code de procédure civile qui permet la compétence des juridictions françaises dans l'hypothèse où aucun autre système légal ne retient sa compétence dans l'affaire afin d'éviter tout déni de justice ou l'article 1505 nouveau qui retient la compétence du juge d'appui en cas de déni de justice.

128 Pour une étude des chefs de compétence de déni de justice en France et en droit européen: V. CORBION (L.), *Le déni de justice en droit international privé*, Préf. Y. Lequette, Marseille, PUAM, 2004 p. 197 et s. V. spéc. n° 221 et s. sur le déni de justice et l'irrecevabilité de la demande à l'étranger : « quand la certitude est acquise que la décision étrangère d'irrecevabilité en droit de la demande réalise la violation d'un principe de justice universelle, on peut conclure que c'est l'acte de juger lui-même qui fait défaut. Alors la solution étrangère contraire au droit naturel, ou encore à l'ordre public, [...] doit conduire le juge à retenir sa compétence du chef de déni de justice. A défaut, au déni de justice matériel imputable au juge étranger s'ajouterait un déni de justice formel imputable au juge français » (n° 224).

Sur le concept de déni de justice en droit interne : V. CORBION (L.), *Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle*, *Jurisclasseur Civil* Code art. 4, Fasc. Unique (2007) : le juge est dans l'obligation de juger même en cas de défaillance de la loi (n° 24 et s.).

2)- Rapprochement des notions

103. En droit international public, le déni de justice est constitué lorsque l'État a le devoir de rendre justice et s'y refuse, alors qu'en droit international privé, il naît, au contraire, lorsqu'au regard des compétences ordinaires, les tribunaux étatiques ne sont pas compétents¹²⁹. Cette distinction appliquée strictement permettrait d'admettre que le juge français, qui se déclare incompétent au regard de l'existence d'une convention d'arbitrage au sein d'un rapport contractuel, ne commettrait pas un déni de justice de droit international public. En effet, en application du Code de procédure civile, le juge n'a pas le devoir de rendre justice. Reste que cette situation serait condamnable en application du droit international privé et notamment en application de la CESDH.

104. La dissociation entre droit international public et droit international privé doit être atténuée sous l'impulsion de la CESDH. Les deux notions, bien que distinctes, sont étroitement liées car l'article 6 § 1 de la CESDH est interprété comme interdisant à l'État de commettre, mais aussi de laisser se produire, un déni de justice. Cette interprétation permet d'élargir la compétence des tribunaux français. Ainsi, dans l'affaire *UNESCO c. Boulois*¹³⁰, les deux notions de déni de justice se rejoignent. En effet, la Cour d'appel, en se fondant sur l'article 6 § 1 de la CESDH, élude l'immunité de juridiction dont se prévalait l'UNESCO sur le double fondement du déni de justice privé et public. D'une part, retenir l'immunité reviendrait à créer une situation de déni de justice au sens du droit international privé, situation qui, d'autre part, serait susceptible d'engager la responsabilité de l'État pour déni de justice au sens du droit international public devant la CEDH. En conséquence, le risque de voir sa responsabilité engagée en droit international public pousse l'État à restreindre le champ de l'immunité de juridiction.

105. Le même raisonnement apparaît dans l'affaire *NIOC c. État d'Israël* en matière d'arbitrage international¹³¹. Dès lors, l'application stricte du principe de compétence-compétence, s'il est suivi d'une impossibilité de formation du tribunal arbitral entraîne la responsabilité de l'État tant au regard du droit international public que privé. L'analyse de la situation de fait doit déterminer s'il existait une possibilité effective d'obtenir justice. L'État commet un déni de justice au sens du droit international privé s'il refuse de juger du litige alors qu'aucune juridiction ne peut être saisie, situation susceptible d'engager sa responsabilité en droit international public en ce qu'il laisse se produire une telle situation. Dès lors qu'un déni de justice, au sens du droit international public, risque de se produire, l'État doit reconnaître un chef de compétence fondé sur le déni de justice en droit international privé, faute de quoi, il violerait l'article 6 § 1 de la CESDH. Peu importe la compétence judiciaire internationale ordinaire, puisque le déni de justice est un chef de compétence exorbitant.

129 Pour une analyse en droit français du chef de déni de justice : V. HUET (A.), Compétence de tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, *Jurisque Civil Code art. 14 et 15*, Fasc. 21 n° 85 et s. : « Un principe élémentaire de justice, joint d'ailleurs au souci de protection de paix publique, veut que toute personne puisse trouver des juges et que toutes contestations puisse être légalement déférée à une juridiction ».

130 CA Paris (14 ch. A), 19 juin 1998, *Boulois c. UNESCO*, *Rev. Arb.* 1999.343 note Jarrosson : où la cour précisait « accueillir la fin de non-recevoir opposée par l'UNESCO conduirait inéluctablement à interdire à l'intimé de soumettre sa cause à un tribunal, cet état de fait, contraire à l'ordre public en ce qu'il constitue un déni de justice et une violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, devant amener la juridiction étatique à accueillir les prétentions de l'intimé ». Cette décision a été confirmée par une ordonnance du 7 janvier 1999 par laquelle le président du tribunal de grande instance de Paris nota que le demandeur à l'arbitrage pouvait « en revendiquer l'application [de la clause] et ne saurait être privé, sous peine de déni de justice, du droit de soumettre sa cause à l'appréciation d'un tribunal arbitral ».

131 Dans laquelle la privation du bénéfice d'une convention d'arbitrage est considérée comme un déni de justice justifiant une compétence internationale exceptionnelle des tribunaux français.

* *
*

106. En droit international public, le déni de justice est lié à la protection judiciaire due aux étrangers, qui doivent bénéficier du libre accès aux tribunaux. Ce standard minimum des étrangers est satisfait par l'application des normes internes. En revanche, le déni de justice en droit international privé correspond au libre accès au juge et au droit au jugement. Un jugement strictement circonscrit à la compétence n'est donc pas suffisant car la prohibition du déni de justice implique de dire bien ou mal fondée la prétention au fond. Les deux notions de déni de justice peuvent se rejoindre dès lors qu'une situation de déni de justice de droit interne peut engager la responsabilité internationale de l'État.

B- Le déni de justice économique par omission

107. Le déni de justice peut recouvrir différents aspects. Ainsi, le droit français reconnaît le déni de justice par omission qui se manifeste en droit international privé comme en droit interne sous l'angle d'une double incompétence (1). Le déni de justice peut aussi avoir pour origine une incompétence des juridictions et une impossibilité de saisine de la juridiction en principe compétente (2).

1)- Déni de justice par omission

108. Le déni de justice par omission est reconnu. Il trouve un domaine de prédilection dans la matière des immunités de juridiction. En effet, l'immunité de juridiction dont bénéficient certaines organisations internationales peut aboutir à un déni de justice. Ainsi, dans un arrêt du 11 février 2009¹³², la question qui se posait à la Cour de cassation était celle du droit d'accès au juge.

Il est important de noter que la position de la Haute juridiction a évolué en fonction de la conception du droit d'accès au juge. Ainsi, si antérieurement la première chambre civile de la Cour de cassation avait refusé de « *prendre la responsabilité de perturber gravement le droit des immunités internationales*¹³³ », en l'occurrence, la chambre sociale de la Cour de cassation a accepté de contrôler la procédure arbitrale instituée par le règlement de l'UNESCO aux exigences d'indépendance et d'impartialité.

La chambre sociale de la Cour de cassation avait préalablement admis dans l'arrêt *Degboe* du 25 janvier 2005 que si une organisation internationale peut se prévaloir de son immunité de juridiction, c'est parce qu'« *à l'époque des faits elle n'avait pas institué en son sein un tribunal ayant compétence pour statuer sur des litiges de cette nature, [...] l'impossibilité pour une partie d'exercer un droit relevant de l'ordre public international constitu[ait] un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France* »¹³⁴. La Cour de cassation consacre donc l'existence « *d'un for de secours qui permet aux parties à un litige international dépourvues de juge de saisir en dernier recours les tribunaux français* »¹³⁵. Dans cette hypothèse, le risque de déni de justice neutralise l'immunité de juridiction dont bénéficient les organisations internationales.

132 PERRIN (L.), Indépendance et impartialité d'un tribunal arbitral établi par l'UNESCO, *Daloz actualité* 2 mars 2009.

133 C.Cass. Civ. 1re, 14 déc. 1995, *Hintermann*, *Rev. crit. DIP* 1996 p. 337, note H. Muir Watt

134 C.Cass. Soc. 25 janv. 2005, *D. 2005. Jur.* 1540, note Viangalli, *JDI* 2005. 1142, note Corbion.

135 VIANGALLI (F.), Immunité de juridiction et déni de justice, *D. 2005* p. 1540.

109. En effet, la conception moderne du déni de justice en droit international privé¹³⁶ implique de voir dans cette prohibition un devoir de protection de l'État. Le droit au juge n'est pas un droit illimité, la Cour Européenne des droits de l'Homme permet qu'il soit assorti de certaines limites devant être légitimes et proportionnées¹³⁷. En conséquence, la Cour Européenne des droits de l'Homme¹³⁸, comme la Cour de cassation, admettent que le droit au juge reconnu comme liberté fondamentale puisse aller à l'encontre des règles du droit international public, telles que l'immunité de juridiction¹³⁹. Dans le domaine des immunités de juridiction dont bénéficient les organisations internationales, la Cour de cassation retient sa compétence si aucun organe interne à celle-ci ne peut se saisir du litige. À défaut, si aucun juge étatique ne se reconnaît compétent alors même que l'organisation internationale n'organise aucune voie de recours en son sein, le déni de justice est constitué.

110. La prohibition du déni de justice recouvre l'hypothèse où deux juridictions saisies d'un litige refusent leur compétence. Cette consécration du déni de justice par omission est également admise en droit interne. Ainsi, le Tribunal des conflits a eu l'occasion de statuer sur le risque de déni de justice.

En effet, dans une décision en date du 6 juillet 2009, il retient sa compétence pour statuer sur une requête d'une personne physique face aux dessaisissements successifs des deux ordres, la juridiction judiciaire ayant décliné sa compétence, et la juridiction administrative ayant rejeté le recours partant du constat que l'action n'aurait pas dû être dirigée contre l'État. Le Tribunal retient sa compétence car ce conflit négatif de compétence aboutit à un déni de justice. En effet, selon les termes du Tribunal, « *Considérant qu'en l'espèce M. Bonato, professeur de lycée professionnel, a saisi successivement la juridiction judiciaire et la juridiction administrative aux fins, essentiellement, d'obtenir le paiement des heures supplémentaires de travail qu'il avait effectuées au cours des années 2000 et 2001 au sein de l'association pour l'expansion industrielle de la Lorraine (Apeilor) alors qu'il avait été mis à disposition de cet organisme par le recteur de l'académie de Nancy-Metz ; que le conseil de prud'hommes de Metz s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande formée contre l'Apeilor, en l'absence de contrat de travail liant M. Bonato à cette association, et que l'arrêt de la cour d'appel de Metz ayant rejeté le contredit formé contre ce jugement, a été frappé d'un pourvoi qui a fait l'objet d'une décision de non-admission de la Chambre sociale de la Cour de cassation ; que M. Bonato ayant ensuite présenté devant le tribunal administratif de Nancy une requête qui a été rejetée par cette juridiction, la cour*

136 FAVOREU (L.), Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge, in *Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 513. ; V. aussi, TGI Paris, 6 juill. 1994, Gaz. Pal., 25 août 1994, p. 589. ; BANIFATEMI (Y.), Le droit au juge et l'arbitrage commercial international, in *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 167.

137 COSTA (J.-P.), Le droit à un tribunal et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour EDH, in *Mélanges Buffet*, 2004 p. 159.

138 CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, Série A, n° 18 & 36 Berger, n° 46 ; n° 1 /1973/11/18 ; SOYER (J.C.), Article 6, PETTITI (L. E.), DECAUX (E.), IMBERT (P. H.) (dir.), *Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, p. 251 ; SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ADRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENNOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, 2003 n° 3.

139 C. Cass. Ch. soc., 11 février 2009, UNESCO, n° 07-44.240, B. 2009, V, n° 45 : « *Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a exactement décidé que si la lettre engageant M. de X... mentionnait que ses conditions d'emploi et de travail étaient régies par le «règlement du personnel de l'Economat complété par la législation française», cette référence à la législation française ne valait pas renonciation à l'immunité de juridiction dont l'UNESCO bénéficie en vertu de l'article 12 de l'Accord de siège du 2 juillet 1954 ; Attendu, ensuite, qu'il résulte des constatations de l'arrêt que l'UNESCO a mis en place en son sein des procédures de règlement des litiges pouvant survenir entre elle et son personnel et notamment une procédure d'arbitrage dont les modalités sont détaillées à l'article 21 du Règlement définissant les conditions d'emploi du personnel de l'Economat qui s'applique à la situation de M. de X... ; que l'arbitre unique, qui est le président du conseil d'appel ou son suppléant, est une personnalité compétente et indépendante nommée pour un mandat de six ans par le conseil exécutif, organe composé des représentants des États membres de l'UNESCO, qui doit respecter le principe de la contradiction et celui d'impartialité et n'est en aucune manière soumis à l'autorité de l'employeur ; que la procédure est contradictoire, l'employé pouvant se faire assister par un délégué ou un membre du personnel, sans que soit exclue l'assistance de l'intéressé par un conseil de son choix et, enfin, que la sentence est rendue par écrit ; Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, faisant apparaître que les salariés de l'UNESCO, qui n'ont pas adhéré à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, disposaient, pour le règlement de leurs conflits du travail, d'un recours de nature juridictionnelle comportant des garanties d'impartialité et d'équité, ce dont il se déduisait que la procédure mise en place par le règlement n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international, la cour d'appel a exactement décidé que cette organisation internationale était fondée à revendiquer le bénéfice de son immunité de juridiction ».*

*administrative d'appel de Nancy a également refusé d'y faire droit au motif que celle-ci aurait dû être formée contre l'Apeilor, et non contre l'État ; Considérant qu'il existe entre ces décisions une contrariété conduisant à un déni de justice ; qu'ainsi la requête de M. Bonato fondée sur la loi du 20 avril 1932 est recevable »*¹⁴⁰.

Ainsi, le Tribunal des conflits illustre d'une part que la simple décision d'incompétence n'est pas suffisante pour satisfaire le droit au juge, et d'autre part qu'un conflit de compétence négatif aboutit à un déni de justice par omission. Le Tribunal avait, dans une décision en date du 5 mai 2008, déjà rappelé « *qu'il résulte de l'article 1er de la loi du 20 avril 1932 que les décisions définitives rendues par les juridictions de l'ordre administratif et les tribunaux judiciaires dans les instances introduites devant ces deux ordres de juridiction et portant sur le même objet peuvent être déférées au Tribunal « lorsqu'elles présentent contrariété conduisant à un déni de justice »*. Dans cette affaire, le Tribunal énonce clairement qu'un déni de justice est constitué dès lors qu'il existe une impossibilité d'obtenir jugement de la cause du fait de deux décisions d'incompétence¹⁴¹.

111. Dès lors, en cas de décision d'incompétence des juridictions françaises et d'absence de mise en œuvre de la procédure d'arbitrage, que ce soit suite à une décision d'incompétence prise par l'arbitre ou en l'absence de constitution du tribunal arbitral pour quelque motif que ce soit, la situation de déni de justice serait constituée en l'absence de compétence subsidiaire mais nécessaire des juridictions étatiques. À ce titre, il convient de rappeler que la première chambre civile de la Cour de cassation¹⁴², dans un arrêt en date du 25 avril 2006, *Société CSF c. Société Chays frères et autres*, considère que « *L'instance arbitrale n'est en cours qu'à partir du moment où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission. [...] La seule notification par une partie de son arbitre ne peut valoir saisine du tribunal arbitral* ». En conséquence, lorsque le contrat d'arbitre ne peut se former, le tribunal arbitral n'est pas saisi.

Or, sans constitution du tribunal arbitral et dans l'impossibilité de formation de celui-ci, le juge étatique doit recouvrer sa compétence. En application du droit fondamental d'accès au juge, il est nécessaire de reconnaître la compétence du juge d'appui pour venir en aide à la constitution du tribunal et, si cette constitution est impossible, de reconnaître la compétence des juridictions étatiques pour juger de l'affaire au fond.

140 Tribunal des conflits, 6 juillet 2009, n° 3692, Déni de justice : qui est débiteur des heures effectuées par un professeur mis à disposition d'une association ?, *AJFP* 2009 p. 284.

141 Tribunal des conflits, 5 mai 2008 n° 3613 *AJDA* 2008 p. 1622 Précision sur le déni de justice : « *Considérant qu'il résulte de l'article 1er de la loi du 20 avril 1932 que les décisions définitives rendues par les juridictions de l'ordre administratif et les tribunaux judiciaires dans les instances introduites devant ces deux ordres de juridiction et portant sur le même objet peuvent être déférées au Tribunal « lorsqu'elles présentent une contrariété conduisant à un déni de justice » ; qu'un tel déni de justice existe lorsqu'un demandeur est mis dans l'impossibilité d'obtenir une satisfaction à laquelle il a droit par suite d'appréciations inconciliables entre elles portées par les juridictions de chaque ordre, soit sur des éléments de fait, soit en fonction d'affirmations juridiques contradictoires » ; En l'espèce, le Tribunal conclut cependant « qu'il n'existe entre le jugement et l'arrêt aucune contrariété conduisant à un déni de justice ; qu'en effet la procédure de déni de justice n'a pas vocation à assurer au justiciable le bénéfice d'un changement de jurisprudence modifiant le régime de responsabilité juridique ; que sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du Code civil, c'est au pouvoir juridique d'organiser le mode de vie du mineur qui rend responsable sans faute du fait dommageable de ce dernier et que la responsabilité du département devant le tribunal administratif reposait à la date du jugement sur un régime de responsabilité pour faute ; que subsidiairement la responsabilité du département devrait être engagée sans faute selon le régime aujourd'hui applicable ».*

142 C. Cass. Civ. 1, 25 avril 2006, *Société CSF c. Société Chays frères et autres*, *Rev. Arb.* 2007.79 note J. El Ahdab ; *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 128, F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2006.764, obs. E. Loquin : En l'espèce la question est celle de la compétence du juge des référés pour ordonner une mesure d'expertise sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (ordonnance de référé).

2)- Dénier de justice de fait

112. Le dénier de justice en tant que chef subsidiaire autonome des tribunaux français est constitué si le demandeur est dans l'impossibilité de saisir une juridiction étrangère et que le litige a un rattachement avec la France. Cette impossibilité de saisine recouvre tant une impossibilité de droit qu'une impossibilité de fait¹⁴³.

Le dénier de justice évolue ainsi en fonction de la conception du droit d'action et du droit au juge. Dans ce cadre, la jurisprudence de la CJUE et de la Cour Européenne des droits de l'Homme a une influence en ce qu'elle consacre le « *droit à une protection juridictionnelle effective* »¹⁴⁴. Ainsi, la Cour de cassation fonde la compétence française au titre du dénier de justice lorsqu'il est établi « *l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international* », cette impossibilité « *constituant un dénier de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France* »¹⁴⁵. La compétence française est ainsi fondée sur l'ordre public international.

En droit international privé français, la possibilité de saisir un juge étranger ne peut exclure à elle seule la qualification de dénier de justice. Pour l'exclure, la saisine du juge étranger doit aboutir au prononcé d'un jugement effectif¹⁴⁶. L'impossibilité de trouver un juge peut donc aussi être de fait. En effet, le droit à un juge doit être effectif même s'il n'existe apparemment aucun conflit négatif de compétence. L'impossibilité de fait équivaut à une impossibilité de droit.

113. Ainsi, comme le relève Madame L. Sinopoli¹⁴⁷, le refus de prise en compte du dénier de justice de droit est une violation indirecte de l'article 6 de la CESDH alors que le refus de prise en compte du dénier de justice de fait en est une violation directe. Si une juridiction étrangère ou arbitrale ne peut pas être en pratique saisie, le juge français retiendra sa compétence subsidiaire.

114. Dans le cas d'une partie économiquement faible, ce dénier de justice aurait des fondements économiques. Or, la prise en compte du dénier de justice économique ne va pas de soi. Pendant longtemps, la situation de dénier de justice économique pouvait se produire dans le cas d'un étranger demandant l'accès à la justice. En effet, son droit d'accès au juge peut se trouver paralysé pour des raisons financières, notamment lorsque la loi lui impose le versement préalable d'une caution pécuniaire ou qu'elle lui refuse des aides financières qu'elle accorde à ses nationaux¹⁴⁸. La caution *judicatum solvi* a disparu du système français avec le décret n° 72-684 du 20 juillet 1972, du moins dans la saisine des juridictions étatiques¹⁴⁹. À l'origine, elle avait pour objectif d'assurer au défendeur le recouvrement de ses

143 CA Paris, 2 avril 1998, D. 1998, IR 137, *Petites affiches*, 15 mars 1999, 15 obs. J. Massip.

144 CJUE, 13 mars 2007, Aff. C-342/05 ; BLUMANN (C.), Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective du droit communautaire, JCP 2007, I, 175.

145 C. Cass. Soc. 25 janv. 2005, *Banque africaine de développement c. Deyboe*, D. 2005.1540 note F. Viangelli ; C. Cass. Soc. 10 mai 2006, *Époux Moukarim c. Isopehi* JCP 2006 II 10.121 note S. Bollée, D. 2006 IR 1400 note P. Guiomard.

146 En cas d'immunité de juridiction : C. Cass. Ch. soc., 25 janvier 2005, *Banque africaine de développement M.A. Degboe* Rev. Arb. 2005.477 Comm. I. Pingel ; D. 2005.1540 note F. Viangelli ; JDI 2005.1142 note Corbion.

147 V SINOPOLI (L.), *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux (recherche sur le champ d'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit international privé)*, thèse Paris I, 2000 n° 394 : « une organisation internationale ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction dans le litige l'opposant au salarié qu'elle a licencié dès lors qu'à l'époque des faits elle n'avait pas institué en son sein un tribunal ayant compétence pour le litige de cette nature, l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constituant un dénier de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France ».

148 Le droit à l'assistance judiciaire a été institué alors par la loi du 10 juillet 1901 et se nomme aide judiciaire depuis la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 et aide juridictionnelle depuis la réforme de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991.

149 V. concernant sa condamnation sur le fondement de l'article 12 du traité CE lorsque le critère est celui de la nationalité : CJUE, 1er juill. 1993, 26 sept. 1996, 20 mars 1997 et 2 oct. 1997, respectivement Rev. Crit. DIP 1994. 633, note Droz, Rev. Crit. DIP 1997.33 note Droz, Rev. Crit. DIP 1997. 475 note Droz, et Rev. Crit. DIP 1998. 283, note Droz.

frais de justice si l'action du demandeur était rejetée.

Cependant, au regard de la réaction du droit¹⁵⁰ quant à l'accès aux tribunaux étatiques étrangers et au risque de déni de justice économique, un arrêt de la Cour de cassation est particulièrement édifiant. La première chambre civile de la Cour de cassation censure la décision de la cour d'appel, au visa de l'article 6 § 1 de la CESDH, au motif qu'« *il apparaissait, sans avoir pour autant à réviser la décision étrangère, que l'importance des frais assignés à la charge de M. Pordéa dont la demande n'avait pas été examinée, avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre accès à la justice* »¹⁵¹. Le visa de l'article 6 § 1 de la CESDH avait déjà été invoqué par la Cour afin de faire échec à la loi du 30 mai 1857¹⁵² et de permettre l'effectivité du droit au juge. On observe que le libre accès à la justice paralyse le mécanisme conventionnel de la libre circulation des jugements de la Convention de Bruxelles de 1968 en activant la réserve de l'ordre public international de l'article 27. 1¹⁵³. La situation de déni de justice économique est donc prise en compte en droit français afin d'assurer l'effectivité du droit et, partant, de l'état de droit.

115. De même, si la Cour européenne des droits de l'Homme ne consacre pas l'aide juridictionnelle en tant qu'élément de l'article 6 § 1 de la Convention¹⁵⁴, elle l'envisage dans la perspective de l'effectivité du droit d'accès à un tribunal. Cette effectivité implique donc de mettre en place un système d'aide de façon à lever les obstacles pouvant entraver le droit d'accès au juge¹⁵⁵. Ainsi, dans l'arrêt *Airey c. Irlande*¹⁵⁶ en date du 9 octobre 1979, la Cour européenne a considéré que si la Convention ne contient aucune disposition relative à l'aide juridictionnelle en matière civile, lorsqu'un citoyen ne peut payer les honoraires d'un avocat dans une procédure si complexe que ses chances de succès se trouvent anéanties, l'accès au juge n'est plus effectif. Partant, la Cour considère que l'absence d'aide juridictionnelle induit en ce cas une absence de droit au juge en matière civile.

Les États sont tenus pour garantir l'effectivité du droit de supprimer toute entrave au libre exercice du droit d'accès au juge. L'État doit adopter une attitude positive que les obstacles soient juridiques ou factuels, cette entrave pouvant donc être financière¹⁵⁷.

116. En conséquence, lorsque le justiciable se trouve dans une situation d'impécuniosité, son droit effectif d'accès à la justice est nié. L'État doit donc soit accorder une aide financière dans les circonstances qui l'exigent, soit simplifier les procédures¹⁵⁸. Cela étant, « *un système*

150 V. GANNAGE (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé, étude du droit international privé de la famille*, thèse Paris II 1998.

151 DROZ (G. A. L.) Variations *Pordéa* (à propos de l'arrêt de la cour de cassation 1 ch. civ du 16 mars 1999), *Rev. Crit. DIP* 2000 p. 181.

152 C. Cass. Com. 5 décembre 1989, crim. 12 novembre 1990, civ. 25 juin 1991, *Rev. Crit. DIP* 1991 p. 667 note G. Khairallah.

153 HAMMJE (P.), Droits fondamentaux et ordre public, *Rev. Crit. DIP* 1997 p. 1.

154 CEDH, 12 juin 2003, *Gutfreund c. France*, D. 2003. 2268, obs. N. Fricero : qui décide que l'aide juridictionnelle n'est pas soumise aux exigences de l'article 6§1 de la Convention.

155 D'AMBRA (D.), L'aide à l'accès à la Justice : l'aide juridictionnelle, in *Procédure[s] et effectivité des droits*, coll. Droit et justice, t. 49, 2003, Bruylant, p. 43.

156 CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, Série A, n° 32, Berger n° 45 et 47 *AFDI* 1980 p. 470-473 obs. Pelloux; J. CHERRIER (J.-L.), Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n° 63, 840; V. aussi : CEDH, 30 nov. 1999, *Faulkner c. Royaume-Uni*, Req. n° 30308/98; CEDH, 26 février 2002, *Del Sol c. France*; *Gaz. Pal.*, 05 octobre 2002 n° 278 p. 32 note M. Puéchavy : « *La Cour souligne d'emblée que la Convention n'oblige pas à accorder l'aide judiciaire dans toutes les contestations en matière civile. En effet, il y a une nette distinction entre les termes de l'article 6, paragraphe 3 c), qui garantit le droit à l'aide judiciaire gratuite sous certaines conditions dans les procédures pénales, et ceux de l'article 6, paragraphe 1, qui ne renvoie pas du tout à l'aide judiciaire (point 13). [...] Certes, le droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6, paragraphe 1 est un droit « concret et effectif » et non pas « théorique ou illusoire ». [...] Toutefois, il appartient aux États contractants de décider de la manière dont doivent être respectées les obligations découlant de la Convention (point 14). [...] à l'évidence, un système d'assistance judiciaire ne peut fonctionner sans la mise en place d'un dispositif permettant de sélectionner les affaires susceptibles d'en bénéficier (point 16). [...] La Cour estime qu'il est important de prendre concrètement en compte la qualité du système d'assistance judiciaire dans un État (point 18). Or, elle considère que le système mis en place par le législateur français offre des garanties substantielles aux individus, de nature à les préserver de l'arbitraire (point 19) ».*

157 CEDH, 28 octobre 1998, *Ait-Mouhoud c. France*, *Rec.* 1998-VIII, n° 96, p. 3214; D. 1999, somm. Comm. p. 268, obs. Jean-François Renucci; CHERRIER (J.-L.), Code de la convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n° 226 : à propos du montant excessif d'une consignation fixée pour une plainte avec constitution de partie civile.

158 V. pour une approche critique de cette solution : ROLIN (F.), L'aide juridictionnelle face aux exigences du procès équitable, *D.* 2001 p. 725: « *Il y aurait d'abord beaucoup à dire sur la conception philosophique du système d'accès à la justice que traduit la jurisprudence de la*

d'assistance judiciaire ne peut fonctionner sans la mise en place d'un dispositif permettant de sélectionner les affaires susceptibles d'en bénéficier »¹⁵⁹, mais cette sélection doit se baser sur les ressources du demandeur¹⁶⁰.

117. La Cour européenne « *n'a jamais exclu qu'une restriction financière au droit d'accès à un tribunal puisse se justifier aux fins d'une bonne administration de la justice et [que], de plus, on ne peut déduire de l'article 6 ni un droit inconditionnel d'obtenir une aide judiciaire gratuite de l'État en matière civile ni un droit à une procédure gratuite en cette matière* »¹⁶¹. La notion d'impécuniosité apparaît donc dans la jurisprudence de la Cour. En effet, dans un arrêt en date du 19 juin 2001, la Cour européenne des droits de l'Homme a sanctionné la Pologne car les frais de procédure étaient excessifs eu égard à la capacité financière du requérant¹⁶². Ces frais, selon la Cour, constituaient « *une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal* ». On voit donc que le raisonnement est fondé sur l'analyse de la disproportion entre deux données : les frais de la justice et les moyens du litigant. Au-delà d'un certain point, la disproportion constitue en tant que tel un déni de justice économique engageant la responsabilité de l'État.

118. C'est ce raisonnement que la Cour de cassation suit dans l'arrêt *Pordéa*, où elle fonde son refus d'exequatur sur le fait que « *l'importance des frais ainsi mis à la charge de ce plaideur, dont la demande n'avait même pas été examinée, avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre accès à la justice* ». La Cour se fonde sur l'article 27-1^o de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et sur l'article 6 § 1 de la CESDH pour casser sans renvoi, en affirmant que « *le droit de chacun d'accéder au juge chargé de statuer sur sa prétention, consacré par le second de ces textes, relève de l'ordre public international, au sens du premier* »¹⁶³.

* *
*

Cour. Au fond, pour elle, la perfection dans l'accès au tribunal serait réalisée par un système immédiat, sans procédure, sans intermédiaire entre le juge et les parties, et où la vérité de la justice souderait de l'exposé des causes ainsi libéré de tout appareil formel. Cette justice idéale ayant manifestement été altérée par les contraintes sociales, l'État se voit alors offrir un choix : soit tenter de remonter vers cette nature première de la justice en « simplifiant les procédures », soit en finançant le technicien de la complexité par l'aide juridictionnelle. Disons-le tout net, nous ne partageons pas cette idée qu'il existerait une justice simple et parfaite, et que la procédure, la complexité, ne seraient que des accidents de cette essence de la justice. Elle nous paraît même dangereuse, tant elle remet en cause, un peu naïvement il est vrai, tous les acquis du droit moderne des libertés publiques ».

159 CEDH, 10 juill. 1980, *X. c. Royaume-Uni*, Req. n° 8158/78 ; DR 21/95 ; CHERRIER (J.-L.), Code de la convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n°0233 ; CEDH 26 février 2002, *Del Sol c. France* ; *Gaz. Pal.*, 05 octobre 2002 n° 278, p. 32 note M. Puéchavy Pour qui, au sujet du droit d'accès effectif au juge et de l'appréciation du sérieux de la demande aux fins d'attribution de l'aide juridictionnelle, « *L'arrêt Del Sol c. France constitue dans ces conditions une mauvaise surprise [...] car la législation interne porte atteinte à l'égalité des justiciables* ».

160 CEDH, 30 juill. 1998, *Aerts c. Belgique*, D. 1998, Cahier n° 35, obs. F. Rolin ; D. 1999 somm. p. 270 obs. Fricero ; CHERRIER (J.-L.), Code de la convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n°226 ; Natalie Fricero, L'aide juridictionnelle dépend du sérieux du moyen de cassation, D. 2001 p. 1063 : selon l'auteur dans cet arrêt *Aerts c. Belgique* la cour « *confirme le caractère non absolu du droit d'accès au juge : si, pour respecter ses obligations positives, l'État doit octroyer des aides matérielles aux justiciables, il peut instaurer des mécanismes de sélection des demandes. Néanmoins, la Cour vérifie que ces conditions s'inspirent du légitime souci de sauvegarder les deniers publics, et qu'elles ménagent les intérêts du justiciable, afin que s'établisse un juste équilibre entre le droit au juge et la protection des intérêts généraux* ».

V. également : PUECHAVY (M.), L'aide juridictionnelle et la Convention européenne des droits de l'Homme, in *Mélanges Pettiti*, p. 621 ; V. cependant CEDH, 19 sept. 2000, *Gnahore c. France*, D. 2001.725, note. F. Rolin, et 1063, obs. N. Fricero, JCP 2001. I. 291, n° 19, obs. crit. Sudre, JDI 2001. 207, obs. D. Leclerc-Delapirarre et S. Restencourt ; CHERRIER (J.-L.), Code de la convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n° 226 : où la cour considère que le filtre des aides au regard du sérieux des moyens invoqués « *s'inspire sans nul doute du légitime souci de n'allouer des deniers publics au titre de l'aide juridictionnelle qu'aux demandeurs dont le pourvoi a une chance raisonnable de succès* » [...] « *un système d'assistance judiciaire ne peut fonctionner sans la mise en place d'un dispositif permettant de sélectionner les affaires susceptibles d'en bénéficier* »

161 CEDH, 19 juin 2001, *Kreuz c. Pologne*, n° 28249/95, § 60, CEDH 2001-VI, JCP 2001.I.342, n° 11, obs. Sudre.

162 CEDH, 19 juin 2001, *Kreuz c. Pologne*, n° 28249/95, § 60, CEDH 2001-VI, JCP 2001.I.342, n° 11, obs. Sudre.

163 C. Cass. 1re civ. 16 mars 1999, *Pordéa c. Society Times Newspapers Limited*, *Rev. Crit. DIP* 2000.223, JDI 1999.271, obs. O. Bachelet, 794, note Huet et 773, obs. A. Huet, RTD civ. 1999. 469, obs. Perrot ; *Rev. Crit. DIP* 2000.181, chron. G. A. L. Droz ; RTD civ. 2000. 944, obs. J. Raynard ; D. 1999. 497 note P. Courbe ; *Gaz. Pal.*, 1999. 1, panor. cass. p. 133 / n° 177, p. 133 (26 juin 1999) Bull. cass., 1999. 1, n° 92. M. Huet.

119. En droit international privé, la possibilité de saisir un juge n'exclut pas en elle-même la qualification de déni de justice. Le risque de déni de justice est en effet apprécié *in concreto* y compris dans l'accès matériel à la justice. Le constat d'un déni de justice résulte d'une analyse factuelle. Compétence subsidiaire, le chef de déni de justice reste un chef de compétence internationale indispensable pour garantir l'effectivité de l'état de droit et doit être préservé. A défaut l'État laissant se produire sur son territoire un déni de justice de droit est internationalement responsable d'un déni de justice de fait. Son inaction constitue une violation directe de l'article 6 § 1 de la CESDH.

Conclusion de la section 2

120. Le déni de justice en droit international privé peut engendrer la responsabilité en droit international public de l'État en application de l'article 6 de la CESDH. L'État doit donc assurer un accès libre et égal à ses tribunaux afin de préserver l'effectivité du droit au juge. Le risque de déni de justice est apprécié *in concreto* et de manière fonctionnelle. Ainsi, il implique qu'un jugement au fond soit rendu et que la juridiction ne se limite pas à la question de la compétence. Ce chef de compétence fonde de la même manière la compétence du juge d'appui. Il relève de la responsabilité de l'État de mettre un terme à la situation de déni de justice. En matière d'arbitrage international, le juge d'appui, garant de la mise en œuvre et de l'effectivité de la procédure d'arbitrage, occupe donc en droit français une place centrale.

121. L'action en justice est entendue comme le droit fondamental dont est investi chaque individu de pouvoir s'adresser à l'autorité judiciaire pour assurer la protection de ses droits et intérêts légitimes. C'est une composante indispensable du droit à un procès équitable. Son exercice doit être effectif et les limitations qui lui sont apportées doivent donc être légitimes et proportionnelles. Même s'il existe une dissociation entre déni de justice de droit international public et privé, les notions se rejoignent en ce que le déni de justice en droit international privé peut engendrer la responsabilité en droit international public de l'État.

122. En conséquence, lorsqu'une partie ne peut recourir à la justice, l'État est garant quant à cette possibilité d'accès. Si sa législation ou l'attitude de ses juges ne prend pas en compte l'hypothèse de déni de justice de fait, l'État peut voir sa responsabilité engagée au même titre que s'il commettait lui-même ce déni de justice. En cas de déni de justice économique, il s'agit d'une violation directe de l'article 6 de la CESDH. Le déni de justice en matière d'arbitrage ne peut être reproché directement à l'arbitre, en revanche, il doit être pris en compte pour que l'État assume la charge de l'instance si cette situation se produit¹⁶⁴.

¹⁶⁴ La situation différente où l'arbitre, ayant accepté sa saisine et sa mission contre rémunération mais sans provision préalable, exerce son droit de rétention sur la sentence face au défaut de paiement d'une partie, aboutit cependant aux mêmes conséquences.

Conclusion du chapitre 1

123. L'état de droit ne pouvant être garanti que par le respect de l'effectivité des droits, le droit fondamental d'accès au juge doit être assuré de manière générale. Juge étatique ou arbitral, similaires par leur fonction, doivent donc veiller à ce que cet accès reste effectif. La prohibition du déni de justice, principe de droit universellement reconnu et composante du droit à un procès équitable devrait naturellement s'appliquer à l'arbitrage. En conséquence, le déni de justice peut donc être envisagé qu'il y ait ou non une clause d'arbitrage.

La dette de la justice est imputable à l'État qui doit garantir son accès, que le déni de justice soit de droit ou de fait. A défaut, cette situation peut engager la responsabilité de l'État, tant en droit international public qu'en droit international privé. L'État se doit de protéger ses citoyens ; en conséquence, il manque à sa mission dès lors que ses tribunaux étatiques refusent de se saisir d'un litige où un risque de déni de justice existe. Chaque litige doit pouvoir être tranché au fond.

Une simple décision sur la compétence ne saurait dès lors satisfaire au droit d'accès au juge qui implique un droit au jugement. « *Le droit d'accès à un tribunal est à ce point important qu'on ne saurait se contenter de sa reconnaissance formelle sans possibilité réelle d'exercice, sauf à renier les exigences élémentaires et fondamentales de la justice ayant cours en France* »¹⁶⁵. En conséquence, en cas de déni de justice, l'application du principe de compétence-compétence ne saurait ôter sa responsabilité à l'État, ce principe n'étant pas un déni d'action. L'accès au juge étant la condition de l'effectivité de tout autre droit, la législation française intègre, au titre de l'ordre public procédural, l'article 6 de la CESDH¹⁶⁶.

124. L'influence grandissante des droits fondamentaux ne doit-elle pas marquer une rupture dans l'évolution du droit de l'arbitrage, la garantie d'un procès équitable constituant la justification du pouvoir du juge comme de celui de l'arbitre ?

165 C. Cass. Ch. soc., 25 janvier 2005, *Banque africaine de développement M.A. Degboe*, *Rev. Arb.* 2005.477 Comm. I. Pingel ; *D.* 2005.1540 note F. Viangelli ; *JDI* 2005.1142 note Corbion.

166 V. notamment : C. Cass. Civ. 1re civ. 16 mars 1999, *Pordéa c. Society Times Newspapers Limited*, *Rev. Crit. DIP* 2000.223 ; *JDI* 1999.271, obs. O. Bachelet, 794, note Huet et 773, obs. A. Huet ; *RTD civ.* 1999.469, obs. Perrot ; *Rev. Crit. DIP* 2000.181, chron. G. A. L. Droz ; *RTD civ.* 2000.944 obs. J. Raynard ; *D.* 1999.497 note P. Courbe ; *Gaz. Pal.*, 1999.1, panor. cass. p. 133 / n° 177 p. 133 (26 juin 1999) *Bull. cass.*, 1999.1, n° 92. M. Huet.

Chapitre 2 : Le déni de justice économique en matière d'arbitrage international

« Le développement de l'arbitrage a-t-il pour effet de restreindre le droit d'accès à un tribunal de certains justiciables ? »¹

125. Il est établi que la Cour de cassation reconnaît et sanctionne le risque de déni de justice économique. L'appréciation de celui-ci est tant juridique que matérielle. Ainsi, elle a reconnu l'hypothèse d'un déni de justice économique dans le cadre d'un litige opposant des juridictions étatiques.

Dans l'arrêt *Pordéa* de la Cour de cassation en date du 16 mars 1999, les frais d'accès aux tribunaux anglais sont jugés comme constitutifs d'un déni de justice économique. *« Le caractère d'ordre public du droit au juge et l'universalité de la reconnaissance de ce droit fondamental s'expliquent intellectuellement par l'idée selon laquelle l'accès au juge est le gage instrumental de l'effectivité de tout autre droit fondamental. Le titulaire d'un droit fondamental doit être aussi titulaire du droit processuel de le faire valoir, sinon il n'a pas accès à son droit fondamental et, partant, à la justice »².*

Elle consacre le droit à l'arbitre au même titre que le droit au juge. Le déni de justice arbitrale est reconnu et condamné au titre du droit d'accès au juge par la jurisprudence française et admet de ce fait la compétence subsidiaire et autonome du juge d'appui.

126. Néanmoins, lorsque le déni de justice revêt un caractère économique, le problème semble nié en matière d'arbitrage. Or, comme le souligne Georges A. L. Droz, *« le coût excessif de la justice peut constituer un obstacle à son accès. [Lors] d'un colloque organisé à Édimbourg, [...], sur la comparaison des institutions judiciaires un participant anglais avait ironisé sur les milliers de pourvois encombrant les rôles de la Cour de cassation française qui entraînaient des lenteurs inadmissibles dans l'administration de la justice. Certes répliqua un participant écossais, en Angleterre, la justice est plus rapide et moins encombrée qu'en France mais on dénombre par an en matière civile moins d'une centaine de recours devant la Chambre des lords et ce pour des raisons financières, ce qui constitue un obstacle non moins grave à l'administration de la justice »³.*

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que celle-ci reconnaît et prohibe le risque de déni de justice, qu'elle reconnaît la notion d'impécuniosité et l'existence du déni de justice économique dans le cadre des conflits de juridictions. Néanmoins, la situation de déni de justice dans son aspect économique semble être éludée en arbitrage international français alors même qu'elle appelle une réponse de notre droit car il est question de l'ordre public international procédural. Le principe de compétence-compétence paralyse à lui seul, dans son aspect négatif, toute possibilité de pouvoir exercer son droit au juge lorsque le citoyen se trouve dans une situation d'impécuniosité. Dès lors, l'arbitrage international peut-il continuer à faire figure d'exception au droit général d'accéder au juge ?

127. L'arbitrage n'a de sens qu'à la mesure de son effectivité et donc de son efficacité à remplir la mission juridictionnelle qui lui est assignée. La liberté contractuelle doit être préservée mais cède devant le droit au juge. Toute tentative pour concilier les différents intérêts est comprise comme une mesure tendant à la *« mort de l'arbitrage »*, transformant l'arbitrage en une exception de fait au droit au juge. Dès lors, cette position semble

¹ VALENCIA (F.), Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007 n1 p. 45.

² HOTTE (S.), Droit au juge et arbitrage international, *D.* 2005 p. 2727.

³ DROZ (G. A. L.) Variations *Pordéa* (à propos de l'arrêt de la cour de cassation 1 ch. civ du 16 mars 1999), *Rev. Crit. DIP* 2000 p. 181.

s'expliquer par une absence de solution efficace et protectrice de l'arbitrage, mais ne se justifie pas au regard de l'état de droit.

Il convient de déterminer dans quelle mesure le caractère fondamental et général du droit d'action doit influencer le droit de l'arbitrage. Seule une définition concrète correspondant à un cas d'impécuniosité nous paraît à même de protéger la partie faible ainsi définie (Section 1). Les protections catégorielles, bien que fondées sur la volonté de protéger une partie, ne nous semblent pas appropriées. En effet, elles reposent sur une présomption de faiblesse *in abstracto* ne permettant pas d'assurer l'accès au juge. Or, le droit d'action ne peut être réservé à une catégorie de personnes abstraitement définie et refusé à d'autres. En outre, ce type de protection repose sur une méfiance à l'égard de l'arbitrage qui ne nous semble pas justifiée (section 2).

Section 1 : De la constitution du tribunal arbitral et de l'accès financier à la justice arbitrale

« Au royaume de la justice, le droit à un recours effectif est concrètement octroyé au justiciable »⁴

128. La première question est celle de savoir s'il y a déni de justice lorsque les juridictions refusent de statuer alors qu'il existe la possibilité théorique de saisir un arbitre⁵. Or, si la jurisprudence française reconnaît le déni de justice arbitrale dans le contexte de l'arbitrage international, lorsque cette reconnaissance vient au soutien de l'arbitrage, cette jurisprudence reste silencieuse quant à l'hypothèse de déni de justice économique, conflit négatif de compétence pourtant prohibé en d'autres domaines.

Il reste qu'au titre du droit français, une juridiction se doit de retenir sa compétence en cas de déni de justice fut-il économique, l'article 6 § 1 de la CESDH étant applicable en matière d'arbitrage (§1). Il convient donc de définir la notion de partie faible dans le cadre du déni de justice économique. Il s'agit d'une situation résultant d'un conflit négatif de compétence d'une part, et d'une situation d'impécuniosité, d'autre part (§2).

§1- Déni de justice et constitution du tribunal arbitral

129. La désignation des arbitres et, plus largement, la constitution du tribunal arbitral, peut donner lieu à des difficultés. En matière internationale, le Code de procédure civile⁶ permet le recours à une procédure étatique sous l'égide du juge d'appui, à la condition, soit que l'arbitrage se déroule en France, soit que la loi de procédure française ait été tenue pour applicable par la convention d'arbitrage, soit en cas de clause de juridiction ou de déni de justice⁷. Le juge français sera donc compétent en cas de déni de justice avéré à l'étranger, à condition que le différend ait un contact avec la France, au motif que « *le droit [reconnu] à une partie à une convention d'arbitrage de voir soumettre ses prétentions à une juridiction*

4 ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? De l'arrêt *Kudla*, de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'arrêt *Magiera*, du Conseil d'État. Le trésor et la perle ou le filet ? *RFDA* 2003 p. 85.

5 L'idée est alors qu'il existe une équivalence fonctionnelle des juges et des lois perçus comme fongibles. En droit français, la convention d'arbitrage devient l'instrument d'une délocalisation du litige, la règle matérielle de validité de la convention d'arbitrage écartant toutes les prohibitions de celle-ci, même françaises, sous réserve de l'ordre public international. Le problème spécifique au droit international privé provient du fait que les règles de compétence juridictionnelle internationale n'ont pas de fonction répartitrice, elles sont unilatéralement posées par chaque ordre juridique. C'est pourquoi il peut se produire un conflit négatif de juridictions. On observe le même phénomène au regard de l'arbitrage mais en matière de compétence interne.

6 Article 1493, alinéa 2 ancien du Code de procédure civile.

7 TGI Paris, réf., 11 mai 1987, *Rev. Arb.* 1988. 699, 1^{re} décision, note P. Fouchard ; TGI Paris 10 janv. 1996, Bull. ASA 1996. 319, note H. Arfazadeh.

arbitrale est une règle d'ordre public que le juge français, comme tout autre, a vocation de faire respecter dans l'exercice de ses attributions au soutien de l'arbitrage »⁸. Ainsi, le déni de justice constitue un chef autonome de compétence internationale du juge d'appui dès lors qu'il existe un risque de déni de justice au détriment d'une partie à l'arbitrage⁹.

130. Au regard de l'accès à la justice arbitrale, la Cour de cassation applique l'article 6 § 1 de la CESDH à l'arbitrage (A) lorsque l'intervention du juge d'appui est rendue nécessaire par une impossibilité de saisine des juridictions, étatique ou arbitrale (B). Le déni de justice est ainsi consacré en matière d'arbitrage international et sa sanction est contrôlée par la Cour de cassation.

A- L'accès à la justice arbitrale et l'application directe de l'article 6 § 1 de la CESDH

131. Les arbitres sont-ils tenus de respecter la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme¹⁰ ? Plus largement, l'article 6 § 1 de la Convention est-il applicable en matière d'arbitrage ? Si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme consacre le droit d'obtenir une décision d'un tribunal, ce qui implique donc un accès effectif, on ne retrouve nulle trace de l'arbitrage dans le corps du texte. Certains auteurs¹¹ la considèrent comme applicable à l'arbitre, d'autres sont d'un avis contraire. Dès lors, il convient de s'interroger pour savoir dans quelle mesure les garanties procédurales de la CESDH vont être mises en œuvre.

Nous verrons que l'article 6 § 1 de la CESDH a vocation à s'appliquer à l'arbitrage sous la responsabilité de l'État (1). Lorsque son application concerne la constitution du tribunal arbitral et, partant, l'accès au juge, il appartient au juge étatique d'intervenir (2).

1)- Applicabilité *de facto* de l'article 6 § 1 de la CESDH à l'arbitre, applicabilité de droit à l'État

132. Au regard du contrôle des juridictions étatiques, l'application de l'article 6 § 1 de la CESDH peut entraîner la condamnation de l'État dans une situation de déni de justice, il convient de déterminer quelle doit être la réaction du droit français lorsque la convention d'arbitrage ne peut matériellement être mise en œuvre afin de protéger le droit d'accès au juge entendu comme le droit au jugement. En effet, l'article 6 § 1 de la CESDH appartient aux principes généraux du droit qui, selon Motulsky, sont la traduction d'exigences supérieures et relèvent du « *droit naturel* »¹². Il s'agit d'un ordre public fondamental, de « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués d'une valeur internationale absolue* »¹³. La violation est uniquement et toujours imputable à l'ordre

8 CA Paris, (1 ch. C.), 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC) c. État d'Israël*, *Rev. Crit. DIP* 2002.838 ; *Rev. Arb.* 2001.609 ; *Rev. Arb.* 2002.427 note Ph. Fouchard.

9 En effet, la Cour de cassation admet l'ouverture d'un recours pour excès de pouvoir négatif si la difficulté soulevée par le requérant ne peut être débattue lors d'un recours en annulation de la sentence. Le nouvel article 1505 du Code de procédure civile, issu de la réforme du décret du 13 janvier 2011, consacre ce chef de compétence à son alinéa 4 permettant la saisine du juge d'appui lorsqu'une partie est exposée à « *un risque de déni de justice* ».

10 MAYER (P.), L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'Homme, in M. DELMAS-MARTY et Cl. LUCAS de LEYSSAC (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, coll. Points, Série essai, 1996 p. 250.

11 LAMBERT (P.), Les procédures d'arbitrage et la convention européenne des droits de l'Homme, in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges Jacques Velu*. Bruyant, Bruxelles, 1992, t. II, p. 1281 ; LALIVE (P.), De la responsabilité des institutions d'arbitrages, note sous Paris 15 sept. 1998 *Société Cubic*, *Rev. Arb.* 1999.103.

12 MOTULSKY (H.), Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile, in *Mélanges Roubier* t. II 1974 p.175

13 C. Cass. Civ. 24 mai 1948, *Lautour*, *Rev. Crit. DIP* 1949 p. 89 note Batiffol

juridique étatique, il s'agit d'une responsabilité indirecte, voire d'une responsabilité directe dans l'hypothèse d'un déni de justice de fait¹⁴.

L'article 6 § 1 s'applique pleinement aux tribunaux auxquels il est demandé de contrôler la validité et la mise en œuvre de la convention d'arbitrage¹⁵. Le droit de recourir à l'arbitrage doit préserver ces principes, le premier de tous étant le droit d'accéder au juge. La Cour européenne des droits de l'Homme impose que cette renonciation soit volontaire et qu'elle n'engendre pas une situation de déni de justice. En effet, avec l'arrêt *Golder* du 21 février 1975¹⁶, la Cour européenne considère que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme s'applique non seulement à une instance déjà en cours mais en outre implique de reconnaître et d'assurer l'effectivité du droit d'accès aux tribunaux à toute personne souhaitant introduire une action en justice. La Cour européenne affirme ce droit d'une manière constante¹⁷ : le recours juridictionnel ainsi reconnu doit aboutir à un contrôle juridictionnel réel. Cette exigence d'une fonction juridictionnelle¹⁸ peut être exercée par une autorité non intégrée dans le système judiciaire classique, à condition que ce tribunal soit établi par la loi.

133. Selon Monsieur Ch. Jarrosson¹⁹, il serait contraire à la lettre et à l'esprit de la CESDH de l'appliquer à l'arbitrage. En effet, il est vrai que ce texte vise les juridictions étatiques afin d'assurer le respect des libertés contre l'arbitraire des États. En conséquence, la Convention serait inapplicable si la Cour européenne des droits de l'Homme analyse la clause d'arbitrage comme une renonciation aux juridictions étatiques, donc aux garanties y afférant.

Cependant, si la Cour européenne accepte le principe d'une renonciation au recours aux juridictions étatiques²⁰, elle se réserve le droit d'examiner les circonstances de celle-ci. La convention d'arbitrage ne constitue pas une renonciation à la protection juridictionnelle d'un État mais un choix de résolution d'un litige opéré par les parties au sein d'un État. Elle organise l'accès à la justice et ne saurait être assimilée à une renonciation²¹.

134. Si certains auteurs²², soutenus par la Cour de cassation²³, ont argumenté qu'un tribunal arbitral n'était pas un tribunal au sens de la Convention, leur raisonnement se fonde sur le fait que l'arbitrage serait institué non par la loi mais par la volonté des parties. Cette position nous semble erronée. Toutes les règles concernant l'arbitrage international ont pour source la loi,

14 Sur l'applicabilité de l'article 6§1 de la CEDH à l'arbitrage : V. GUEZ (PH.), *L'élection de for en droit international privé*, Thèse Paris X, Nanterre, 1992 spéc. n° 224 « si l'arbitre n'a pas de for et ne peut, en tant que tel, être l'organe d'un État partie à la Convention, il n'en est pas de même du juge étatique amené à statuer sur une demande en exequatur ou sur un recours en annulation de la sentence. À cet égard, la décision du juge étatique qui satisferait à la reconnaissance ou à l'exécution d'une sentence rendue au mépris des garanties du procès équitable violerait la Convention. Le fait que l'on ait pu dire que l'application de la Convention serait inutile dans ce cas, la sentence pouvant par ailleurs être annulée dans les différents cas visés aux articles 1484 et 1502 du nouveau Code de procédure civile, ne change rien au raisonnement. Cela ne remet pas en cause le principe de l'application de la Convention par le juge étatique, mais affirme simplement que le droit français de l'arbitrage serait conforme aux garanties de la Convention ».

15 Comm. EDH, 4 mars 1987, *R. c. Suisse*, Req. n°10881/84 ; Disponible sur le site de la cour en version française : « la responsabilité de l'État ne peut être mise en cause pour les agissements des arbitres à moins que et dans la mesure où les juridictions étatiques aient été appelées à intervenir ».

16 « On ne comprendrait pas que l'article 6, § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge ; équité, célérité, publicité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès ».

17 DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Droit à un juge, accès à la justice européenne*, in *Pouvoirs*, Les Cours européennes, 2001-96, p. 123.

18 CEDH, 22 oct. 1983, *Sramek*, série A, n° 84, § 36 ; S. Guinchard, *Procès équitable*, *Rép. Proc. Civ.* n° 198 : à propos de l'Autorité régionale des transactions immobilières du Tyrol, en Autriche : « Trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence ».

19 JARROSSON (Ch.), *L'arbitrage et la CEDH*, *Rev. Arb.* 1989.573.

20 CEDH, 27 fév. 1980, *Deweer c. Belgique*, Série A n° 35 Berger n° 54 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'Homme*, éd. 2003-2004, Litec, n°0217 : « dans le système juridique des États contractants, pareille renonciation se rencontre fréquemment en droit civil, notamment sous la forme de clause contractuelle d'arbitrage [...] elle ne heurte pas en principe la convention ».

21 Le recours à l'arbitrage doit être conforme aux normes du procès équitable : V. VERGES (E.), *Principes directeurs du procès judiciaire*, Thèse Aix en Provence, 2000 (Disponible sur le site : <http://www.facdroit-grenoble.org/ctj/images/documents/these-verges.pdf>) p. 29.

22 JARROSSON (Ch.), *L'arbitrage et la CEDH*, *Rev. Arb.* 1989.573 ; P. COURBE, note sous Cass. 1re civ. 16 mars 1999, *D.* 1999.497.

23 V. CA Paris, 15 sept. 1998, *Société Cubic*, *Rev. Arb.* 1999.103 note P. Lalive, *Rev. Arb.* 2001.511, note Th. Clay : « la Convention EDH qui ne concerne que les États et les juridictions étatiques est sans application en la matière ».

en l'occurrence le Code de procédure civile concernant l'ordre juridique français. L'arbitrage est la résultante d'une permission légale. Il en va de même du principe de compétence-compétence, de l'obligation de conclure un contrat d'arbitre ou de l'arbitrabilité des litiges. Or, l'arbitrage s'intègre dans les ordres juridiques, soit par la volonté des parties de lui conférer une force exécutoire, soit en cas de contestation de la sentence. Il s'agit donc d'un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui doit, à ce titre, respecter les principes du procès équitable et, par là même, la prohibition du déni de justice.

135. La non-conformité aux principes de l'article 6 § 1 de la CESDH ne découle pas d'une opposabilité directe de celle-ci à l'arbitre qui n'est légalement pas tenu de la respecter, mais s'apprécie au regard du droit étatique qui n'offre pas la possibilité de priver d'effet une convention d'arbitrage, source de déni de justice : l'arbitrage est de la responsabilité de l'État car institué et autorisé par celui-ci²⁴. Dès lors, si le droit ne permet pas de priver d'effet une convention d'arbitrage source de déni de justice, la responsabilité de l'État français est engagée.

Si l'arbitre n'est pas tenu d'appliquer en droit la CESDH, il se voit contraint de la respecter en fait. L'arbitre doit respecter le contenu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, notamment au regard des droits processuels, comme il sied à toute juridiction. Il doit respecter les conditions d'un procès équitable, car en toute hypothèse, en cas de non-respect, l'arbitre sera sanctionné par les juridictions étatiques *d'exequatur* ou de contrôle qui, elles, sont soumises au respect de la Convention²⁵. À défaut, la sentence ne sera pas exécutée²⁶ car ces principes appartiennent à l'ordre public international procédural et justifient la nullité de la sentence.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme est directement considérée comme applicable à l'arbitrage dans une situation de déni de justice. L'État qui laisserait une sentence s'exécuter en contradiction de la Convention commettrait une violation directe de celle-ci. Plus généralement, c'est l'ensemble de la procédure d'arbitrage qui doit respecter les normes établies par l'article 6 § 1 de la CESDH y compris concernant la question de son accès. Ainsi, dans la décision de la Cour de cassation en date du 1^{er} février 2005²⁷, les exigences du procès équitable côtoient les principes de l'arbitrage international lorsque la Cour énonce que « *l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge fut-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution du tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France* ». La Haute Juridiction reconnaît donc que l'article 6 § 1 de la CESDH doit recevoir application dans l'hypothèse d'un déni de justice même lorsque celui-ci a pour caractéristique d'être constitué dans le cadre de l'arbitrage international français. En effet, l'article 6 § 1 de cette Convention est intégré à l'ordre public international.

24 V. en ce sens : MATSCHER (F.), L'arbitrage et la convention, Article 6 (suite), la *Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica 1995 2^e éd. p. 281 spéc. p. 287 : « *la non-conformité à la Convention découlera alors non pas d'une opposabilité directe aux tiers de cet instrument qui s'étendrait à l'organisme arbitral (privé), mais du fait que le droit étatique n'offre pas de possibilités adéquates de priver d'effets une convention d'arbitrage entachée d'un tel vice [...]. Les violations éventuelles de la Convention ne sont pas imputables à la juridiction arbitrale, mais toujours uniquement à l'ordre juridique de l'État ou à ses tribunaux* ».

25 V. pour l'effet transcendantal de la convention : DE FONTBRESSIN (P.), L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'Homme, in *Mélanges Louis Edmond Pettiti*. Bruyant. Bruxelles. 1998 p. 231.

26 La reconnaissance et l'exécution de la sentence sont en effet subordonnées au respect de l'ordre public lequel vise l'ordre public procédural : articles 1484-6 et 1502-5 du Code de procédure civile.

27 C. Cass. Civ.1., 1 février 2005, *État d'Israël c. NIOC*, n° 01-13.742, Bull. civ. I, n° 53 ; *Rev. Arb.* 2005. 692 note H. Muir Watt ; *D.* 3 novembre 2005, n°39/7224 p. 2697 note S. Hotte ; *RTD com.* 2005. 266, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 2006. 140, note Th. Clay, *D.* 2005, pan. 3054, obs. Th. Clay, *JCP* 2005. I. 134, § 4, obs. J. Béguin ; *D.* 2005. 2727, note S. Hotte.

Si la condition du déni de justice est caractérisée par l'impossibilité factuelle d'accéder à tout juge, arbitre ou magistrat, l'État a une obligation positive de remédier à cette situation, en France, par l'intermédiaire du juge d'appui.

136. Au nom d'une faveur à l'arbitrage, le déni de justice économique, lorsqu'il pourrait nuire à l'arbitrage, semble ignoré par la jurisprudence au profit d'un principe de faveur sans cesse plus poussé visant à assurer l'efficacité de l'arbitrage. Rien ne doit nuire à son développement. Néanmoins, on peut se poser la question de l'efficacité de l'arbitrage lorsque le problème soumis au juge est précisément celui de son efficacité. Est-il cohérent de nier un problème au nom du principe de faveur si ce problème est relatif à sa mise en œuvre ? Pour quelle raison l'ignorance du problème de l'impossibilité de saisine du tribunal arbitral devrait-elle être considérée comme favorable à l'arbitrage ? Sans même évoquer le droit au juge, la réponse paraît aller de soi : les solutions retenues ne sont favorables qu'à la double condition de contribuer à l'efficacité de l'arbitrage et à son honorabilité.

Si le fait de souscrire une convention d'arbitrage devait être assimilé en droit français à une renonciation à toute protection juridictionnelle, quel opérateur du commerce international souhaiterait encore en conclure une ? L'arbitrage est une justice et ne doit pas être, par un excès de faveur, détourné de son objet en devenant un moyen de contrer le droit fondamental de tout individu d'avoir accès au juge. Dès lors, il est conforme au droit et favorable en pratique d'admettre que l'article 6 § 1 de la CESDH doit recevoir application y compris en matière d'arbitrage et de déni de justice économique.

137. Cette applicabilité est d'ailleurs reconnue par la jurisprudence française qui applique l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme à l'arbitrage international. Ainsi, dans l'affaire *République de Guinée*, la cour d'appel de Paris²⁸, infirmant la décision du tribunal de grande instance de Paris, considéra que l'article 6 § 1 de la Convention et l'article 14 du Pacte de New York devaient être respectés par les arbitres. En conséquence, le droit français reconnaît que la Convention s'applique à l'arbitrage de par l'assimilation fonctionnelle du juge et de l'arbitre. Le chef de déni de justice arbitrale est reconnu en France lorsqu'une impossibilité d'accès au tribunal arbitral apparaît du fait de l'absence de support d'une juridiction étatique d'appui internationalement compétente. La jurisprudence française rejoint celle européenne dans l'arrêt *NIOC c. État d'Israël*²⁹. La Cour de cassation invoque l'article 6 § 1 de la Convention, confirmant son application par les juridictions internes en matière d'arbitrage international³⁰.

138. En conséquence, le juge étatique doit veiller à ce que le droit d'accès au juge soit effectif. Dans le cadre de l'arbitrage, cette obligation positive mise à la charge de l'État implique de s'assurer que les parties puissent avoir accès à l'arbitrage. L'État doit retenir sa compétence si une partie invoque un déni de justice afin de permettre la mise en œuvre de l'arbitrage. Si cette procédure arbitrale ne peut être effective, c'est-à-dire aboutir à une sentence mettant fin au litige, la juridiction étatique doit y suppléer.

28 CA Paris, 18 novembre 1987 (1 esp), *Rev. Arb.* 1988.657 note Ph. Fouchard ; *Rev. Arb.* 1990.487 obs. Ph. Fouchard.

29 C. Cass. Civ.1., 1 février 2005, *État d'Israël c. NIOC*, n° 01-13.742, Bull. civ. I, n° 53 ; *Rev. Arb.* 2005. 692 note H. Muir Watt ; *D.* 3 novembre 2005, n°39/7224 p. 2697 note S. Hotte ; *RTD com.* 2005. 266, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 2006. 140, note Th. Clay, *D.* 2005, pan. 3054, obs. Th. Clay, *JCP* 2005. I. 134, § 4, obs. J. Béguin ; *D.* 2005. 2727, note S. Hotte

30 Dans cette affaire, le droit au juge semble relever des règles matérielles du droit français applicables à l'arbitrage international. En effet, l'ordre public procédural français intègre l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme cf. C. Cass. Civ. 1re civ. 16 mars 1999, *Pordéa c. Society Times Newspapers Limited*, *Rev. Crit. DIP* 2000.223, *JDI* 1999. 271, obs. O. Bachelet, 794, note Huet et 773, obs. A. Huet, *RTD civ.* 1999. 469, obs. Perrot ; *Rev. Crit. DIP* 2000.181, chron. G. A. L. Droz ; *RTD civ.* 2000. 944, obs. J. Raynard ; *D.* 1999. 497 note P. Courbe ; *Gaz. Pal.*, 1999.1, panor. cass. p. 133 n° 177, p. 133 (26 juin 1999) Bull. cass., 1999.1, n° 92. M. Huet.

2)- L'arbitrage et la question de pouvoir juridictionnel de l'État

139. Le pouvoir de juger est un pouvoir propre du juge accordé par l'État. Il se distingue de la compétence qui implique un choix entre deux juridictions ayant toutes deux le pouvoir juridictionnel mais dont seule l'une d'entre elles aura également la compétence. « *La compétence est essentiellement une notion fonctionnelle, qui permet, lorsque plusieurs organes sont investis d'un pouvoir identique, de désigner celui qui va concrètement [l'exercer]. Cette désignation est effectuée en fonction de critères divers qui permettent de caractériser la situation. La compétence se distingue ainsi des questions qui se rapportent à l'existence de ce pouvoir ou à la manière de l'exercer* », elle reflète « *l'idée de concurrence* »³¹.

140. « *Le pouvoir juridictionnel est celui qui a été conféré au juge - en général, et non à un juge en particulier- de trancher les litiges en appliquant la règle de droit* »³². La question du déni de justice ne peut engager la responsabilité de l'État que dans l'hypothèse où les magistrats bénéficient du pouvoir juridictionnel au regard du litige. En effet, en l'absence de pouvoir de juger, il n'y a pas de déni de justice. Or, selon Monsieur S. Guinchard³³, en cas de convention d'arbitrage, il y aurait un défaut de pouvoir de juger des magistrats et non un défaut de compétence, ce qui exclurait donc toute responsabilité de l'État. Cette analyse part du constat que l'investiture de l'arbitre et celle du juge ont une origine différente. Or, la compétence ne pouvant être déterminée qu'à l'intérieur du même champ de pouvoir, celle de l'arbitre étant conventionnelle et celle du juge légale, il ne peut s'agir que d'un défaut de pouvoir. À ce titre, la Cour de cassation³⁴, si elle n'emploie pas le terme d'exception d'incompétence, a relevé que la convention d'arbitrage « *ne concerne pas la répartition de la compétence entre les tribunaux étatiques des différents pays, mais tend à retirer à ces tribunaux le pouvoir de juger les différends relatifs à ce contrat* ».

141. Néanmoins, dans l'hypothèse d'une convention d'arbitrage, on ne saurait parler devant la juridiction étatique d' « *exception de procédure* » en l'absence de répartition du pouvoir juridictionnel et, la Cour de cassation³⁵ qualifie ce moyen d' « *exception de procédure* »³⁶. Cette analyse qui vise à faire de l'arbitrage une juridiction autonome et qui ne dépend d'aucun for nous semble devoir être rejetée. Les parties ont le choix de recourir à l'arbitrage dans la mesure où un État leur ouvre cette voie.

Si l'arbitrage international met en jeu un problème de conflit de juridictions, il n'en reste pas moins que chaque for internationalement compétent détermine selon ses règles de procédure dans quelle mesure la compétence doit être répartie entre les juridictions étatiques et arbitrales en son sein. Dès lors, affirmer que le contrat est la loi des parties ne transforme pas ce contrat en un contrat sans loi, et de même, dire que l'arbitrage découle d'un choix des parties ne le transforme pas en une juridiction délocalisée. Il s'agit d'une fiction française, fiction de nature procédurale qui relève des règles de compétence.

31 THERY (PH.), Compétence, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Quadrige, 1 ed. 2003, p. 247.

32 THERY (PH.), Compétence, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Quadrige, 1 ed. 2003, p. 247.

33 GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), *Procédure civile, droit interne et droit communautaire*, Précis Dalloz, 28 éd. 2006, coll. Droit privé, n° 248 et s. et n° 182.

34 C. Cass. Civ. 1, 9 oct. 1990, *RTD civ.* 1991.603 obs. Perrot; C. Cass. Civ. 1, 6 oct 1990, *Rev. Arb.* 1991.71 chron. Delebecque.

35 C. Cass. Civ. 2, 22 nov. 2002, *Rev. Arb.* 2002/2.371 obs. Théry.

36 L'exception de procédure vise la régularité de la demande, non l'existence de l'action, qui est, quant à elle, l'objet d'une fin de non-recevoir.

142. Ainsi, l'investiture de l'arbitre, qui provient du contrat d'arbitre et non de la convention d'arbitrage, a pour source la loi³⁷. L'arbitrage est une juridiction établie par la loi en ce sens qu'il ne saurait avoir d'existence sans cette autorisation légale. En conséquence, l'investiture a la même origine, la différence majeure provient du fait que l'une est permanente et l'autre temporaire, mais, dans les deux cas, elle a pour fondement la loi, en l'occurrence la loi française, répartissant les compétences entre ces juridictions. Ainsi, lorsque le juge étatique est saisi d'un litige, il renvoie les parties à l'arbitrage par l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Il s'agit d'une répartition entre deux juridictions instituées par la loi également compétentes, le principe de compétence-compétence étant une règle répartitrice de compétences dans l'ordre interne entre les juridictions étatiques et arbitrales, une règle de procédure française.

143. Le magistrat ne renonce pas définitivement à son pouvoir juridictionnel au profit de l'arbitre car ils sont garants de la protection de l'état de droit et des libertés fondamentales. Seule la compétence est accordée de manière prioritaire à l'arbitre, d'une part pour juger de sa compétence, puis en cas de sentence confirmative de compétence, pour juger du litige au fond.

En cas de contestation relative à la compétence arbitrale, les juridictions étatiques auront non seulement le pouvoir juridictionnel de statuer sur cette question mais, en outre, en cas d'incompétence arbitrale, recouvreront leur compétence à juger du litige au fond car elles n'ont jamais perdu leur pouvoir juridictionnel. Certes, au titre du nouvel article 1465 du Code de procédure civile, cette confusion se trouve entretenue par l'énoncé que « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* ».

L'arbitre ne saurait en aucun cas se voir reconnaître un quelconque pouvoir de définir lui-même l'étendue de son pouvoir juridictionnel et *a fortiori* de sa compétence, seuls les États ayant cette compétence. Par ailleurs, la validité de l'investiture résultant non seulement de l'application de la loi mais aussi de la conclusion d'un contrat d'arbitre, il est inconcevable d'admettre que l'arbitre puisse juger de la validité de celle-ci. En effet, reconnaître une telle compétence serait placer l'arbitre dans une situation de juge et partie, situation contraire à toute justice et au procès équitable. Dès lors, l'article 1465 ne peut viser que la compétence. D'ailleurs, le rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, publié au journal officiel en date du 14 janv. 2011 précise que « *L'article 1465 vise très clairement l'effet positif du principe dit de «compétence-compétence»*. Or, l'effet positif du principe de compétence-compétence signifie la compétence de l'arbitre pour apprécier de sa propre compétence, non de son investiture. Cette position est d'ailleurs très clairement admise par la jurisprudence française comme nous le verrons au sujet des honoraires du contrat d'arbitre ou de l'étude du principe de compétence-compétence.

La convention d'arbitrage ne prive pas l'État de son pouvoir juridictionnel. Le Code de procédure civile organise cette répartition de compétence. Il en est d'ailleurs de même de la convention de New York de 1958 ratifiée par la France, qui unifie ces règles entre États signataires. En aucun cas il n'est question du pouvoir juridictionnel des magistrats. Par renvoi de l'article 1495 anc. du Code de procédure civile (dev. art. 1505 nouv.), lorsque l'arbitrage est soumis à la loi française, l'article 1458 anc. du Code de procédure civile (dev. art. 1448 nouv.) est applicable à l'arbitrage international. D'après les termes de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile, « *lorsqu'un litige dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d'une*

³⁷ L'obligation de conclure un contrat d'arbitre résulte de l'effet légal du principe de compétence-compétence lorsqu'une partie invoque à bon ou mauvais escient l'existence d'une convention d'arbitrage. L'arbitre se voit conférer la compétence pour juger le litige à la condition qu'une convention d'arbitrage existe mais l'effet du principe de compétence-compétence permet de reconnaître une compétence à l'arbitre indépendamment de la clause pour juger de sa compétence par application de la loi française.

convention d'arbitrage est portée devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence ». On ne saurait être plus clair. Il s'agit d'une règle de répartition entre deux juridictions également compétentes et bénéficiant du pouvoir juridictionnel. Le nouvel article 1448 alinéas 1 et 2 du Code de procédure civile est ainsi formulé, « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence* ». Il ne s'agit pas d'un quelconque défaut de pouvoir juridictionnel mais de compétence là encore. Il convient donc de considérer que l'article 1465 nouveau du Code de procédure civile est le résultat d'une confusion terminologique visant à assimiler les notions de compétence et de pouvoir juridictionnel, pourtant distinctes³⁸.

144. Au sujet d'un même litige, les juridictions étatiques et arbitrales ont une compétence concurrente pour le trancher et les règles de procédure françaises répartissent cette compétence. Ce qu'il s'agit d'éviter, c'est un déni de justice issu d'un conflit négatif³⁹ de compétence. En aucun cas le pouvoir juridictionnel de l'État n'est en jeu. La convention d'arbitrage n'est pas une abdication de son pouvoir juridictionnel par l'État mais une compétence qu'il attribue à l'arbitre sous certaines conditions et en certains domaines pour connaître d'un litige⁴⁰. Si d'aventure cette compétence prioritaire aboutissait à un déni de justice de fait par inapplicabilité de la convention d'arbitrage donc du fait d'une absence de possibilité de saisine du tribunal arbitral, l'État français engagerait donc sa responsabilité pour déni de justice en cas d'inaction. Il s'agirait d'un manquement par omission.

* *
*

145. Il ressort clairement de la jurisprudence française que le déni de justice est prohibé. Ce déni de justice peut être caractérisé y compris dans le cadre de la procédure d'arbitrage. En effet, si le droit au juge est indifféremment satisfait devant l'arbitre ou le juge étatique de par leur équivalence fonctionnelle, encore faut-il que l'un d'eux se saisisse du litige. L'application de l'article 6 § 1 de la CESDH à l'arbitrage est donc reconnue et implique d'admettre la saisine du juge d'appui pour assurer l'accès effectif au juge, en l'occurrence à l'arbitre. Son intervention est nécessaire dès lors que se pose un problème de constitution du tribunal arbitral. Mais si aucune solution ne permet l'accès effectif à l'arbitrage, l'État sera responsable de déni de justice s'il ne prive pas d'effet la convention d'arbitrage.

B- Réaction du droit français face à l'impossibilité de constitution du tribunal arbitral

146. Le droit français sanctionne le risque de déni de justice arbitrale et pour ce faire reconnaît une compétence du juge d'appui pour venir au soutien de la procédure arbitrale (1). Néanmoins, le déni de justice en matière d'arbitrage est compris comme une indisponibilité

38V. Pour une confusion entre compétence et pouvoir juridictionnel : CA Paris, 29 septembre 2011, *Société des Autocars Transmaghreb*, n° 11/08019

39 L'hypothèse d'un cumul de compétence peut également se poser. La répartition des compétences permet d'éviter ces deux types de conflits dans l'ordre interne.

40 Dès lors qu'une convention d'arbitrage est invoquée, le droit français octroie une compétence prioritaire à l'arbitre pour juger de sa compétence et au fond et par la même lui reconnaît le pouvoir juridictionnel de juger par priorité de cette compétence.

des juges d'appui permettant la mise en œuvre de l'arbitrage. Dès lors, se pose la question d'un déni de justice second lorsque la constitution du tribunal arbitral s'avère impossible (2).

1)- De l'intervention nécessaire des juridictions étatiques en cas de problème de constitution du tribunal arbitral

147. La Cour de cassation élargit toujours un peu plus les pouvoirs du juge d'appui en tant qu'organe ayant pour mission d'intervenir en soutien de l'arbitrage international. Le juge d'appui⁴¹ se doit d'intervenir en cas de problème de constitution du tribunal arbitral⁴². C'est pour lui une obligation. À défaut, il commet un excès de pouvoir et sa décision est alors susceptible de recours. Si l'article 1457 anc. du Code de procédure civile (V. art. 1459 et 1460 nouv.)⁴³ dispose que l'ordonnance du juge d'appui n'est susceptible d'aucun recours, la jurisprudence a admis l'existence d'un recours autonome pour excès de pouvoir dans certains cas. Ce recours en excès de pouvoir est strictement circonscrit à l'hypothèse où la difficulté ne peut pas être débattue à l'occasion du recours en annulation de la sentence. Tel est inévitablement le cas en présence d'un déclinatoire de compétence du juge d'appui dans l'hypothèse d'une impossibilité de saisine d'une juridiction arbitrale.

148. Dans l'arrêt du 20 juin 2006⁴⁴, la Cour de cassation a donc rejeté le pourvoi formé contre un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 10 février 2005⁴⁵. En l'espèce, la cour d'appel avait confirmé l'ordonnance du président du tribunal de commerce selon laquelle l'une des parties devait communiquer à l'autre le nombre de procédures arbitrales dans lesquelles l'arbitre qu'elle désignait pour le présent litige avait déjà été choisi par elle. Selon le demandeur au pourvoi, le juge d'appui aurait dû se contenter de demander la désignation par la partie défaillante d'un arbitre sans explication sur l'arbitre déjà nommé par ses soins. Or, la Cour de cassation justifie la décision du juge d'appui en ces termes : « *des doutes étaient exprimés sur l'indépendance de l'arbitre et [la partie l'ayant choisi] refusait sans motif de donner les informations sollicitées* ». Le juge d'appui n'excède pas ses pouvoirs « *dès lors qu'il avait pour mission de résoudre les difficultés de constitution du tribunal arbitral de manière à ce que cette juridiction soit investie de la confiance des parties* ». La cour d'appel de Paris a été saisie sur le fondement de l'article 1444 anc. alinéa 3⁴⁶ du Code de procédure civile⁴⁷ (dev. art. 1455 nouv.). Or aux termes de cet article, le juge d'appui, lorsque la convention d'arbitrage ne peut être mise en œuvre, doit renvoyer les parties devant la juridiction étatique. La cour d'appel a décidé cependant que l'arbitrage se déroulant à Paris, le juge d'appui français était compétent en application de l'article 1493 anc. du Code de procédure civile pour désigner les arbitres (dev. art. 1455 nouv.).

149. En conséquence, en principe, la décision du juge d'appui n'est pas susceptible de recours, la Cour de cassation a estimé que le choix par les parties du Président de la Chambre de commerce internationale de Paris constituait un rattachement suffisant pour que l'article 1493, alinéa 2 ancien du Code de procédure civile (dev. art. 1505 nouv.), puisse être appliqué,

41 La notion de juge d'appui a d'ailleurs été consacrée par la réforme du 13 janvier 2011.

42 V. notamment : CA Paris, 24 nov. 1989, *La Belle Créole*, *Rev. Arb.* 1990.176, 1^{re} et 3^e esp., note P. Kahn ; C. Cass. Civ.1., 1 février 2005, *État d'Israël c. NIOC*, n° 01-13.742, *Bull. civ. I*, n° 53 ; *Rev. Arb.* 2005. 692 note H. Muir Watt ; *D.* 3 novembre 2005, n°39/7224 p. 2697 note S. Hotte ; *RTD com.* 2005. 266, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 2006.140, note Th. Clay, *D.* 2005, pan. 3054, obs. Th. Clay, *JCP* 2005. I. 134, § 4, obs. J. Béguin ; *D.* 2005. 2727, note S. Hotte.

43 Applicable en matière internationale par renvoi de l'article 1493, alinéa 2 anc. du Code de procédure civile.

44 C. Cass. Civ.1^{re}, 20 juin 2006, n° 05-17.019, *Bull. civ. I*, n° 311 ; *D.* 2006. IR. 1840, obs. V. Avena-Robardet ; *Rev. Arb.* 2007.463, note J. Ortscheidt ; *JCP* 2006.II.10155, note G. Chabot ; *JCP* 2006.I.187, § 4, obs. J. Béguin.

45 CA Paris, 10 févr. 2005, *D.* 2005. Pan. 3050, spéc. 3057, obs. Th. Clay ; *Rev. Arb.* 2005.709 (2^e esp.) note M. Henry.

46 Applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1493 anc. du même Code renvoyant à l'article 1457.

47 CA Paris, 23 oct. 2008, n° 08/10510, *Société Limak Insaat San Vetic As* ; *D.* 2009. 2959 obs. th. Clay.

si bien que le Président du tribunal de grande instance de Paris, qui s'était déclaré incompétent, avait commis un excès de pouvoir négatif⁴⁸.

La Cour de cassation dans l'arrêt *NIOC* précise que le juge d'appui « *en se déclarant incompétent pour statuer, avait méconnu l'étendue de ses pouvoirs et commis ainsi un excès de pouvoir négatif* ». La Cour de cassation fonde sa solution sur le droit au juge, assimilant par là même juge étatique et arbitre, comme en témoigne l'incise « *fut-il arbitral* ». Ce rapprochement est fonctionnel. La prohibition du déni de justice se justifie par « *les principes de l'arbitrage international et l'article 6 de la CEDH* ».

La Cour donne à cette règle une portée universelle et insiste sur le fait bien établi que la renonciation à la justice judiciaire ne prive pas les parties des garanties d'un procès équitable. Dès lors, en cas de déni de justice économique, le juge d'appui devrait reconnaître sa compétence au soutien de l'arbitrage international afin d'aider à la constitution du tribunal.

150. Dès lors que le juge d'appui français peut être saisi d'une question de constitution du tribunal arbitral soit sur les compétences de droit commun, soit sur le chef du déni de justice, le problème de l'impécuniosité d'une partie risque de s'élever fréquemment devant les juridictions françaises. L'application directe de l'article 6 § 1 de la CESDH à l'arbitrage impose à l'État de ne pas laisser sans réponse un déni de justice de fait y compris en matière d'arbitrage international.

2)- Critère limitatif du déni de justice en matière d'arbitrage reconnu en application de l'effet dérivé de l'article 6 § 1 de la CESDH

151. Le juge d'appui est compétent dès que son intervention s'avère nécessaire, donc y compris en présence d'un déni de justice, dès lors que la convention d'arbitrage ne peut être mise en œuvre sans son intervention. La réforme du 13 janvier 2011, en introduisant un nouveau chef de compétence fondé sur le risque de déni de justice, ouvre donc une large compétence au juge d'appui en la matière.

152. La notion de déni de justice n'étant pas limitée, il convient donc de considérer qu'elle recouvre tant le risque de déni de justice arbitrale qu'étatique. Mais cette insertion a pour finalité de recouvrir un cas de déni de justice spécifique : il s'agit de l'hypothèse où les parties ont conclu une convention d'arbitrage mais le contrat d'arbitre ne peut se former et aucune juridiction étatique normalement compétente n'accepte de se saisir du problème. Il vise donc le cas particulier de déni de justice dans la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage faute de concours étatique. En cette hypothèse, c'est donc au juge d'appui de trouver une solution afin d'assurer l'accès au juge des litigants.

153. Afin de mieux comprendre ce nouveau chef de compétence, il convient de le délimiter. De nombreuses décisions judiciaires concernent l'aide à la constitution d'un tribunal arbitral international. Le cas le plus intéressant est celui de l'affaire pétrolière opposant la société *NIOC* à l'État d'Israël puisque l'hypothèse du déni de justice était invoquée. Un bref rappel des faits s'impose.

En 1994, la société *NIOC* invoque la convention d'arbitrage contractuellement prévue. Il s'agit d'un arbitrage *ad hoc* sans précision du lieu ou d'un règlement quelconque. La seule précision est qu'en cas de difficulté dans la nomination d'un arbitre, le « *président de la*

48 C. Cass. Civ.1., 1 février 2005, *Etat d'Israël c. NIOC*, n° 01-13.742, Bull. civ. I, n° 53 ; *Rev. Arb.* 2005. 692 note H. Muir Watt ; *D.* 3 novembre 2005, n°39/7224 p. 2697 note S. Hotte ; *RTD com.* 2005. 266, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 2006. 140, note Th. Clay, *D.* 2005, pan. 3054, obs. Th. Clay, *JCP* 2005. I. 134, § 4, obs. J. Béguin ; *D.* 2005. 2727, note S. Hotte.

chambre de commerce de Paris » sera compétent. L'État d'Israël refuse de désigner son arbitre, la société *NIOC* saisit le Président sur le fondement de l'article 1493 al. 2 anc. du Code de procédure civile (dev. art. 1505 nouv.). L'État d'Israël s'oppose alors à la désignation en prétextant l'incompétence du juge d'appui. La société *NIOC* invoque, quant à elle, le déni de justice permettant l'intervention du juge, for de nécessité. Au regard de l'argument de l'État d'Israël, consistant à invoquer son immunité de juridiction devant les tribunaux français, la cour d'appel souligne le lien étroit entre cette saisine et la procédure arbitrale, et prend le soin de préciser que dans le cas contraire le contractant se verrait interdire de soumettre sa cause à un tribunal, ce qui constituerait un déni de justice, une violation de l'ordre public et de l'article 6 de la CESDH. Mais l'ordonnance du 10 janvier 1996 refuse de désigner l'arbitre faute de compétence du juge français au regard de l'article 1493 anc. du Code de procédure civile (dev. art. 1505 nouv.) et estime qu'aucune circonstance n'établit la situation de déni de justice. *NIOC*, invitée à s'adresser au juge israélien, se heurte à un blocage⁴⁹. Dans une ordonnance du 9 février 2000, le juge français refuse cependant de se reconnaître compétent en considérant que le déni de justice n'est toujours pas constitué. La société *NIOC* forme alors un contredit de compétence. La cour d'appel dans un arrêt du 28 septembre 2000⁵⁰ prend soin de préciser que selon l'article 1457 anc. du Code de procédure civile (art. 1459 et 1460 nouv.), l'ordonnance est en principe insusceptible de recours. Cependant, un excès de pouvoir de son auteur ou une violation d'un principe fondamental ouvrent exceptionnellement un appel nullité. L'excès de pouvoir peut être négatif lorsqu'un juge refuse d'exercer une de ses attributions. En effet, « *s'il est vicié, le refus judiciaire de désigner l'arbitre place le demandeur à l'arbitrage dans une situation impossible. Il ne peut constituer le tribunal arbitral. Et s'il saisit au fond le juge étatique il ne peut éluder une éventuelle incompétence : car sauf à tolérer l'arbitraire du juge, comment admettrait-on que son refus de désigner l'arbitre frappe irrévocablement de nullité ou de caducité la convention arbitrale, au seul motif qu'aucun recours n'était recevable?* »⁵¹.

Deux enseignements fondamentaux découlent donc de cette décision : d'une part, le juge commettrait un excès de pouvoir négatif en refusant sa saisine fondée sur le déni de justice, et, d'autre part, l'accès au juge est un principe fondamental ouvrant la voie d'un appel nullité pourtant admis à titre exceptionnel en droit français. L'arrêt rendu par la cour d'appel le 29 mars 2001 est donc d'une grande importance en ce qu'il proclame clairement le déni de justice.

154. Faute d'une compétence internationale ordinaire fondée sur l'article 1493 anc. du Code de procédure civile (dev. art. 1505 nouv.), la société *NIOC* devait établir le déni de justice. En droit français, il n'existe pas de texte établissant les conditions pour retenir le déni de justice comme chef autonome de compétence des tribunaux français. Il convient donc de se reporter à la jurisprudence qui exige que le demandeur établisse qu'aucune juridiction étrangère ne soit en pratique saisissable. Or, une preuve négative est extrêmement difficile à apporter. Le refus d'accès à un tribunal conduit à un déni de justice. En l'espèce, c'est du fait même de la défenderesse, refusant de désigner son arbitre, que le déni de justice était de ce fait caractérisé. Il en irait de même en cas d'impossibilité de désignation.

155. En règle générale, le déni de justice est constitué dès lors qu'un plaideur se trouve face à une impossibilité d'obtenir un jugement au fond, donc, face au refus du juge étatique d'exercer sa fonction juridictionnelle. Or, si la société *NIOC* n'avait jamais saisi un juge au

49 L'Iran étant considéré comme un État ennemi aucune juridiction israélienne n'était habilitée à recevoir sa demande.

50 TGI Paris, 10 janv. 1996, Bull. ASA 1996. 319, note H. Arfazadeh ; *Rev. Arb.* 2002.427 note Ph. Fouchard ; TGI Paris, 9 fév. 2000, *Rev. Arb.* 2002.427 note Ph. Fouchard ; CA Paris, (1 ch. C.), 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC) c. État d'Israël*, *Rev. Crit. DIP* 2002. 838 ; *Rev. Arb.* 2001. 609 ; *Rev. Arb.* 2002.427 note Ph. Fouchard.

51 BOLARD (G.), Voies de recours et refus de désigner l'arbitre, *D.* 1996 p. 153.

fond du litige, c'est parce que les tribunaux israéliens auraient décliné leur compétence et le jugement iranien n'aurait pas été reconnu. En l'espèce, la seule justice envisageable était celle arbitrale. Cet accès constituait donc la seule possibilité de justice et exprimait une exigence de l'état de droit. Mais la situation inverse est tout à fait concevable, le fait que la seule juridiction disponible soit une juridiction étatique ne change pas, sur le plan des principes, la solution. L'arrêt *NIOC* traduit donc le principe général d'accéder au juge : soit un juge étatique soit un juge arbitral. Si la procédure arbitrale permet cet accès et qu'aucun juge étatique ne lui prête son concours, il s'agit d'un cas de déni de justice : le juge d'appui est compétent pour aider à la mise en place d'une telle procédure afin d'assurer de manière plus générale l'accès au juge. Le problème pour admettre la compétence du juge français provient du fait que la jurisprudence exige, pour que le déni de justice soit un chef autonome de compétence, qu'il existe un lien avec la France. Or, en l'espèce, ce lien était ténu. Mais aucun tribunal étranger en lien avec l'affaire n'aurait prêté son secours à la constitution du tribunal arbitral. Il est donc fait application du droit fondamental d'accès à la justice dans le domaine de l'arbitrage international.

156. Cet arrêt permet de définir les conditions dans lesquelles la privation du bénéfice d'une convention d'arbitrage peut être considérée comme un déni de justice justifiant la compétence internationale exceptionnelle des juridictions françaises. Le déni de justice intervient donc lorsque le for français n'est compétent ni sur le fondement de compétences établies au regard du contrat principal, ni en principe sur le fondement de la procédure d'arbitrage. L'une des spécificités du contentieux provient du fait que c'est le comportement de l'État contractant qui crée la situation de déni de justice, comportement internationalement illicite. Mais l'arrêt n'en fait pas état et se contente de relever l'impossibilité d'accéder au juge arbitral du fait de l'indisponibilité des juges d'appui. En conséquence, la compétence du juge d'appui se doit d'être disponible en cas de déni de justice, que celui-ci ait pour cause une impossibilité pour une partie de nommer un arbitre ou de participer à l'instance arbitrale.

157. La situation en l'espèce aurait pu s'analyser comme une insuffisance de la convention d'arbitrage au sens de l'article 1444 al. 3 anc. du Code de procédure civile (dev. art. 1455 nouv.). Dans ce cas, le droit de l'arbitrage n'est pas concerné. L'indisponibilité du juge d'appui aurait dû laisser place à la compétence des juridictions étatiques. Si la convention d'arbitrage est insuffisante, il n'y a pas de déni de justice du seul fait de son dysfonctionnement⁵². Il fallait avoir recours aux règles de compétence internationale de droit commun. Or, en l'espèce, *NIOC* se serait là encore retrouvée dans cette situation de déni de justice. Le déni de justice était donc tant arbitral qu'étatique. La seule voie pour assurer l'accès au juge semblait l'arbitrage ou la saisine d'une juridiction étatique sans lien avec l'affaire sur le fondement du déni de justice. L'arrêt admet que l'indisponibilité du juge d'appui est à elle seule constitutive du déni de justice sans rendre insuffisante la clause. En effet, l'indisponibilité du juge d'appui peut s'analyser comme une circonstance anormale de réalisation de la convention d'arbitrage et constituer un déni de justice arbitrale. Elle ne rend pas insuffisante la clause mais caractérise l'impossibilité d'accéder à la justice. On aboutit alors au droit à l'arbitre. La France admet sa compétence internationale pour mettre en œuvre une convention d'arbitrage.

158. Le même raisonnement avait été suivi par la cour d'appel de Paris, qui estima que l'immunité de juridiction derrière laquelle s'abritait l'organisation pour refuser de désigner un

⁵² Par ailleurs, l'État d'Israël faisait valoir qu'il n'y avait pas de déni de justice en l'absence de fait internationalement illicite. Cependant, le droit international public considère comme licite une législation qui refuse l'accès à ses tribunaux aux ressortissants d'un État ennemi en temps de guerre. Ce qui, sauf atteinte à sa souveraineté, empêchait de mettre en œuvre la clause d'arbitrage.

arbitre « conduirait inéluctablement à interdire (au contractant privé) de soumettre sa cause à un tribunal, cet état de fait étant contraire à l'ordre public en ce qu'il constitue un déni de justice et une violation des dispositions de l'article 6§1 de la Convention Européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales »⁵³. La cour voit dans l'impossibilité de constitution du tribunal arbitral un déni de justice arbitrale auquel le demandeur a droit lorsque la clause suffisante constitue la seule voie d'accès à la justice. Il convient dès lors de reconnaître le juge d'appui compétent pour aider à la constitution de ce tribunal, et non le juge du fond. La conception du déni de justice influe donc sur la solution.

159. Le demandeur se voit ainsi reconnaître le droit à la mise en œuvre de la convention d'arbitrage. Ainsi, l'arrêt *NIOC* admet, en se fondant sur l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qu'un État partie à la CESDH peut se voir imputer une atteinte au procès équitable commise par un autre État.

En refusant leur concours, les juridictions françaises auraient commis un déni de justice. L'article 6 aurait donc un effet dérivé. En effet, il est admis qu'un État est en faute lorsqu'il laisse se prolonger par son action une atteinte au procès équitable⁵⁴. En suivant cette analyse, l'impossibilité d'accéder à la justice d'un État devient imputable à un autre État s'il ne permet pas au demandeur l'accès à la justice de son pays, soit pour juger de l'affaire au fond, soit pour aider à la constitution du tribunal arbitral.

160. L'apport de l'arrêt *NIOC* peut se résumer ainsi : le déni de justice doit être regardé comme un chef autonome de compétence internationale du juge d'appui afin d'aider à la constitution du tribunal arbitral à la condition qu'il existe un lien suffisant avec la France et que la constitution dudit tribunal soit possible. À défaut, le déni de justice arbitrale ne pouvant trouver de solution, les parties doivent pouvoir saisir les juridictions étatiques. En effet, le déni de justice est constitué dès lors qu'aucune juridiction, étatique ou arbitrale, ne pouvait connaître du litige. Cette compétence repose sur le droit fondamental d'accéder au juge, droit d'ordre public international. Si, en l'espèce, les rattachements de l'article 1493 anc. du Code de procédure civile faisaient défaut⁵⁵, le chef de compétence retenu étant celui du déni de justice, le facteur de rattachement avec la France résultait de la convention d'arbitrage qui stipulait que la mésentente entre arbitres serait résolue par le « *Président de la Chambre de commerce internationale de Paris* ». Selon la Cour de cassation, le juge d'appui, « *en se déclarant incompétent pour statuer, avait méconnu l'étendue de ses pouvoirs et commis ainsi un excès de pouvoir négatif* ». En effet, « *la mission juridictionnelle également remplie par l'arbitre et le juge impose que les opérateurs qui défèrent leur litige à l'arbitre plutôt qu'au juge bénéficient également du droit à un procès équitable* »⁵⁶.

161. Dans le cadre de l'arbitrage international, le déni de justice comme chef autonome de compétence du juge d'appui a ainsi été retenu dans l'arrêt *NIOC c. État d'Israël* par la Cour de cassation⁵⁷. Cette compétence des juridictions françaises exige un lien satisfaisant avec la

53 CA Paris (14 ch. A), 19 juin 1998, *Boulois c. UNESCO*, *Rev. Arb.* 1999.343 note Jarroson.

54 Sur le concept d'imputabilité de l'acte de l'État étranger V. SINOPOLI (L.), *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux (recherche sur le champ d'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit international privé)*, thèse paris I, 2000.

55 Le déni de justice envisagé comme un chef autonome de la compétence internationale du juge d'appui est une solution traditionnelle de droit international privé français. L'article 1493, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile pose les deux rattachements : le lieu où l'arbitrage se déroulera ou la loi de procédure choisie par les parties.

56 HOTTE (S.), *Droit au juge et arbitrage international*, D. 2005 p. 2727.

57 C. Cass. Civ.1., 1 février 2005, *État d'Israël c. NIOC*, n° 01-13.742, Bull. civ. I, n° 53 ; *Rev. Arb.* 2005. 692 note H. Muir Watt ; D. 3 novembre 2005, n°39/7224 p. 2697 note S. Hotte ; *RTD com.* 2005. 266, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 2006.140, note Th. Clay, D. 2005, pan. 3054, obs. Th. Clay, *JCP* 2005. I. 134, § 4, obs. J. Béguin ; D. 2005.2727 note S. Hotte.

C. Cass. Civ.1., 1 février 2005, *État d'Israël c. NIOC*, n° 01-13.742, Bull. civ. I, n° 53 ; *Rev. Arb.* 2005. 692 note H. Muir Watt ; D. 3 novembre 2005, n°39/7224 p. 2697 note S. Hotte ; *RTD com.* 2005. 266, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 2006. 140, note Th. Clay, D. 2005, pan. 3054, obs. Th. Clay, *JCP* 2005. I. 134, § 4, obs. J. Béguin ; D. 2005. 2727 note S. Hotte ; HOTTE (S.), *Droit au juge et arbitrage*

France, pourtant en l'espèce très tenu⁵⁸. La Cour se fonde sur « *les principes de l'arbitrage international* » consacrant le droit au juge.

162. La France reconnaît donc une compétence au juge d'appui, fondée sur le chef du déni de justice, pour venir au soutien de l'arbitrage bien que ni l'arbitrage ni le litige n'entretiennent de liens avec la France.

Cette compétence a été à la fois confortée et élargie par la réforme introduite par le décret en date du 13 janvier 2011. En effet en application de l'article 1505 nouveau, « *En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque : [...] 4° L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* ». Le droit français reconnaît ainsi la dépendance de la procédure arbitrale au regard des juridictions étatiques. Le juge étatique restant le garant de l'accès effectif à la justice, une impossibilité de saisir un juge étatique ou arbitral serait donc une violation de l'article 6 de la CESDH et impliquerait la compétence internationale du juge d'appui. Or, le juge d'appui a pour mission d'aider à la mise en place du tribunal arbitral. En conséquence, en cas de carence dans cette mission le déni de justice est constitué et une décision d'incompétence des juridictions étatiques serait source d'une violation seconde du droit d'accès au juge. En effet, « *le caractère d'ordre public du droit au juge et l'universalité de la reconnaissance de ce droit fondamental s'expliquent intellectuellement par l'idée selon laquelle l'accès au juge est le gage instrumental de l'effectivité de tout autre droit fondamental. Le titulaire d'un droit fondamental doit être aussi titulaire du droit processuel de le faire valoir, sinon il n'a pas accès à son droit fondamental et, partant, à la justice* »⁵⁹. L'ordre public procédural renvoie à l'article 6 de la CESDH. Composante de l'état de droit, cette règle est de portée universelle. Ainsi, la Cour de cassation relève que « *l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge fut-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1, de la Convention Européenne des droits de l'Homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France* ». En l'occurrence, ne pas sanctionner le déni de justice aurait constitué une violation directe de l'article 6 de la Convention.

163. Le droit français reconnaît donc deux types de déni de justice. Le premier, arbitral désigne l'indisponibilité d'un juge d'appui confronté à la constitution du tribunal arbitral. Le juge d'appui doit alors se saisir du problème afin d'aménager une solution permettant l'accès à l'arbitre. Le second, étatique et général, qui conformément à l'article 6 § 1 de la CESDH et à la prohibition du déni de justice en droit international privé, impose à l'État de retenir sa compétence à juger du litige dans l'hypothèse où la constitution du tribunal arbitral s'avère impossible, nonobstant l'intervention du juge d'appui. En effet, à défaut, il s'agirait d'une violation directe de l'article 6 § 1 de la CESDH.

164. Dès lors, *a fortiori* en cas de compétence internationale du juge d'appui et d'échec dans sa mission de constitution du tribunal arbitral, le déni de justice étant constitué, les

international, D. 2005 p. 2727.

⁵⁸ En effet, le droit d'accéder au juge est un droit d'ordre public international ; or, le juge d'appui assure l'autonomie et l'efficacité de l'arbitrage international en droit français. Il aide à la constitution du tribunal arbitral. En principe, sa compétence est fondée en vertu de l'article 1493 alinéa 2 ancien du Code de procédure civile, sur le lieu du siège de l'arbitrage ou sur la loi applicable. C'est parce que ces deux critères de rattachement étaient absents en l'espèce que la Cour de cassation admet à titre subsidiaire le chef de compétence autonome du déni de justice.

⁵⁹ HOTTE (S.), Droit au juge et arbitrage international, D. 2005 p. 2727.

juridictions étatiques doivent se voir reconnaître compétentes pour juger du litige au fond. Cette solution en deux étapes, saisine du juge d'appui, constatation de son échec, permet d'assurer tant le droit à l'arbitrage, que le droit dont il découle, à savoir le droit au juge.

* *
*

165. En matière d'arbitrage, le déni de justice est reconnu en droit français. Néanmoins, cette reconnaissance se limite aux cas où la saisine de la juridiction arbitrale reste possible. Il implique d'une part, un blocage dans la constitution du tribunal arbitral, et, d'autre part, une impossibilité de saisine de la juridiction étatique d'appui normalement compétente. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation admet non seulement l'intervention du juge d'appui, mais lui impose également de remédier à cette situation au nom du droit fondamental d'accès au juge. Or, lorsqu'aucun remède n'est possible, le juge d'appui doit-il permettre aux parties d'avoir recours aux juridictions étatiques ? Ne s'agit-il pas d'une insuffisance de la convention d'arbitrage ? Dans l'hypothèse où une juridiction étatique aurait pu connaître du litige, et qu'un arbitre refuse sa saisine, la prohibition du déni de justice n'implique-t-elle pas de renvoyer les litigants devant la juridiction étatique ? En effet, le droit au juge, principe universellement reconnu, ne doit-il pas jouer dans ces deux hypothèses ou doit-on considérer que lorsque ce principe peut aller à l'encontre de la procédure arbitrale, il n'est *in fine* pas si fondamental que cela ?

L'intervention des juridictions étatiques est nécessaire dans les deux hypothèses, le déni de justice n'est pas moins condamnable lorsqu'il implique une saisine des juridictions étatiques au mépris d'une convention d'arbitrage, il en va du droit d'accès au juge.

§2- Reconnaissance française du déni de justice par omission et du déni de justice économique

166. Un contrat contient *prima facie* une convention d'arbitrage. À ce stade, on ignore encore si celle-ci existe, si elle est valable ou si son champ d'application *ratione materiae* ou *ratione personae* correspond au litige soumis ; l'existence même de cette convention peut prêter à discussion. On ne peut donc ni exclure ni conclure que le litige relève de l'arbitrage. Néanmoins, de par l'allégation par l'une des parties de l'existence d'une convention d'arbitrage, qu'il y ait ou non contestation de celle-ci, le litigant devra saisir l'arbitre pour qu'il soit investi du litige. Qu'il s'agisse d'un arbitrage *ad hoc* ou institutionnel, le contrat d'arbitre est en pratique un contrat onéreux et une provision est couramment demandée afin de s'assurer du recouvrement des frais et honoraires générés par la mise en œuvre de l'institution. Or, selon les termes de la Cour de cassation, « *l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fut-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, constitue un déni de justice* »⁶⁰.

Il en va de même en matière de déni de justice économique même si certains souligneront qu'il y a une part d'idéalisme dans cette approche de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage au regard des coûts du procès, en ce qu'elle se fonderait sur « *le*

60 C. Cass. Civ.1., 1 février 2005, *Etat d'Israël c. NIOC*, n° 01-13.742, Bull. civ. I, n° 53 ; *Rev. Arb.* 2005. 692 note H. Muir Watt ; *D.* 3 novembre 2005, n°39/7224 p. 2697 note S. Hotte ; *RTD com.* 2005. 266, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 2006. 140, note Th. Clay, *D.* 2005, pan. 3054, obs. Th. Clay, *JCP* 2005. I. 134, § 4, obs. J. Béguin ; *D.* 2005.2727, note S. Hotte : où le déni de justice est érigé en chef autonome de compétence internationale du juge d'appui (V. aussi : CA Paris, 19 juin 1998, *UNESCO*, *Rev. Arb.* 1999 n° 2 p. 343 note Ch. Jarrosson).

standard imprécis du demandeur raisonnable »⁶¹. Reste qu'idéaliste ou non, cette notion contestée de déni de justice économique est reconnue en France, notamment depuis la jurisprudence *Pordéa*.

167. Il est établi qu'une décision d'incompétence ne saurait exclure à elle seule la situation de déni de justice. Or, l'impécuniosité est reconnue en droit français comme pouvant créer une situation de déni de justice économique par omission (A) et s'analyse comme une disproportion entre les ressources d'un litigant et les frais nécessaires à son accès au juge (B).

A- Reconnaissance française du déni de justice par omission en matière d'arbitrage

168. On peut s'interroger sur la spécificité du déni de justice dans le cadre du contentieux arbitral. Le droit au juge est élargi pour inclure le droit au juge étatique et au juge arbitral depuis la jurisprudence *NIOC*. Avec l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le droit au juge s'entend largement. La question du droit à l'arbitre se trouve clairement posée, impliquant au préalable une assimilation fonctionnelle du juge et de l'arbitre⁶². Celui-ci se trouve satisfait par tout organe juridictionnel institué par la loi qui tranche valablement les contestations qui lui sont portées. Or, l'arbitrage étant reconnu dans l'ordre juridique français, le tribunal arbitral est donc au sens de la Convention une juridiction établie par la loi. Il convient donc d'admettre que le droit au juge est satisfait dès lors qu'une partie a eu la possibilité de voir sa cause entendue et jugée devant l'arbitre ou le juge étatique de façon indifférenciée mais en respectant les normes du procès équitable. Encore faut-il qu'au moins l'une de ces juridictions se saisisse du litige.

169. Dans le domaine de l'arbitrage international, Monsieur Th. Clay relève que la question du déni de justice pour l'arbitre « *ne se pose que s'il a accepté sa mission, c'est-à-dire s'il est déjà arbitre* »⁶³. Certes, l'arbitre n'est pas tenu à une obligation de service public de la justice et donc ne peut être tenu responsable d'un déni de justice. Tout au plus, dans certaines conditions, sa responsabilité pourrait être engagée pour non-respect de sa mission.

Un fait est cependant fermement établi, la convention d'arbitrage n'équivaut pas à une renonciation au droit d'accès à la justice, elle constitue au contraire un mode d'organisation d'accès à la justice et cet effet indirect engage la responsabilité de l'État qui le laisse se produire. C'est une certitude tant doctrinale que jurisprudentielle. Si la convention implique de se soumettre à la justice arbitrale par faveur à la justice étatique, à aucun moment les litigants ne renoncent à la justice.

170. En tant que juridiction établie par la loi, l'État est responsable d'un éventuel dysfonctionnement de la convention d'arbitrage. Le problème pour admettre le déni de justice dans le cadre de l'arbitrage international relève de la conception a-nationale de celui-ci. L'arbitrage ne s'insérerait dans aucun ordre juridique *a priori*. En conséquence, aucun État ne serait redevable d'une obligation envers le justiciable qui s'est engagé dans une procédure d'arbitrage. En outre, l'arbitre n'étant pas investi de la mission de juger subjectivement et de manière permanente, la question du déni de justice ne pourrait dès lors se poser à son égard.

61 RETORNAZ (V.), VOLDERS (B.), Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif, *Rev. Crit. DIP* 2008 p. 225.

62 V. DELANOY (L.-C.), PORTWOOD (T.), La responsabilité de l'État pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement, *Rev. Arb.* 2005.603 spé. p. 609 et s. ; Sur l'incidence des droits fondamentaux sur le droit international privé, notamment sur l'incidence de la CEDH, V. LEQUETTE (Y.), Le droit international privé et les droits fondamentaux, in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (TH.) (Sous la direct. de), *Libertés et droits fondamentaux*, 12 éd. Dalloz 2006 p. 99.

63 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 2 p. 73.

171. Cependant, l'arbitrage n'est pas a-national, c'est-à-dire détaché de tout ordre juridique, mais multi-localisé, à l'image du litige sur lequel il porte. Il est une juridiction établie par la loi, en l'occurrence le Code de procédure civile pour la France, une faculté offerte aux parties dans certaines matières. Dans l'affaire *NIOC*, l'intervention du juge d'appui français permet la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage. Néanmoins, le raisonnement devrait être le même en cas d'impossibilité d'accès à l'arbitrage car le signataire de la convention d'arbitrage est un sujet de droit qui bénéficie, comme tout autre, du droit à la protection juridictionnelle de l'État.

172. Lorsque l'État français est internationalement compétent et qu'il constate une impossibilité d'accéder au juge arbitral, il doit juger du litige au fond. Si l'arbitre, qui ne bénéficie pas d'une investiture subjective, ne peut être tenu pour responsable d'un déni de justice, l'État quant à lui reste redevable du droit d'accès à la justice. Ainsi, la jurisprudence a évolué concernant la reconnaissance du déni de justice dans le cadre de l'arbitrage international. En effet, l'arbitrage étant incontestablement reconnu comme une justice légitime et à part entière, la privation de son accès, comme de celle de tout juge, doit être considérée comme un déni de justice. Mais si la mise en œuvre de l'arbitrage est impossible, l'État doit juger du litige. A défaut il commet un déni de justice. Il s'agirait d'un déni de justice interne qui aurait pour source un dysfonctionnement des règles de procédure françaises. Ainsi, le Tribunal des conflits conclut, en prenant appui sur l'article 1 de la loi de 1932⁶⁴, que la contrariété de décision est un déni de justice. Lorsque deux décisions sont inconciliables, elles aboutissent à un déni de justice. Dès lors, en cas de déni de justice économique, un État refusant sa compétence internationale commettrait un déni de justice tant en application du droit interne que du droit international public. L'État commet alors un déni de justice par omission en cas de double incompétence : l'une étatique, l'autre arbitrale.

173. Ce déni de justice par omission correspond à un cas classique de conflit négatif de compétence. En effet, le justiciable ne parvient pas à trouver un juge qui accepte de statuer sur sa prétention. L'arbitre refuse sa compétence faute de paiement ou refuse de délivrer sa sentence⁶⁵, le juge étatique refuse la sienne car il considère qu'elle revient en priorité à l'arbitre. Or, il est établi que l'un des cas de déni de justice est celui du conflit négatif de compétence. Mais en l'occurrence, il ne s'agit pas d'une contradiction de décisions, d'une double incompétence. Le déni de justice naît d'un refus de consentement au contrat d'arbitre d'une part et d'une décision de renvoi à l'arbitrage d'autre part. En tout état de cause, cette situation factuelle aboutit au même résultat : le litigant se voit privé de tout accès au juge étatique ou arbitral puisqu'une décision statuant uniquement sur la compétence est insuffisante à satisfaire au droit d'accéder au juge.

Le même raisonnement se retrouve en droit communautaire où la convention de Bruxelles, aujourd'hui règlement Bruxelles I, articulée autour du principe *actor sequitur forum rei*, semblait ne contenir aucune lacune. Dans une décision en date du 28 mars 2000, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁶⁶ a fait primer le principe du procès équitable de l'article 6 § 1 de la CESDH. Dès lors, par un arrêt en date du 3 février 1987, la Cour de cassation⁶⁷ a admis, par un raisonnement *a contrario*, un chef de compétence fondé sur le déni

64 T. Conflit, 27 février 1995, *Tourangelle d'exploitation de marques Stem Tirone*, D. 1995, inf. rap. p. 111.

65 Hypothèse moins probable en pratique.

66 CJUE, 28 mars 2000, *Krombach c. Bamberski*, R. 2000.493 note Huir Watt ; RTD civ. 2000.944 note Raynard ; V. C. Cass. Civ. 1re civ. 16 mars 1999, *Pordéa c. Society Times Newspapers Limited*, Rev. Crit. DIP 2000.223, JDI 1999. 271, obs. O. Bachelet, 794, note Huet et 773, obs. A. Huet, RTD civ. 1999. 469, obs. Perrot ; Rev. Crit. DIP 2000.181, chron. G. A. L. Droz ; RTD civ. 2000.944, obs. J. Raynard ; D. 1999. 497 note P. Courbe ; Gaz. Pal., 1999. 1, panor. cass. p. 133 / n° 177, p. 133 (26 juin 1999) Bull. cass., 1999. 1, n° 92. M. Huet ; *Contra V. GANNAGE (L.), La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé, étude du droit international privé de la famille*, thèse Paris II 1998 n° 329.

67 C. Cass. Civ. 1, 3 fèv. 1987, R.1987. 617 note P-Y Gautier.

de justice en cas de double incompétence internationale.

174. Un seul domaine reste sans réponse : celui de l'arbitrage. La possibilité matérielle d'accéder au juge arbitral ne semble pas prise en compte. En effet, admettre la prohibition du déni de justice en la matière est conçu par beaucoup comme une volonté de nuisance envers l'arbitrage. Cette position est surprenante puisque le déni de justice économique a de tout temps été pris en compte par notre droit.

* *
*

175. Le droit français reconnaît le déni de justice par omission en matière arbitrale lorsque le tribunal arbitral ne peut être constitué et qu'aucun juge étatique n'accepte de se saisir du litige, soit en support de l'instance arbitrale, soit pour juger au fond du droit.

B- Reconnaissance en droit français du déni de justice économique en tant que disproportion

176. Le droit d'accéder au juge doit être effectif, ce principe s'applique également à l'arbitrage qui reste dépendant d'un ordre juridique (1). Dès lors, le déni de justice économique renvoie à la notion d'impécuniosité qui doit être définie (2).

1)- Responsabilité étatique d'assurer l'accès matériel au juge

177. De nos jours, il est du devoir de l'État de permettre à tous ses sujets de droit d'avoir recours à la justice. Dès lors, l'État intervient lorsqu'une personne n'a pas les ressources financières pour faire valoir ses droits. Il peut le faire soit par le biais d'une attribution pécuniaire soit par un aménagement de ses procédures au regard de la jurisprudence de la CEDH⁶⁸. L'attribution de l'aide juridictionnelle est ainsi entièrement basée sur la notion d'impécuniosité pour faire valoir ses droits en justice. L'article 47, alinéa 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne des 7 et 8 décembre 2000 énonce le caractère fondamental de ce droit d'accès au tribunal. Ce dernier ne doit pas être anéanti par une absence de moyens financiers et donc « *une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ».

Par l'arrêt *Pordéa*, la Cour de cassation considère que le droit d'accès au juge relève de l'ordre public international et que les conditions d'accès financières doivent être garanties. En conséquence, ce droit consacré par l'article 6 § 1 de la CESDH s'oppose à ce que l'*exequatur* puisse être accordé à une décision étrangère qui imposerait une caution *judicatum solvi* comme faisant obstacle à son libre accès à la justice. Ainsi, exiger une provision hors de proportion au regard des moyens d'un litigant est constitutif, en application de cette jurisprudence, d'un déni de justice.

Dès lors, une décision de justice étatique ou arbitrale prise à la suite d'une demande de provision d'une telle importance que l'une des parties n'a pu s'en acquitter, sera déclarée contraire à l'ordre public international devant les juridictions françaises. Il ne saurait en aller

68 GUINCHARD (S.), Procès équitable, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2006 (2010) n° 111 : « En matière civile, la Cour européenne sanctionne la Pologne pour des frais de procédure excessifs au regard de la capacité du requérant de les payer (en l'espèce l'équivalent du salaire annuel moyen net), frais qui « constituent une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal » (CEDH, 19 juin 2001, *Kreuz c. Pologne*, JCP 2001. I. 342, n° 11, obs. Sudre).

autrement en matière d'arbitrage international, cette demande de provision ne pouvant constituer un obstacle au droit d'accès à la justice des litigants⁶⁹.

178. Le déni de justice économique en matière d'arbitrage s'analyse comme un manquement par omission. Dans notre hypothèse de départ, résultant d'un conflit négatif de compétences dû à une absence de moyens économiques, il convient donc d'admettre que le déni de justice est constitué. En effet, cette hypothèse recouvre la situation dans laquelle un demandeur en situation d'impécuniosité ne peut saisir un tribunal arbitral, faute de pouvoir verser la provision requise. En ce cas, le défendeur se trouve dans une situation économique dominante et se contentera alors d'invoquer l'incompétence des tribunaux étatiques. Ceux-ci, en application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, renverront sans plus d'analyse les parties devant l'arbitre. La situation sera bloquée, et le droit d'accès au juge du demandeur, neutralisé du fait de son impécuniosité.

Dans l'hypothèse où une partie est économiquement faible *ab initio* et se voit contrainte d'accepter la convention d'arbitrage, celle-ci pourrait être déclarée nulle si son introduction dans le contrat résulte de l'assurance de la partie économiquement dominante que la partie impécunieuse sera dans l'impossibilité de faire valoir ses droits⁷⁰. La cause en ce cas serait déclarée illicite. Cependant, outre le problème de preuve, cette sanction ne pourrait à elle seule assurer l'absence de déni de justice, puisque dans la conception française des principes d'autonomie et de compétence-compétence, la validité de la convention d'arbitrage relève en priorité de la compétence arbitrale. Pour admettre que la convention d'arbitrage soit privée d'effet, il faudrait alors que la cause soit « *manifestement illicite* », ce qui est une hypothèse d'école. En effet, contrairement à la doctrine traditionnelle américaine de la séparabilité et du principe de compétence-compétence, les juridictions françaises n'admettent pas de retenir leur compétence y compris lorsque l'existence ou la nullité de la clause d'arbitrage est elle-même contestée.

179. Néanmoins, la notion d'impécuniosité n'est pas ignorée du droit français ni du droit européen. L'accès financier est au cœur du système mis en place pour assurer l'accès effectif aux juridictions et impose une obligation positive pour l'État de mettre en place des mesures, notamment celles de l'aide juridictionnelle. Or, si l'arbitre est un juge privé⁷¹, « *l'arbitrage international, comme manifestation d'une certaine forme de justice, doit répondre aux exigences du procès équitable sous peine de perdre tout crédit et toute efficacité. La jurisprudence française a déjà montré que la garantie des droits fondamentaux à l'œuvre dans le procès est assurée en matière d'arbitrage international* »⁷². Le concept d'impécuniosité en arbitrage international se rapporte à celui de disproportion entre les ressources des contractants et le coût du contrat d'arbitre. Or, cette notion n'est pas inconnue du droit français et peut valablement être transposée à l'arbitrage international. Elle amène à se demander à partir de quand les coûts d'un procès peuvent constituer une atteinte au droit au juge.

180. Certains auteurs soulignent que « *Bien qu'il ne fasse pas l'ombre d'un doute qu'un procès ruineux ne saurait être équitable, il y a un pas supplémentaire à affirmer qu'une*

69 Pour une analyse sur le contrôle du respect des droits fondamentaux (notamment sur le rôle de la CEDH) V. BADINTER (R.), La mondialisation de la protection juridique des droits fondamentaux, in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (Th.) (direct.), *Libertés et droits fondamentaux*, 12^e éd. Dalloz 2006 p. 121 spéc. n° 217 et s.

70 LOQUIN (E.), La partie impécunieuse et les conséquences de l'impossibilité pour elle de payer les frais d'arbitrage (CA Paris, 14 avr. 2005, *Maitre Stebler c. Société La Croissanterie*; *Gazette du palais*, vendredi 21, samedi 22 oct. 2005 n°295, *spécial arbitrage*), *RTD com.* 2006 p. 308.

71 Arbitre vient du latin *arbitrari*, qui dès la loi des XII tables signifie « juge privé ». Le sens du mot arbitre a toujours été rapproché de celui de juge.

72 HOTTE (S.), Droit au juge et arbitrage international, *D.* 2005 p. 2727.

juridiction étrangère, crainte pour ses frais de procédure élevés, puisse être évitée par le recours au for de nécessité. En effet, le fait de déplacer le for pour des raisons de coût risque de n'être avantageux que pour une seule des parties en causes. Le for de nécessité est cependant au service de tous les litigants impliqués dans une procédure. La jurisprudence et la doctrine néerlandaises vont dans ce sens en refusant que les coûts d'un procès puissent justifier à eux seuls le recours au for de nécessité. Il en est d'ailleurs de même dans la doctrine québécoise. Les travaux préparatoires du code belge admettent au contraire qu'il pourrait être déraisonnable d'exiger un procès à l'étranger si le coût de la procédure est hors de proportion avec les intérêts financiers du litige. Cette disproportion devrait toutefois être interprétée d'une manière stricte selon A. Nuyts. Le surcoût qu'entraîne toute introduction d'une procédure en justice à l'étranger ne peut justifier à lui seul la compétence des tribunaux belges sur la base de l'article 11 CDIP »⁷³. Néanmoins, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que l'État doit veiller à ce que l'accès financier au juge soit proportionné aux ressources de la partie. Par ailleurs, l'arbitrage est une procédure qui s'inscrit dans le cadre d'un ordre juridique, il ne s'agit pas d'un déni de justice international mais d'un déni de justice interne à un ordre juridique donné qui doit s'assurer que la juridiction mise en place permet de garantir le droit d'accéder au juge.

181. Dès lors, selon la Cour européenne dans un arrêt en date du 22 septembre 1994⁷⁴, l'égalité des armes impose aux États « l'obligation d'offrir à chaque partie à un procès une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ».

Dans un arrêt *Mme Coren* du 10 janvier 2001⁷⁵, le Conseil d'État précise en ce sens que « l'aide juridictionnelle, [a] pour objet de rendre effectif le principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours ». La loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridictionnelle vise à assurer une protection efficace des justiciables ayant des ressources insuffisantes pour assurer leur « droit au juge », droit effectif et non abstrait⁷⁶. Dès lors, en application de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme, les juges français se doivent de priver d'effet tout texte susceptible d'entraver le droit au juge notamment eu égard aux moyens financiers du litigant. « C'est au juge qu'il incombe de donner une réalité au droit à un juge pour le plaideur dont les moyens financiers entravent les possibilités de défendre ses droits. La neutralité traditionnelle du juge ne peut convenir dans une telle hypothèse, et il se doit de prendre les initiatives et les moyens d'assurer l'effectivité de l'accès à la justice et d'une défense de qualité du plaideur en difficulté, sans renoncer pour autant à son impartialité qui reste intacte »⁷⁷.

2)- Partie faible en matière de droit d'accès au juge : une notion concrète et casuistique

182. En application de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'impécuniosité d'une partie constitue une violation de l'article 6 de la CESDH lorsqu'elle est

73 RETORNAZ (V.), VOLDERS (B.), Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif, *Rev. Crit. DIP* 2008 p. 225.

74 CEDH, 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, série A, n° 296-A, § 56 ; *JCP G* 1995, I, 3823 ; BERGER n° 218 ; CHERRIER (J.-L.), Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n° 189, 226 ; *Gaz. Pal.* 27 sept. 1995 p. 39, ch. Pettiti ; *JCP* 1996, I, 3910, chron. Sudre ; CEDH, 6 mai 1985, *Bönisch c. Autriche*, série A, n° 92, § 32.V. aussi : CEDH, 20 février 1996, *Lobo Machado c. Portugal*, Rec. p. 296

75 CE, 10 janvier 2001, n° 211878, 213462, *Mme Coren*, *RFDA* 2001, p. 518 ; Lebon 2002 p. 5.

76 CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, Série A, n° 18 & 36 Berger, n° 46 ; n° 1 /1973/11/18 ; SOYER (J.C.), Article 6, PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P. H.) (dir.), *Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, p. 251 ; SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ADRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, 2003 n° 3

77 En ce sens : V. WAQUET (Ph.), L'aide juridictionnelle et l'instance, *D.* 2009 p. 2178.

manifeste. Ainsi, dans l'affaire *Bakan c. Turquie*⁷⁸, les requérants invoquaient l'atteinte à l'article 6 de la CESDH au regard du montant élevé des frais de procédure à payer devant les juridictions administratives. La Cour européenne rappelle que le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et implique une réglementation de l'État.

L'impécuniosité ne peut donc être un motif inconditionnel de déni de justice. Dès lors, l'État a le choix des moyens à mettre en œuvre pour garantir le respect de l'article 6 de la Convention. Toutefois, « *une limitation de l'accès au tribunal ne saurait restreindre l'accès ouvert à un justiciable d'une manière ou à un point tels que son droit d'accès à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même. Elle ne se concilie avec l'article 6§1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »⁷⁹. Or, la Cour admet que « *la limitation en question peut être de caractère financier* »⁸⁰. Dès lors, sur le principe, une limitation de l'accès au juge de nature financière n'est pas en soi condamnable si elle est proportionnelle au but légitime qu'elle poursuit à savoir la bonne administration de la justice. Néanmoins, l'impécuniosité d'un litigant peut constituer une violation de l'article 6 de la CESDH.

Dans ce cadre, la Cour précise que « *le montant des frais, apprécié à la lumière des circonstances particulières d'une affaire donnée, y compris la solvabilité du requérant et la phase de la procédure à laquelle la restriction en question est imposée, sont des facteurs à prendre en compte pour déterminer si l'intéressé a bénéficié de son droit d'accès et si sa cause a été [...] « entendue par un tribunal »* »⁸¹. Elle analyse donc au regard de l'article 6 de la Convention, d'une part la solvabilité du requérant et d'autre part, le stade de la procédure. Or, en l'espèce, les frais étaient requis *ab initio* et, à défaut de paiement, la requête était considérée comme non-introduite.

La Cour relève donc que la restriction est intervenue au stade initial de la procédure et constate que les frais de procédure exigés s'élèvent à deux fois le montant du salaire minimum mensuel en vigueur à l'époque, soulignant qu'ils « *représentaient une somme considérable pour les requérants qui ne disposaient plus d'aucun revenu à la suite du décès de leur proche* »⁸². Or, « *ayant à l'esprit que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »⁸³, la Cour estime que le montant des frais de procédure représentait une charge excessive pour les requérants puisque ceux-ci ne disposaient d'aucun revenu »⁸⁴. La Cour relève que cette appréciation doit « *tenir compte de la situation financière réelle des intéressés* »⁸⁵.

183. Dans l'affaire *Pakelli c. Allemagne*⁸⁶, la question de l'impécuniosité portait cette fois sur l'assistance d'un avocat. La Commission relève que le gouvernement ne peut apporter aucune preuve de cette solvabilité et avait rejeté la proposition de production du certificat d'indigence pour en conclure que la violation de l'article 6 § 3 est donc constitué du fait de l'impécuniosité alléguée du requérant et de l'absence de preuve contraire rapporté par l'Allemagne. Là encore, la Cour procède à un examen *in concreto*.

En 2008, la Cour européenne a eu à connaître de l'impécuniosité d'un requérant dans

78 CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99.

79 CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99 (Point 66) ; V. CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c. France*, série A n° 333-B, p. 41, § 31 ; JCP 1996, I, 3910 chron. F. Sudre ; CHERRIER (J.-L.), Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n°226 ; D. 1996.357 note Collin-Demurieux.

80 CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99 (Point 67).

81 CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99 Point 68 V. CEDH, 19 juin 2001, *Kreuz c. Pologne*, n° 28249/95, § 60, CEDH 2001-VI, JCP 2001. I. 342, n° 11, obs. Sudre.

82 CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99 (Point 70).

83 V. dans le même sens notamment : CEDH, 13 mai 1980, *Artico c. Italie*, série A n° 37, p. 16, § 33, Berger n° 113, 715-721 ; CHERRIER (J.-L.), Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n°226.

84 CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99 (Point 71).

85 CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99 (Point 73).

86 CEDH, 25 avril 1983, *Pakelli c. Allemagne*, n° 8398/78, Série A, n°69 : Berger, n° 114 ; CHERRIER (J.-L.), Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n° 939.

l'affaire *Serin c. Turquie*, une nouvelle fois à propos du montant des frais de procédure et du refus d'octroi de l'assistance judiciaire⁸⁷. La Cour rappelle qu'elle « n'a jamais écarté que les intérêts d'une bonne administration de la justice puissent justifier d'imposer une restriction financière à l'accès d'une personne à un tribunal. L'exigence de payer aux juridictions civiles des frais afférents aux demandes dont elles ont à connaître ne saurait passer pour une restriction au droit d'accès à un tribunal incompatible en soi avec l'article 6§1 de la Convention. Toutefois, le montant des frais, apprécié à la lumière des circonstances particulières d'une affaire donnée, y compris la solvabilité du requérant et la phase de la procédure à laquelle la restriction en question est imposée, sont des facteurs à prendre en compte pour déterminer si l'intéressé a bénéficié de son droit d'accès et si sa cause a été [...] « entendue par un tribunal »⁸⁸. Puis la Cour compare les frais exigés avec le montant de la pension de retraite du requérant pour juger si il y a ou non disproportion en prenant en compte le fait que celui-ci était locataire de son appartement.

184. On voit donc que l'analyse est extrêmement concrète et finalement casuistique. Dans cette affaire, comme dans la première, elle note qu'en tant que tels, les frais de justice ne sont en rien excessifs. Le problème n'est pas dans l'excès des frais mais dans la comparaison entre le montant des frais et les moyens du requérant, représentant « une charge excessive pour le requérant »⁸⁹.

Dans l'affaire *Serin*, la Cour européenne précise un point de sa jurisprudence en notant que « la précarité de la situation du requérant constitue donc un élément décisif de l'examen de la limitation apportée à son droit d'accès au tribunal. La Cour reconnaît que les États ont sans nul doute le souci légitime de n'allouer des deniers publics au titre de l'aide judiciaire qu'aux demandeurs effectivement indigents. Toutefois, elle estime que l'attestation d'impécuniosité suffit à témoigner de la situation matérielle du requérant »⁹⁰. Il est nécessaire de procéder à un examen effectif et concret de la situation du plaidant. Là encore, le fait que l'impécuniosité intervienne en première instance semble être un élément décisif de la décision de la Cour en ce qu'elle prive le « requérant de la possibilité de faire entendre sa cause par un tribunal. [...] Au vu de ces éléments, la Cour considère que le requérant n'a pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif au tribunal administratif. Partant, il y a eu violation de l'article 6§1 de la Convention »⁹¹.

Dans l'affaire *Eyüp Akdeniz c. Turquie*⁹² de 2010, la Cour européenne est saisie d'une affaire identique et note là encore que les frais « représentaient une somme considérable pour le requérant qui était chômeur du fait de sa maladie et ne disposait d'aucune ressource. [...] la Cour estime que le montant des frais de procédure représentait une charge excessive pour le requérant »⁹³.

87 CEDH, 18 novembre 2008, *Serin c. Turquie*, Req. n° 18404/04 ; V. également CEDH, *Osman Yılmaz c. Turquie*, 8 décembre 2009, Req. n° 18896/05 : il s'agit cette fois de l'impécuniosité d'un litigant au regard de l'exécution d'une décision de justice : point n° 40 : « A cet égard, la Cour réitère que le montant des frais, apprécié à la lumière des circonstances particulières d'une affaire donnée, y compris la solvabilité d'un requérant et la phase de la procédure à laquelle la restriction en question est imposée, sont des facteurs à prendre en compte pour déterminer si l'intéressé a bénéficié de son droit d'accès et si sa cause a été entendue par un tribunal (Kreuz c. Pologne, n° 28249/95, § 60, CEDH 2001-VI) ». et point n° 41 « En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que la charge financière des frais de décision n'a pas été imposée au requérant mais qu'elle a été imposée, par une décision du tribunal du travail, aux parties assignées par lui. Au vu du jugement définitif et obligatoire rendu en faveur de l'intéressé, force est également d'admettre que son action aux fins d'obtenir l'exécution de ce jugement était bien fondée. Dès lors, la Cour estime que l'obligation mise à la charge du requérant de payer, dans le cadre de la procédure d'exécution, les frais de décision afférent à la procédure devant les juridictions du travail, en lieu et place des défendeurs, afin qu'il obtienne l'exécution de la décision, constitue indéniablement une restriction de nature purement financière à son droit d'obtenir l'exécution du jugement litigieux. Dès lors, elle doit faire l'objet d'un examen particulièrement rigoureux du point de vue des intérêts de la justice (Podbielski et PPU Polpure c. Pologne, n° 39199/98, § 65, 26 juillet 2005). » ; Enfin V. également CEDH Aff. Cığırhun Öner c. Turquie En date du 20 mai 2008, Requête n° 33612/03).

88 CEDH, 18 novembre 2008, *Serin c. Turquie*, Req. n° 18404/04 point 31.

89 CEDH, 18 novembre 2008, *Serin c. Turquie*, Req. n° 18404/04 point 32.

90 CEDH, 18 novembre 2008, *Serin c. Turquie*, Req. n° 18404/04 point 34.

91 CEDH, 18 novembre 2008, *Serin c. Turquie*, Req. n° 18404/04 point 35 à point 37.

92 CEDH, Deuxième section, 2 février 2010, *Eyüp Akdeniz c. Turquie*, n° 11011/05.

93 CEDH, Deuxième section, 2 février 2010, *Eyüp Akdeniz c. Turquie*, n° 11011/05 point 27.

La notion d'impécuniosité renvoie à celle de charge excessive pour avoir accès à la justice. Cette notion pour entraîner une violation du droit d'accès au tribunal est appréciée en fonction du stade de l'instance. Or, en matière d'arbitrage, induisant une inapplicabilité de la convention d'arbitrage, l'impossibilité d'accéder au juge intervient au stade primaire de l'accès au droit. Le contrat d'arbitre ne peut se former, l'accès au juge est donc atteint dans sa substance même.

185. La notion de disproportion est au centre de l'analyse. L'impécuniosité d'une partie est donc une appréciation entre deux valeurs. Lorsqu'il existe entre ces deux valeurs une telle disproportion, il faut en conclure que le droit d'accès au juge n'est pas effectif. La situation est donc celle d'un déni de justice économique. L'impécuniosité n'appelle pas la recherche de critères objectifs permettant de déterminer ce qui est ou non acceptable mais implique une analyse factuelle précise de la situation économique du demandeur, de ses ressources, au regard des frais qui lui sont demandés afin de déterminer s'ils constituent à son égard une charge excessive.

L'accès à la justice revient à s'interroger sur différentes questions. Est-il ou non possible pour le demandeur de faire valoir ses droits? À partir de quand peut-on considérer que la situation d'impécuniosité est source de déni de justice économique? Le juge étatique appréciera souverainement cette disproportion. C'est à lui de définir à partir de quand le prix de l'arbitrage est un frein à l'accès au droit et à la justice. Cette analyse ne peut donc résulter que d'une analyse approfondie et concrète de la situation de la partie impécunieuse ou prétendant l'être. La partie « faible » ne peut avoir recours à l'arbitrage pour cause d'impécuniosité et ne peut obtenir justice indirectement en faisant reconnaître la nullité de la clause et en soumettant le litige à un juge étatique.

186. L'impécuniosité provient de la disproportion, donc de la comparaison entre l'ensemble des frais d'arbitrage et les capacités financières et économiques du litigant lors de la conclusion du contrat d'arbitre. Cette notion s'apprécie donc au cas par cas mais nécessite de déterminer quels revenus du litigant doivent être pris en compte. Elle revient à se demander : « *Que peut-on exiger du litigant sans considérer qu'il y a atteinte au droit d'accès au juge ?* » Faut-il tenir compte de tous les revenus perçus ou de ceux dont le litigant peut disposer librement ?

Dans la logique de garantir l'accès au juge, il serait de bon principe de ne tenir compte que des revenus disponibles pour correspondre aux capacités de paiement. Cette notion ne signifie pas nécessairement une impossibilité absolue d'avoir recours à l'arbitrage. Lorsque le recours à l'arbitrage est disproportionné, cela ne signifie pas qu'il soit impossible, l'objet de la convention d'arbitrage est donc possible, en théorie. En effet, l'obligation pécuniaire ne peut pas, par nature, être affectée d'une impossibilité absolue. L'impossibilité d'exécution ne vient pas de l'objet.

Beaucoup regrettent l'imprécision des éléments de définition de la disproportion, source d'insécurité juridique⁹⁴. La disproportion revient à prendre en compte un différentiel. L'impécuniosité est donc subjective et paraît impossible à définir par des critères objectifs juridiques. Elle provient en effet d'une comparaison entre les ressources d'une personne à un instant (T) comparées au coût global de la procédure d'arbitrage. Elle ne peut être déduite que d'une appréciation souveraine des juges du fond après une analyse précise de la situation litigieuse. Il en est de même en matière de conflit de juridictions. Cette prise en compte du déni de justice économique peut être le fait du juge d'appui ou de la juridiction saisie au fond

94 WACONGNE (M.), L'inefficacité de l'engagement excessif, ou la protection de la caution par le droit de la consommation, *D.* 1997 p. 515 : « *La loi ne donne aucune indication pour déterminer le caractère disproportionné de l'engagement de la caution par rapport aux biens et revenus de celle-ci et crée une insécurité juridique, particulièrement déplorable lorsqu'elle concerne la mise en œuvre d'une sûreté. Un large pouvoir d'appréciation est laissé aux tribunaux, sous contrôle de la Cour de cassation.* »

du litige. Mais la compétence en découlant ne sera pas la même dans la mesure où celle du juge d'appui est fondée sur la procédure arbitrale et non sur des données propres au litige.

187. Dès lors, dans notre propos, le terme de partie faible ou impécunieuse se rapporte au manque de moyens financiers nécessaires pour accéder à l'arbitrage au regard des honoraires des arbitres et des conseils ainsi que des frais procéduraux. La partie faible, personne physique ou morale, est en l'espèce celle qui ne peut faire valoir ses droits ou se défendre, faute pour elle de posséder les moyens financiers suffisants. Faiblesse subjective, elle ne peut se définir *in abstracto* mais nécessite au contraire d'envisager *in concreto* l'incidence financière quant aux droits accordés : en l'occurrence celui d'accéder à la justice pour se voir entendu sur ses droits. On parle d'impécuniosité, c'est-à-dire de manque d'argent, au regard d'une situation prise isolément.

L'inapplicabilité de la convention d'arbitrage peut avoir pour cause l'impossibilité de subvenir aux frais d'arbitrage sans mettre en péril l'équilibre financier de la personne morale ou de la personne physique. La situation de déni de justice économique se rattache donc à cette notion d'impossibilité raisonnable de saisir une juridiction étatique ou arbitrale d'une disproportion évidente constitutive d'une atteinte au droit au juge. Cette impossibilité n'est pas absolue mais dépend des circonstances de l'espèce.

188. Si l'impécuniosité revient à s'interroger sur ce que l'ordre juridique est en droit d'exiger d'un demandeur pour avoir droit d'accéder au juge, le juge d'appui aura pour mission de déterminer le seuil au-delà duquel cette exigence est constitutive d'un déni de justice, sorte de constat d'échec de sa mission afin de renvoyer les parties devant les juridictions étatiques. C'est à lui d'apprécier si la situation est ou non constitutive d'une disproportion.

La prise en compte du déni de justice économique au titre de l'inapplicabilité permet de corriger une injustice manifeste. Cette notion d'injustice manifeste n'est d'ailleurs pas absente des considérations du droit international privé. À ce titre, la convention de la Haye en date du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for⁹⁵ rattache l'accord procédural à la loi de l'État élu⁹⁶. Il existe un certain nombre de réserves de l'article 6 de la convention de la Haye qui permettent au juge saisi de conserver sa compétence. L'une de ces réserves est celle d'une injustice manifeste, à savoir lorsque, « *pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre* ». Cette réserve attire plus particulièrement notre attention. La précision au regard du contrôle des parties la rapproche de la force majeure⁹⁷ et prend en compte le risque de déni de justice. Dans une relation tripartite comme le contrat d'arbitre, le déni de justice provient d'un refus des arbitres de contracter dans les conditions financières proposées ou au préalable acceptées par les parties.

* *
*

189. Il est établi que l'État français doit assurer l'accès matériel à la justice, il s'agit pour lui d'un devoir fondamental, d'une dette qu'il doit aux justiciables. Ne pas garantir cet accès

95 Pour une étude plus approfondie voir : USUNIER (L.), La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. Beaucoup de bruit pour rien ?, *Rev. Crit. DIP* 2010 p. 37.

96 Ainsi, la validité de la clause sera admise au regard de la loi désignée par la règle de conflit du juge choisi. Cette solution permet, en théorie, d'unifier l'appréciation de la clause. En pratique cependant, il sera parfois difficile de mettre en œuvre cette règle tant les solutions légales ou jurisprudentielles ne sont pas d'une grande clarté en la matière. De manière surprenante cette solution vaut également pour apprécier la licéité de la clause nonobstant les éventuelles compétences impératives du for saisi en mépris de la clause. Le juge élu ne sera compétent qu'en cas de validité de la clause et ce, peu importe une éventuelle litispendance.

97 V en ce sens : USUNIER (L.), La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. Beaucoup de bruit pour rien ?, *Rev. Crit. DIP* 2010 p. 37spéc. n° 27.

revient alors à une violation directe de l'article 6 § 1 de la CESDH et la Cour européenne des droits de l'Homme veille à son respect effectif. Ainsi, l'accès matériel à la justice est apprécié au regard de la situation concrète du litigant. L'appréciation de l'impécuniosité revient à analyser les revenus de ce dernier et le coût de la procédure. La CEDH apprécie s'il existe une disproportion entre ces deux composantes pour vérifier si au stade de la première instance, le justiciable ne s'est pas vu privé du droit d'accéder au juge.

Conclusion de la section 1

190. Comme principe universellement reconnu et composante de l'ordre public international procédural, le risque de déni de justice est prohibé et impose une obligation positive à la charge de l'État. Le juge d'appui se voit conférer la mission d'aide à la constitution du tribunal arbitral, y compris en cas de déni de justice. L'application de l'article 6 § 1 de la CESDH à l'arbitrage est donc reconnue pour assurer l'accès effectif au juge, en l'occurrence à l'arbitre. Néanmoins, déni de justice étatique et arbitral se distinguent. Alors que le second vise l'accès à l'arbitrage, le premier est plus général et vise une impossibilité de recours au juge. Dans le cadre du déni de justice économique, il sera constitué par omission. L'État refuse sa compétence et renvoie à l'arbitrage alors même que celui-ci ne peut avoir lieu du fait de l'impécuniosité d'une partie. Or, il est clairement établi qu'une simple décision relative à la compétence ne correspond pas à l'accès effectif à un tribunal qui implique que l'affaire soit jugée au fond. Admettre l'inverse serait vider le droit d'accès effectif au juge de toute substance. Cependant, bien que le déni de justice puisse être factuel, la notion d'impécuniosité n'est pas reçue par l'ordre juridique français en matière d'arbitrage, nonobstant un principe bien établi de gratuité de la justice, d'aide juridictionnelle et, plus largement, une volonté depuis presque deux cents ans d'assurer, nonobstant une absence de moyens financiers du citoyen, l'accès à la justice et de lutter contre le déni de justice économique, y compris lorsqu'est en cause l'arbitrage international.

Section 2 : De l'insuffisance d'une protection catégorielle face à un droit général d'accéder au juge

191. La jurisprudence française, en accord avec la doctrine, est fermement établie : il n'y a pas de place pour la création d'un moyen qui pourrait heurter la mise en œuvre de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. La possibilité d'invoquer le déni de justice économique est niée (§1), ce qui contredit l'état de droit et donc l'effectivité du droit au juge et de l'arbitrage.

Cet excès de libéralisme n'est pas sans rappeler l'esprit révolutionnaire déjà évoqué, la méfiance envers les juridictions étatiques, dénaturant l'arbitrage au point de le faire devenir une justice forcée et non choisie. La partie qui demande l'accès aux juridictions étatiques est donc nécessairement de mauvaise foi, celle qui revendique la compétence arbitrale est irréfragablement présumée de bonne foi. Cela étant, certaines limites existent.

La chambre sociale considère la compétence prud'homale comme impérative, protection catégorielle certes, mais protection tout de même. À côté, le consommateur bénéficie des grâces de la jurisprudence européenne, à défaut de celles françaises. Il existe néanmoins une réticence à admettre ce genre de protection catégorielle qui se fonde sur une méfiance envers l'arbitrage en tant que tel, et non dans sa mise en œuvre, et qui présume faible, de manière irréfragable, une partie. La protection se doit d'être générale, le droit au juge n'étant pas réservé à une catégorie de personnes abstraitement définies. Cela étant, *a*

priori, aucun mode de protection de la partie économiquement faible ne semble convenir (§2).

§1- Négation du problème du déni de justice économique ou de l'arbitrage international comme renonciation du droit au juge

192. Le déni de justice économique est admis en droit français et justifie la compétence exceptionnelle du for et la non-reconnaissance d'une décision étrangère. Néanmoins, lorsque l'impécuniosité se confronte à l'arbitrage le problème semble éludé. Dès lors, doit-on en conclure que la convention d'arbitrage serait une renonciation à la protection juridictionnelle étatique et au droit d'accès au juge ? Doit-on considérer que lorsqu'une partie s'engage par la convention d'arbitrage, elle accepte par avance d'en supporter les frais ? En d'autres termes, peut-on considérer qu'elle accepte le risque de ne pas pouvoir les assumer, donc, le risque de se voir refuser l'accès à la justice ? Une réponse affirmative ferait prévaloir une analyse contractuelle de la convention sans considération de son objet. Cette analyse reviendrait à considérer que lorsqu'une partie est dans l'impossibilité de payer l'arbitre, elle renonce *de facto* à l'accès à toute justice. On devrait dès lors considérer qu'elle a renoncé à invoquer son droit au juge. Par la conclusion de la convention d'arbitrage, cette partie serait privée du droit d'invoquer un manque de moyens financiers, elle renoncerait de manière anticipée à son droit à obtenir un règlement juridictionnel.

193. Conformément à ce raisonnement, la convention d'arbitrage constituerait donc une renonciation indirecte et partielle au droit à la justice, ce que la jurisprudence, interne et internationale, réfute. L'objet de la convention d'arbitrage étant d'organiser l'accès à la justice, on ne saurait en déduire la volonté des parties d'y renoncer même partiellement. « *La renonciation à la justice judiciaire ne prive pas les parties des garanties d'une bonne justice, dès le stade de la constitution du tribunal. Le droit au juge concourt ainsi à l'autonomie de l'arbitrage international, lui conférant le crédit indispensable à son efficacité et son succès* »⁹⁸. Cependant, l'insuffisance de moyens financiers semble être éludée du débat en matière d'arbitrage international. Ainsi, selon la cour d'appel de Paris, une demande d'arbitrage peut être retirée pour défaut de versement d'une provision y compris dans une situation de redressement judiciaire de la demanderesse⁹⁹.

194. La convention d'arbitrage paralysant l'accès effectif au juge en obligeant les parties à saisir l'arbitre, et le juge à se dessaisir, il y a violation de l'article 6 § 1 de la CESDH. Mais, comme le souligne Madame F. Jault-Seseke, il semble que si « *de façon générale, on admet que l'équité guide le juge dès qu'il n'est plus tenu par une volonté clairement exprimée, la matière de l'arbitrage fait preuve d'un certain particularisme : l'équité s'efface devant la volonté de reconnaître l'efficacité de la clause compromissoire* »¹⁰⁰. Ainsi, dans une décision *Nègre c. Société Vivendi*, en date du 28 janvier 2003, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la situation d'absence de moyens financiers d'un litigant¹⁰¹ concernant la rémunération d'un conseil ayant assigné son mandant devant le tribunal de commerce.

98 HOTTE (S.), Droit au juge et arbitrage international, *D.* 2005 p. 2727.

99 CA Paris, (1 ch. C), 14 avril 2005, *M. Stebler c. Société La croissanterie*, *Cahiers de l'arbitrage*, Recueil III, P. 359 ; *RTD com.* 2006 p. 308 Éric Loquin ; gazette du palais, vendredi 21, samedi 22 oct. 2005 n°295, spécial arbitrage : qui décide que devant la CCI, à défaut de versement d'une provision, la demande d'arbitrage est considérée comme retirée, la chambre a pu considérer la sentence de 1er degré comme définitive malgré une seconde demande d'examen. La liquidation judiciaire de la demanderesse n'étant pas retenue comme une circonstance exceptionnelle qui rend nécessaire des frais inférieurs au barème. La cour décide que le refus de recours n'équivaut pas à une renonciation de sa mission par l'arbitre rendant compétent la juridiction étatique.

100 *Rev. Crit. DIP* 2003.641 note F. Jault-Seseke : à propos de : C. Cass. Civ.1, 28 janvier 2003, *Nègre c. Vivendi*, *Rev. Arb.* 2003.1337 obs. C. Legros, *Rev. Crit. DIP* 2003.641 note F. Jault-Seseke; *JDI* 2003.473 note Ph Kahn; *RTD com.* 2001.57 obs. E. Loquin.

101 C. Cass. Civ.1, 28 janvier 2003, *Nègre c. Vivendi*, *Rev. Arb.* 2003.1337 obs. C. Legros, *Rev. Crit. DIP* 2003.641 note F. Jault-Seseke; *JDI* 2003.473 note Ph Kahn; *RTD com.* 2001.57 obs. E. Loquin.

En 1993, Monsieur Nègre avait signé une convention dite de « conseiller ». Depuis 1996, elle était expirée et non reconduite. Monsieur Nègre¹⁰² demandait la rémunération correspondante aux conseils fournis postérieurement à cette date. Le tribunal de commerce a retenu sa compétence. En revanche, la cour d'appel de Paris¹⁰³ considéra le contredit fondé en donnant efficacité à la clause d'arbitrage C.C.I. ainsi rédigée : « *tous différends découlant de la présente convention seront tranchés définitivement à Paris, suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ou tribunal de commerce), par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement par application du droit français* ». Trois moyens étaient développés à l'appui du pourvoi. Selon le troisième moyen, la cour d'appel de Paris n'aurait pas recherché la volonté de Monsieur Nègre qui n'aurait pu consentir réellement à une clause d'arbitrage international eu égard au coût particulièrement élevé de la procédure. La convention d'arbitrage avait, en l'espèce, été rédigée par la Société Vivendi¹⁰⁴. La Cour de Cassation, face à cette clause pathologique, se retranche derrière le pouvoir souverain des juges du fond quant à l'interprétation de la volonté des parties. Elle considère que le coût de la procédure arbitrale est une question de fait, évitant ainsi de se prononcer sur le terrain de l'article 6 § 1 de la CESDH pour analyser son respect. Elle répond audit moyen de façon lapidaire : « *attendu que le moyen se heurte au pouvoir souverain reconnu aux juges du fond pour l'interprétation de la volonté des parties contractantes, que, non fondé sur ce point, il est irrecevable, comme nouveau et mélangé de fait et de droit, en ce qu'il invoque un coût excessif de la procédure arbitrale ; il ne peut dès lors être accueilli* ». La Cour de cassation considère que la CESDH n'est pas applicable à l'arbitrage en l'espèce.

Or, la non-conformité, au regard de l'article 6 § 1 de la CESDH, de la situation ainsi créée découle, non d'une opposabilité directe à l'arbitre de la Convention mais du fait que le droit étatique ne prive pas d'effet la convention d'arbitrage dans le cas d'une impossibilité de formation du contrat d'arbitre. L'État engage sa responsabilité lorsqu'il apparaît, après analyse de la situation de fait, qu'il n'existe pas une possibilité effective d'obtenir un jugement, l'impossibilité de fait équivalant à une impossibilité de droit relevant ainsi du contrôle de la Cour de cassation non du pouvoir souverain des juges du fond.

195. Doit-on s'interroger dans cette hypothèse sur l'arbitrabilité du litige ? La situation de Monsieur Nègre se rapproche d'un contrat de travail international. En effet, le salarié est considéré en droit français comme une partie faible. Or, dans cette hypothèse, la chambre sociale de la Cour de cassation considère la convention d'arbitrage comme inopposable au salarié, prenant ainsi en compte l'inégalité présumée des parties¹⁰⁵. Admettre cette solution heurte le principe de validité de la convention d'arbitrage. Mais la convention d'arbitrage n'est pas valable en elle-même, elle prend nécessairement appui dans un ordre juridique. En l'occurrence, cet ordre juridique est l'ordre français qui intègre la CESDH dont l'article 6 § 1 garantit l'accès effectif au juge et le droit au jugement qui en découle. Les juridictions auraient pu vérifier si le coût de la procédure arbitrale n'était pas excessif au regard des moyens du litigant, voire au regard du litige.

Si l'effectivité du droit au juge dépend du contrôle juridictionnel exercé, la Cour de cassation semble pour l'heure réticente à s'engager dans cette voie. Les seules limites à cette faveur sont « *les règles impératives du droit français et l'ordre public international* »¹⁰⁶, et

102 En l'espèce, M. Nègre n'était donc pas un commerçant. L'internationalité du litige n'était pas non plus démontrée.

103 CA Paris, (1 ch.D), 25 oct. 2000, *Rev. Arb.* 2001.573 note Legros.

104 L'article 1162 du Code civil aurait eu vocation à s'appliquer, en cas de doute, « *la convention s'interprète contre celui qui l'a stipulée et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ».

105 C. Cass. Ch. soc., 9 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 312 ; D. 2001, IR p. 3170, obs. C. Dechristé ; *Rev. Arb.* 2002.347 note Th. CLAY ; *LPA* 2002, n° 242, p. 19, obs. F. Jault-Seseke ; Dr. soc. 2002, p. 122, note M.-A. Moreau.

106 C. Cass. Civ. 1, 20 déc 1993 n° 91-16.828, *Dalico*, Bull. civ. I, n° 372 ; D. 1994, IR. 13 ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 663 note P. Mayer ; *Rev. Arb.* 1994 p. 116 note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1994.432, note Gaillard et 692, note Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 260 note Ph.

l'article 6 § 1 de la CESDH appartient à l'ordre public international français.

196. « Il n'est donc pas suffisant qu'un État prévoie, dans sa législation, un droit d'accès aux tribunaux, si ce droit n'est pas garanti aux justiciables, dans le vécu quotidien et concret de leur relation avec la justice »¹⁰⁷. Or, la notion d'effectivité recouvre la possibilité pour les parties d'avoir un recours à la justice en fait. En conséquence, l'accès effectif au juge doit nécessairement s'accompagner de garanties procédurales permettant aux parties de faire valoir leurs droits. « Cette extension de la compétence du juge français en cas de déni de justice en matière d'arbitrage montre que l'arbitrage international constitue un système de justice transnational mi-public, mi-privé, mi-contractuel, mi-institutionnel, qu'il appartient aux États d'assister en tant que tel, afin qu'il puisse prospérer efficacement »¹⁰⁸.

La simple décision d'un tribunal étatique ou arbitral relatif à sa compétence est insuffisante à satisfaire l'exigence d'un accès effectif au juge. Dès lors, en cas de saisine de la juridiction étatique, qui décline sa compétence, et d'un refus de constitution du tribunal arbitral, le déni de justice est bien constitué. Or, « Les mécanismes procéduraux doivent céder devant les exigences de la Convention européenne et devant cette évidence qui en résulte, à savoir que la justice ne peut être valablement rendue que si les justiciables ont eu la possibilité réelle de défendre leurs intérêts »¹⁰⁹.

* *
 *

197. On ne peut que s'étonner que le déni de justice économique ne soit pas admis en matière d'arbitrage alors même que la notion d'impécuniosité est au centre du droit d'accès à la justice au sein de l'ordre juridique français. Tant le principe de gratuité de la justice que la mise en place de l'aide juridictionnelle traduisent l'importance d'assurer sans considération de fortune l'accès aux tribunaux. S'il convient d'admettre que les moyens de lutte sont conditionnés par les finances publiques, l'aide financière n'est pas le seul moyen de lutter contre un déni de justice économique.

2§- Une protection catégorielle insuffisante

198. La protection de la partie faible en matière d'arbitrage international n'est pas totalement exclue de la réflexion juridique mais prend la forme d'une protection catégorielle en France¹¹⁰. Ainsi, alors qu'elle semble niée en droit de la consommation, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne laisse entrevoir une évolution sur ce point. En droit du travail, la chambre sociale a d'ores et déjà admis une protection particulière du salarié, qui ne peut se voir contraint à saisir un tribunal arbitral. Cependant, ce type de protection, disparate, est fondé sur une méfiance envers l'arbitrage au regard de certaines catégories de personnes envisagées abstraitement et ne nous semble donc pas adapté (A). Les solutions proposées sont souvent rejetées (B).

Fouchard ; *JDI* 1994.690, note Loquin ; *RTD com.* 1994.254, obs. Dubarry et Loquin.

107 GUINCHARD (S.), Procès équitable, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2006 (2010) n° 63.

108 LOQUIN (E.), La contribution des juridictions françaises au bon fonctionnement de l'arbitrage international *ex urbi et orbi* (Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, *État d'Israël c. Société National Oil Company*), *RTD com.* 2005 p. 266.

109 WAQUET (Ph.), L'aide juridictionnelle et l'instance, *D.* 2009 p. 2178.

110 V. sur la protection de la partie faible en matière d'élection de for : GUEZ (Ph.), *L'élection de for en droit international privé*, Thèse Paris X, Nanterre, 1992 spéc. n° 115 et s.

A- Insuffisance d'une méthode abstraite

199. La convention d'arbitrage connaît des limites justifiées par la considération d'une partie réputée faible. Ainsi, elle est regardée avec méfiance en droit de la consommation (1) et se heurte à la compétence exclusive du conseil des prud'hommes au bénéfice des salariés (2).

1)- L'ordre public européen, l'arbitrabilité et le droit de la consommation

200. Si certains auteurs considèrent que l'arbitrabilité¹¹¹ du litige ne peut provenir que de l'objet du litige, d'autres¹¹² soulignent que la fonction de celle-ci est de déterminer si l'effet négatif de la convention d'arbitrage peut produire ses effets. Elle concerne donc la licéité de la clause. Traditionnellement, l'arbitrabilité se définit comme l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage¹¹³. Au niveau de la convention d'arbitrage, il serait possible d'étendre à l'ordre international l'application de l'article 2061 du Code civil à savoir créer une obligation d'information ou renforcer le formalisme de la clause en présence d'une partie faible. Cette solution ne paraît cependant pas opportune.

201. La notion d'arbitrabilité d'un litige désigne la possibilité d'avoir recours à l'arbitrage. Les critères de l'arbitrabilité sont variables d'un ordre juridique à un autre¹¹⁴. L'article 2060 du Code civil exclut du domaine de l'arbitrage une sorte de noyau dur constitué par les questions d'état et de capacité des personnes, divorce, séparation de corps, celles intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, ainsi que les questions afférentes à l'ordre public. Quant à l'article 2059 du même Code, il exige la libre disponibilité des droits, ce qui reste d'un contenu incertain. Le contrôle de l'arbitrabilité a, dans le cadre d'un déclinatoire de compétence, la fonction de régler un conflit de compétence. Dès lors, la *lex fori* est applicable. Seul l'État concerné peut décider dans quelle mesure il renonce à exercer sa prérogative de rendre justice lorsqu'il est internationalement compétent. La question de la validité de la convention d'arbitrage devant les juridictions étatiques relève des conflits de juridictions. C'est pourquoi la chambre sociale peut décider de façon unilatérale qu'une convention d'arbitrage insérée dans un contrat de travail est inopposable au salarié¹¹⁵. Cependant, en raison de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, ce contrôle sera le plus souvent écarté¹¹⁶.

À la différence des autres droits, le juge français a dans ce domaine une compétence restreinte conformément à l'article 1458 anc. du Code de procédure civile. Ainsi, seule la nullité manifeste de la convention d'arbitrage tempère l'effet négatif du principe à condition que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi. Dans l'arrêt *Renault c. Société V 2000* du 21 mai 1997¹¹⁷, la Cour de cassation devait statuer au regard de l'insertion d'une convention d'arbitrage dans un contrat de consommation. La Cour de cassation décide qu' « ayant retenu

111 L'article 2060 du Code civil, concernant l'ordre public de direction, a été vidé de son sens par la jurisprudence. Or, historiquement, celui-ci était lié à l'article 2059 du Code civil concernant l'ordre public de protection. Si beaucoup d'auteurs lient la non-arbitrabilité et la non-disponibilité des droits, la question de l'arbitrabilité devrait en principe appartenir au domaine des conflits de juridictions.

112 Mr Loquin.

113 LEVEL (P.), L'arbitrabilité, *Rev. Arb.* 1992 p. 219.

114 LOQUIN (E.), Les illusions perdues du contrôle d'arbitrabilité du litige international, in *Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003, p. 339.

115 C. Cass. Ch. soc., 16 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 78 ; *Rapport de la Cour de cassation 1999*, p. 328 ; *D.* 1999, IR p. 74 ; *Rev. Crit. DIP* 1999, p. 745, 1re esp., note F. Jault-Seseke ; *Rev. Arb.* 1999, p. 290, 1re esp., note M.-A. Moreau ; *JCP E* 1999, p. 1685, note P. Coursier, et p. 748, obs. F. Taquet ; *Gaz. Pal.* 2000, 1, Somm. p. 699, 1re esp., obs. M.-L. Niboyet ; *LPA* 2000, n° 158, p. 4, 1re esp., obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. Arb.* 1999, p. 290, 2e esp., note M.-A. Moreau ; *JCP* 2000, II, 10337, note D. Ammar.

116 GAILLARD (E.), L'effet négatif de la compétence-compétence, in *Études de procédure et d'arbitrage, Mélanges en l'honneur de Jean-François Poudret*, 1999, p. 387.

117 C. Cass. Civ. 1, 21 mai 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar)*, Bull. civ. I, n° 159, *RTD com.* 1998 p. 330 obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1998 p. 87 note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998 p. 330 obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 1997 p. 537 note E. Gaillard.

qu'un contrat mettait en cause des intérêts du commerce international, peu importe que l'achat en cause fut destiné à un usage personnel, une cour d'appel en a exactement déduit que la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartient à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ». Le contrôle du juge étatique se réduit à ce qui est manifeste, incontestable, c'est-à-dire à l'évidence. Le juge ne retrouvera sa compétence qu'une fois la sentence rendue, à condition que le recours en annulation soit possible devant le juge français, ce qui suppose que le siège de l'arbitrage soit en France ou que la sentence soit présentée au juge de l'*exequatur* pour une exécution en France.

202. En matière d'arbitrage international, le problème vient de la désignation de la loi applicable à l'arbitrabilité et de l'autonomie du droit de l'arbitrage. La méthode des conflits de lois a été évincée par la jurisprudence française quant à l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage, au profit de règles matérielles de validité de droit français. Le contrôle est toujours effectué conformément au droit français spécifique à l'arbitrage international. Ainsi, il existe en droit français une notion spécifique de l'arbitrabilité internationale.

L'arrêt *Renault* précise que ce contrôle sera opéré au regard de l'ordre public international. En effet, la sentence est conçue comme étant extérieure à l'ordre juridique français. L'ordre public international permet au juge de ne pas donner effet à une décision ou sentence étrangère qui heurte les principes fondamentaux du for. En conséquence, les violations des règles françaises d'arbitrabilité ne seront pas sanctionnées si la solution ne heurte pas ces principes. En effet, ordre public international et normes impératives du for ne se confondent pas. L'article 2059 du Code civil interdit l'arbitrabilité des droits protégés par l'ordre public de protection, tels que le droit subjectif et impératif du travail ou celui de la consommation. Cependant, en matière internationale, l'inarbitrabilité n'interdit pas la conclusion de convention d'arbitrage, du moins en matière de consommation. Le contrôle de l'arbitrabilité n'est donc pas non plus opéré au regard de la loi applicable à la convention d'arbitrage, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation dite du principe de validité de la clause¹¹⁸.

Le principe de coopération internationale est exclu par le principe de faveur applicable en matière d'arbitrage, les seules limites sont « *les règles impératives du droit français et l'ordre public international* »¹¹⁹.

203. Néanmoins, ces propos doivent être atténués par la décision de la CJUE en date du 26 octobre 2006, *Elisa Maria Mostaza Claro*¹²⁰. En l'espèce, une consommatrice, ayant souscrit un contrat d'abonnement téléphonique contenant une clause d'arbitrage, n'avait pas renoncé à l'arbitrage dans le délai prévu et s'était défendue sur le fond devant l'arbitre. Suite à une

118 CA Paris, 8 mars 1990, *Rev. Arb.* 1990 p. 657, (2 esp.) note P. Mayer : « *La clause compromissoire a une validité et une efficacité propre et] en matière d'arbitrage international, le principe d'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflit de lois* » ; C. Cass. Civ. 1, 20 déc. 1993 n° 91-16.828, *Dalico*, Bull. civ. I, n° 372 ; *D.* 1994. IR. 13 ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 663 note P. Mayer ; *Rev. Arb.* 1994 p. 116 note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1994.432, note Gaillard et 692, note Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1994.260 note Ph. Fouchard ; *JDI* 1994.690, note Loquin ; *RTD com.* 1994.254, obs. Dubarry et Loquin ; Cass. Civ. 1, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *M. Zanzi c. J. de Coninck et autres*, *Rev. Arb.* 1999, p. 260 s. note Ph. Fouchard ; *D.* 1999.31 ; *RTD com.* 1999.380 note E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1999.546 note D. Bureau ; *D.* 1999.115 note Delebecque.

119 C. Cass. Civ. 1, 20 déc. 1993 n° 91-16.828, *Dalico*, Bull. civ. I, n° 372 ; *D.* 1994. IR. 13 ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 663 note P. Mayer ; *Rev. Arb.* 1994 p. 116 note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1994. 432, note Gaillard et 692, note Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1994, p. 260 note Ph. Fouchard ; *JDI* 1994.690, note Loquin ; *RTD com.* 1994.254, obs. Dubarry et Loquin.

120 CJUE, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, n° C-168-05 *D.* 2006. AJ 2910, obs. V. Avena-Robardet, Pan. 3027, obs. Th. Clay, et 2007 Pan. 2562, obs. S. Bollée ; *RTD civ.* 2007. 113, obs. J. Mestre et B. Fages, et 633, obs. P. Thery ; *JDI* 2007. 581, note A. Mourre ; *Rev. Arb.* 2007. 109, note L. Idot ; *JCP* 2007. I. 168, § 1, obs. C. Seraglini ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 347-348, I. Jur. 63, obs. A. Mourre et P. Pedone ; *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2007. 17, obs. F.-X. Train ; *LPA* 2007, n° 152, obs. C. Legros, et n° 189, note G. Poissonnier et J.-P. Tricoit ; *Europe* 2006, n° 378, p. 28, obs. L. Idot ; *RDAI* 2007, n° 14, p. 55, obs. C. Nourissa ; *Rev. Arb.* 2007 p. 109 note L. Idot.

sentence lui étant défavorable, elle avait formé un recours en annulation dans lequel elle invoquait le caractère abusif et donc la nullité de la convention d'arbitrage. Le caractère abusif de la clause était acquis au regard de la législation espagnole. La Cour européenne a considéré que « *la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle implique qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive, alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation* ». Si l'affaire est purement interne, la solution de la Cour s'applique dès que le litige relève du champ d'application de la directive 93/13/CEE.

Raisonnant au regard des principes communautaires et considérant l'arbitrage comme un ensemble de règles procédurales nationales, la décision de la CJUE est sans appel : le juge saisi du recours en annulation doit, même lorsque cette question est soulevée pour la première fois devant lui, prononcer la nullité de la clause. A défaut, l'objectif de protection des consommateurs serait compromis. En conséquence, le fait de ne pas soulever cette nullité devant l'arbitre ne constitue pas, selon la Cour, une renonciation. Dans cette affaire¹²¹, la Cour de justice a considéré que cette directive devait être interprétée comme faisant obligation à une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale de l'annuler au motif que le contrat de consommation contenait une clause abusive, en l'occurrence la convention d'arbitrage, alors même que le consommateur avait invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation. La sentence devrait donc en droit français être annulée sur le fondement de l'article 2061 du Code de procédure civile car la convention d'arbitrage doit être considérée comme abusive en application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation¹²². En effet, la CJUE avait déjà précisé dans son arrêt *Eco Swiss*, que « *dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de règles communautaires de ce type* »¹²³.

204. La CJUE, dans un arrêt en date du 6 octobre 2009¹²⁴, saisie d'une question préjudicielle, considérait que le juge étatique pouvait relever d'office le caractère abusif d'une convention d'arbitrage insérée dans un contrat de consommation. Dans cet arrêt, le juge national saisi d'une demande d'exécution d'une sentence passée en force de chose jugée avait considéré les modalités de mise en œuvre de la convention d'arbitrage comme étant abusives.

121 V. notamment : Annulation d'une sentence arbitrale en cas de clause abusive dans la convention d'arbitrage : CJUE, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, n° C-168-05 D. 2006. AJ 2910, obs. V. Avena-Robardet, Pan. 3027, obs. Th. Clay, et 2007 Pan. 2562, obs. S. Bollée ; *RTD* civ. 2007. 113, obs. J. Mestre et B. Fages, et 633, obs. P. Thery ; *JDI* 2007. 581, note A. Mourre ; *Rev. Arb.* 2007.109, note L. Idot ; *JCP* 2007. I. 168, § 1, obs. C. Seraglini ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 347-348, I. Jur. 63, obs. A. Mourre et P. Pedone ; *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2007. 17, obs. F.-X. Train ; *LPA* 2007, n° 152, obs. C. Legros, et n° 189, note G. Poissonnier et J.-P. Tricoit ; Europe 2006, n° 378 p. 28, obs. L. Idot ; *RDAL* 2007, n° 14, p. 55, obs. C. Nourissa ; *Rev. Arb.* 2007 p. 109 note L. Idot.

122 Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, 03-19.692 (n° 245 FS-P+B), *Société Fancia Franco*, D. 2005, AJ p. 565, obs. V. Avena-Robardet, et Pan. p. 2840, obs. S. Amrani Mekki ; *RTD* civ. 2005, p. 393, obs. Mestre et B. Fages ; V. pour l'obligation faite au juge national de relever d'office le caractère abusif d'une clause dans un contrat de consommation : CJUE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. C-240/98, *RTD* civ. 2000. 939, obs. J. Raynard et 2001. 878, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2001. 291, obs. M. Luby : « *La protection que la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, assure à ceux-ci implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat qui lui est soumis lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions nationales. La juridiction nationale est tenue, lorsqu'elle applique des dispositions de droit national antérieures ou postérieures à ladite directive, de les interpréter, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de cette directive. L'exigence d'une interprétation conforme requiert en particulier que le juge national privilégie celle qui lui permettra de refuser d'office d'assumer une compétence qui lui est attribuée en vertu d'une clause abusive* » ; Pauline Remy-Corlay, *RTD* civ. 2009 p. 684 L'influence du droit communautaire sur l'office du juge (CJUE, 4 juin 2009, *Pannon GMS*, aff. C-243/08, D. 2009. 1690, note G. Poissonnier ; CJUE, 6 oct. 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, D. 2009. 2548, obs. Th. Clay).

123 CJUE, 1er juin 1999, *RTD com.* 2000, p. 232, obs. S. Poillot-Peruzzetto, et p. 340, obs. E. Loquin.

124 CJUE, 6 oct. 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, n° C-40/08, D. 2009. AJ 2548 ; D. 2009. 2548, obs. Th. Clay.

Nonobstant cette jurisprudence et la législation des clauses abusives, une convention d'arbitrage ne pouvant être considérée comme manifestation nulle, le principe de compétence-compétence doit être appliqué¹²⁵. Or, à l'instar de Monsieur Ch. Seraglini, faut-il espérer qu' « une autre règle de droit français, propre à l'arbitrage international et dont les conditions d'application resteraient à élaborer, [puisse] (...) justifier une telle nullité », et envisager, notamment, « l'élaboration d'une loi de police française [permettant] à certaines conditions de retenir la nullité manifeste d'une clause d'arbitrage international conclue par un consommateur résidant en France »¹²⁶ ? À défaut, le droit d'agir en justice de certains consommateurs risquerait d'être atteint. Faisant preuve d'une certaine duplicité en la matière, la réponse ministérielle relative à l'article 2061 du Code civil note qu'un contrat international conclu par un non-professionnel expose ce dernier « à des risques équivalents sinon supérieurs à ceux résultant de l'insertion d'une telle clause dans un contrat interne »¹²⁷. Or, à condition que le consommateur ait les moyens financiers nécessaires, il n'est pas certain que l'arbitre respecte l'arsenal juridique européen et français visant à assurer la protection du consommateur. Cet arsenal sera neutralisé par la simple insertion d'une convention d'arbitrage dont la partie faible n'a certainement pas mesuré la gravité¹²⁸.

205. La Cour de cassation reste en tout état de cause fidèle à sa position qu'elle confirme avec l'arrêt *Rado*¹²⁹. La Cour de cassation¹³⁰, tout comme les juges du fond, constate l'incompétence des juges étatiques dans un litige entre un consommateur et un professionnel prévoyant un arbitrage aux États-Unis. La décision est dans la lignée de la jurisprudence *Jaguar* concernant la validité de la convention d'arbitrage dans les contrats internationaux de consommation¹³¹.

125 V. C. Cass. Civ. 1, 30 mars 2004 ; CA Paris, 2 avril 2003 ; CA Paris, 28 janvier 2004 et CA Paris, 28 avril 2004, *Rev. Arb.* 2005 p. 116.

126 SERAGLINI (Ch.), *JCP* 2005, I, 134.778 à propos de Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*, Bull. civ. I, n° 95 p. 77 ; *RTD com.* 2004 p. 443 Éric Loquin ; *Rev. Arb.* 2005.959, note C. Seraglini ; *JCP E* 2004 p. 1640, note Chabot ; PANOU (Ch.), *Le consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Préf. V. Heuzé, Tome 32 BIRJS éd. 2011 n° 250 *in fine*.

127 JO sénat du 31 janvier 2002 p. 314 ; *Rev. Arb.* 2002 p. 241 obs. Fouchard.

128 V. BOLLEE (S.), Clauses abusives et modes alternatifs de règlement des litiges (l'article 6 de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005), *Rev. Arb.* 2005 p. 225 : L'article L.132-1 du Code de la consommation définissant la notion de clause abusive, est suivi d'une annexe comportant des stipulations contractuelles susceptibles d'être considérées comme telle. Notamment, figurent dans cette liste les clauses ayant pour objet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des conventions légales (...) ». Liste complétée par l'article 6 de la loi du 28 janvier 2005 « tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur » introduisant à sa suite la disposition « ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ». Cette liste est indicative et non exhaustive. Au regard des clauses compromissoires de droit interne, elles ne devraient pas être concernées par cette modification dans la mesure où elle entrent dans le champ d'application de l'article 2061 du Code civil, qui dispose depuis la réforme du 15 mai 2001, que « les contrats dans lesquels une des parties au moins n'a pas agi pour les besoins de son activité professionnelle ne peuvent (...) inclure une clause compromissoire ». La sanction retenue est la nullité. En matière internationale, un doute subsiste quant à l'applicabilité de l'article 2061 du Code civil particulièrement au regard de la réponse ministérielle.

129 Résumé imaginaire des faits emprunté à Monsieur CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005, *D.* 2005 p. 3050 : « *Dring ! On sonne à la porte. Mme Rado, pourtant affairée dans son appartement parisien, s'interrompt pour aller ouvrir. Elle n'aurait pas dû. C'est le début d'une histoire pathétique. Mme Rado se retrouve nez à nez avec un démarcheur à domicile, qui ne vend ni aspirateurs, ni autres financements anticipés d'obsèques, mais des produits financiers avantageux. L'homme sait y faire, il vante les mérites des placements qu'il propose, présente des schémas qui montrent les incroyables plus-values, souligne l'absence de risque, bref, une occasion à ne pas manquer. Mme Rado d'abord amusée, se laisse progressivement séduire, puis pense que le bonimenteur a du bon sens, et finalement se trouve convaincue. C'est sa deuxième erreur. Le contrat qui lui est présenté est en anglais, langue qu'elle maîtrise mal ; mais peu importe, elle signe là où on lui dit de signer. Et puisque l'affaire est bonne autant y mettre toutes ses économies : c'est ainsi l'équivalent de 400 000 dollars qui sont investis. C'est sa troisième erreur. La suite était prévisible : en moins de quatre mois, toutes ses économies ont disparu car les placements se sont révélés calamiteux et elle est même désormais débitrice. Espérant récupérer ses fonds, elle saisit alors le Tribunal de grande instance de Paris. Mais, comme un malheur n'arrive jamais seul, c'est cette fois-ci une clause compromissoire qui lui est opposée par son adversaire, laquelle clause donne compétence à la National Future Association de Chicago pour organiser l'arbitrage, en faisant appel à un arbitre agréé auprès de ce centre ».*

130 C. Cass. Civ. 1, 30 mars 2004, *Rado*, n° 02-12.259, Bull. civ. I, n° 97 ; *Rev. Arb.* 2005.959 note X. Boucobza ; *RTD com.* 2004 p. 447 obs. Loquin ; *D.* 2004, Jur. p. 2458, note I. Najjar ; *Rev. Arb.* 2005, p. 115, 1re esp., note X. Boucobza ; *JCP* 2005, I, 134, § 3, obs. C. Seraglini

131 C. Cass. Civ. 1, 21 mai 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar)*, Bull. civ. I, n° 159, *RTD com.* 1998, p. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1998, p. 87, note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998, 330, obs. Loquin ; Cass. 1re civ., 21 mai 1997, n° 95-11.428, *Rev. Arb.* 1997 p. 537, note E. Gaillard.

206. Avec le décret du 18 mars 2009, les clauses de litige, dont fait partie la convention d'arbitrage, ont été catégorisées dans les clauses dites « grises » lorsqu'elles sont les seules voies pour le litige¹³². La convention d'arbitrage, même insérée dans un contrat de consommation, n'est donc pas en soi abusive. En revanche, ses modalités de mise en œuvre peuvent l'être en matière d'arbitrage international. Cette réforme est intéressante car, bien que catégorielle, elle vise la mise en œuvre de la clause. La prohibition par le biais du concept d'arbitrabilité ne saurait convenir. Cependant la partie faible ne doit pas être envisagée en fonction de la qualité des parties *in abstracto* mais en fonction du litige.

207. Un non-professionnel ne doit pas être exclu si l'arbitrage est adapté tandis qu'un professionnel doit pouvoir exercer son droit au juge comme tout citoyen. L'inadéquation de la protection fondée sur la distinction consommateur-professionnel apparaît. De manière générale, ce système aboutit à une protection dépendante de la qualité. Or, le droit au juge est un droit ouvert à tous, c'est un droit effectif qui ne saurait se satisfaire d'une appréciation *in abstracto* et catégorielle.

2)- Principe de compétence exclusive des juridictions françaises en droit du travail

208. La méthode des conflits de juridictions permet de priver d'effet une clause inadaptée. Mais quels doivent être les critères ? La chambre sociale, par une décision en date du 14 mai 1999, considère, au visa de l'article L 517-1 du Code du travail et de la convention de Lugano, que la compétence des juridictions françaises étant impérative, la clause d'arbitrage est inopposable. La transposition générale de ce raisonnement permettrait de protéger une partie en lui permettant de saisir un juge de proximité. Dans cette perspective, l'arbitrage est suspect à l'égard d'une catégorie de personnes.

Le 9 octobre 2001, la Cour de cassation¹³³ dans sa décision *SA Kis France* confirme sa position et énonce que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu importe la loi régissant le contrat de travail* ». En l'espèce, le contrat de travail s'exécutait à l'étranger et la décision était intervenue postérieurement à la réforme de l'article 2061 du Code civil rendant applicable la convention d'arbitrage dans un contrat conclu « *à raison d'une activité professionnelle* ». Or dans les décisions de 1999, la chambre sociale avait fondé ses décisions sur le fait que les contrats de travail s'exécutaient en France¹³⁴.

Par ailleurs, dans son rapport annuel de 1999, la Cour de cassation soulignait que « *le caractère international du contrat de travail ne supprime pas l'inégalité de la situation des parties inhérentes au lien de subordination et, corrélativement, ne rend pas inutile la protection du salarié [...] Mais l'évolution des relations contractuelles de travail [...] commande une certaine souplesse dans la mise en œuvre des règles protectrices du salarié. Ce dernier pourra sur le fondement de la clause compromissoire insérée dans son contrat de travail international, accepter le recours à l'arbitrage en renonçant à se prévaloir de l'inopposabilité de la clause compromissoire* ». En conséquence, et malgré les apparences, contrairement au droit interne où la clause est nécessairement nulle, cette jurisprudence tend à lui donner une effectivité en matière d'arbitrage international.

132 Article R. 132-1, 10° du Code de la consommation (Décr. n° 2009-302, 18 mars 2009, JO 20 mars, p. 5030).

133 C. Cass. Ch. soc., 9 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 312 ; D. 2001, IR p. 3170, obs. C. Dechristé; Rev. Arb. 2002.347 note Th. Clay ; LPA 2002, n° 242 p. 19, obs. F. Jault-Seséke; Dr. soc. 2002 p. 122, note M.-A. Moreau.

134 La compétence du tribunal des prud'hommes se trouve néanmoins justifiée par l'article R 517-1 al. 3 du Code du travail. Aux termes de l'article R.511-1 al. 6 du Code du travail « *toute convention dérogatoire [à la compétence des prud'hommes] est réputée non écrite* ». Mais en l'espèce, la cour de cassation a recours au concept d'inopposabilité à titre de sanction, inopposabilité entendue en l'espèce dans son sens générique, à savoir la neutralisation de certains effets d'un acte.

209. Pour la Chambre sociale, rappelant sa jurisprudence de 1999¹³⁵ confirmée en 2001¹³⁶, la convention d'arbitrage insérée dans un contrat international de travail est valable mais « pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction compétente en vertu des règles applicables, peu importe la loi régissant le contrat de travail »¹³⁷. Outre une protection là encore catégorielle, l'interrogation provient du choix de l'inopposabilité comme sanction. En effet, cette notion s'applique en principe aux tiers. La question est en l'espèce celle de l'efficacité de la convention d'arbitrage, non de sa nullité ou de sa validité, car l'article 2061 ne s'applique pas à l'arbitrage international. Or, comme une convention d'arbitrage est inefficace si un texte le prévoit, la chambre sociale interprète les règles de compétence du conseil des prud'hommes comme des lois de police et étend leur application à l'arbitrage international. Dans cette perspective, la solution se fonde, non sur la faiblesse des parties au contrat, mais sur la compétence exclusive de la juridiction française.

210. L'inopposabilité encourt deux critiques principales : la première critique, non dirimante, est qu'elle suppose la compétence des juridictions françaises ; la seconde, fondamentale, est qu'elle implique une discrimination dans cette protection et n'assure pas l'effectivité générale du droit d'accès au juge. Cette solution fondée sur la compétence exclusive, qui ne prend pas en compte la situation réelle d'une partie, se fonde uniquement sur son statut et ne saurait être généralisée. Le droit au juge ne doit pas être réservé à une certaine catégorie de personnes et l'arbitrage ne doit pas être suspecté dans sa généralité en fonction d'une certaine qualité des parties signataires.

* *
*

211. En matière internationale, la protection des consommateurs reste faible¹³⁸. Seule est condamnée l'existence d'une convention d'arbitrage dans un contrat de travail¹³⁹. La chambre sociale applique la méthode des conflits de juridictions¹⁴⁰ face à une clause d'arbitrage insérée dans un contrat de travail. La compétence des juridictions prud'homales est impérative quelle que soit la loi applicable, la Cour en conclut une inopposabilité de la clause, la loi du for est seule compétente pour déterminer la compétence des juridictions.

135 C. Cass. Ch. soc., 16 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 78 ; *Rapport de la Cour de cassation 1999*, p. 328 ; D. 1999, IR p. 74 ; *Rev. Crit. DIP* 1999, p. 745, 1re esp., note F. Jault-Seseke ; *Rev. Arb.* 1999, p. 290, 1re esp., note M.-A. Moreau ; *JCP E* 1999 p. 1685, note P. Coursier, et p. 748, obs. F. Taquet ; *Gaz. Pal.* 2000, 1, Somm. p. 699, 1re esp., obs. M.-L. Niboyet ; *LPA* 2000, n° 158 p. 4, 1re esp., obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. Arb.* 1999, p. 290, 2e esp., note M.-A. Moreau ; *JCP* 2000, II, 10337, note D. Ammar.

136 C. Cass. Ch. soc., 9 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 312 ; D. 2001, IR p. 3170, obs. C. Dechristé ; *Rev. Arb.* 2002.347 note Th. Clay ; *LPA* 2002, n° 242 p. 19, obs. F. Jault-Seseke ; Dr. soc. 2002, p. 122, note M.-A. Moreau.

137 Cass. soc., 28 juin 2005, n° 03-45.042, D. 2005, IR p. 2035 ; *JCP* 2005, I, 179, § 2, obs. J. Béguin.

138 C. Cass. Civ. 1, 30 mars 2004, *Rado*, n° 02-12.259, Bull. civ. I, n° 97 ; *Rev. Arb.* 2005. 959 note X. Boucobza ; *RTD com.* 2004 p. 447 obs. Loquin ; D. 2004, Jur. p. 2458, note I. Najjar ; *Rev. Arb.* 2005 p. 115, 1re esp., note X. Boucobza ; *JCP* 2005, I, 134, § 3, obs. C. Seraglini : où le consommateur soutenait que le litige était inarbitrable, il est néanmoins renvoyé devant l'arbitre. V. aussi : C. Cass. Civ. 1, 21 mai 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar)*, Bull. civ. I, n° 159 ; *RTD com.* 1998 p. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1998, p. 87, note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998.330, obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 1997 p. 537 note E. Gaillard, sur l'inapplicabilité de l'article 2061 du c.civ. dans l'arbitrage international en vertu de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique.

139 C. Cass. Ch. soc., 16 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 78 ; *Rapport de la Cour de cassation 1999*, p. 328 ; D. 1999, IR p. 74 ; *Rev. Crit. DIP* 1999, p. 745, 1re esp., note F. Jault-Seseke ; *Rev. Arb.* 1999 p. 290, 1re esp., note M.-A. Moreau ; *JCP E* 1999, p. 1685, note P. Coursier, et p. 748, obs. F. Taquet ; *Gaz. Pal.* 2000, 1, Somm. p. 699, 1re esp., obs. M.-L. Niboyet ; *LPA* 2000, n° 158, p. 4, 1re esp., obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. Arb.* 1999 p. 290, 2e esp., note M.-A. Moreau ; *JCP* 2000, II, 10337, note D. Ammar.

140 V. pour une application en arbitrage interne : CA Paris, (1 ch. C), 3 juillet 1997, *Millac Deletang c. SCOP Couécou*, *Rev. Arb.* 1997 p. 611 : en l'espèce, à propos d'un contrat de travail et d'une convention d'arbitrage (arbitrage interne), la cour décide que « aux termes de l'article L.511-1 al. 6 du Code du travail, les conseils de prud'hommes sont seuls compétents, quel que soit le montant de la demande, pour connaître en premier ressort des litiges individuels pouvant s'élever à l'occasion du contrat de travail, peu important leur connexité avec un autre litige non susceptible de leur être soumis ; toute convention dérogatoire, et particulièrement toute convention d'arbitrage, est réputée non écrite ; la compétence du conseil de prud'hommes est d'ordre public puisqu'elle est exclusive. Il est de principe que, devant les arbitres, les exceptions d'incompétence fondées sur l'inarbitrabilité ou toute autre raison d'ordre public peuvent être opposées jusqu'au prononcé de la sentence. Les arbitres qui ont nécessairement retenu leur compétence en ordonnant une expertise, sur des points ressortissant à la compétence du conseil des prud'hommes, ont excédé leurs pouvoirs ; par suite, la sentence doit être infirmée ».

B- Absence de proposition concrète assurant l'accès au juge en matière d'arbitrage

212. Si le plus souvent le contrat d'arbitre se forme entre les parties sans problème majeur, dans certaines hypothèses sa conclusion est bloquée, notamment par le défaut de paiement des honoraires. Or, comme précédemment exposé, ce problème semble nié en jurisprudence. Dès lors, il convient d'analyser les rares propositions doctrinales, dont celles de Monsieur Th. Clay¹⁴¹ qui évoque quatre possibilités qu'il ne juge pas satisfaisantes, laissant donc sans réponse la question de la conciliation des conditions d'exécution du contrat d'arbitre avec le principe du droit d'accès au juge.

213. Les articles 1444 et 1493 al. 2 anc. du Code de procédure civile permettant au juge d'intervenir pour les difficultés de constitution du tribunal arbitral, le juge d'appui se voit reconnaître le pouvoir de désigner un arbitre. Cette faculté procède d'une exécution en nature de la convention d'arbitrage ici conçue comme une promesse de contrat non remplie. Néanmoins, le juge d'appui ne pouvant contraindre un arbitre à officier gratuitement, la question de la constitution du tribunal arbitral a peu de chances d'être résolue en cas d'impécuniosité.

214. Une autre solution consiste à saisir le juge des référés dans le cas où le demandeur ne peut pas payer afin qu'il ordonne au défendeur de verser les sommes requises. Selon Th. Clay, cette solution ne serait envisageable que dans l'hypothèse où la créance n'est pas sérieusement contestable au fond et cette solution peut être regardée comme un pré-jugement¹⁴². Néanmoins, tel n'est pas notre avis et cette solution sera développée par la suite. En effet, plus que la créance objet du litige, il s'agit de contraindre l'exécution de la créance née de la formation et de l'exécution de la convention d'arbitrage.

215. L'arbitre pourrait entamer l'instance sans recevoir de provision à la demande de l'un des litigants et statuerait par une sentence intermédiaire sur la répartition des honoraires et des frais. Cependant dans cette hypothèse, toujours selon Monsieur Th. Clay, il semble que le défendeur se voit provisoirement condamné, et le problème de financement reste le même s'il le concerne. Cette solution, qui consiste à avoir recours à un arbitrage pour fixer le mode de rémunération de l'arbitre, heurte quelque peu notre conception du procès équitable. Néanmoins, si la rémunération est fixée par avance, il est vrai que rien n'empêche l'arbitre d'accepter de conclure un contrat d'arbitre sans provision et d'officier dans l'attente de son paiement éventuel. Cependant, en ce que cette solution postule la bonne volonté de l'arbitre, elle ne peut suffire à garantir à elle seule le recours au juge. Cette obligation pèse en effet sur l'État, non sur l'arbitre.

216. L'arbitre pourrait ordonner à l'une des parties, en général le défendeur, d'avancer l'ensemble de la provision requise en se fondant sur la solidarité¹⁴³ unissant les litigants au contrat d'arbitre. Cette solution nécessite que le montant des honoraires ait été conjointement fixé avec les litigants¹⁴⁴, l'arbitre ne pouvant être juge et partie au contrat d'arbitre, du moins en théorie. L'exigence d'une provision préalable à toute constitution d'un tribunal paraît être un frein considérable à l'admission de cette solution et cette solution se fonde sur la bonne

141 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2.

142 C. Cass. Civ. 3, 20 décembre 1982, *S.C.I. Le Panorama c. S.I.M.T.* Bull. civ. III, n° 260, *Rev. Arb.* 1986.235 ; CA Paris, 20 février 1984, *Adda et autres c. Société C.H.M2* ; *Rev. Arb.* 1986.236 ; CA Rouen, 26 septembre 1985, *Société Engrais de Saint- Wandrille c. Société Les engrais de Gabès*, *Rev. Arb.* 1986.241 ; CA Paris, 22 oct. 1985, *Société King Production, D.* 1986, IR 66, *Rev. Arb.* 1986.213 et p. 250 ; T. Com 3 déc.1985, *Société pétroles Miroline* ; *Rev. Arb.* 1986 p. 250.

143 Encore que cette solidarité porte à discussion, le contrat d'arbitre étant civil par nature.

144 En cas de contestation, c'est le juge de droit commun qui est compétent pour statuer sur le montant. Cependant si un règlement d'arbitrage est applicable, les modalités de fixation et de répartition des honoraires s'imposent aux litigants qui l'ont contractualisé.

volonté de la partie forte.

217. Les deux dernières solutions peuvent aboutir à un autre problème. En effet, la question du droit au juge, droit au jugement, doit être envisagée dans l'hypothèse d'une rétention de la sentence par l'arbitre, faute de paiement de ses honoraires. Le paiement des honoraires de l'arbitre est une question centrale, celui-ci pouvant invoquer notamment l'exception d'inexécution, solution fâcheuse qui, ne dessaisissant pas l'arbitre, maintient l'incompétence des juridictions étatiques. Or, l'intérêt de l'arbitre ne doit pas mettre à mal ceux des litigants et contrevenir la dimension judiciaire de l'arbitrage¹⁴⁵.

218. Le déni du déni de justice en droit de l'arbitrage international semble avoir pour fondement principal une absence de solution permettant d'assurer un accès au juge et un respect de l'arbitrage. La protection catégorielle étant insuffisante du fait même de son caractère parcellaire, les rares solutions envisagées ne sont pas soutenues en doctrine et sont essentiellement envisagées sous l'angle de la compétence arbitrale. Cela étant, cette position ne saurait perdurer. Le droit au juge est le premier de tous les droits que se doit de préserver un État démocratique. Dès lors, quand bien même la solution reviendrait à admettre une possibilité de saisine des juridictions étatiques, elle devrait être appliquée. De plus, l'arbitrage est bénéfique au commerce international sous condition d'être effectif. Dès lors, si la convention d'arbitrage aboutit à un déni de justice de fait, la responsabilité de l'État est engagée et le juge doit faire primer le droit d'accès au juge¹⁴⁶.

* *
*

219. Nié en jurisprudence, le déni de justice économique en matière d'arbitrage ne bénéficie d'aucune solution en cas d'impossibilité de formation du contrat d'arbitre. Les solutions évoquées posent notamment des problèmes d'impartialité des arbitres ou encore de pré-jugements. L'ensemble de ces propositions a pour point commun de forcer à la conclusion du contrat d'arbitre et non de tirer les conséquences juridiques de son impossibilité de formation. « *L'office du juge est bien délicat. Il le transforme parfois en acrobate, et souvent en funambule, condamné à l'équilibre précaire sur la corde raide du droit, tirailé de tous côtés par des intérêts contraires et irrémédiablement attiré par la gravité du monde dans lequel lui-même, comme le justiciable, est plongé* »¹⁴⁷.

Conclusion de la section 2

220. En arbitrage international, la protection des consommateurs reste confuse entre la jurisprudence de la CJUE et le droit français. Il est intéressant de noter qu'une convention d'arbitrage peut devenir abusive au regard de sa mise en œuvre en matière de consommation. Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation règlemente de manière ferme et définitive la convention d'arbitrage sur le terrain des conflits de juridictions dans un contrat de travail. La compétence des juridictions prud'homales étant impérative, quelle que soit la loi applicable, la Cour en conclut une inopposabilité de la clause, la loi du for étant seule

145 LEVEL (P.), Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger Perrot*, Dalloz 1996 p. 259.

146 DESDEVISES (Y.), Quelques remarques sur la responsabilité des juges et de la justice, in *Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003 p. 167 : l'auteur note qu'en application de la jurisprudence des dysfonctionnements objectifs et fonctionnels de la justice entraînent la responsabilité de l'État. Il n'est pas besoin de caractériser l'existence d'une faute lourde.

147 VONSY (M.), Actes de gouvernement et droit au juge, (à propos de l'arrêt CEDH, 14 déc. 2006, *Markovic c. Italie*, req. n° 1398/03), *RFDA* 2008 p. 728.

compétente pour déterminer la compétence des juridictions. La protection est à ce titre catégorielle et sans appréciation de la situation réelle des parties. L'arbitrage est condamné *ab initio*. Toutes les solutions envisagées et rejetées en cas de problème de constitution du tribunal arbitral dû à une absence de formation du contrat d'arbitre veulent forcer sa conclusion. Il pourrait paraître raisonnable d'envisager les conséquences de son impossibilité de formation sur l'arbitrage lui-même.

Conclusion du chapitre 2

221. L'article 6 § 1 de la CESDH s'applique en matière d'arbitrage international. En effet, le tribunal arbitral est une procédure mise en place par un ordre juridique et reste donc de sa responsabilité. Dès lors, si l'arbitre ne peut être tenu pour responsable d'un déni de justice, l'État qui laisserait se commettre celui-ci violerait l'article 6 § 1 de la CESDH. En effet, l'État doit assurer la possibilité d'accéder au juge arbitral ou étatique. L'insertion d'une convention d'arbitrage ne prive pas l'État de son pouvoir juridictionnel car il ne s'agit que d'une question de compétence. Dès lors, l'absence de prise en compte du déni de justice économique constitue une violation directe de l'article 6 § 1 de la CESDH, y compris lorsque le contrat contient une convention d'arbitrage. À ce titre et afin d'aider à la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage, en cas d'indisponibilité d'un for étranger, l'État français se reconnaît compétent. Le chef de déni de justice permettant la saisine du juge d'appui est circonscrit à la double condition que d'une part, l'État normalement compétent refuse d'apporter son soutien à la procédure et d'autre part, refuse de juger le litige au fond. En outre, l'ordre juridique français reconnaît qu'une double incompétence tant interne qu'internationale est source de déni de justice et doit être prohibée. Dès lors, en cas d'impossibilité d'accéder au juge arbitral, la juridiction française devrait en principe retenir sa compétence. Le déni de justice économique est d'ailleurs retenu, tant par la jurisprudence française que par celle de la CEDH comme correspondant à une hypothèse de disproportion entre les moyens d'un litigant et les frais de justice à sa charge afin d'accéder au juge. Lorsqu'ils sont jugés disproportionnés, le déni de justice économique est constitué.

222. Certes, la défense de la partie faible n'est pas exclue du droit de l'arbitrage international français. Cela étant, les moyens invoqués restent parcellaires et partent d'un postulat de méfiance envers l'institution d'arbitrage. Par ailleurs, une protection catégorielle ne serait d'aucun secours pour lutter contre le déni de justice économique dans le cadre de l'arbitrage. En cas de problème de constitution du tribunal arbitral, l'intervention du juge d'appui est nécessaire. En effet, si pour des raisons idéologiques, le principe de compétence-compétence en son aspect négatif implique de n'accepter que peu d'exceptions, la prohibition du déni de justice impose à l'État une obligation de faire. Or, le déni de justice, tant factuel que juridique, peut résulter d'une impécuniosité d'une des parties. C'est d'ailleurs à ce titre que l'ordre juridique français a consacré la gratuité de la justice et institué l'aide juridictionnelle. La Cour de cassation admet la condamnation du déni de justice économique dans le cadre des compétences étatiques si les tribunaux étrangers imposent des frais trop importants au regard des moyens financiers du plaignant, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme. L'ordre public international, tout comme le respect des libertés fondamentales dont fait au premier chef partie le droit d'accès au juge, implique une modification de l'état du droit. Le déni de justice arbitrale ne peut pas être pris en compte en faveur de l'arbitrage et renié lorsqu'il pourrait lui nuire. Dans les deux hypothèses, le même droit est en jeu, le droit au juge.

Conclusion du titre 1

223. En droit international public, le déni de justice appartient au standard minimum des étrangers ; il est satisfait par l'application des normes internes. Mais en droit international privé, il correspond au libre accès au juge et au droit au jugement. Dans cette perspective, un jugement strictement circonscrit à la compétence n'est donc pas suffisant. La prohibition du déni de justice implique de dire bien ou mal fondée la prétention au fond.

Le droit d'action en justice est considéré de nos jours comme une liberté fondamentale, il s'inscrit dans le cadre plus large du droit à un procès équitable et induit de ce fait non seulement le droit d'avoir recours au juge mais, en outre, le droit à un jugement qui ne se limite pas à une simple appréciation de la compétence juridictionnelle. Ces deux notions peuvent se rejoindre dès lors qu'une situation de déni de justice de droit interne peut engager la responsabilité internationale de l'État. Son exercice doit être effectif et les limitations qui lui sont apportées doivent être légitimes et proportionnelles.

Assurer l'accès à la justice c'est *in fine* assurer l'état de droit. Principe de droit universellement reconnu et composante du droit à un procès équitable, la prohibition du déni de justice devrait naturellement s'appliquer à l'arbitrage, que cette prohibition lui soit ou non favorable. Or, bien que reconnu au regard de l'accès à la justice étatique, le déni de justice économique semble éludé en matière d'arbitrage. La notion de partie faible n'est pas exclue et une protection catégorielle voit le jour. Or, la convention d'arbitrage n'est pas une renonciation au droit au juge des litigants ni au bénéfice de toute protection juridictionnelle¹. Cependant, le droit au juge étant général, l'aspect catégoriel de cette protection est à exclure. Dès lors, l'impécuniosité d'une partie, de toutes les parties, ne lui permettant pas d'avoir recours à la justice arbitrale, doit être prise en compte par l'ordre juridique français.

224. En toute hypothèse, cet excès de libéralisme est-il réellement favorable à l'arbitrage ? Ne va-t-il pas aboutir à dénaturer l'institution elle-même ? N'est-il pas temps de responsabiliser les parties et de ne pas permettre à l'une d'elle de se servir de l'impécuniosité de son cocontractant pour aboutir à ses fins ?

¹ V. en ce sens à propos de la médiation : LAGARDE (X.), Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, *Rev. Arb.* 2001.423 : « Le choix d'un traitement alternatif du différend ne saurait faire perdre aux parties le droit qu'elles ont d'obtenir un règlement juridictionnel de celui-ci » (p 434 n° 10).

Titre 2 : La généralité du droit d'accéder à la justice appliquée à l'arbitrage

225. La question de la compétence arbitrale est la plus importante de celle ayant trait à l'arbitrage international, elle est au cœur du problème du déni de justice économique. En effet, elle déterminera si le litige doit être soumis à la justice étatique ou arbitrale. Traditionnellement, elle est envisagée sous l'angle de la compétence de l'arbitre qui peut être contestée par l'une des parties. Dans cette hypothèse, la question devenue classique est celle de savoir si l'on peut admettre que l'arbitre puisse prendre une décision relative à la question litigieuse et selon quelles modalités ou si la contestation doit être de la seule compétence de la juridiction étatique. En d'autres termes, qui du juge ou de l'arbitre doit se voir reconnaître la compétence de déterminer si le litige relève de la justice étatique ou de la justice arbitrale ? Le principe de compétence-compétence répond à cette question. En effet, il consacre le droit pour l'arbitre de trancher de façon prioritaire la question de sa propre compétence. Encore faut-il s'entendre sur la notion de compétence que recouvre cette interrogation. En matière d'arbitrage international, une confusion apparaît entre les notions de compétence internationale de l'État et de répartition des compétences au sein de l'État.

226. La compétence¹ peut être définie comme l' « ensemble des affaires dont (une) juridiction a vocation à connaître »². Cependant, Monsieur Ph. Théry a soutenu qu'on ne pouvait parler de compétence pour l'arbitre³. Selon l'auteur, « les règles de compétence ont pour objet d'assurer le fonctionnement d'une organisation judiciaire comportant une pluralité de juges, en répartissant entre eux les litiges », cette notion est « purement fonctionnelle ».

Néanmoins, elle peut être transposée à l'arbitrage en ce qu'elle est liée à un « espace juridique »⁴, ce qui correspond en matière d'arbitrage, traditionnellement, au champ des questions que l'arbitre aura vocation à connaître. Ainsi, en matière d'arbitrage, la compétence s'entend de l'examen de l'étendue de la convention d'arbitrage. La compétence arbitrale revient à déterminer dans quelle mesure l'ordre juridique français permet à l'arbitre de statuer sur un litige. Or, cette compétence au regard du litige dépend de la convention d'arbitrage qui fixe les limites de la compétence arbitrale tant au regard de la matière qu'au regard des personnes. La compétence concerne le litige dans sa globalité, sa nature. L'appréciation de la compétence englobe donc l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage. Elle dépend d'une part de la volonté des parties et d'autre part de l'arbitrabilité du litige. Ainsi, l'arbitre se déclare compétent, en appréciant les limites de la convention d'arbitrage, ou incompétent pour défaut de validité de la convention d'arbitrage.

227. Le principe de compétence-compétence organise l'appréciation de cette compétence arbitrale, entendue alors comme une question de compétence interne à l'ordre juridique français, une question de procédure. En effet, il s'agit bien d'une répartition des compétences pour apprécier la compétence arbitrale à juger du fond du litige au sein de l'ordre juridique français dans le cadre d'une concurrence entre les juridictions étatiques et les juridictions arbitrales.

228. Dès lors qu'est octroyée une compétence prioritaire aux arbitres pour se prononcer sur cette question, il convient de désigner l'arbitre bénéficiant du pouvoir juridictionnel. Ce

1 Du latin *competentia*, dérivé de *competere*, signifiant « revenir à ».

2 CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8^e éd. 2000.

3 THERY (Ph.), *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, Thèse dactyl, Paris II, sous la direction de R. Perrot, dact. Soutenue en nov. 1981, n°19-20 puis n° 12-14. Selon l'auteur, les contestations ne porteraient que sur l'investiture de l'arbitre. V. aussi : HEBRAUD (P.), La juridiction arbitrale et la notion de compétence, *RTD civ.* 1962.160.

4 MARTIN (P. M.), *La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt Tadic, Tribunal pénal international, chambre d'appel, 2 oct. 1995)*, *D.* 1996.chron. 157.

denier ne bénéficiant pas d'une investiture subjective, l'arbitre est investi par le contrat d'arbitre de la *jurisdictio* au regard de sa compétence par rapport à la convention d'arbitrage et donc de sa compétence pour juger le fond du litige. Ce contrat tient sa force de la loi étatique à laquelle il se réfère et ne saurait exister sans son soutien.

Le principe de compétence-compétence a donc pour effet indirect d'octroyer à l'arbitre le pouvoir juridictionnel de se prononcer sur la question de sa compétence. Le principe de compétence-compétence est donc une règle d'origine légale. Lorsqu'il est combiné avec les règles relatives à la convention d'arbitrage il établit une répartition des litiges au sein d'un ordre juridique au regard de l'appréciation de la compétence arbitrale entre les juridictions étatiques et l'arbitre.

L'arbitre est compétent parce que l'ordre juridique concerné lui reconnaît cette compétence dans des hypothèses délimitées. Il ne s'agit pas dès lors de remettre en cause un principe aussi fondamental pour le droit de l'arbitrage et son fonctionnement mais d'analyser la légalité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence confronté à l'hypothèse d'impécuniosité d'une partie et au droit d'accéder au juge (Chapitre 1). En outre, admettre le principe de compétence-compétence n'implique pas de reconnaître la fiction de la délocalisation de l'arbitrage. Procédure multi-localisée, l'arbitrage international fait naître un conflit classique de juridictions. Dès lors, il convient de déterminer quel for est internationalement compétent à juger du litige, et donc le cas échéant à remédier à une situation de déni de justice économique (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Légalité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence

229. La notion de *Kompetenz-Kompetenz* est issue de la doctrine allemande. Cependant, il existe une confusion terminologique. En effet, dans cette conception, l'arbitre peut juger de sa propre compétence de manière définitive. Or, cette possibilité n'a jamais été admise, les ordres juridiques se réservant la possibilité de contrôler la compétence arbitrale. Le principe de compétence-compétence est ainsi conçu comme une concession de la part des ordres juridiques nationaux. Le pouvoir des arbitres est toujours soumis au contrôle étatique. On parle alors « *d'expédient de procédure* », de « *compétence prêtée* ». Cependant, il convient d'apporter quelques nuances à ces propos. En effet, d'une part, certains droits permettent aux parties de renoncer par avance au recours permettant de contester la décision arbitrale¹, ce qui rend la décision de l'arbitre irrévocable. En toute hypothèse, cette décision devient définitive si aucun recours n'est intenté dans les délais impartis. Mais, par ailleurs, en droit comparé, l'arbitre ne jouit d'aucune priorité par rapport au juge saisi et, même en l'absence de recours, la décision de l'arbitre est contrôlée lors de l'*exequatur*.

230. Si le contrat d'arbitre investit l'arbitre du pouvoir juridictionnel, ce pouvoir reste strictement circonscrit quant à son objet et quant aux personnes. Lorsqu'une partie conteste la compétence arbitrale, la question qui se pose est de savoir si l'arbitre peut se prononcer sur l'existence de son propre « pouvoir juridictionnel », c'est la notion de compétence-compétence. Le principe de compétence-compétence accorde aux arbitres le pouvoir d'être juges de leur propre compétence sans l'obligation de surseoir à statuer dans l'hypothèse d'une saisine parallèle d'une juridiction étatique. Ainsi, « *si, en vertu du principe de l'autonomie l'arbitre est compétent pour statuer sur toute contestation de l'existence ou de la validité du contrat principal, en vertu du principe de compétence-compétence, l'arbitre a le pouvoir de statuer sur toute question touchant à sa compétence ou, en d'autres termes, à l'efficacité de la convention d'arbitrage en tant que telle* »². Devenu un principe de base de l'arbitrage, il semble, comme le souligne Monsieur Th. Clay, que « *le principe de compétence-compétence n'est ni contesté ni contestable* »³.

231. Dans un premier temps, la Cour de cassation refusa de reconnaître à l'arbitre un tel pouvoir pour considérer que « *le litige mettant en cause la validité de la clause compromissoire doit être soumis aux juridictions de droit commun, seules compétentes pour en connaître* »⁴. Puis, face à la résistance de certaines juridictions du fond et transposant le principe selon lequel la fonction juridictionnelle inclut le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, l'arbitre s'est vu reconnaître cette compétence par une jurisprudence constante et unanime en droit interne et international. Depuis l'arrêt *Zanzi*⁵, le principe de compétence-compétence est reconnu indépendamment de toute référence légale par la jurisprudence. L'arbitre se voit donc investi de la mission de juger de sa compétence.

232. Le principe de compétence-compétence revêt deux aspects : l'un positif visant à reconnaître à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa compétence, le second, négatif, qui dessaisissant les juridictions étatiques, donne à l'arbitre une appréciation prioritaire de sa compétence.

¹ Droits belge, suisse et suédois.

² DIMOLITSA (A.), *Autonomie et kompetenz-kompetenz*, *Rev. Arb.* 1998 p. 305.

³ CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 p. 112 n° 118.

⁴ C. Cass. com., 6 octobre 1953 *Courtieu S.* 1954, 1, 149 note J. Robert, *D.* 1954, jurisp p. 25.

⁵ Cass. Civ. 1, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *M. Zanzi c. J. de Coninck et autres*, *Rev. Arb.* 1999, p. 260 s. note Ph. Fouchard ; *D.* 1999.31 ; *RTD com.* 1999.380 note E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1999.546 note D. Bureau ; *D.* 1999.115 note Delebecque ; V. également : CACHARD (O.), L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles, *Rev. Droit Maritime*, 2007 p. 684.

L'aspect positif est consacré par la convention de Genève de 1961 (art 5§3), la convention CIRDI (art 41), le règlement CNUDCI (art 8 al. 1 et 16), le règlement AFA (article 12) le règlement CIC (art 6§4), le règlement AAA (art 15) etc.⁶. En revanche, l'effet négatif reçoit une acception différente suivant les États. Tous les systèmes juridiques admettent que le juge étatique est compétent en dernier ressort pour apprécier de cette compétence arbitrale, y compris la France, qui a pourtant une conception particulièrement favorable de l'effet négatif du principe. Les droits suisses⁷ ou anglais⁸ ont une législation, bien que nuancée, assez proche de celle française. Cependant, la plupart des autres droits sont plus réservés au regard de l'effet négatif du principe⁹.

Le principe de compétence-compétence postule en France la formation du contrat d'arbitre puisque ce n'est qu'une fois celui-ci conclu que l'une des parties peut contester la compétence arbitrale au regard de la convention d'arbitrage. Ce principe traduit la reconnaissance légale de l'investiture de l'arbitre, son pouvoir juridictionnel pour juger de sa compétence au regard du fond du litige. Il permet ainsi une répartition des compétences entre les juridictions étatiques de l'ordre juridique considéré et l'arbitre, dont la sentence a vocation à recevoir application au sein de cet ordre. Sa décision a autorité de chose jugée et peut faire l'objet de recours¹⁰.

Principe au soutien de l'arbitrage, il est envisagé par la plupart des conventions relatives à l'arbitrage, des règlements ou des droits nationaux, il convient donc de s'interroger sur sa portée et sur son opportunité. L'effet négatif du principe de compétence-compétence, issu de la conception française, auquel s'adjoint le principe de validité, crée une situation de déni de justice en cas d'impossibilité de formation du contrat d'arbitre.

233. Bien que l'aspect positif soit largement consacré, cette règle soulève de nombreuses questions théoriques et, sous un apparent *consensus*, sa conception est variable selon les systèmes. Ainsi, des différences surgissent quant à son caractère impératif ou non¹¹. De même, son acception diverge au regard de l'ouverture d'un recours contre la décision d'incompétence ou quant à la possibilité d'un contrôle direct de la compétence de l'arbitre par le juge étatique. La reconnaissance de l'aspect négatif semble une spécificité française, le juge étatique conservant, même dans cette hypothèse, de nombreux pouvoirs (section 1). En ce qu'elle postule la nécessaire formation du contrat d'arbitre, la légalité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence prête à discussion particulièrement, en cas d'impécuniosité d'un des litigants car l'effet négatif du principe devient source de déni de justice (Section 2).

6 Pour une analyse du droit comparé V. DIMOLITSA (A.), *Autonomie et kompetenz-kompetenz*, *Rev. Arb.* 1998, p. 305.

7 V. Tribunal fédéral suisse, 3 ch., 1 civ. 29 avril 1996, *Fondation M c. Banque X*, *Bull ASA* 1996 p. 527, *Rev. Suisse dr. Intern. Et dr. Europ.* 1996.586, obs. F. Knoepfler.

8 V. VEEDER (V.V.), *La nouvelle loi anglaise de l'arbitrage de 1996 : la naissance d'un magnifique éléphant*, *Rev. Arb.* 1997.3 ou GAILLARD (E.), *Portée du principe de compétence-compétence*, sous Cass. Civ 1, 21 mai 1997, *Jaguar* (2 déc.), *Rev. Arb.* 1997.537.

9 Le droit allemand permet au juge de se prononcer sur la validité de la convention et exige une sentence intermédiaire au regard de laquelle un recours immédiat est ouvert. (Art. 1040 al. 3 ZPO) V. SCHLOSSER (P.), *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, *Rev. Arb.* 1998.291.

10 V. pour une étude de l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales : MAYER (P.), *L'obligation de concentrer la matière litigieuse s'impose-t-elle dans l'arbitrage international* *Œuvres de l'arbitrage*, 01 avril 2011 n° 2, p. 413 à propos de : CA Paris, 9 septembre 2010, *Marriott c. JDAHoppement*, n° 09/13550 qui pose le délicat problème de demandes formulées après une première instance arbitrale. Ces demandes étant Différentes, l'autorité de chose jugée ne joue pas. Le second tribunal arbitral n'a pas à se déclarer incompétent.

11 Ce principe ne supposerait ni pouvoir, ni compétence selon certains auteurs. Il traduirait simplement l'absence d'obligation pour l'arbitre. V. BERGMANN (G. A.), *Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale*, in *L'arbitrage*, Arch. De Phil. Du droit, tome 52, Dalloz 2009 p. 121 et s. : développe une vision restrictive du principe de compétence-compétence et note qu'« il semble que, à la fois pour des raisons logiques et de principe, un tribunal civil ne devrait pas renvoyer les parties vers l'arbitrage lorsque le compromis n'est pas valable et exécutoire et que sa portée couvre l'affaire en cause. [...] lorsque l'exception porte réellement sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage elle-même, il ne semble pas très défendable de soumettre ces points au corps même -le tribunal arbitral- dont l'autorité découle de cet accord, celui qui est contesté» (p. 122). L'auteur analyse le principe de compétence-compétence avant la constitution du tribunal arbitral pour le confronter au principe de séparabilité.

Section 1 : Consécration du principe : le droit reconnu à l'arbitre d'être juge de sa propre compétence de manière prioritaire et exclusive

234. L'aspect positif du principe, le pouvoir reconnu à l'arbitre d'être juge de sa propre compétence, est consacré selon des modalités variées ; quant à l'aspect négatif, il recouvre une acception nuancée suivant l'ordre juridique étudié. Bien qu'en matière d'arbitrage international, l'arbitre soit présenté comme n'ayant pas de for, le fondement du pouvoir de compétence-compétence est cependant légal. En tant que règle de procédure interne, sa mise en œuvre diffère suivant les conceptions des ordres juridiques. En effet, tout comme un litige international peut s'insérer dans divers ordres juridiques tant au regard de la compétence juridictionnelle que de la reconnaissance ou de l'exécution des décisions, l'arbitrage, qui n'est *in fine* que le reflet de cette multi-localisation, entretient des liens étroits avec différents fors.

235. L'exception d'incompétence¹² se rattache à l'effet positif du principe de compétence-compétence (§1). L'exception d'arbitrage reçoit une acception différente en fonction des droits nationaux et correspond à l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Cet effet opère une répartition des compétences entre juridictions étatiques et arbitrales (§2).

§1- Le droit de se prononcer sur sa compétence : aspect positif du principe de compétence-compétence

236. Certains tribunaux¹³ ont refusé de reconnaître à l'arbitre le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence au motif que ce serait une pétition de principe de considérer *a priori* l'arbitre comme compétent alors que la question qui se pose est celle de savoir s'il l'est.

237. De nos jours, rares sont les droits qui reconnaissent à l'arbitre le droit de pouvoir émettre une décision qui lie le juge, mais la grande majorité reconnaît à l'arbitre le pouvoir de se prononcer sur sa compétence selon des modalités très variées. Exceptionnellement, l'arbitre peut contrôler d'office sa compétence, notamment concernant l'arbitrabilité du litige. L'exercice de la compétence-compétence peut porter sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ainsi que sur la portée de celle-ci *ratione personae* et *ratione materiae*. Cet aspect positif, qui est reconnu en droit conventionnel ainsi qu'en droit comparé (A), reçoit une acception particulièrement forte en droit français (B).

A- Consécration de l'aspect positif du principe en droit conventionnel, au sein des règlements d'arbitrage et en droit comparé

238. La convention de Genève de 1961 prévoit en son article V § 3 que « *sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire ; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie* ». De même, la convention de Washington de 1965, à l'article 41,

¹² Il convient d'avoir à l'esprit la distinction entre les notions d'exception d'incompétence et d'exception d'arbitrage. La première vise la compétence de l'arbitre, la seconde celle du juge étatique. Rattachées au principe de bonne foi, il convient d'admettre l'impossibilité pour une même partie d'invoquer devant l'arbitre l'exception d'incompétence et l'exception d'arbitrage devant le juge étatique. L'exception déclinatoire de la compétence fait l'objet d'une réglementation détaillée dans les lois et les règlements d'arbitrage. Deux types de règles se dégagent. Une partie d'entre elles prescrivent que l'exception doit être soulevée avant toute défense au fond (Notamment : Article 21. 3 R. CNUDCI.), les autres opèrent une distinction selon le fondement de l'exception (Notamment les articles V ch. 1 et 2 de la Convention européenne d'arbitrage, 16 al. 2 de la loi-type CNUDCI et section 31 (1) et (2) de l'*Arbitration Act* de 1996).

¹³ V. C. Cass. com., 6 octobre 1953 *Courtiou S.* 1954, 1, 149 note J. Robert, *D.* 1954, juris p. 25.

énonce une règle analogue. La convention de New York de 1958, en revanche, ne contient aucune disposition à ce sujet, elle n'exclut pas que le contrôle de la compétence soit exercé par l'autorité étatique uniquement et ne pose aucune règle de priorité.

239. La plupart des règlements d'arbitrage reconnaissent eux aussi l'existence de ce principe¹⁴. Ainsi, l'article 16§3 de la loi-type CNUDCI¹⁵ permet à l'arbitre de « *statuer sur l'exception [d'incompétence du tribunal arbitral], soit en le traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond* ». En cas d'un recours en annulation contre la sentence partielle rendue sur la compétence, le tribunal arbitral se voit reconnaître la liberté « *de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence* ». Si cette reconnaissance par les règlements d'arbitrage n'ajoute rien d'un strict point de vue juridique, n'ayant d'autre valeur que contractuelle et ne pouvant dès lors donner aux arbitres plus de droits que les ordres juridiques compétents, ces règlements restent une manifestation supplémentaire de l'universalité de ce principe.

240. De nombreuses législations reconnaissent ce principe, c'est notamment le cas de la loi suisse de droit international privé à l'article 186 al. 1¹⁶, de l'article 1697 du Code judiciaire belge, l'article 61 du Code d'arbitrage tunisien de 1993, de l'article 21 al. 1 de la loi portugaise, l'article 23 al. 2 et 3 de la loi espagnole, de l'article 2 de la loi suédoise de 1999¹⁷. Néanmoins, la jurisprudence américaine se montre réticente face à l'admission de celui-ci, elle le rejette lors de la contestation de la validité de la clause d'arbitrage *per se* ou d'une question sur la portée *ratione personae*. Certaines décisions ont même ordonné à l'arbitre de surseoir à statuer¹⁸. En opposition complète au principe, l'article 20 de la loi du 31 août 1994 de la République Populaire de Chine sur l'arbitrage « *comportant un élément étranger* » prévoit la compétence du tribunal populaire ou de la commission d'arbitrage pour statuer sur la validité d'une convention d'arbitrage.

241. « *Les pouvoirs d'un tribunal arbitral sont ceux qui lui sont conférés par les parties elles-mêmes dans les limites autorisées par le droit applicable et ceux qui peuvent lui être conférés en outre par l'effet de la loi* »¹⁹. L'arbitrage n'est pas une institution détachée des ordres juridiques, le principe de compétence-compétence est une règle de procédure d'origine interne et légale visant à répartir les compétences en fonction des litiges et à octroyer un pouvoir juridictionnel à l'arbitre. L'arbitrage international s'insère dans les ordres juridiques concernés par le litige lors de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence. Seuls ces ordres peuvent reconnaître à l'arbitre le pouvoir juridictionnel et la compétence de statuer sur la question de sa compétence au regard du litige. Ainsi, l'arbitre devant lequel cette question est soulevée par l'une des parties, devra rechercher si un ordre juridique étatique pertinent au regard du litige lui confère ce pouvoir juridictionnel relatif à sa compétence. La multi-localisation de l'arbitrage est donc relative car en respect du principe d'efficacité, l'arbitre devra se référer aux ordres juridiques dans lesquels sa sentence a vocation à s'insérer et être exécutée. À défaut, sa sentence sera dépourvue d'efficacité réelle, donc d'intérêt²⁰.

14 Règlement d'arbitrage CCI art. 8 ; Règlement d'arbitrage de la CNUDCI art. 21 ; Règlement d'arbitrage international de 1992 de l'*American Arbitration Association* art. 15... ; V. pour une étude du principe de compétence-compétence en droit comparé : POUURET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002 p. 406.

15 Cependant, la loi-type ne consacre aucune priorité à l'arbitre, elle ne consacre que l'effet positif du principe.

16 Art. 192 LDIP suisse, les parties peuvent renoncer à tout recours ou seulement au recours portant sur la compétence et donc, attribuer à l'arbitre le pouvoir de se prononcer définitivement sous la seule réserve du contrôle exercé lors de la reconnaissance.

17 Ou elle met en place un système hybride reconnaissant aux arbitres le pouvoir de statuer sur leur compétence mais cette décision n'interdit pas aux parties de recourir à un jugement. Une distinction est opérée entre la décision de l'arbitre, qui ne lie pas les parties, et la sentence sur sa compétence lorsqu'il lui a été demandé de prendre position, sentence pouvant faire l'objet d'un recours en annulation.

18 V. LE BORN (G.), *International commercial arbitration: commentary and materials*, Wolters Kluwer Law International, 2001.

19 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991, LGDJ 1994 p. 209.

20 Pour une étude de la convention d'arbitrage au regard des textes conventionnels : V. MOREAU (B.), *Arbitrage international, Répertoire de*

* * *

242. L'aspect positif du principe de compétence-compétence est donc largement reconnu en droit comparé et en droit conventionnel. Néanmoins, sa portée diffère suivant les ordres juridiques considérés, qui ne délèguent pas ce pouvoir aux arbitres sans nuance.

B - Consécration de l'aspect positif du principe de compétence-compétence en droit français

243. En droit français, la règle est consacrée pour l'arbitrage interne par l'article 1458 anc. du Code de procédure civile selon lequel, « *si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou dans son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité et les limites de son investiture* ». Le nouvel article 1465, quant à lui, dispose que « *le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* ». Il apparaît clairement que ce nouvel article vise l'effet positif du principe de compétence-compétence²¹. En conséquence, on ne saurait voir dans cette rédaction une quelconque consécration d'un principe de compétence-investiture²². Le terme pouvoir juridictionnel est improprement employé et vise en réalité la compétence arbitrale. D'ailleurs, le nouvel article 1448 du Code de procédure civile²³, qui est le pendant de l'article 1465 en ce qu'il consacre l'effet négatif du principe de compétence-compétence, ne vise que la compétence et l'incompétence. L'arbitre ne peut raisonnablement se voir consacrer la compétence d'apprécier la validité du contrat d'arbitre, son appréciation ne porte que sur la convention d'arbitrage et la délimitation de sa compétence même s'il est exact que de cette compétence découle du pouvoir juridictionnel que l'État lui octroie.

244. Dans la conception française, ce principe dans son aspect positif découle du pouvoir juridictionnel qui est reconnu à l'arbitre par le for pour juger de sa compétence sous réserve d'un contrôle judiciaire ultérieur. Depuis l'arrêt *Zanzi*²⁴, la Cour de cassation consacre un véritable principe de la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence. Cet arrêt est significatif de la politique jurisprudentielle de la Cour suprême. Elle ne se réfère à aucun texte du Code de procédure civile ni à aucune convention internationale, le recours dans son visa au « *principe de compétence-compétence* »²⁵ ou au « *principe compétence-compétence* », lui permettait ainsi de passer outre le dualisme du droit français de l'arbitrage avant la réforme opérée en 2011. Elle entendait donner à la règle une légitimité internationale.

procédure civile, Dalloz, 2009 (2011) n° 53 et s.

21 Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO du 14 janv. 2011.

22 Soutenu par CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2.

23 Art. 1448 ancien du Code de procédure civile : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* ». « *La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence* ».

24 Cass. Civ. 1, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *M. Zanzi c. J. de Coninck et autres*, *Rev. Arb.* 1999, p. 260 s. note Ph. Fouchard ; *D.* 1999.31 ; *RTD com.* 1999.380 note E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1999.546 note D. Bureau ; *D.* 1999.115 note Delebecque.

25 V. par exemple : Cass. civ. 1re, 8 avril 2009 n° 08-17.548 *Société Gefu Kuchenboss Gmbh et autres c. soc. Corema*, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 771 note M. Laazouzi : « *Vu le principe compétence compétence ; Attendu qu'il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage* » ; C. Cass. Civ.1re, 20 févr. 2007, n° 06-14.107 (n° 228 FS-P+B+I) *Bull. civ. I*, n° 62, *D.* 2007.734, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2008 p. 151 Ph. Thery ; *Rev. Arb.* 2007.775, note F.-X. Train : « *Attendu que, pour juger la clause manifestement inapplicable et dire la juridiction étatique compétente pour connaître du litige, l'arrêt retient que les termes de la convention, qui désignent de façon impérative deux institutions arbitrales, sont contradictoires, et qu'une nouvelle manifestation de volonté des parties est nécessaire pour la rendre efficiente ; Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser une inapplicabilité manifeste de la clause dès lors qu'elle ne constatait pas une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage et que le juge d'appui, seul compétent pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral, n'avait pas été saisi, la cour d'appel a violé le principe et le texte susvisés* ».

Néanmoins, ce principe exprime une règle jurisprudentielle et maintenant législative, donc, de droit français.

245. Dans l'arrêt *Société Metu System France*²⁶, la Cour de cassation semble aller très (trop) loin en énonçant que ce principe lui permet « *de se prononcer le premier* » en ajoutant qu'il lui permet « *de se prononcer seul* »²⁷. Cette affirmation a été reprise à la lettre par le nouvel article 1465 qui dispose que « *le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* ». Or, même en droit français, si la compétence de l'arbitre est prioritaire, elle n'est en rien exclusive (en théorie). Le contrôle judiciaire *a posteriori* est le nécessaire contrepoids du pouvoir juridictionnel reconnu à l'arbitre. L'interprétation inverse reviendrait à priver les juridictions françaises de tout contrôle sur la compétence arbitrale, y compris lors du contrôle de la sentence. Ainsi pourrait-on divorcer ou adopter par arbitrage. Or, la Cour de cassation, tout comme le décret réformant l'arbitrage, ne permettent pas aux arbitres de se reconnaître compétents en l'absence de convention d'arbitrage applicable au litige et c'est heureux. La Cour de cassation a rappelé cette exigence minimum²⁸ de base contractuelle de l'arbitrage sans laquelle l'arbitre ne peut valablement se reconnaître compétent : l'inexistence de la clause d'arbitrage peut être manifeste. Certes, ce contrôle aura lieu le plus souvent au stade de l'exécution ou de la reconnaissance de la sentence, toujours est-il que le constat par les juridictions françaises de l'existence d'une convention d'arbitrage sera nécessaire pour intégrer la sentence à l'ordre juridique français.

* * *

246. En définitive, si le principe de compétence est dans son principe presque universellement consacré, son application est variable ainsi que sa portée. Il reçoit, en droit français, une expression extensive, voire idéologique.

§2- L'aspect négatif du principe : la priorité procédurale accordée à l'arbitre

247. L'aspect négatif du principe de compétence-compétence est une question procédurale interne (B) qui se manifeste selon des formes extrêmement variées en droit comparé et reçoit un effet absolu en droit français (A).

A - Acceptation de l'effet négatif du principe de compétence-compétence

248. L'aspect négatif ne bénéficie pas d'une reconnaissance unanime, le pouvoir reconnu à l'arbitre restant envisagé comme une concession de la part des ordres juridiques. L'ensemble des droits semble rejeter l'effet négatif consacré cependant en droit français. Comme le relève Ph. Fouchard²⁹, l'effet négatif implique une priorité en faveur de l'arbitre en cas de « litispendance »³⁰ et l'exclusion de toute action directe tendant à statuer sur la validité de la

26 V. aussi, C. Cass. Civ. 1, 1 décembre 1999, B. n° 325 p. 213 ; *Société Metu System France et autres c. Société Sulzer Infra, et Société Exportles c. Société Rusbois*, *Rev. Arb.* 2000.96 note Fouchard : la Cour ne fait pas de distinction entre l'arbitrage interne et international : « seule la nullité manifeste de la convention d'arbitrage est de nature à faire obstacle à l'application du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ».

27 V. aussi : C. Cass. Civ. 2, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autres c. dame Bohin*, *Rev. Arb.* 1995 p. 615 note E. Gaillard.

28 DELPECH (X.), Interdiction de s'attribuer une mission d'arbitre sans l'accord des parties, *Dalloz actualité* 5 août 2006.

29 M. Fouchard, *Rev. Arb.* 1999 p. 269- 270

30 Certes, l'article 100 du Code de procédure civile limite l'exception de litispendance au cas où le même litige est pendant devant deux

convention d'arbitrage, sur la compétence de l'arbitre. Le principe de compétence-compétence, en ce qu'il permet à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence, lui octroie, au moins temporairement, la compétence sans support contractuel. Reste que l'arbitre ne détient cette compétence qu'en application des lois des ordres juridiques considérés qui la lui concèdent (1). Or, si dans la plupart des droits l'aspect positif de ce principe est complété par un aspect négatif atténué, l'aspect négatif n'est pas conçu comme interdisant toute saisine des juridictions étatiques (2).

1)- La compétence arbitrale, une concession des juridictions étatiques

249. Le moment où les juridictions étatiques sont fondées à apprécier la compétence de l'arbitre est l'une des questions les plus controversées, rendant incertaine la portée du principe. Différentes solutions sont envisageables. Peu importe le moment du contrôle, on peut débiter cette analyse en partant du constat que la décision du juge étatique est destinée à l'emporter. Les considérations pratiques doivent déterminer le moment opportun pour admettre la compétence du juge. Est-il logique d'obliger le juge étatique à se déclarer incompétent sans pouvoir contester la compétence de l'arbitre ? Dès lors qu'un contrôle étatique est admis, n'est-il pas opportun qu'il s'effectue de manière précoce afin de vider le contentieux ?

250. L'argument de l'économie de moyens est souvent invoqué contre l'effet négatif du principe : il serait excessif d'imposer aux parties une procédure arbitrale qui peut être longue et coûteuse si, *in fine*, c'est au juge étatique qu'il appartient de trancher. Néanmoins, la doctrine française considère souvent que le plus grand danger est celui des exceptions dilatoires, partant du postulat qu'il y a plus à craindre de la mauvaise foi d'une partie que de la partialité de l'arbitre. Cependant, ce constat n'implique pas d'admettre l'effet négatif du principe de compétence-compétence tel que conçu en France, il suffit de ne pas conférer de caractère suspensif à la saisine des tribunaux. Cette solution est cependant rejetée en France sous prétexte que si les arbitres avaient le pouvoir de statuer sur le même sujet, l'ouverture de deux fronts portant sur le même contentieux ne serait pas opportune car l'arbitre aurait tendance à se conformer à la décision du tribunal étatique. Néanmoins, on peut se demander si cette conséquence serait néfaste dans la mesure où la sentence n'a d'intérêt que si elle est effective.

Le principe de compétence-compétence est entièrement fondé sur la volonté d'assurer l'effectivité de l'arbitrage. Or, en cas de contestation de l'arbitrage, il est probable que l'une des parties ne se pliera pas à l'exécution spontanée de la sentence et que le juge étatique devra alors intervenir. Dans cette hypothèse, l'arbitre aura une attitude responsable s'il tient compte de la décision d'un État où sa sentence a vocation à être appliquée ou reconnue. Il adaptera sa réaction en fonction du lieu d'exécution de sa décision, qui, *in fine*, est le seul efficient dans cette hypothèse.

251. En faveur de l'admission de l'effet négatif, on peut invoquer que subordonner le contrôle étatique à la prise de décision de l'arbitre repose sur l'idée du principe de double degré de juridiction. L'arbitre serait prioritaire mais contrôlé par toutes les juridictions étatiques concernées.

juridictions également compétentes pour en connaître, or, entre l'arbitre et le juge, un seul des deux est compétent. Cependant, avec l'article 21 des conventions de Bruxelles et de Lugano, la litispendance est étendue à des actions identiques introduites devant deux juridictions dont la compétence est litigieuse puisque la seconde doit surseoir d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la première saisie soit établie. On peut donc valablement parler de litispendance dans le cadre de cette étude.

252. Les arguments sont importants des deux côtés, faut-il privilégier le souci d'éviter les tactiques dilatoires ou l'économie de moyens ? Pour assurer pleinement l'effectivité du principe de compétence-compétence (dans son aspect positif), il ne semble pas nécessaire d'exclure la possibilité des recours ni d'accorder à l'arbitre le droit de statuer de façon prioritaire et exclusive en cas d'exception d'arbitrage. L'incidence d'une décision étatique reste dans la dépendance du lieu d'exécution de la sentence et doit être rendue par une juridiction compétente internationalement.

253. Si admettre un contrôle immédiat revient à craindre *a priori* la partialité des arbitres dans l'analyse de leur compétence, pour admettre le dessaisissement du juge étatique il faut accepter l'idée d'une équivalence substantielle entre les deux juridictions, y compris au regard des conditions d'accès. Ainsi, la juridiction arbitrale exclurait la juridiction étatique, ce que l'écrasante majorité des systèmes rejette. Par ailleurs, un recours devant les juridictions étatiques sans dessaisissement de l'arbitre, peut être acceptable à condition qu'il soit encadré c'est-à-dire efficace et qu'il donne lieu à sanction s'il est abusif. L'admission d'un tel recours, du fait de la multi-localisation de l'arbitrage international, conserve un effet limité. Ce recours ne devrait avoir de conséquences qu'à condition que l'ordre juridique concerné par la réception de la sentence ou son exécution n'exclue pas la compétence de l'arbitre et, par voie de conséquence, ne lui impose pas de surseoir à statuer. La majorité des droits consacre cette solution ce qui, à ce jour et à notre connaissance, n'a jamais nui au développement de l'arbitrage international, loin s'en faut.

254. Contrairement à ce qui est généralement prétendu en faveur de l'effet négatif français du principe de compétence-compétence, il n'est pas plus à craindre qu'un juge étatique retienne sa compétence qu'un arbitre³¹. Cette présomption de partialité que l'on fait peser sur le juge étatique est excessive, et il n'est pas certain que l'arbitre soit plus à même que lui de juger de sa compétence³². Quand bien même, on pourrait craindre que dans un litige entre commerçants, un juge étatique soit favorable à ses concitoyens et retienne sa compétence au mépris de celle arbitrale, dans le cadre de l'Union européenne, cette crainte devrait s'effacer au profit de la confiance mutuelle que se doivent les États membres. Si la compétence internationale retenue est exorbitante, la décision des juridictions étatiques pourra valablement se voir refuser *l'exequatur* sur le territoire français au profit de la reconnaissance d'une sentence arbitrale.

255. Par ailleurs, il paraît paradoxal de n'envisager la mauvaise foi qu'au regard de la partie contestant l'application de la convention d'arbitrage et la partialité du juge étatique, partant du principe qu'une partie qui soutient l'arbitrage ne peut être que de bonne foi. C'est un présupposé à la base du droit français de l'arbitrage qui ne se vérifie pas. Le fait d'invoquer l'existence d'une convention d'arbitrage rend, aux yeux de certains auteurs de la doctrine française actuelle, une partie présumée irréfragablement de bonne foi. Mais la perte de temps

31 JOLIVET (E.), Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : l'incompétence de l'arbitre, *Gaz. Pal.* 22 avril 2006 n° 112 p. 38 : L'auteur note que « la non-compétence des arbitres est une notion rarement présente dans les sentences arbitrales » qui tient en général à « l'inexistence » de la convention d'arbitrage. « Les quelques rares exemples de cas dans lesquelles les arbitres ont pu décliner leur compétence illustrent le fait que, dans la très vaste majorité des situations, les arbitres du commerce international ont tendance à se déclarer compétents. Cette attitude leur est parfois reprochée par certains acteurs du commerce international, considérant, notamment au regard de la nature contractuelle de l'arbitrage et du droit des obligations, que les conditions de mise en œuvre de l'arbitrage, par exemple dans des groupes de contrats ou en présence de parties non signataires, devraient être plus strictement définies et plus rigoureusement observées ».

32 Le seul domaine où la partialité du magistrat est à craindre est celui des contrats d'État, ou assimilés, où les considérations politiques sont fortes mais en ce domaine, les litiges sont de la compétence du CIRDI. V. RACINE (J.B.), l'affaire Abela ou les Vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale, *Gaz. Pal. Spéc. Arb.*, n° 2009/2, 17-18 juillet 2009 p. 13 : au sujet de la propension des arbitres à se déclarer compétents l'auteur note qu' « une telle propension de la pratique peut être critiquée : elle est susceptible de conduire, par une politique de faveur envers l'arbitrage, à donner un effet trop étendu à la convention d'arbitrage, au prix éventuel d'une déformation de la volonté des parties ».

et donc d'argent peut tout aussi bien être alléguée par « *une partie qui conteste légitimement avoir consenti à ce qu'un litige où elle est impliquée soit résolu en arbitrage (ce qui n'est tout de même pas totalement inconcevable) et que l'on veut contraindre au nom d'une priorité peut-être non moins arbitrairement affirmée à participer à une procédure arbitrale – plus coûteuse qu'une procédure devant les juridictions étatiques- pour faire écarter cette allégation* »³³.

256. Si la volonté des parties est nécessaire pour qu'un litige soit soumis à la juridiction arbitrale, celle-ci ne saurait suffire et doit être relayée par une juridiction étatique donnant toute sa force à la convention conclue. Les parties qui contestent la compétence de l'arbitre, ou la décision par laquelle celui-ci a admis sa compétence, contestent également la validité de la convention d'arbitrage. On ne peut donc tenir pour acquis le pouvoir que l'arbitre prétend tenir de la volonté des parties, ni admettre qu'elle soit la source du pouvoir juridictionnel à juger de sa compétence. Le fondement de son pouvoir juridictionnel est la loi. Seul ce fondement permet de sortir du cercle vicieux relatif à la compétence arbitrale. Selon Monsieur E. Gaillard et Ph. Fouchard, c'est le droit de l'arbitrage du siège qui fonde ce principe, ou plus exactement, l'ensemble des États susceptibles de connaître de la sentence³⁴. Le raisonnement est que l'arbitre, personne privée, est investi du pouvoir de juger par un accord des parties déclaré valable par la loi³⁵.

257. Monsieur P. Mayer soutient que le principe de compétence-compétence est fondé sur la loi et non sur la volonté des parties. Il faut dès lors considérer qu'il existe un corps de spécialistes qui mériterait *a priori* une certaine confiance. En ce sens, la sentence rendue par l'arbitre pourra être invoquée par l'une des parties devant les États reconnaissant le principe de compétence-compétence. Il s'agit d'une règle de répartition des compétences propre à un for donné. Cette règle procédurale permet la conclusion d'un contrat d'arbitre investissant l'arbitre de son pouvoir juridictionnel y compris lorsque sa compétence au regard du litige est objet de contestation³⁶.

Ce principe s'applique par transposition des règles destinées originellement au juge étatique, et synthétisées par l'adage « *le juge de l'action est le juge de l'exception* »³⁷.

33 AUDIT (B.), note concernant la décision de la CJUE du 10 fév. 2009 *West Tankers*, JDI n° 4/2009, 1281n° 15.

34 FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

35 Tant que la contestation par une partie n'a pas été jugée mal fondée par un ordre juridique, il n'est pas établi que l'arbitre soit un véritable arbitre au regard du litige qui lui est soumis. Admettre que le principe de compétence-compétence soit l'un des effets de la convention d'arbitrage implique de considérer que la norme qui en est le fondement ne peut être ni cette dernière ni le principe de *pacta sunt servanda*.

36 Cependant, en matière d'arbitrage international, admettre que sa source soit de droit interne ou conventionnel ne permet pas de résoudre entièrement le problème. Il est en effet possible que l'un des droits concernés ne reconnaisse pas ce pouvoir à l'arbitre et lui impose de se dessaisir. Dans ces conditions, peut-on admettre qu'il s'agit d'une règle matérielle de droit international propre à l'arbitrage afin de pérenniser l'institution ? Avant la réforme du droit de l'arbitrage international, la Cour de cassation statuait au visa du « *principe* » selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence. Il s'agirait donc d'une règle matérielle propre à l'arbitrage international, inhérente à celui-ci. Si l'on entend par principes généraux du droit du commerce international « *toutes règles (...) qui sont dégagées soit de la comparaison de droits nationaux, soit directement de sources internationales telles que les conventions internationales, (...)* » (GAILLARD (E.), Distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, in *Études offertes à pierre Bellet*, Litec 1991p. 203 s.), le principe de compétence-compétence peut se voir reconnaître cette qualité. Dans cette conception, l'arbitre n'aurait plus à rechercher la loi applicable à la convention d'arbitrage lors de la contestation de sa validité ou de son existence, pour se reconnaître la compétence de statuer sur cette question. Ce principe de compétence-compétence a été consacré à l'article 1465 nouveau et l'article 1458 nouveau du Code de procédure civile par renvoi du nouvel article 1505 du même Code. À cet effet, l'article 1466 anc. du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1495 anc. du Code civil, permet à l'arbitre de vérifier d'une part « *les limites* » de son investiture, c'est-à-dire les limites de la convention d'arbitrage, son champ d'application au regard de la matière et du litige, et d'autre part, la validité de celle-ci. Il est donc inconcevable de partir du postulat que l'arbitre a compétence pour juger de la validité de la convention d'arbitrage par l'effet de la volonté des parties, puisque par hypothèse l'existence de cette volonté est le sujet de cette contestation. Ce pouvoir est donc directement lié à la loi de référence. C'est pourquoi, il convient d'admettre que « *les dispositions de l'article 1466 donnent pouvoir aux arbitres, non seulement de se prononcer sur un vice affectant directement la convention d'arbitrage, mais aussi d'apprécier l'existence même de cette convention ou de déterminer les parties auxquelles elle est applicable* » (CA Paris, 28 fév 2001, *Rev. Arb.* 2001, SJ p. 236.). Sous l'apparence d'une règle internationale, c'est en fait une règle jurisprudentielle française devenue légale dont il est fait application. En effet, une règle de droit émanant d'un juge national suppose la compétence de ce juge et sa saisine. La loi permet donc aux parties de conférer le pouvoir juridictionnel de l'arbitre sur sa compétence une fois le contrat d'arbitre valablement conclu. L'arbitrage, comme toute institution, repose sur une source légale à laquelle se greffe une source doublement contractuelle.

37 Ainsi, comme « *la compétence attire l'incompétence* », l'arbitre, compétent sur la demande initiale, aura compétence sur les moyens de

L'adage « *tout juge est juge de sa compétence* »³⁸ permet à l'arbitre d'être le « *premier appréciateur de son pouvoir juridictionnel* »³⁹. Cette règle est le fondement du principe de compétence-compétence⁴⁰ et a pour source la loi et pour support le contrat d'arbitre. Rappelons les propos tenus en 1959 par Monsieur le Baron van den Branden de Reeth, avocat général à la cour d'appel de Bruxelles⁴¹, « *la loi ne se borne pas à favoriser l'arbitrage. Elle le crée (...) [le compromis] ne saurait se former qu'en raison de la loi qui donne licence aux contractants de se soustraire à leurs juges naturels. La loi crée l'arbitrage, en est le fondement suprême ; la volonté des parties n'intervient qu'ensuite et complémentaiement à la loi pour leur assurer l'usage de l'exceptionnelle faculté qui leur est légalement concédée* »⁴².

2)- Analyse du droit comparé et conventionnel quant à l'admission de l'effet négatif du principe de compétence-compétence

258. L'article II § 3 de la convention de New York 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, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* »⁴³. En conséquence, le juge procédera à un contrôle indirect de la compétence de l'arbitre. Néanmoins, d'une part, sa décision a pour objet sa propre compétence et non celle de l'arbitre, d'autre part, sa décision n'est pas définitive. De même, la loi type CNUDCI permet au tribunal de constater que la convention est « *caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée* » mais admet parallèlement que la procédure arbitrale puisse être engagée ou continuée⁴⁴. Dans cette hypothèse, l'effet négatif, entendu comme l'impossibilité de saisir la juridiction étatique, n'est pas consacré. En revanche, l'arbitre se voit reconnaître le pouvoir de ne pas surseoir à statuer.

259. L'article VI § 3 de la convention de Genève de 1961 constitue la première consécration internationale de l'effet négatif du principe. En effet, aux termes de cet article, « *lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux des États contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, sursoient, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale* ». Dans cette hypothèse, la compétence arbitrale et celle étatique ne sont pas considérées comme exclusives l'une de l'autre. Si l'arbitre peut statuer prioritairement, la juridiction étatique ne se prive pas de manière définitive de sa compétence. L'effet négatif du principe de compétence-compétence reste donc encadré puisqu'il ne peut intervenir que

défense ou les demandes incidentes sous réserve de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Néanmoins cette règle ne vaut que pour les juridictions de droit commun.

38 ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4 éd. 1999 n° 444.

39 CORNU (G.), Présentation de la réforme, in *La réforme du droit de l'arbitrage*. Décret du 14 mai 1980, travaux de la confédération syndicale des avocats et du comité français de réforme de l'arbitrage, Paris, 25 sept. 1980, *Rev. Arb.* 1980.583.

40V. arrêt *Roselly*, Req. 28 juillet 1818, S. 1818.I.510 : « *attendu qu'en thèse générale tout juge, même d'exception, peut statuer sur sa propre compétence ; attendu que les arbitres sont des juges, relativement aux parties qui les ont nommés* », la cour en déduit que le « *pouvoir de statuer sur la compétence* » se trouve dans le compromis car ce pouvoir « *est la conséquence naturelle du caractère de juge* ».

41 Baron van den Branden de Reeth, Conc. 9 sept. 1959, extrait *Rev. Arb.* 1960.57.

42 Si la compétence de l'arbitre s'exerce au regard de la convention d'arbitrage pour déterminer si celle-ci est valable, elle n'est pas source de son investiture. En effet, l'arbitre ne détient ce pouvoir que de la force que lui confère la loi prise isolément et en sa généralité confère au contrat d'arbitre dans la limite de la convention d'arbitrage. L'arbitre doit donc inévitablement se demander si l'ordre juridique pertinent lui reconnaît ces facultés. Dès lors, il convient de rechercher le for compétent afin de déterminer l'appréciation de ce pouvoir juridictionnel.

43 Pour une étude plus approfondie : POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002 n° 487 s.

44 Art. 8 &1 et 2 de la loi-type CNUDCI

postérieurement à la constitution du tribunal arbitral et comporte une réserve importante, celle des « motifs graves » permettant aux juridictions de statuer sur le fond du droit.

260. Dans les exemples précités, il existe systématiquement des « garde-fous » permettant la compétence directe des juridictions étatiques. Tel est le cas en présence d'une convention caduque, inopérante, non susceptible d'être appliquée ou exécutée ou encore en cas de motifs graves.

261. L'acceptation de l'effet négatif de ce principe dans les ordres juridiques nationaux reste incomplète. Majoritairement, les juges étatiques conservent le pouvoir de procéder à un contrôle approfondi de la compétence arbitrale indépendamment du moment de leur saisine⁴⁵. Certains droits admettent que le contrôle soit exercé à titre principal, et non préjudiciel, contrairement à celui du juge du fond saisi d'une exception d'arbitrage. Dans ces ordres juridiques, le juge, non seulement peut connaître de la question par le biais de l'exception d'arbitrage, mais peut aussi être saisi d'une action en constatation de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage⁴⁶. Si la majorité des droits n'admet pas le contrôle direct de la compétence de l'arbitre⁴⁷, la plupart reconnaît au juge étatique la compétence pour connaître de cette question de façon indirecte. En général, les juges nationaux ont le pouvoir de statuer, de juger de la compétence de l'arbitre avant et pendant la procédure arbitrale⁴⁸. La plupart des juges procèdent à un contrôle approfondi de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage afin de décliner leur compétence. Ce constat n'empêche en rien l'arbitrage de poursuivre son cours, et l'arbitre n'a pas à surseoir à statuer. Il ne conserve *in fine* que l'examen de la compétence étatique elle-même, c'est-à-dire l'acceptation de l'effet positif du principe de compétence-compétence retenue.

262. En Allemagne, l'article 1032 al.2 du Z.P.O. permet expressément aux juridictions étatiques de trancher la question de la compétence de l'arbitre. Dans la conception anglo-saxonne, les parties sont autorisées à soumettre immédiatement leurs objections aux juges étatiques. Le droit anglais n'accorde aucune priorité à l'arbitre et astreint même le juge à contrôler la validité de la convention d'arbitrage s'il est saisi d'une requête en suspension. L'article 32 de l'*Arbitration Act* dispose que les tribunaux étatiques peuvent se prononcer sur la question de la compétence arbitrale avec l'accord écrit de toutes les parties, ou, à défaut, avec la permission du tribunal arbitral. D'autres systèmes adoptent une position intermédiaire.

263. Le tribunal fédéral suisse, dans l'arrêt *Mediterranean*⁴⁹, considère que l'examen *prima facie* « ne se concilie en effet pas avec le principe selon lequel l'autorité saisie, en vertu du droit à la garantie d'obtenir la justice, est tenue de juger de la compétence propre qui est demandée, ni avec la réglementation posée à l'article 7 L.D.I.P., d'après laquelle le juge ordinaire doit statuer sur l'exception d'arbitrage et donc également examiner préjudiciellement la compétence d'un tribunal arbitral excluant la sienne, comme il le ferait pour un tribunal prorogé en matière de justice étatique ». Il conclut que lorsque le siège de

45 Loi type CNUDCI art. 8 al. 1, Art. 1679 al. 1 CP Belge, art. 7 LDIP Suisse, art. 9.4 de l'arbitration Act de 1996 anglais, art. II (3) de la convention de New York, & 1032 ZPO, ... ; V. DEGOS (L.), L'absence de pouvoir d'injonction du juge étatique envers l'arbitre en application d'un principe de non-interférence, *Cahiers de l'arbitrage*, 01 juillet 2010 n° 3, p. 853 : note que le Pérou, le Canada et l'Espagne ont adopté l'effet négatif du principe de compétence-compétence ; GONZALEZ DE COSSIO (F.), Compétence-compétence à la mexicaine et à l'américaine : une évolution douteuse, *Gaz. Pal.*, 17 juillet 2007 n° 198, p. 27.

46 Aux États-Unis, en Suisse, Grèce, et Suède aussi longtemps que le tribunal arbitral n'a pas rendu une sentence à ce sujet (art. 2 al.2 et 34), en Allemagne (§ 1032 al.2 du ZPO) jusqu'à la constitution du tribunal arbitral, en Angleterre (section 32 et 72 de l'*Arbitration Act*) à des conditions très restrictives.

47 Bien que controversé, le contrôle direct de la compétence de l'arbitre ne paraît pas admis en Belgique, en Hollande et en Suisse.

48 Législation belge (art. 1679 al.1), législation néerlandaise (art. 1022 al.1), loi suisse (art. 7 LDIP), *Arbitration Act* 1996 (art 9.4).

49 Tribunal fédéral suisse, arrêt *Mediterranean*, 16 janvier 1995, *Bull. ASA* 1995 P. 503 note J-F Poudret : l'arrêt de la cour cantonale de Genève avait considéré que le juge d'exception n'avait qu'un pouvoir limité « à l'apparence » pour examiner la validité de la convention d'arbitrage.

l'arbitrage se situe à l'étranger, le juge suisse a un plein pouvoir d'examen de la validité de la convention. Cependant, le tribunal fédéral suisse, dans un *obiter dictum*, a considéré que lorsque l'arbitrage a son siège en Suisse, la compétence pouvant être soumise au contrôle final du juge ordinaire, le contrôle *prima facie*, devenait admissible⁵⁰.

264. Par ailleurs, dans le cadre du contrôle de la compétence, dans les systèmes de *civil law*, la validité de la convention d'arbitrage est constatée par une décision définitive, ce qui n'est pas opportun en cas de conflit négatif de compétence lorsque la décision du juge étatique ne se fait qu'au regard d'un examen *prima facie*. En revanche, dans les systèmes de *common law*, il s'agit le plus souvent d'une décision de sursis à statuer, le juge ne se privant pas de sa juridiction même lorsqu'il constate la compétence de l'arbitre. Cette différence révèle deux conceptions de la justice arbitrale et du rôle qui lui est dévolu : complémentarité ou exclusivité⁵¹.

265. Enfin, certaines législations ont une conception totalement « délocalisatrice » et n'admettent le contrôle de la sentence qu'au stade de l'exécution de cette dernière, tel est le cas du système juridique français qui conçoit l'effet négatif du principe de compétence-compétence comme entraînant une compétence exclusive pour l'arbitre, rejoint par la Cour suprême de l'Inde dans l'affaire *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd v. Aksh Optifibre Ltd et autres* du 12 août 2005⁵².

* * *

266. Si la plupart des droits ne contrôlent pas directement la compétence arbitrale, la question incidente, lorsqu'elle est soulevée, fait l'objet d'une décision juridictionnelle de l'ordre saisi. L'aspect négatif du principe de compétence-compétence est donc admis dans une forme très mesurée en droit comparé. Il signifie que l'arbitre n'a pas à se dessaisir lorsque la question de sa compétence est portée devant une juridiction étatique. En aucun cas il ne donne à l'arbitre une priorité absolue sur la question de sa compétence. Seules les juridictions indiennes semblent s'être ralliées à cette seconde conception.

B- Originalité du droit français : consécration pleine et entière de l'effet négatif du principe de compétence-compétence

267. Le système français adopte clairement la règle de priorité. Le juge étatique ne peut pas se prononcer directement sur une demande d'annulation d'une convention d'arbitrage. En 1988, la jurisprudence s'est engagée dans cette voie par l'arrêt de la cour d'appel de Paris, *République de Guinée*⁵³. La Cour de cassation affirme aujourd'hui fermement que l'action judiciaire tendant à l'annulation de la convention d'arbitrage est irrecevable⁵⁴. La Cour

50 Position confirmée par : Tribunal fédéral suisse, 3 ch., 1 civ. 29 avril 1996, *fondation M c. Banque X*, Bull ASA 1996 p. 527, Rev. Suisse dr. Intern. Et dr. Europ. 1996.586, obs. F. Knoepfler.

51 Notamment en droit belge ; Pour une étude du contrôle des sentences arbitrales en droit allemand notamment au regard de l'ordre public : V. SACHS (K.), La portée du contrôle exercé par les tribunaux étatiques allemands sur les sentences arbitrales relatives au droit communautaire de la concurrence, *Gaz. Pal. Spéc. Arb.* n° 2008/2, 2-3 juillet 2008 p. 3.

52 Cour suprême de l'Inde, 12 août 2005, *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd v. Aksh Optifibre Ltd et autres*, Rev. Arb. 2006.951.

53 CA Paris, 4 mai 1988, Rev. Arb. 1988 p. 644 et p. 657 (2 esp) note Fouchard. C. Cass. Civ. 1ère, 9 mars 2011, n° 10-11.986.

54 Cass. Civ. 1, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *M. Zanzi c. J. de Coninck et autres*, Rev. Arb. 1999, p. 260 s. note Ph. Fouchard ; D. 1999.31 ; RTD com. 1999.380 note E. Loquin ; Rev. Crit. DIP 1999.546 note D. Bureau ; D. 1999.115 note Delebecque : « il résulte du principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et de celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international ».

réserve ainsi à l'arbitre le contentieux direct de sa compétence. En cas de litispendance interne ou internationale, la juridiction étatique française est incompétente.

268. Selon Monsieur P. Mayer, l'ordre juridique français a une conception idéologique du principe considérant l'arbitre comme le juge normal de sa propre compétence. Ainsi, le contrôle de la compétence arbitrale n'est pas admis (1), et le droit français va même jusqu'à imposer sa conception aux ordres juridiques concernés puisqu'il reconnaît à l'effet négatif du principe de compétence-compétence un effet indirect. Ce principe ne connaît d'atténuation que dans de rares hypothèses (2).

1)- Le rejet du contrôle judiciaire direct de la compétence arbitrale et effet indirect du principe

269. Le droit français a repris le système de la convention de Genève de 1961 et distingue selon que l'arbitrage a été introduit avant ou après la procédure étatique. Il n'y a pas de concours de compétences de l'arbitre et du juge, mais une délimitation des compétences reconnues à chacun. L'article 1458 anc. du Code de procédure civile⁵⁵ prévoit expressément que la juridiction étatique *doit* se déclarer incompétente lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi, et lorsque celui-ci ne l'est pas encore, la juridiction étatique ne conserve sa compétence à juger de la compétence qu'en cas de « *nullité manifeste* » de la convention d'arbitrage. Il semble inutile de mettre en œuvre une procédure d'arbitrage s'il apparaît évident que celle-ci ne saurait avoir lieu.

Lorsqu'un arbitrage international est soumis à la loi française, l'article 1458 anc. du Code de procédure civile s'applique en raison du renvoi fait par l'article 1495 anc. du Code de procédure civile. L'article 1458 anc. du Code de procédure civile était inapplicable à l'arbitrage international sauf si celui-ci était soumis à la loi française⁵⁶. Dans un premier temps⁵⁷, la jurisprudence a rendu applicable celui-ci dans toutes les hypothèses, puis, s'en est dégagée pour ne viser que le principe général qui impose au juge de se dessaisir. Cependant, la jurisprudence⁵⁸ a donné à cette règle une portée générale, indépendamment de la loi applicable à l'arbitrage, transformant ainsi le principe de compétence-compétence en une règle matérielle impérativement applicable dès lors qu'on se trouve en présence d'un arbitrage international.

270. La règle semble relever, dans la conception française, de l'essence de l'arbitrage où juridiction étatique et juridiction arbitrale sont exclusives l'une de l'autre. Le principe négatif de compétence-compétence pose une interdiction aux juridictions nationales de connaître de la contestation autrement que *prima facie*. La Cour de cassation l'admet depuis l'arrêt *Société Metu System France*⁵⁹ au visa d'un principe général du droit puis a franchi un pas

55 L'article 1458 ancien du Code de procédure civile définit l'effet négatif du principe de compétence-compétence dans le cas où le juge français est saisi du litige selon un régime dual : si le tribunal arbitral a déjà été saisi, la juridiction étatique « *doit se déclarer incompétente* » (al. 1 et 3), s'il ne l'est pas encore, le juge étatique *peut se déclarer compétent* si la convention d'arbitrage est « *manifestement nulle* ».

56 En vertu de l'article 1495 du Code de procédure civile.

57 Civ. 1, 20 mars 1989, *Eurodif c. Rép. Islamique d'Iran*, *Rev. Arb.* 1989 p. 653, 2 esp. Note Fouchard ; *JDI* 1990 p. 1004, 2 esp. Note Fouchard ; CA Paris, 20 septembre 1995, *Société Matra Hachette*, *Rev. Arb.* 1996 p. 87 note D. Cohen : où la cour n'hésite pas à appliquer l'article à l'arbitrage international sans justification. La jurisprudence s'autorise à « *piocher dans l'ordre interne les dispositions utiles au bon déroulement de l'arbitrage international* ». Selon D. Cohen, il convient de voir une sorte de règle de « *l'effet utile* » posée en faveur de l'arbitrage international.

58 Pour la jurisprudence antérieure au décret de 1981, V. C. Cass. com. 22 février 1949, *Caulliez*, *JCP* 1949 éd. G, II, 4899 note Motulsky ; CA Colmar, 29 novembre 1968, *Impex*, *Rev. Arb.* 1968 p. 149 : « *il est de principe que le juge saisi est compétent pour statuer sur sa propre compétence, ce qui implique nécessairement lorsque le juge est un arbitre dont les pouvoirs tirent leur origine d'une convention des parties, la vérification de l'existence et de la validité de cette convention* ».

59 C. Cass. Civ. 1, 1 décembre 1999, Bull. n° 325 p. 213 ; *Société Metu System France et autres c. Société Sulzer Infra, et Société Exportles c. Société Rusbois*, *Rev. Arb.* 2000.96 note Fouchard ; C. Cass. Civ. 1ère, 18 mai 2011, *Société LABM Caraïbes*, n° 10-11.008.

supplémentaire par un arrêt en date du 28 novembre 2006⁶⁰. En l'occurrence, il était question de la mise en œuvre du principe d'autonomie dans un cas d'inexistence factuelle, et non juridique, du contrat devant contenir la convention d'arbitrage⁶¹. En l'espèce, les juridictions du fond ont relevé que ce protocole « *ne constitu[ait] à lui seul ni un contrat cadre ni une lettre d'intention* », « *ne cré[ait] aucune obligation immédiate, réciproque et impérative dont le non-respect aurait un caractère fautif* », mais une « *perspective d'un accord global qui n'a[vait] pas abouti* ». La cour d'appel en conclut qu'il ne peut être donné effet à une convention d'arbitrage contenue dans un document inexistant en fait. Cet arrêt a été cassé pour violation de la loi au visa du « *principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence* ». La convention d'arbitrage n'est pas manifestement nulle ou inapplicable selon la Cour de cassation⁶². Mais alors, quelle clause le sera ?

La Cour suprême donne donc priorité à l'arbitre pour juger de sa compétence et en conséquence impose le dessaisissement des juridictions étatiques y compris lorsque la convention d'arbitrage est contenue dans un document papier non contraignant, dans un contrat inexistant en fait, le contrat de base ne s'étant jamais formé. Il paraît dès lors bien difficile de fonder le principe d'autonomie ou celui de compétence-compétence sur la volonté des parties. Il s'agit d'une question procédurale ne tenant nul compte de l'aspect contractuel dont l'existence est présumée pour asseoir la règle procédurale. L'arbitrage, au moins dans sa mise en œuvre initiale, devient non consensuel en application du droit français.

271. Depuis la réforme, l'effet négatif du principe de compétence-compétence appliqué à l'arbitrage international a été consacré par l'article 1448 nouv. al. 1 et 2, applicable par renvoi de l'article 1506 nouv. du Code de procédure civile qui dispose que « *lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* (alinéa 1) ». « *La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence* (alinéa 2) ». Alors que l'article 1458 al. 3 anc. du Code de procédure civile, qui interdisait au juge de relever d'office son incompétence, apportait néanmoins une atténuation au principe, le nouvel article 1448, quant à lui, l'interdit. Cependant, l'alinéa 3 dudit article au titre duquel « *Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite* » n'est applicable qu'à l'arbitrage interne. En conséquence, en matière d'arbitrage international, cette omission volontaire traduit le fait qu'une clause du contrat peut valablement prévoir que l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne saurait être appliqué en matière d'arbitrage international.

En application de cette clause de la convention d'arbitrage, les tribunaux étatiques pourront se voir contractuellement désignés comme compétents pour apprécier la compétence de la juridiction étatique bien que le tribunal arbitral soit déjà constitué et dans toute autre hypothèse contractuellement prévue. La nouveauté introduite est d'envergure et dénote avec la jurisprudence antérieure au point probablement que certains allègueront qu'il s'agit d'un oubli voire d'une erreur. Il s'agit d'une inflexion significative de la force de l'effet négatif du principe de compétence-compétence dans le cadre de l'arbitrage international dont on ne peut

60 C. Cass. Civ. 1, 28 nov. 2006, n° 05-10.464, *Société So Good International Ltd, D.* 2008 p. 180 note Th. Clay.

61 V. pour une étude du principe de validité et une justification du développement des règles matérielles françaises: HASCHER (D.), Arbitrage du commerce international, *Répertoire international*, Dalloz, 2005 n°11 et s. : « *Le critérium économique tenant à l'implication des intérêts du commerce international a permis de fournir, plus que des critères juridiques débouchant sur la méthode conflictualiste, la base nécessaire à la formation des règles matérielles propres* » (n°14). Pour l'auteur, le principe de validité est une règle matérielle par son objet mais reste une règle de droit international privé et non une règle transnationale. Elle s'applique directement sans détour des règles de conflits de lois (n° 20).

62 Pour une application de cette jurisprudence en cas d'inexistence juridique du contrat principal V. C. Cass. Civ.1, 25 oct. 2005, Bull. civ. I, n° 378 n° 02-13.252, *D.* 2005, IR p. 2822 ; *D.* 2006. Jur. 199, avis J. Sainte-Rose, et 2005. Pan. 3050, obs. Th. Clay ; *Rev. Arb.* 2006.103, note J.-B. Racine ; *JDI* 2006. 996, note F.-X. Train ; *JCP* 2006. I. 148, § 6, obs. J. Béguin ; *D.* 2005, IR p. 2822 ; *JCP* 2005, Act. 617, et IV, 3522.

que se féliciter et dont la Cour de cassation devra prendre acte sauf à statuer *contra legem* au nom d'une règle matérielle de sa création⁶³.

272. Selon la doctrine majoritaire et la jurisprudence française, l'existence d'une convention d'arbitrage et l'admission de l'effet négatif du principe de compétence-compétence devraient interdire la saisine du juge étatique en tout état de cause sur une question en lien avec le litige. Cependant, en matière de référé, les juridictions françaises admettent largement leur saisine nonobstant l'existence d'une convention d'arbitrage, y compris dans l'hypothèse où le tribunal arbitral est déjà saisi du litige⁶⁴. Ainsi, l'existence d'une convention d'arbitrage ou la constitution du tribunal arbitral ne font pas obstacle à la procédure de référé afin de mettre en œuvre une saisie conservatoire⁶⁵. Sauf stipulation contraire, cette saisine du juge étatique n'est pas considérée comme une renonciation à la procédure d'arbitrage⁶⁶. L'admission de la saisine du juge des référés par une partie liée par une convention d'arbitrage est une solution traditionnelle du droit français, à tout le moins, tant que la juridiction arbitrale n'a pas été saisie⁶⁷. En effet, le juge des référés était incompétent lors de la constitution du tribunal arbitral⁶⁸. L'article 145 du Code de procédure civile est applicable avant tout procès, donc avant la saisine de l'arbitre, afin de procéder à des mesures conservatoires⁶⁹. L'urgence est le critère d'intervention du juge étatique. Peu importe que le tribunal arbitral soit ou non constitué.

Le décret réformant l'arbitrage consacre cette atténuation jurisprudentielle à l'article 1449 du Code de procédure civile qui dispose que « *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire* ». Le dessaisissement des juridictions françaises n'est donc pas absolu.

273. Tout autre est le problème de l'admission du référé provision de l'article 873, alinéa 2, du Code de procédure civile en présence d'une convention d'arbitrage. Même en l'absence d'urgence, le juge des référés peut accorder une provision dès lors que « *l'obligation n'est pas sérieusement contestable* ». L'attribution de cette provision suppose donc un examen sommaire du fond du litige. En conséquence, et en application du principe de compétence-compétence et de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile, la compétence du juge des référés pour prononcer une provision devrait être catégoriquement déniée dès lors qu'il existe au sein du contrat une convention d'arbitrage⁷⁰ y compris en cas d'urgence. C'est pourquoi, en dehors de toute urgence et en présence d'un tribunal arbitral constitué, les juges du fond se déclarent incompétents pour statuer en matière de référé⁷¹, solution approuvée par la Cour de

63 V. en ce sens BOLLEE (S.), Le droit français de l'arbitrage après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, *Rev. Crit. DIP* 2011 p. 553 n°12 et s.

64 BERTIN (P.), Le juge des référés et le nouvel arbitrage, *Gaz. Pal.* 1980.2, doct. 520 ; COUCHEZ (G.), Référé et arbitrage, *Rev. Arb.* 1986.155.

65 C. Cass. Civ. 2e 8 juin 1995, *D.* 1995, IR 184, *Rev. Arb.* 1996.125, obs. J. Pellerin ; CA Dijon, 23 avr. 2002, *Rev. Arb.* 2002.743, note M.-C. Rivier ; Pour une analyse plus approfondies des mesures conservatoire en arbitrage V. CADIET (L.), CLAY (TH.), JEULAND (E.), *Médiation et arbitrage, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Procédure, Litec, 2005 p. 269 et s.

66 CA Paris, 7 juin 2001, *Rev. Arb.* 2001.605.

67 Cass. 3e civ. 9 juin 1979, *Rev. Arb.* 1980.78, note Courteault ; Civ. 1, 20 mars 1989 *Eurodif c. Rép. Islamique d'Iran*, *Rev. Arb.* 1989 p. 653, 2 esp. Note Fouchard ; *JDI* 1990 p. 1004, 2 esp. Note Fouchard.

68 TGI Paris, 10 juin 1982, *Rev. Arb.* 1983.191, note B. Moreau.

69 C. Cass. Civ. 3, 20 décembre 1982, *S.C.I. Le Panorama c. S.I.M.T.* Bull. civ. III, n° 260, *Rev. Arb.* 1986.235 ; CA Paris, 20 février 1984, *Adda et autres c. Société C.H.M2* ; *Rev. Arb.* 1986.236.

70 Cependant V. *contra* : C. Cass. 3e civ. 9 juill. 1979, note G. Couchez *JCP* 1980. II. 19389, et note Courteault *Rev. Arb.* 1980.78 ; Pour une jurisprudence postérieure voir : C. Cass. 2e civ. 18 juin 1986, *Rev. Arb.* 1986.565, note G. Couchez ; CA Paris, 20 février 1984, *Adda et autres c. Société C.H.M2* ; *Rev. Arb.* 1986.236 ; CA Rouen, 26 septembre 1985, *Société Engrais de Saint-Wandrille c. Société Les engrais de Gabès*, *Rev. Arb.* 1986.241 ; CA Paris, 22 oct. 1985, *Société King Production*, *D.* 1986, IR 66, *Rev. Arb.* 1986.213 et p. 250 ; CA Paris, 14 mai 1986, *Rev. Arb.* 1986.565.

71 TGI Bressuire, 6 févr. 1994, *Rev. Arb.* 1995.132, obs. P. Véron.

cassation⁷².

274. Certains auteurs⁷³, pour défendre ce devoir d'abstention absolu, invoquent le fait que celui-ci est de nature à préserver l'organisation des compétences, mise en place par le décret du 12 mai 1981. La création de deux instances parallèles serait de nature à perturber le déroulement de l'arbitrage. Si les juridictions étatiques pouvaient vider l'incident de compétence sans attendre la décision des arbitres, le contentieux de la validité de la clause d'arbitrage se trouverait nécessairement dispersé devant toutes les juridictions pouvant être appelées à connaître du fond du litige. En 1981, le contentieux a été centralisé devant la cour d'appel⁷⁴. Or, dès lors qu'un litige revêt une dimension internationale, différents fors reconnaîtront leur compétence et le contentieux pourra être dispersé et donner lieu à un harcèlement procédural dans les cas extrêmes. Mais cette constatation de fait résulte de la compétence exclusive et unilatérale des États à déterminer leur compétence internationale. Dès lors, la règle matérielle française, largement minoritaire en droit comparé, n'aura aucune incidence sur la centralisation des contentieux. Son seul effet est en réalité d'interdire la saisine directe des juridictions étatiques françaises sans interférer sur la compétence des juridictions étrangères. Ayant conscience de cette lacune, nous verrons par la suite que la Cour de cassation donne dorénavant un effet indirect à l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

275. Selon certains auteurs de la doctrine française, ne pas reconnaître l'aspect négatif viderait de sa substance le principe de compétence-compétence en incitant les arbitres à attendre que les juridictions étatiques tranchent la question. Néanmoins, il est tout à fait admissible de restreindre cette possibilité de contestation de la compétence arbitrale à des tribunaux délimités internationalement compétents. La dispersion du contentieux sera ainsi enrayée.

Permettre aux juridictions étatiques de se prononcer sur cette question en réprimant les moyens dilatoires ne vide pas de substance l'effet positif du principe de compétence-compétence puisque l'arbitre conserve le droit de se prononcer sur sa compétence. La possibilité de contestation n'affecte pas davantage son aspect négatif entendu comme la possibilité pour l'arbitre de ne pas surseoir à statuer. La décision étatique ne sera prise en considération que dans la mesure où les tribunaux entretiennent un lien avec les litiges et donc les parties. La consécration par la combinaison des articles 1506 et 1448 nouv. du Code de procédure civile d'une possibilité de renonciation commune des parties à l'effet négatif du principe de compétence-compétence vient d'ailleurs conforter cette analyse.

276. Bien que non partagée, la jurisprudence française semble vouloir imposer sa vision du principe de compétence-compétence puisqu'elle lui octroie un effet indirect. Ainsi, la cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 15 juin 2006, *Legal Département du Ministère de la justice de la République d'Irak c. Sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*⁷⁵ décide, au regard d'un différend opposant la République d'Irak à trois sociétés italiennes à propos de contrats dans le domaine de l'armement, qu'« en présence d'une convention d'arbitrage et alors même que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le

72 C. Cass. Civ. 2, 2 avril 1997, *Société Fiduciaire européenne c. Jerusalmi et autres*, *Rev. Arb.* 1998, p.673 note L. Degos; C. Cass. Civ. 1, 21 octobre 1997, *Société Rantec c. SDIT Europe*, *Rev. Arb.* 1998, p.673 note L. Degos; C.Cass. com. 29 juin 1999, B. IV, n° 147, *D.* 1999.649, note I. Najjar; *Rev. Arb.* 1999.817, note A. Hory; C. Cass. Civ. 13 juin 2002, *Prodim*, n° 00-19.458, *Bull. civ.* II, n° 130, *D.* 2002.2439, note I. Najjar; *Rev. Arb.* 2002. 679.

73 GAILLARD (E.), Portée du principe de compétence-compétence, sous Cass. Civ 1, 21 mai 1997, *Jaguar* (2 déc.), *Rev. Arb.* 1997.537 ; Pour un exemple de l'application du principe de compétence-compétence en cas de lien contractuel « supposé » V. CA Paris, 25 oct. 2006, *Société Nuovo*, *Rev. Arb.* 2008.678 note O. Cachard.

74 Articles 1502 et 1504 ancien du Code de procédure civile.

75 CA Paris, (1 ch.), 15 juin 2006, *Legal Département du ministère de la justice de la République d'Irak c. Société Fincantieri Cantieri navali italiani et autres*, *Rev. Arb.* 2007.87 note S. Bollée, *D.* 2006.3035 obs. Th. Clay ; *Rev. Arb.* 2006.950 note E. Gaillard.

juge étatique doit se déclarer incompétent à moins qu'un examen sommaire ne lui permette de constater la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause, priorité étant réservée à l'arbitre auquel il appartient de statuer sur sa propre compétence pour juger de la validité et de l'efficacité de la clause d'arbitrage. Une décision concluant, après examen substantiel, à l'inefficacité de clauses compromissaires en raison des règles de l'embargo décrété par une résolution des Nations Unies a été rendue par une juridiction incompétente dont l'arrêt ne peut être accueilli en France ».

277. Le tribunal de grande instance de Paris, par une ordonnance du 19 octobre 2004, avait accepté l'*exequatur* de la décision de la cour d'appel de Gênes du 7 mai 1994. Après avoir exclu l'application de la convention de Bruxelles au litige qui lui est soumis, la Cour poursuit son analyse au regard cette fois de la convention franco-italienne de 1930, qui, elle, n'exclut pas l'arbitrage, et lui applique l'article 1548 anc. du Code de procédure civile. Or, en matière de jugements étrangers, la compétence du juge étranger, si elle est contrôlée, est admise lorsqu'on constate un « *lien caractérisé* » entre le juge saisi et le litige. En l'espèce le refus d'*exequatur* ne provient pas de cette absence de lien, qui existe de toute évidence, mais du fait que la législation italienne ne consacre pas l'effet négatif du principe de compétence-compétence dans sa conception française.

278. Cette décision prend alors l'apparence d'un contrôle de la compétence des juridictions étrangères, à moins de considérer qu'il s'agisse de l'application de l'ordre public procédural. Depuis la réforme, le principe de compétence-compétence ne peut en aucun cas être intégré comme composante de l'ordre public procédural français puisqu'il devient une disposition supplétive de volonté pour les parties qui peuvent prévoir toute clause contraire dès lors que l'arbitrage peut valablement être qualifié d'international.

279. En toute hypothèse, la solution consistant à donner un effet indirect au principe de compétence-compétence n'est pas admissible lorsque la compétence de l'arbitre n'a fait l'objet que d'une question incidente dans la décision soumise à l'*exequatur*, décision tranchant au fond du litige. Cependant, Monsieur E. Gaillard⁷⁶ approuve cette jurisprudence reconnaissant un caractère indirect à l'effet négatif du principe de compétence-compétence. La jurisprudence française entend donc imposer sa conception du principe à tous les litiges ayant un lien, même ténu, avec la France. Elle s'autorise à effectuer un contrôle de la compétence étatique étrangère en cette matière, non de la compétence internationale mais de celle interne, contredisant ainsi les principes élémentaires du droit international public. En effet, bien que l'arbitrage soit international, et donc qu'il se pose une question de compétence internationale puisque différents ordres juridiques sont concernés, la question du principe de compétence-compétence reste une question d'ordre procédural interne. Cette jurisprudence est donc illégale au regard du droit international public qui octroie à chaque État une compétence normative exclusive à cet égard.

280. Depuis l'arrêt *Lotus* de la Cour internationale de justice, en date du 7 septembre 1927⁷⁷, il est acquis que le droit international public n'impose aucune exigence aux États dans la détermination de leur compétence juridictionnelle. La délimitation de la compétence juridictionnelle des tribunaux est l'un des aspects de la compétence normative. Elle s'exerce

76 E. Gaillard à propos de CA Paris (1 ch. civ.) 15 juin 2006, *Rev. Arb.* 2006.950.

77 CPJI série A, n°10 du 7 sept 1927, *Rev. Crit. DIP* 1928.377 note H. Donnedieu de Vabres; BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé, T 1 partie générale*, Thémis droit, PUF 1 éd. 2007 p. 76 et s. : « Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas, par des règles prohibitives ; pour les autres cas chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables ».

donc librement au sein de l'ordre juridique concerné. Il est donc impossible de se fonder sur le droit international public pour définir le droit international privé de la compétence juridictionnelle. Cependant, la Cour précise que « *dans ces conditions, tout ce que l'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté* ». Cette liberté est donc atténuée par le fait que les critères de rattachement d'un litige à un État ne sont pas en nombre illimité et chacun doit respecter le pouvoir de contrainte des autres États conditionnant l'effectivité des décisions juridictionnelles.

281. Du caractère unilatéral des règles de compétence découle que celles-ci ne sont pas exclusives mais concurrentes, donnant ainsi lieu à des conflits positifs ou négatifs. « *La capacité ainsi reconnue à chaque État est tributaire de la seule implication de sa propre souveraineté (en déterminant les conditions d'accès à la justice, la compétence de l'État français ne concerne que les seuls tribunaux français), et s'exerce par définition sans rencontrer la concurrence dans l'espace des compétences normatives des autres puisque l'objet ne peut jamais en être le même (l'objet de la compétence normative de l'État français pour définir l'accès à la justice n'est pas les tribunaux Russes...)* »⁷⁸. Si chaque État est libre de définir sa compétence normative, l'attribution unilatérale interdit strictement de définir la compétence juridictionnelle des autres.

Toute interférence dans la compétence juridictionnelle d'un État par un autre constitue ainsi une violation du droit international public. Il existe donc une stricte distinction entre d'une part, la compétence normative dont la définition des compétences juridictionnelles est une composante et, d'autre part, le pouvoir de contrainte strictement territorial. Si l'État est libre d'édicter les normes qu'il entend et peut leur donner une portée extraterritoriale, il ne peut procéder à des actes de contrainte en dehors de son territoire. L'État ne peut définir les règles de compétence des États voisins. Ainsi, il ne peut légalement en principe contraindre un justiciable à ne pas saisir une juridiction étrangère car il influencerait indirectement sur cette compétence exclusive normative de chaque État.

2)- Modalités d'application du principe en France

282. Dans l'application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, il convient de s'interroger d'une part sur le moment où l'on doit considérer que le tribunal arbitral est saisi et constitué (a), et, d'autre part, sur le sens et la portée des notions de nullité et inapplicabilité manifestes (b).

a) - À quel moment le tribunal arbitral doit-il être considéré comme saisi?

283. Une partie de la doctrine⁷⁹, raisonnant par analogie au regard de l'article 1452 anc. du Code de procédure civile (dev. art. 1456), considère qu'il est nécessaire de prendre en compte l'acceptation par le tribunal arbitral de sa mission⁸⁰. La cour d'appel de Paris⁸¹, en s'appuyant sur le règlement de la CCI, a considéré que l'instance arbitrale était en cours dès lors que la demande d'arbitrage avait été faite par l'une des parties.

78 BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé, T 1 partie générale*, Thémis droit, PUF 1 éd. 2007 p. 80-81.

79 FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996 n° 942-950.

80 L'article 4.2 du règlement d'arbitrage de la cour internationale d'arbitrage CCI retient la date de réception de la requête en arbitrage par le centre, l'article 3.2 du règlement CNUDCI la date de réception de la requête par le défendeur.

81 CA Paris, 30 mars 1999, *Rev. Arb.* 2003 p. 207 note Ph. Fouchard.

284. Mais la jurisprudence identifie la saisine du tribunal à la constitution définitive du tribunal. La chambre commerciale de la Cour de cassation⁸² a considéré que l'instance arbitrale était en cours au jour « où le tribunal [était] définitivement constitué et [pouvait] donc être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission », donc à partir de la conclusion du contrat d'arbitre. Ainsi, la Cour de cassation⁸³, dans un arrêt *Société CSF c. Société Chays frères et autres* en date du 25 avril 2006, considère que « L'instance arbitrale n'est en cours qu'à partir du moment où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission » « la seule notification par une partie de son arbitre ne peut valoir saisine du tribunal arbitral ».

285. La Cour de cassation, en considérant que l'instance arbitrale est en cours et que le tribunal arbitral est saisi du litige lors de la conclusion du contrat d'arbitre, consacre le caractère doublement contractuel de l'arbitrage quant à sa nature et à son fondement. Le nouvel article 1456 du Code civil, applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506 nouv. précise que « Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. À cette date, il est saisi du litige (alinéa 1) ». La définition jurisprudentielle est donc consacrée. En conséquence, le tribunal arbitral sera considéré comme saisi à compter du moment où le contrat d'arbitre sera formé. En définitive, cela signifie que chaque partie doit avoir donné son consentement à l'arbitrage. Dès lors, en cas d'impécuniosité d'une des parties, le contrat d'arbitre ne pouvant valablement être formé, la juridiction étatique pourra contrôler le caractère nul ou inapplicable de la convention d'arbitrage.

b)- Exceptions au principe de priorité

286. Pendant longtemps la jurisprudence n'a accepté de contrôler la convention d'arbitrage qu'en cas de nullité manifeste⁸⁴. Or, une nullité manifeste est une nullité évidente, incontestable, décelable *prima facie*. Cette notion est très importante dans le mécanisme mis en place par le système français⁸⁵. En effet, « seule la nullité manifeste de la convention d'arbitrage est de nature à faire obstacle à l'application du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, principe qui consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité, et l'étendue de la convention d'arbitrage »⁸⁶. La jurisprudence française n'admet donc qu'un faible contrôle⁸⁷. Le contrôle

82 C. Cass. Com., 30 mars 2004, B. IV, n°98 p. 79.

83 C. Cass. Civ. 1, 25 avril 2006, *Société CSF c. Société Chays frères et autres*, Rev. Arb. 2007. 79 note J. El Ahdab ; Rev. Crit. DIP 2007 p. 128, Fabienne Jault-Seseke ; RTD com. 2006.764, obs. E. Loquin : En l'espèce la question est celle de la compétence du juge des référés pour ordonner une mesure d'expertise sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (ordonnance de référé).

84 Pour un exemple d'absence de nullité manifeste après d'une clause pathologique faisant suite à une médiation : C. Cass. Civ.1, 28 janvier 2003, *Nègre c. Vivendi*, Rev. Arb. 2003.1337 obs. C. Legros, Rev. Crit. DIP 2003.641 note F. Jault-Seseke ; JDI 2003.473 note Ph Kahn ; RTD com. 2001.57 obs. E. Loquin : « une personne physique ne saurait faire grief à un arrêt d'avoir jugé qu'une clause, qualifiée de clause d'arbitrage et stipulée dans un contrat de « conseiller » la liant à un société, n'était pas manifestement nulle, au motif que la cour d'appel n'aurait pas précisé les éléments lui permettant de dire que le contrat, conclu entre parties de nationalité française, dont un non-commerçant, pour être exécuté en France, avait un caractère international, la Cour, après avoir souverainement jugée que la clause litigieuse était une clause d'arbitrage, ayant exactement décidé qu'elle était valable du fait du caractère international des opérations concernées. Il ne saurait être reproché à une cour d'appel d'avoir dit qu'une société n'avait pas renoncé à son exception d'incompétence du tribunal de commerce alors qu'elle avait accepté sans réserve le recours à une médiation judiciaire, la cour ayant justement retenu que l'accord de ladite société pour la mise en œuvre d'une médiation n'emportait pas, à défaut de volonté non équivoque en ce sens, renonciation à l'arbitrage et acceptation de la compétence de la juridiction étatique ».

85 Ainsi, une clause d'arbitrage en contradiction avec une clause attributive de compétence ne prive pas l'arbitre de sa compétence. Au visa des articles 1458 et 1566 du Code de procédure civile, la cour de cassation décide que « sans caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, seules de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les textes et le principe susvisés ». (C. Cass. Civ. 2e, 18 décembre 2003, *SCI La Chartreuse*, n° 02-13.410 (n° 1774 FS-P+B) D. 2004, IR p. 321 ; D. 2004 p. 321, JCP G Semaine juridique n° 20, 12/05/2004, p. 902 note Noblot ; *Defrénois*, 2004.990 note R. Libchaber ; RTD com. 2004 p. 255 Éric Loquin).

86 C. Cass. Civ. 1, 26 juin 2001, *Société American Bureau of Shopping (ABS) c. Copropriété maritime Jules Verne et autres*, Rev. Arb.

prima facie, qui ne vide pas le conflit de compétence, ne semble cependant pas opportun, d'autant que la jurisprudence exclut le contrôle de la portée tant personnelle que matérielle de la clause. Il serait préférable de suspendre la procédure étatique.

287. Une évolution s'est produite avec la prise en compte de la notion d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Elle a été introduite par une décision *Société Quarto Children's books*⁸⁸ de la Cour de cassation en date du 6 octobre 2001. Cette notion permet d'élargir le contrôle du juge étatique qui ne se restreint plus à la seule nullité manifeste et s'applique à l'inapplicabilité manifeste de la clause.

La notion d'inapplicabilité manifeste a été retenue dans l'hypothèse d'une clause insérée dans les conditions générales d'un contrat d'une partie, alors que le contrat avait été conclu lors de conditions générales antérieures⁸⁹. L'arrêt du 27 avril 2004 de la Cour de cassation en est une application positive. En effet, suite au naufrage du ferry *l'Estonia* survenu le 28 septembre 1994, des ayants droit des victimes ont assigné devant le juge français différents protagonistes et l'armateur avait été appelé en garantie. Ce dernier avait soulevé l'incompétence de la juridiction française du fait d'une convention d'arbitrage stipulée dans les conditions générales des contrats et prévoyant un arbitrage à Londres. Ces conditions générales n'étaient pas applicables. La cour d'appel de Paris a caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la clause d'arbitrage, approuvée par la cour de cassation. « *La règle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage a une utilité. Elle permet de déjouer les manœuvres de plus en plus fréquentes de plaideurs, qui, pour paralyser une instance devant le juge judiciaire, n'hésitent pas à opposer des clauses compromissaires manifestement sans rapport avec le litige. En revanche, il appartiendra à la Cour de cassation de tenir fermement la main pour que la condition de l'évidence soit respectée par les juges. La détermination du domaine de la convention d'arbitrage peut être d'une grande complexité, en particulier lorsque des groupes de contrats sont litigieux ou que les contrats litigieux concernent des groupes de sociétés, dont les différentes sociétés qui les composent sont impliquées dans leur formation ou leur exécution* »⁹⁰.

288. Le contentieux au sujet de ces notions est devenu fréquent. On observe que la Cour de cassation applique strictement le principe de compétence-compétence dans son aspect négatif⁹¹. Néanmoins, dans les décisions *Prodim* et *Andhika Lines*⁹² et *Andhika Chartering*⁹³, et dans la décision *Société Champion supermarché France c. Société Recape*⁹⁴, la haute juridiction retient l'inapplicabilité de la clause en cas d'inexistence de celle-ci, ou en vertu du principe de l'effet relatif des contrats. Elle retient la nullité manifeste lorsque la convention

2001 p. 529, note E. Gaillard.

87 C. Cass. Civ. 1, 21 mai 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar)*, Bull. civ. I, n° 159, *RTD com.* 1998 p. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1998 p. 87, note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998.330, obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 1997 p. 537 note E. Gaillard.

88 C. Cass. Civ. 1, 16 octobre 2001, *Société Quarto Children's books*, *Rev. Arb.* 2002.919, *Rev. Crit. DIP* 2002.555 note F. Fault Seseke.

89 Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, *Société Bureau Véritas c. Mme Aaliste et autres*, Bull. civ. I, p. 91, n° 112 ; *RTD com.* 2005 p. 486 note E. Loquin ; *Rev. Arb.* 2004.851.

90 LOQUIN (E.), L'inapplicabilité manifeste de la clause compromissaire (Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, Bull. civ. I, p. 91, n° 112, *Société Bureau Véritas c. Mme Aaliste et autres*), *RTD com.* 2005 p. 486 n° 112.

91 V. C. Cass. Civ.1, 4 juillet 2006, *Société Prodim c. Mohimont*, n° 05-17.460 (n° 1128 FS-P+B+I) *D.* 2006, IR p. 1985 « *Seule la nullité ou l'inapplicabilité d'une clause compromissaire font obstacle à la compétence arbitrale* » ; C. Cass. Civ.1re, 7 juin 2006 n° 03-12.034 (n° 937 FS-P+B+I) ; *Rev. Arb.* 2006.945 note E. Gaillard ; *D.* 2006 p. 1701 « *Des limites de la compétence arbitrale des juges français* » : « *l'analyse complexe en fait et en droit du litige ne pouvait conduire à écarter la clause d'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi de procédure, en a justement déduit que la clause d'arbitrage n'étant pas manifestement inapplicable, le juge français avait empiété sur la compétence arbitrale* ».

92 C. Cass. Com 13 juin 2006, *Prodim et Andhika Lines*, *Rev. Arb.* 2006.955.

93 C. Cass. Civ.1, 11 juillet 2006, n° 03-19.838, *Société Andhika Lines (Andhika Chartering)c. Société Alcan Rubber et Chemical*, *D.* 2006, IR p. 2273, *Rev. Arb.* 2006.870, *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 128 obs. Fabienne Jault-Seseke ; *RTD com.* 2006 p. 764, obs. E. Loquin ; *Rev. Arb.* 2006.979.

94 C. Cass. Civ.1, 4 juillet 2006, n° 05-11.591, *Société Champion supermarché France (CSF) c. Société Recape*, *Rev. Arb.* 2006 p. 959 note X. Train.

d'arbitrage est pathologique. Dans l'arrêt *Navire Tag Heuer*⁹⁵ la Cour interdit aux juges du fond de « *procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage* ».

289. Selon la doctrine française et au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁶, un contrôle de l'évidence, *prima facie*, est la condition de mise en œuvre du principe de validité et de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Ce contrôle reste donc superficiel pour préserver le principe de compétence-compétence. Dans la décision *Navire Pella*⁹⁷ et dans celle *Navire Turcia*⁹⁸, il s'agissait de l'incorporation par référence de la convention d'arbitrage dans le connaissance de la charte partie. Dans les décisions du 11 juillet 2006 *Andhika Lines et Andhika Chartering*⁹⁹ et *Société National Broadcasting*¹⁰⁰, la convention d'arbitrage était stipulée dans un avant-contrat. Dans l'affaire *Prodim*¹⁰¹, le problème provenait de la double qualité du demandeur, représentant des créanciers et commissaire à l'exécution du plan.

290. La chambre commerciale retient aussi la notion d'inapplicabilité manifeste pour écarter la convention d'arbitrage. Ainsi, dans sa décision en date du 13 juin 2006, *Société Prodim c. Société Gemodis*¹⁰², la chambre commerciale considère que « *fait ressortir l'inapplicabilité évidente de la convention d'arbitrage, de nature à faire obstacle au principe de la priorité de l'arbitre pour statuer sur sa compétence, l'arrêt qui, après avoir énoncé que la clause compromissoire ne concerne que les litiges pour lesquels elle a été stipulée et n'est pas opposable au commissaire à l'exécution du plan que dans la mesure où celui-ci exerce les droits et actions du débiteur lui-même suivant les modalités de la liquidation judiciaire, par application de l'article L. 621-83 dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, retient que tel n'est pas le cas de l'action engagée au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* ». En l'espèce, il s'agissait de deux contrats liés contenant des clauses incompatibles. On observe que la jurisprudence prend en compte la notion d'inapplicabilité manifeste dans un sens proche de celle de nullité manifeste. Il n'est prévu aucune clause de sauvegarde dans l'hypothèse d'une inapplicabilité manifeste *de facto*.

291. Ainsi, la Cour de Cassation dans sa décision *Copropriété Jules Verne et autres c. American Bureau of Shipping et autres (ABS)*¹⁰³, précise que « *le principe de validité de la convention d'arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sont des règles de droit matériel français de l'arbitrage international, qui consacrent, d'une part, la licéité de la clause d'arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique et, d'autre part, l'efficacité de l'arbitrage en permettant à l'arbitre, saisi d'une contestation sur son pouvoir juridictionnel, de la trancher par priorité.*

95 C. Cass. Civ.1, 7 juin 2006, *Copropriété Maritimes Jules Vernes et autres c. ABS et autres (Navire Tag Heuer)*, n° 03-12.034 (n° 937 FS-P+B+I) ; D.2006 p. 1701 ; Rev. Arb. 2006.945 note E. Gaillard.

96 C. Cass. Civ.1, 7 juin 2006, *Copropriété Maritimes Jules Vernes et autres c. ABS et autres (Navire Tag Heuer)*, n° 03-12.034 (n° 937 FS-P+B+I) ; D.2006 p. 1701, Rev. Arb. 2006.945 note E. Gaillard: « *la combinaison du principe de validité de la clause compromissoire et du principe de compétence-compétence interdit par voie de conséquence au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage, et ce quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral, la seule limite dans laquelle le juge peut examiner la clause d'arbitrage avant qu'il ne soit amené à en contrôler l'existence ou la validité, dans le cadre d'un recours contre la sentence, étant celle de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste* ».

97 C.Cass. Com., 21 fév. 2006, *Société Belmarine c. Société Trident Marine Agency (Navire Pella)*, n° 04-11.030 ; Rev. Arb. 2006 p. 943 ; Rev. Crit. DIP 2006.606 note Jault Seseke ; D. 2006.670 ; RTD com. 2006.764 note Loquin.

98 C. Cass. Civ.1, 11 juillet 2006, *Navire Turcia*, Rev. Arb. 2006.977.

99 Civ 1, 11 juillet 2006, *Andhika Lines et Andhika Chartering*, Rev Arb 2006.979.

100 C. Cass. Civ.1, 11 juillet 2006, *Société National Broadcasting Co c. Bernadaux et autres*, n° 04-14.950 (n° 1325 F-P+B+I) ; Rev. Arb. 2006 p. 981 ; D.2006.2051.

101 C. Cass. Com., 13 juin 2006, *Société Prodim c. Société Gemodis*, Rev. Arb. 2006.955 ; Rev. Arb. 2006.893 note O. Cachard.

102 C. Cass. Com., 13 juin 2006, *Société Prodim c. Société Gemodis*, Rev. Arb. 2006.955 ; Rev. Arb. 2006.893 note O. Cachard.

103 C. Cass. Civ.1, 7 juin 2006, *Copropriété Maritimes Jules Vernes et autres c. ABS et autres (Navire Tag Heuer)*, n° 03-12.034 (n° 937 FS-P+B+I), D. 2006 p. 1701 ; Rev. Arb. 2006.945 note E. Gaillard.

La combinaison des principes de validité et de compétence-compétence interdit, par voie de conséquence, au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage, et ce, quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral, la seule limite dans laquelle le juge peut examiner la clause d'arbitrage avant qu'il ne soit amené à en contrôler l'existence ou la validité dans le cadre d'un recours contre la sentence, étant celle de la nullité ou de son inapplicabilité manifeste »¹⁰⁴.

292. La qualification de nullité ou d'inapplicabilité manifeste fait l'objet d'un contrôle de la Cour de cassation, ce qui ne manque pas de surprendre car ces notions se prêteraient fort bien à une appréciation souveraine *in concreto* des juges du fond. Ce contrôle est justifié, selon les auteurs¹⁰⁵, par l'attitude adoptée par la haute juridiction au regard de l'analyse de l'existence même du lien contractuel ou par l'importance de ces notions au regard de l'aspect négatif du principe de compétence-compétence, donc de son effectivité.

293. La notion d'inapplicabilité a été consacrée par le nouvel article 1448 du Code de procédure civile. L'inapplicabilité manifeste est une notion qui peut recouvrir différents sens. On pourrait valablement l'entendre comme l'impossibilité pratique de mettre en œuvre la convention d'arbitrage, ce qui correspondrait d'ailleurs à son sens littéral. Cependant, telle n'est pas la conception de la jurisprudence, qui est entièrement fondée sur la volonté d'éluider les manœuvres dilatoires, donc de favoriser l'arbitrage en le rendant efficace ou plus exactement en éliminant toute contestation de celui-ci. En conséquence, les demandes d'assouplissements de l'aspect négatif du principe de compétence-compétence sont souvent perçues comme des menaces pour l'arbitrage, comme un encouragement aux manœuvres dilatoires.

Néanmoins, en partant du principe que l'efficacité doit guider l'interprétation et l'application de ce principe, est-il réellement préférable d'imposer aux parties de conclure un contrat d'arbitre sans considération de l'impossibilité pratique de formation d'un tel contrat ? L'arbitrage est-il de ce fait plus efficace ? Cette solution est-elle en adéquation avec les principes retenus en matière de promesse de vente ou d'achat, de promesse d'hypothèque ou autre ?

294. L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage semble être comprise par la Cour de cassation non comme l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, entendue comme une impossibilité pratique de la mettre en œuvre, mais comme devant être caractérisée par une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage.

Dans un arrêt du 23 février 2006¹⁰⁶, la cour d'appel d'Aix en Provence avait considéré comme « *manifestement inapplicable* » une convention d'arbitrage qui désignait ensemble et

104 V. aussi : C. Cass. Civ.1, 4 juillet 2006, n° 05-11.591 *Société Champion supermarché France (CSF) c. Société Recape*, *Rev. Arb.* 2006 p. 959 note X. Train : « en présence de deux contrats qui n'ont pas le même objet, dont l'un contient une clause compromissoire et l'autre une clause attributive de compétence, une cour d'appel qui constate que l'arbitre ne peut étendre sa compétence à un contrat autre que celui qui contient la clause d'arbitrage alors que les parties ont voulu distinguer les contrats par des clauses contraires, peut en déduire que la clause stipulée dans le contrat de gage dont l'exécution est poursuivie exclut la compétence du tribunal de laquelle seul le contrat d'approvisionnement ressortit, de sorte que la convention d'arbitrage stipulée au contrat d'approvisionnement est manifestement inapplicable au litige ».

C. Cass. Civ.1, 11 juillet 2006, *Société National Broadcasting Co c. Bernadaux et autres*, n° 04-14.950 (n° 1325 F-P+B+I); *Rev. Arb.* 2006 p. 981 : D.2006.2051 : « le caractère manifeste de la nullité ou l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage est seul de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale. En application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affecte ».

C. Cass. Civ.1, 11 juillet 2006, *Banque populaire Loire et Lyonnais c. Société Sangar*, n° 03-11.983, *Rev. Arb.* 2006 p. 969 ; *RTD com.* 2006.773 note Loquin : « Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage et porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable. La clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et donc contre la société bénéficiaire de la garantie de passif ».

105 CACHARD (O.), Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, *Rev. Arb.* 2006 p.893.

106 CA Aix en Provence, 23 février 2006, E. Loquin, *RTD com.* 2006, 766, col. 2.

de façon impérative, l'Association française d'arbitrage et la Chambre de commerce internationale (CCI). La cour d'appel jugeait que la clause était contradictoire. Au visa de l'article 1493 anc. du Code de procédure civile, la Cour de cassation casse cette décision au motif qu'il « *appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage* ». En « *matière d'arbitrage international se déroulant en France, les difficultés de constitution du tribunal arbitral relèvent du président du tribunal de grande instance de Paris* ». En jugeant la convention d'arbitrage inapplicable du fait de son caractère contradictoire, la cour d'appel avait retenu « *des motifs impropres à caractériser une inapplicabilité manifeste de la clause dès lors qu'elle ne constatait pas une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage et que le juge d'appui, seul compétent pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral, n'avait pas été saisi, la cour d'appel a[vait] violé le principe et le texte susvisés* »¹⁰⁷.

295. Aucune exception ne semble donc admise au principe de compétence-compétence. En fin de compte, aux termes de cet arrêt, l'inapplicabilité manifeste devrait être entendue comme une inexistence de la convention d'arbitrage. Faut-il s'en réjouir ? Nombre d'auteurs diraient que la nullité ou l'inapplicabilité manifeste relèvent « *de l'ancienne méfiance pour l'arbitrage* »¹⁰⁸ et devraient, à ce titre, être effacées comme n'ayant plus aucune raison d'être.

296. Ce principe est pourtant justifié par l'efficacité qu'il entend procurer à l'arbitrage. C'est donc ce même principe d'efficacité qui doit fonder l'interprétation du principe de compétence-compétence. La notion d'applicabilité doit donc être interprétée de manière concrète et non abstraite. En d'autres termes, elle revient à se demander si la convention d'arbitrage est ou non applicable, si elle peut être mise en œuvre¹⁰⁹. Le projet de réforme du Comité français de l'arbitrage consacre l'extension de la notion d'inapplicabilité manifeste ainsi que le nouvel article 1148 du Code de procédure civile¹¹⁰. La notion d'inapplicabilité ne doit pas être réduite à un problème de composition du tribunal arbitral ou à une inexistence de la clause. Elle peut valablement viser les cas d'impossibilité de constitution du tribunal arbitral. En effet, en ce cas, la convention d'arbitrage ne peut réaliser son objet et est en soi inapplicable.

* *
*

297. Si l'aspect positif est rigoureusement reconnu, l'arbitre se voit ainsi octroyer le pouvoir juridictionnel de statuer sur sa compétence. En droit français, ce principe s'inscrit dans une conception idéologique de l'arbitrage qui serait indépendant de tout ordre juridique et, partant, de toute loi. L'aspect négatif reste en revanche une spécificité française conférant un effet direct et indirect au principe de compétence-compétence. Il ne semble accepter aucune exception dans son application en dehors du cas extrême d'inexistence de la convention d'arbitrage. Cette conception, isolée et radicale, peut amener à s'interroger sur sa pertinence. L'admission du référé en cas d'urgence semble une nécessité afin de permettre le traitement de certaines situations litigieuses présentant un caractère d'urgence. Mais, bien que

107 C. Cass. Civ. I, 20 févr. 2007, n° 06-14.107 (n° 228 FS-P+B+I) Bull. civ. I, n° 62, D. 2007.734, « *Principe de compétence-compétence et inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage* » obs. X. Delpéch ; RTD civ. 2008 p. 151 obs. Ph. Thery ; Rev. Arb. 2007.775 note F.-X. Train.

108 J.-B. Racine, Rev. Arb. 2005.687 ; qui prône la disparition de ces exceptions au principe de compétence-compétence : Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international, Communication à la Journée d'hommage et d'études en l'honneur de Philippe Fouchard, Rev. Arb. 2005.305 s., n° 60 s.

109 Pour une analyse en ce sens V. THERY (PH.), Inapplicabilité de la convention d'arbitrage : variations sur vouloir et pouvoir..., (Civ. I, 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 62), RTD civ. 2008 p. 151.

110 V. le texte du projet de réforme du Comité français de l'arbitrage : Rev. Arb. 2006.499, spéc. art. 1497.

nécessaire, cette admission constitue une entorse à la compétence arbitrale. Tout autre est le problème de l'effet indirect de l'effet négatif du principe de compétence-compétence internationalement illicite car il appartient à chaque ordre juridique de fixer ses propres règles de compétence juridictionnelle.

Conclusion de la section 1

298. Le pouvoir juridictionnel reconnu à l'arbitre de statuer sur sa compétence est consacré dans la plupart des ordres juridiques. Il découle d'un conflit de juridictions qui reconnaît la compétence arbitrale pour juger de sa compétence au fond au regard de la convention d'arbitrage. La question de la compétence judiciaire parallèle à celle arbitrale relève de l'aspect négatif du principe qui reste une spécificité française. L'ordre juridique français est l'un des rares à considérer que compétences arbitrale et judiciaire sont exclusives l'une de l'autre et à accorder une compétence prioritaire et exclusive à l'arbitre.

299. Le principe de compétence-compétence est ainsi largement reconnu en droit international de l'arbitrage commercial. Cependant, sa conception fluctue en fonction de la place réservée à la justice arbitrale et du rôle qui lui est dévolu. Grâce au principe de compétence-compétence, les arbitres bénéficient d'une priorité en droit français. Dans d'autres systèmes, il s'agit d'une permission de ne pas surseoir à statuer. Ces deux acceptions peuvent recouvrir l'aspect négatif du principe de compétence-compétence. Néanmoins, dans son sens courant, tel qu'il est entendu en droit français, il s'agit d'une compétence prioritaire et exclusive reconnue à l'arbitre, impliquant une incompétence des juridictions étatiques.

Même lorsque l'effet négatif est largement admis, comme en droit français, la justice étatique reste omniprésente. La compétence étatique intervient à tout stade et n'admet jamais que l'arbitre puisse, de manière définitive et exclusive, déclarer le litige dépendant de la justice arbitrale ou de la justice étatique. Le litigant qui conteste la compétence arbitrale devra, en application du droit français, débiter une instance arbitrale en contestant la compétence de l'arbitre à titre préliminaire pour pouvoir l'invoquer lors de l'exécution de la sentence, et se défendre au fond.

Dès lors, deux possibilités s'offrent à lui : soit la sentence lui est favorable, et le litige cesse ; soit la sentence ne lui convient pas, et il pourra alors l'attaquer devant le juge étatique. Dès lors, l'intervention des juridictions étatiques remet-elle en cause le principe en lui déniait tout intérêt ?

Section 2 : Légalité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence français

« Plus les exceptions au principe seront interprétées de façon stricte, plus ses défauts seront exacerbés »¹¹¹.

300. La convention d'arbitrage est un contrat contenu dans un contrat principal ayant pour objet la conclusion d'un troisième contrat, le contrat d'arbitre. Elle s'insère donc dans un ensemble contractuel indivisible où l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre devrait avoir une incidence sur son existence même, et donc sur l'effet légal de la convention d'arbitrage. En tout état de cause, cette solution s'impose en ce qu'en cas d'impossibilité de formation du contrat d'arbitre, le renvoi systématique à l'arbitrage des litigants, est non seulement contraire au droit des obligations mais surtout au droit au juge en ce qu'il aboutit à un renoncement à tout accès au juge. Dès lors, *« on peut s'interroger sur la pertinence d'une conception aussi radicale de l'effet négatif du principe de compétence-compétence qui finit par se retourner contre les parties, renvoyées à des procédures inutiles. Que dira-t-on des procédures impossibles ? »¹¹².*

En l'état actuel du droit, il apparaît que le recours à l'arbitrage n'est plus nécessairement justifié par la volonté des parties mais par l'allégation de l'une d'elles, sous couvert néanmoins de leur consentement mutuel. Plus fondamentalement, il nous semble que la convention d'arbitrage, par l'effet conjugué des principes de compétence-compétence, de validité et d'autonomie, a un effet légal ne pouvant être atteint en cas de déni de justice.

301. Le principe de compétence-compétence, question procédurale, tend à nier le caractère contractuel et donc consensuel de la justice arbitrale, mais surtout il postule la possibilité de formation du contrat d'arbitre. Or, l'arbitre n'est pas le juge naturel du commerce international mais un juge choisi contractuellement, et l'arbitrage n'est conforme aux intérêts du commerce international qu'à condition de pouvoir être effectif et de correspondre aux attentes légitimes que les parties attribuent à cette forme de justice.

Dans cette perspective, alors que les injonctions *in personam* ont une légalité plus que contestable, il convient de s'interroger sur la pertinence de maintenir en France un effet négatif aussi radical au principe de compétence-compétence (§1). Le caractère illicite auquel aboutit l'application stricte du principe de compétence-compétence, ainsi que la situation de déni de justice qu'il crée en cas d'impécuniosité d'une des parties, invitent à s'interroger sur la pertinence de son maintien et, de ce fait, sur sa conformité avec des normes qui lui sont supérieures. Dès lors, l'opportunité d'un contrôle de toute contestation sérieuse paraît s'imposer (§2).

§1- Radicalisation française de l'effet négatif du principe de compétence-compétence : une nécessité ?

302. L'effet négatif du principe de compétence-compétence français a été institué comme étant strictement nécessaire à l'arbitrage et à son développement. Quitte à heurter une tendance doctrinale qui considère que soulever la question de son maintien revient à souhaiter la mort de l'arbitrage, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une solution aussi radicale. En

111 JAULT-SESEKE (F.), Du contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, à propos de la Cour de cassation (1re Ch. civ.) - 25 avril, 23 mai et 11 juillet 2006 (3 arrêts, *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin), *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 128

112 V. THERY (PH.), Inapplicabilité de la convention d'arbitrage : variations sur vouloir et pouvoir..., (Civ. 1re, 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 62), *RTD civ.* 2008 p. 151.

effet, il transforme la convention d'arbitrage en un contrat hors norme sans nécessairement que cette dérogation au droit commun des contrats se justifie eu égard aux intérêts du commerce international (A). Surtout, l'arbitrage se doit d'être protégé s'il est effectif et apte à garantir les normes d'un procès équitable. Or, une sentence par défaut rendue dans l'hypothèse d'impécuniosité d'une des parties ne saurait être reconnue (B).

A- La protection des intérêts du commerce international et l'efficacité économique

303. Ce qui est souvent invoqué au soutien de l'effet négatif du principe de compétence-compétence est l'argument selon lequel il convient de préserver « l'intérêt du commerce international ». Les intérêts du commerce international sont invoqués comme une menace à tous ceux qui oseraient contester le principe. C'est ainsi que s'ajoutant à un critère juridique¹¹³, la notion de protection des intérêts internationaux a ainsi au fil des années pris une place prépondérante dans la jurisprudence de la Cour de cassation tant en matière contractuelle qu'en matière d'arbitrage international.

Encore convient-il d'identifier la notion car il n'existe aucune définition jurisprudentielle ou légale de celle-ci. « *S'agit-il simplement du développement des échanges économiques, qui serait considéré comme un bienfait ? faut-il au moins y ajouter un aspect qualitatif, en présupposant qu'un tel essor doit améliorer le bien-être, au moins matériel, des populations du monde entier ? Ces intérêts sont-ils ceux des opérateurs économiques ou faut-il y inclure l'intérêt général largement entendu, celui du « développement durable », pour reprendre la terminologie officielle ?* »¹¹⁴.

304. Le commerce se voit donc revêtu d'intérêts au même titre qu'une personne physique ou morale ou qu'un État. Il se personnifie devenant de par la sorte un être autonome qu'il convient de protéger. Quand bien même nous pouvons admettre l'idée que le commerce soit personnifié, encore nous faut-il définir quels sont ses intérêts. Sommairement, les intérêts peuvent se définir comme « *les moyens juridiques mis à [la disposition des opérateurs du commerce international] pour participer à ces échanges dans les meilleures conditions possibles et, en cas de difficulté, pour régler les litiges de façon rapide et efficace* »¹¹⁵. Ce qui semble caractériser la protection des intérêts du commerce international tient en deux principes : liberté et sécurité des opérateurs du commerce¹¹⁶. Les intérêts du commerce peuvent également renvoyer à une analyse économique du droit. En tout état de cause il convient, dans le cadre de notre étude, de s'interroger sur le bénéfice que retire le commerce international de l'arbitrage, pour déterminer dans quelle mesure l'effet négatif du principe de compétence-compétence préserve les intérêts du commerce international.

305. Si l'on prend l'expression d'intérêts du commerce international dans sa généralité, on peut s'interroger sur la pertinence à laisser se poursuivre une situation de blocage. Ainsi, selon Demogue, une convention qui ne peut plus aboutir « *qu'à des conséquences en contradiction certaine avec l'intérêt général cesse telle qu'elle de mériter une force obligatoire. [...] L'intérêt général à l'exécution du contrat peut exceptionnellement se trouver plus faible que cet autre intérêt général qui ne veut pas qu'un contrat mal adapté aux circonstances nouvelles s'exécute* »¹¹⁷. La convention d'arbitrage vise à l'aménagement de

113 V. notamment Cass civ. 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, *Rev. Crit. DIP* 1950.609 note H. Battifol ; *D.* 1951. 749 ; GAJDIP n° 22.

114 FOUCHARD (Ph.), La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international, *Petites affiches*, n° 252, 18 déc. 2003, p. 36.

115 V. LÉBOULANGER (Ph.), *La notion d'« intérêts » du commerce international*, « hommage à la mémoire de Philippe Fouchard, *Rev. Arb.* 2005.487 spéc. 489.

116 En ce sens V. LÉBOULANGER (Ph.), *La notion d'« intérêts » du commerce international*, « hommage à la mémoire de Philippe Fouchard, *Rev. Arb.* 2005.487 spéc. 491 qui considère qu'il s'agit de « la finalité du commerce international ».

117 DEMOGUE (R.), Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *RTD civ.* 1907.24

l'accès à la justice. Dès lors qu'elle ne peut être mise en œuvre, son inexécution est économiquement plus utile que son exécution et préserve les intérêts du commerce international.

306. L'utilité de l'arbitrage pour préserver les intérêts du commerce international est entièrement dépendante de son effectivité. Dès lors, une convention d'arbitrage inapplicable devient inutile et donc contraire à la protection des intérêts du commerce. Selon l'analyse économique du contrat, pour que ce dernier soit efficace, chaque contractant accorde plus d'importance à la contrepartie attendue qu'à sa propre prestation. Dès lors, si le contractant accorde plus de valeur à l'inexécution du contrat, alors celle-ci devient économiquement plus efficace. Le raisonnement consiste à considérer qu'au regard de la partie créancière, l'utilité de l'exécution est alors compensée par des dommages et intérêts.

En droit des contrats, cette idée ressort de l'article 1142 du Code civil. Ainsi, en dehors de l'arbitrage international, la jurisprudence française laisse le choix au créancier entre l'exécution de l'obligation en nature sous astreinte et l'octroi de dommages et intérêts. Précision notable, ce choix n'est cependant ouvert que si l'exécution en nature est possible.

307. La légalité de la sanction en matière d'arbitrage est ainsi discutable et ne correspond pas à la protection des intérêts du commerce international. Lorsque la convention d'arbitrage ne peut recevoir application, admettre sa caducité semble être économiquement préférable. L'analyse utilitariste du contrat et de sa rupture permet d'apprécier si, et dans quelle mesure, la convention d'arbitrage conserve un intérêt. Le principe de compétence-compétence aboutit à un forçage du consentement au contrat d'arbitre. En effet, il s'agit d'une poursuite imposée des relations contractuelles nonobstant l'impossibilité d'exécution du contrat et d'accès au juge.

De deux choses l'une : soit le principe de la rupture de la convention d'arbitrage est admis et alors il est possible de déterminer son prix, soit ce principe est exclu, et en ce cas il convient de condamner soit à l'exécution en nature si elle est possible soit, à défaut par équivalent, c'est-à-dire par l'octroi de dommages et intérêts. Mais le principe de compétence-compétence aboutit au résultat paradoxal de transformer la convention d'arbitrage en un contrat perpétuel y compris lorsque l'exécution en nature s'avère impossible, et donc d'aboutir à un déni de justice. Il crée ainsi une situation de blocage qui profite à l'une des parties, privant la seconde de tout recours juridictionnel. En effet, tout en refusant le principe même d'une rupture du contrat qu'est la convention d'arbitrage ou de son extinction par la survenance de son terme, le principe ne permet pas de substituer l'exécution en équivalent à celle en nature lorsqu'elle ne peut être exécutée. Le dessaisissement est automatique.

308. Afin d'accéder au juge, la conclusion du contrat d'arbitre est donc imposée sans considération au regard de l'impécuniosité d'une partie « *qui est obligée par la loi de faire la déclaration de volonté nécessaire à la formation du contrat, sous peine d'une sanction* »¹¹⁸, en l'occurrence la fermeture de l'accès à la justice étatique. De par l'effet négatif du principe de compétence-compétence, le contrat d'arbitrage devient un contrat forcé si l'on veut accéder au juge. L'opportunité de cette priorité presque automatique reconnue à l'arbitrage au regard des juridictions étatiques reste discutable lorsque les parties sont face à de réels problèmes de constitution du tribunal arbitral¹¹⁹. L'effet négatif du principe de compétence-compétence

118 MOREL (R.), Le contrat imposé, in *Le droit privé au milieu du XX siècle. Mélanges Georges Ripert*. LGDJ, 1950, t. 2 p. 116. Or, si l'on admet que l'obligation des litigants de conclure un contrat d'arbitre provient non de la certitude de l'existence de la convention d'arbitrage mais de son apparence, cette obligation est nécessairement légale, tout comme l'est l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage. Ce n'est pas nécessairement parce que les litigants ont tenu à soumettre leur litige à l'arbitrage qu'ils se trouvent dans l'obligation de contracter (même si en pratique la convention d'arbitrage existe le plus souvent).

119 V. en ce sens : LAAZOUZI (M.), Portée et limites du principe compétence-compétence à propos de Cour de cassation (1re Ch. civ.). - 8 avril 2009, *Société Gefu Kuchenboss GmbH et autres c. soc. Corema*, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 771.

s'applique sans considération des circonstances de l'espèce. Sorte de peine automatique contre celui qui aurait prétendument accepté une convention d'arbitrage, le droit des contrats comme le droit au juge s'effacent au profit du droit de l'arbitrage¹²⁰.

309. Or, plutôt que d'envisager uniquement la compétence étatique en cas de déni de justice avéré, la solution permettant d'aboutir à un équilibre nous semble être celle consistant à préserver l'aspect de l'effet positif du principe de compétence-compétence tout en repensant en termes plus mesurés l'effet négatif du principe. Mais, pour assurer l'augmentation du recours aux centres d'arbitrage, la jurisprudence française fait partie des plus libérales au monde. Elle assure un dessaisissement systématique des juridictions étatiques au profit des arbitres en appliquant avec une extrême sévérité l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

Le droit français assure la validité systématique de la convention d'arbitrage *via* les principes de validité et d'autonomie de celle-ci. Le premier assure à la convention d'arbitrage des conditions de validité dérogoratoires du droit commun des contrats, le second, un régime détaché entre celui de la convention d'arbitrage et celui du contrat de base. La Cour de cassation procède alors par le biais de la technique des règles matérielles et, depuis l'arrêt *Dalico*¹²¹, considère que « *son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* ». Ainsi, dans l'arrêt *Soerni*, la Cour précise cette jurisprudence¹²².

310. Le raisonnement est donc que pour être valable et efficace, la clause doit être conforme à la volonté des parties. Cette volonté n'est pas appréciée en référence à une loi étatique (*i.e.* droit commun des contrats rattaché à un ordre juridique suivant la règle des conflits de lois) mais ne dépend que d'une appréciation factuelle qui, en conséquence, est soumise à l'analyse des arbitres car cette absence de volonté est rarement manifeste. C'est une sorte de cercle vertueux permettant une soumission systématique à l'appréciation de l'arbitre.

Dans cette optique, il est donc tout à fait logique que la haute juridiction refuse de voir une juridiction statuer sur la validité de la clause lors d'une contestation sérieuse de celle-ci nonobstant les termes de la convention de New York de 1958. En effet, les intérêts économiques des centres d'arbitrage français pourraient être atteints et la convention de New York, pourtant inapplicable au regard des conflits de juridictions interétatiques, permet en son article 7 d'adopter toute législation plus favorable à l'arbitrage, dans le respect du droit international public et des droits fondamentaux.

311. La majorité de la doctrine craint qu'une atteinte puisse être portée au principe de compétence-compétence français et donc au droit pour l'arbitre de juger de sa compétence ainsi qu'au caractère délocalisé de l'arbitrage international. Cela étant, l'harmonisation des compétences internationales ou une conception plus mesurée de l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne porteraient pas atteinte à l'aspect positif du principe, il n'y aurait aucune perte de temps et donc d'argent. La principale crainte serait de voir l'arbitre suivre¹²³ la décision de la juridiction étatique en cas d'effet atténué de l'effet négatif du principe. Cette

120 V. en ce sens : R. Libchaber, note sous Cass. civ. 2e, 18 décembre 2003, *Deffrénois*, 2004. 990 s.

121 C. Cass. Civ. 1, 20 déc 1993 n° 91-16.828, *Dalico*, Bull. civ. I, n° 372 ; *D.* 1994. IR. 13 ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 663 note P. Mayer ; *Rev. Arb.* 1994 p. 116 note H. Gaudemet Tallon ; *JDI* 1994.432, note Gaillard et 692, note Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1994.260 note Ph. Fouchard ; *JDI* 1994.690, note Loquin ; *RTD com.* 1994.254, obs. Dubarry et Loquin.

122 C. Cass. Civ. 1, 8 juillet 2009 n° 956 (08-16.025) *Société Soerni* ; *D.* 2009.1957 note X. Delpech ; *Rev. Crit. DIP* 2009.779 note Jault-Seseke : « *l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société* ».

123 Et donc d'attendre pour se prononcer.

crainte doit probablement se vérifier si la juridiction saisie est un for pertinent notamment au regard de l'exécution de la sentence et des intérêts en jeu. À défaut, l'arbitre n'a pas à s'en préoccuper. Or, dans cette hypothèse, le fait que la question de la compétence soit vidée le plus rapidement semble correspondre à la préoccupation « *time is money* » invoquée à l'appui de nombreuses critiques.

312. Notre législation est entièrement fondée sur la volonté de protéger les intérêts économiques des centres d'arbitrage jugés fondamentaux. Ces intérêts ne doivent cependant pas nuire aux sociétés et entreprises françaises et plus généralement avoir des incidences sur les intérêts financiers de la société française. En effet, la protection des centres d'arbitrage dans le cadre d'un déni de justice économique nuirait au commerce international en faisant de l'arbitrage un moyen d'échapper au procès. Pourtant, ne pas prendre en compte cette situation de déni de justice détournerait l'institution de son but originel.

313. En outre, il paraît évident que l'arbitre ne peut être considéré comme « *le juge naturel des intérêts du commerce international* » en ce qu'il est un juge choisi mais il est certain qu'il est un juge conforme aux intérêts susvisés si et seulement si, la justice arbitrale est effective. Or, le principal problème venant de l'admission de l'effet négatif du principe de compétence-compétence n'est pas de reconnaître le dessaisissement des juridictions étatiques mais les modalités. Son application en France est systématique sans égard à la volonté des parties ou à l'effectivité de l'arbitrage. En effet, le contrôle *prima facie* équivaut à une absence de contrôle et c'est ce renvoi systématique à l'arbitrage qui peut nuire, *in fine*, à l'arbitrage et aux intérêts du commerce international.

314. Selon certains auteurs, « *Le décret du 13 janvier 2011 constitue incontestablement une avancée majeure pour l'arbitrage français tant interne qu'international en ce qu'il modernise et libéralise leur régime juridique. En cela, la réforme est de nature à renforcer l'attractivité de la place de Paris en la matière. Pour autant, il est certain que, en matière d'arbitrage international, le recours à une place d'arbitrage n'est pas seulement motivé par des raisons qui tiennent à la qualité du droit de la place choisie, mais aussi à l'idée que se font les parties de la place d'arbitrage et de son droit* »¹²⁴. Cette évolution « *arbitrage-centriste* », confortée par le nouveau décret en date du 13 janvier 2011, n'est pas nécessairement favorable à l'institution, loin s'en faut. Une application plus raisonnable de l'effet négatif du principe de compétence-compétence redonnerait plus de sens à la base contractuelle et donc volontaire de l'arbitrage tout en responsabilisant les parties au contrat.

315. Par ailleurs, la France n'a pas vocation à imposer aux juridictions du monde entier sa conception du principe, transformant l'exception d'arbitrage en une sorte de chef de compétence exorbitant des juridictions françaises. L'effet indirect du principe de compétence-compétence devient source de conflits de décisions, y compris dans le cadre européen, et nuit à la bonne administration de la justice. Un contrôle des juridictions étatiques, dès lors qu'une contestation sérieuse de la convention d'arbitrage est invoquée, serait un moyen procédural efficace pour équilibrer le régime à condition d'unifier les compétences juridictionnelles internationales en cette matière. Le décret a pour lui l'avantage de consacrer la notion d'inapplicabilité. Reste à s'entendre sur le sens de cette notion. En outre, il conforte la

124 GAILLARD (E.), DE LAPASSE (P.), Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, *D.* 2011 p. 175 n° 45 et 47 ; BOLLEE (S.), Le droit français de l'arbitrage après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, *Rev. Crit. DIP* 2011 p. 553 : « *En la matière, les systèmes juridiques sont de plus en plus enclins à concevoir leurs rapports comme ceux qu'entretiennent des opérateurs se disputant une clientèle, et il est constant que les réformes « modernisatrices » sont perçues comme un moyen privilégié de capter celle-ci. C'est l'histoire de bien des lois sur l'arbitrage qui ont été adoptées au cours des dernières décennies dans de très nombreux pays, et il est hors de doute qu'en l'occurrence le souci de promouvoir la place d'arbitrage de Paris a pesé* » (n°2).

compétence du juge d'appui en cas de risque de déni de justice.

316. Plus largement, ce problème s'inscrit dans une réflexion touchant à la notion de compétence internationale des juridictions étatiques au regard des litiges ayant pour objet principal ou incident l'arbitrage. Il n'existe aucune convention internationale sur cette question. La convention de New York de 1958 traite de la répartition interne des compétences entre le for saisi et l'arbitrage mais ne vise pas les conflits de juridictions. Il s'agit donc d'une convention de procédure et non de répartition des compétences internationales. Cette lacune est source de conflit de décisions et encourage le *forum shopping*, donc une compétitivité législative exacerbée. Cela étant, il semble que le *forum shopping* soit plébiscité afin de permettre une concurrence législative entre États au bénéfice de leurs centres d'arbitrage. Il ne semble pas exister systématiquement une justification de proximité en matière de compétence juridictionnelle française relative à l'arbitrage.

Ce qui est donc au cœur de la compétence des juges français en matière d'arbitrage n'est pas l'intérêt des parties mais le bon fonctionnement des centres d'arbitrages. Or, la bonne administration de la justice implique de retenir la compétence du for lorsqu'il existe un lien avec le litige qui lui est soumis. Certes, il est essentiel que le juge d'appui puisse aider au bon déroulement de l'arbitrage sur le territoire français, nous ne remettons pas en cause cette compétence. Les chefs de compétence internationale se doivent d'assurer un équilibre. En matière d'arbitrage, comme ailleurs, il convient donc de conserver une certaine mesure. Il est vrai que le caractère international du litige soumis à la procédure d'arbitrage pose le problème des frontières territoriales et de l'efficacité de la décision étatique ainsi prononcée en matière d'arbitrage. Cette question est connue en droit international privé et, à défaut de convention internationale répartitrice des compétences, elle ne se limite pas au problème de l'arbitrage. Or, si en dehors de cette question, les États gardent généralement une position mesurée quant à leur compétence internationale, pourquoi en irait-il autrement en matière de justice privée ?

Comme relevé précédemment, l'arbitrage n'est pas délocalisé mais multi-localisé, et chaque État aménage donc, selon ses règles de compétence interne, la place qu'il entend octroyer à l'arbitrage. Il ne s'agit pas d'un conflit de juridictions au sens du droit international privé mais d'une répartition interne des compétences, donc d'une question de procédure. En conséquence, même si l'article 6 § 1 de la CESDH ne s'applique pas directement à l'arbitre, l'État est responsable de toute violation qu'il laisserait se produire sur son territoire donc de toute violation dans le cadre des litiges qui relèvent de sa compétence ordinaire dès lors que le fait de soumettre un litige à la juridiction arbitrale est une question de procédure relevant de la *lex fori*. Or, en toute hypothèse, le droit au juge, garant de l'État de droit, doit prévaloir sur tout autre. « *L'arbitrage international ne serait donc pas si imperméable aux droits de l'homme dans la mesure où l'équité constitue un impératif de protection commun à la justice étatique et arbitrale mais aussi et surtout parce que le coût élevé d'un arbitrage pourrait constituer un obstacle à l'accès d'une partie faible à la justice tel que garanti par l'article 6-1 CEDH* »¹²⁵. C'est donc ce for qui sera responsable, et c'est vers la loi qu'il faut se tourner pour trouver des solutions au déni de justice.

317. Dès lors qu'une impossibilité d'accès au juge est constatée, il convient d'assurer l'accès à un tribunal de substitution. En droit international privé, le déni de justice sera constitué dès lors qu'il y a une atteinte au droit au juge, droit fondamental appartenant à l'ordre public. Ainsi, nous rejoignons l'analyse de Monsieur F. Valencia en ce qu'il juge « *qu'il n'est pas tolérable que le recours à l'arbitrage équivaille à la renonciation à un droit aussi essentiel que le droit d'accès à un tribunal entendu dans son sens large. Une telle interprétation de l'article 6-1 CESDH ne correspondrait pas à la finalité de cette disposition,*

125 VALENCIA (F.), Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007 n°1 p. 45 spéc. 49.

vu l'importance de ce droit au cœur de la philosophie du procès équitable »¹²⁶. Dans cette mesure, il nous semble que si le principe de compétence-compétence doit être conservé intégralement dans son aspect positif en prenant soin cependant de garder à l'esprit la distinction entre compétence et pouvoir juridictionnel, il doit être pensé de manière plus rationalisée dans son aspect négatif et donc admettre le contrôle de toute contestation sérieuse. Il n'est pas nécessaire d'imposer aux juridictions étatiques un dessaisissement systématique et mécanique au profit de l'arbitrage, des garanties procédurales pouvant être apportées.

Dans cette perspective, le juge d'appui a un rôle primordial puisqu'il est garant en France de la bonne marche de l'arbitrage, il lui incombe également la tâche d'en constater l'échec. Seule cette remise en cause serait de nature à permettre d'éviter les risques de déni de justice en équilibrant le régime de l'institution. Cette proposition est à contre-courant de la doctrine majoritaire qui aspire à une avancée du libéralisme en la matière. Cela étant, jusqu'où doit-on pousser ce libéralisme ? Actuellement, c'est un euphémisme de dire que « *Soucieuse [d'assurer l'efficacité de l'arbitrage], la Cour de cassation veille au respect des conventions d'arbitrage avec une extrême énergie* »¹²⁷, alors que la Cour suprême considère qu'une clause d'arbitrage n'ayant aucun lien avec le litige n'est pas manifestement inapplicable. Ce « *dogme de la priorité de l'arbitre*¹²⁸ » peut entraîner de nombreux inconvénients, « *mais le dogme semble fermement ancré et il faut croire que ce qui est manifeste dans des circonstances ordinaires cesse de l'être lorsque l'on parle d'arbitrage* »¹²⁹.

B- Condition de la licéité de la sentence arbitrale par défaut et impécuniosité d'une partie

318. Le renvoi systématique des parties devant l'arbitre ne prend nullement en compte la possibilité de conclusion du contrat d'arbitre. Mais il se peut qu'une partie saisisse un tribunal arbitral malgré l'impécuniosité de son adversaire et obtienne une sentence par défaut. La sentence par défaut, sorte de sanction en nature, est illégale et ne saurait être reconnue à ce titre dès lors que le défendeur ou le demandeur (1) sont dans une situation d'impécuniosité rendant impossible leur participation à l'arbitrage. À notre connaissance, seule la soumission du litige au Règlement de la Chambre de commerce Franco-arabe permet d'éviter cette conséquence (2). À ce titre, ce règlement fait figure d'exception en ce qu'il garantit le droit d'accès au juge y compris en cas d'impécuniosité d'une partie en adoptant une solution mesurée.

1)- Légalité des sentences par défaut : impécuniosité du défendeur

319. Lorsque l'impécuniosité concerne le défendeur, certains centres d'arbitrage admettent qu'une sentence par défaut puisse être rendue¹³⁰. Dès lors, il convient de s'interroger sur la légalité d'une telle décision de justice. Si l'impécuniosité vise le défendeur, le demandeur à l'arbitrage sera seul à exposer sa cause, à payer les arbitres et à avoir une sentence. Cette situation est en tout point contraire au procès équitable et à l'égalité des armes lorsque la

126 VALENCIA (F.), Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007 n°1 p. 45 spéc. 65.

127 THERY (PH.), Le juge et la convention d'arbitrage ou l'instrumentalisation des notions juridiques... (Civ. 1re, 8 nov. 2005, n° 02-18. 512, D. 2005.2896, obs. Th. Clay), *RTD civ.* 2006 p. 143.

128 THERY (PH.), Le juge et la convention d'arbitrage ou l'instrumentalisation des notions juridiques... (Civ. 1re, 8 nov. 2005, n° 02-18. 512, D. 2005.2896, obs. Th. Clay), *RTD civ.* 2006 p. 143.

129 THERY (PH.), Le juge et la convention d'arbitrage ou l'instrumentalisation des notions juridiques... (Civ. 1re, 8 nov. 2005, n° 02-18. 512, D. 2005.2896, obs. Th. Clay), *RTD civ.* 2006 p. 143.

130 V. Article 6.3 du Règlement CCI notamment.

défaillance du défendeur a pour origine une impossibilité matérielle d'accéder à la justice et que le règlement d'arbitrage ne supplée pas à ce problème.

320. Au regard de la conformité des décisions rendues par défaut dans le cadre européen, la Cour de justice de l'Union européenne a eu à juger de la légalité des jugements par défaut anglais dans l'affaire *Gambazzi* en date du 2 avril 2009¹³¹. La question posée aux juridictions françaises, new-yorkaises, suisses, monégasques ou italiennes était celle de la reconnaissance des jugements par défaut anglais. Un rappel des faits s'impose. Une société d'investissement canadienne, *Castor*, fut déclarée en faillite dans les années quatre-vingt-dix. Après des années de procédure, des investisseurs canadiens saisirent les juridictions anglaises du litige les opposant aux ex-dirigeants de la société ayant fait faillite. Les défendeurs, déclarés défaillants, furent condamnés à payer toutes les sommes demandées par les investisseurs. Quelle devait être la portée procédurale d'un tel jugement dans l'ordre international, jugement n'entretenant aucun lien, ou presque¹³², avec les juridictions anglaises ?

Concernant uniquement le cas de Monsieur *Gambazzi*, l'ensemble des défendeurs s'est vu soumis à deux mesures dissuasives de la procédure anglaise : d'une part, une injonction *Mareva*, et d'autre part une obligation de révélation, toutes deux de portée mondiale. À défaut, les défendeurs s'exposaient à se voir privés de liberté, condamnés à de fortes amendes et, spécifiquement, s'exposaient à perdre tout droit de se défendre devant les juges anglais. Les défendeurs se trouvaient en outre interdits de disposer de leurs biens. Monsieur *Gambazzi*²² contesta la compétence anglaise et la mesure provisoire ainsi prise. Certaines informations patrimoniales demandées étaient couvertes par le secret professionnel et l'auraient exposé en cas de révélation à des condamnations pénales en Suisse, lieu de sa résidence. Non seulement ses demandes furent rejetées mais, en outre, Monsieur *Gambazzi* fut privé du droit de se défendre pour refus d'obtempérer, ce qui équivaut en droit anglais, à une admission de toutes les demandes du demandeur sans examen du tribunal¹³³. Le litige n'entretenant aucun lien avec les juridictions anglaises, ni le défendeur, les jugements devaient être reconnus dans l'ordre international pour assurer son efficacité. Le jugement a été déclaré exécutoire aux États-Unis car jugé conforme à l'équité procédurale et à la compétence indirecte des juges anglais. La Suisse considéra que l'interdiction du droit de se défendre à titre de sanction n'était pas contraire au droit d'accès au juge mais vit dans la rétention des pièces effectuée par les premiers avocats de Monsieur *Gambazzi*, lui imposant de se défendre sans celles-ci, une atteinte intolérable aux droits de la défense. Les juridictions anglaises ne lui ayant pas porté secours, la demande d'*exequatur* des décisions fut donc rejetée. Quant aux juridictions françaises, elles n'ont pas eu à se prononcer sur le cas de Monsieur *Gambazzi* mais déclarèrent cependant admissibles les effets sur le territoire français de l'injonction *Mareva*.

Finalement résistants à ce « *légalisme Beat* »¹³⁴ et face à cette « *restriction la plus grave possible aux droits de la défense* »¹³⁵, seuls les tribunaux monégasques considérèrent ces décisions comme contraires, en elles-mêmes, à l'ordre public procédural, à savoir aux règles fondamentales du procès. Cette violation des règles du procès est établie tant au regard du principe du contradictoire que de celui de la motivation des décisions. La Cour de justice

131 CUNIBERTI (G.), La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais à propos de l'affaire *Gambazzi-Stolzenberg*, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 685.

132 Le seul lien existant étant le domicile de l'un des défendeurs au jour de la saisine. Les 36 autres parties ainsi que le litige n'ayant aucun lien avec les fors saisis.

133 Deux jugements furent donc rendus à son encontre : le premier, au nom de la *High Court* mais signé par les avocats du demandeur, prenant acte de son refus d'obtempérer à l'injonction et les conséquences en découlant, le second précisant le montant des dommages et intérêts dus.

134 CUNIBERTI (G.), La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais à propos de l'affaire *Gambazzi-Stolzenberg*, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 685 n° 36.

135 CUNIBERTI (G.), La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais A propos de l'affaire *Gambazzi-Stolzenberg*, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 685 n° 36 citant les termes de l'avocat général Kokott.

de l'Union européenne fut saisie par les juridictions italiennes au sujet de l'interprétation de l'article 27-1 de la convention de Bruxelles relative à l'ordre public. L'interdiction de se défendre était-elle compatible avec le droit au procès équitable ?

Dans cette affaire, la Cour de justice de l'Union européenne ne condamne pas de manière absolue l'injonction *Mareva* mais impose aux juridictions saisies d'analyser de manière approfondie les conséquences de sa mise en œuvre à tout stade de l'instance afin de vérifier dans quelle mesure le défendeur a été entendu. « *C'est évidemment important, puisque l'accès au tribunal est un aspect du procès équitable. Mais c'est bien volontiers que l'on aurait considéré qu'il représentait un droit fondamental autonome, distinct du droit de ne pas se voir frapper par une sanction disproportionnée. En d'autres termes, une chose semble être la disproportion de la sanction ayant frappé Gambazzi, une autre son accès au juge pendant la procédure* »¹³⁶.

321. La solution peut être transposée à l'arbitrage. Il convient d'analyser les circonstances ayant donné lieu au non-paiement de la provision. Lorsque cette interdiction de se défendre a pour source un état d'impécuniosité, elle devient contraire à l'ordre public procédural. Or, un défendeur ne peut valablement invoquer l'inapplicabilité de la clause si ce défendeur avait valablement pu saisir et constituer un tribunal arbitral. Le problème qui se pose est alors de savoir dans quelle mesure celui-ci peut participer à l'instance sans participer à la provision requise.

322. La sanction consistant en l'interdiction ou l'impossibilité de se défendre est-elle une peine proportionnée et conforme au procès équitable donc à l'ordre public procédural français ? « *Certes, les droits fondamentaux, tels que le respect des droits de la défense, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions. Toutefois, celles-ci doivent répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et ne pas constituer, au regard du but poursuivi, une atteinte manifeste et démesurée aux droits ainsi garantis [...], les ordres juridiques de la plupart des États membres prévoient des sanctions à l'égard des personnes qui, dans le cadre d'un procès civil, adoptent un comportement dilatoire qui aboutirait en fin de compte à un déni de justice. De telles sanctions ne doivent cependant pas être manifestement disproportionnées par rapport au but visé, qui est d'assurer le déroulement efficace de la procédure en vue d'une bonne administration de la justice* »¹³⁷.

323. En France, l'impossibilité matérielle ne sera prise en compte par la jurisprudence qu'une fois l'arbitrage réalisé. En conséquence, seule l'impossibilité d'accès au juge du défendeur et non du demandeur sera prise en compte pour ne pas nuire à la saisine de l'arbitre. Dès lors, l'article 6 § 1 de la CESDH n'intervient qu'au stade de l'analyse de la sentence et non pour vérifier le droit d'accès à la justice.

Le même raisonnement est suivi en doctrine où la conformité au procès équitable est analysée à l'aune du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public¹³⁸. Suivant ce raisonnement, en cas d'impossibilité de conclure un contrat d'arbitre par l'une des parties, il faudrait attendre une décision arbitrale pour statuer sur cette question. La protection de la partie impécunieuse s'efface pour protéger un régime légal libéral afin d'assurer la pérennité des centres d'arbitrage situés en France. La seule possibilité pour qu'un arbitre statue, en

136 CUNIBERTI (G.), La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais A propos de l'affaire Gambazzi-Stolzenberg, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 685 n° 38.

137 V. n° 29 à 32 de la CJUE (1re ch.), 2 avril 2009, *M. Gambazzi c. DaimlerChrysler Canada Inc. et CIBC Mellon Trust Company*. - aff. C-394/07, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 685 ; GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n° 404-1.

138 VALENCIA (F.), Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007 n°1 p. 45.

l'occurrence, est l'hypothèse où le défendeur est en situation d'impécuniosité, et non le demandeur, et que l'arbitre rend une sentence par défaut. Encore faut-il admettre que dans ce cas, les principes d'égalité devant la justice et du contradictoire se trouvent respectés, ce qui ne va pas de soi. Dans cette hypothèse, à défaut de respecter le droit d'accès à la justice, la jurisprudence s'assure que l'absence de respect des principes d'égalité des parties et du contradictoire n'est pas dû à ce fait. C'est pourquoi la cour d'appel de Paris a affirmé que « *la sentence rendue par défaut n'est pas contraire à l'ordre public international si le défendeur a été dûment informé du déroulement de la procédure et n'a pas été dans l'impossibilité matérielle de se faire représenter devant le tribunal arbitral siégeant à l'étranger* »¹³⁹. L'impossibilité matérielle d'accéder à l'arbitre est donc prise en compte dans une certaine mesure une fois la sentence par défaut rendue. Il serait de bonne justice d'imposer en ce cas l'édition d'une sentence intermédiaire sur cette question. En revanche, l'impossibilité matérielle s'efface devant l'application mécanique du principe de compétence-compétence tel que conçu en France lorsqu'il est question de la faiblesse économique du demandeur.

2)- Règlement d'arbitrage de la chambre de commerce franco-arabe, une exception

324. Dans le but de lutter contre cette situation de déni de justice, le nouveau règlement d'arbitrage de la chambre d'arbitrage de commerce franco-arabe a prévu en son article 5 « *versement de la provision pour frais et honoraires de l'arbitrage* » que « *si l'une des parties est défaillante dans ce versement, une autre peut pallier cette défaillance. Celle-ci pourra alors demander que la provision totale à verser soit révisée et fixée en fonction de ses seules demandes* (alinéa 2). *À défaut de paiement dans le délai fixé, le Centre est en droit de considérer l'instance arbitrale comme caduque [...]* (alinéa 3). *Cette caducité sera considérée comme une renonciation à la demande d'arbitrage et un désistement de la clause compromissoire en ce qui concerne le litige objet de ladite demande ouvrant la possibilité de recourir aux tribunaux étatiques du siège de la partie non défaillante, que les parties considèrent d'ores et déjà comme exclusivement compétentes, afin de trancher le litige* (alinéa 4) ».

325. Il est certain qu'il s'agit d'une avancée notable. En effet, lorsque le défendeur ou le demandeur est défaillant et que la partie solvable ne peut ou ne veut assumer seule les frais de l'arbitrage, l'article 5 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce Franco-arabe permet d'avoir recours aux juridictions étatiques. Le mécanisme ne distingue pas la partie impécunieuse. Il se peut donc que celle-ci concerne le demandeur. Dans cette hypothèse, le défendeur devra assumer seul les frais de l'arbitrage. Afin d'équilibrer le régime, il est possible de demander une réduction des frais et honoraires de l'arbitrage ainsi supportés. Il semble que la décision finale soit discrétionnaire. Les critères de décision du centre pourront donc être la situation économique de parties ainsi que la cause de la défaillance de l'une d'elles.

326. En tout état de cause, la sanction instaurée est très équilibrée. En effet, si au moins l'une des parties ne prend pas en charge l'intégralité de la provision ou une partie de celle-ci en cas de réduction, les deux parties seront présumées avoir renoncé à l'arbitrage. Dès lors, la convention d'arbitrage est déclarée caduque, ce qui permet la saisine des juridictions étatiques. Ainsi, l'impécuniosité du demandeur ou du défendeur ne peut être source de déni de justice. La convention d'arbitrage ne devient plus un instrument permettant d'exercer une pression injustifiée sur une partie économiquement plus faible. En effet, rien n'empêche par la

139 CA Paris, 7 fév. 1991, *Rev. Arb.* 1992 p. 630 obs. Pellerin.

suite d'étudier la cause de cette défaillance et de répartir dans la sentence finale les honoraires et frais d'arbitrage différemment.

327. En outre, dans le cas de la caducité de la convention d'arbitrage, il convient de noter que l'article 5 prévoit que le choix du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce Franco-arabe équivaut à un choix de juridiction, en l'occurrence les tribunaux étatiques de la partie non défaillante. Ce choix est équilibré.

328. Cependant, ce règlement d'arbitrage novateur fait figure d'exception. Il n'existe rien de comparable dans les autres règlements qui ne tiennent pas compte de la situation éventuelle d'impécuniosité d'une des parties.

329. À titre d'exemple, le règlement d'arbitrage CCI prévoit dans son article 30.3 et 30.4 « *Provision pour frais de l'arbitrage* » que « *La provision fixée par la Cour est due en parts égales par le demandeur et le défendeur. [...] Toutefois, toute partie peut payer l'intégralité de la provision correspondant à une demande principale ou reconventionnelle si l'autre partie ne verse pas la part qui lui incombe [...] Lorsqu'une demande de provision n'est pas satisfaite, le Secrétaire général peut, après consultation du tribunal arbitral, l'inviter à suspendre ses activités et fixer un délai qui ne saurait être inférieur à quinze jours, à l'expiration duquel la demande principale ou reconventionnelle à laquelle correspond cette provision sera considérée comme retirée. [...] Un tel retrait ne privera pas la partie concernée du droit de réintroduire ultérieurement la même demande ou demande reconventionnelle dans une autre procédure* ». En conséquence, si l'une des parties peut suppléer à la défaillance d'une autre dans le paiement de la provision, aucun aménagement de la somme n'est prévu. Si la partie non défaillante ne veut ou ne peut payer, la sanction est le retrait de la demande d'arbitrage. Ce retrait n'ayant aucune incidence sur la clause d'arbitrage elle-même.

Dès lors, l'impécuniosité du demandeur sera inévitablement source d'un déni de justice économique. En effet, on conçoit mal un défendeur prendre le parti de régler les honoraires et frais en lieu et place de la partie poursuivante si son abstention lui permet d'éviter tout procès. Or, ce règlement et le principe de compétence-compétence aboutissent à ce résultat. La seule limite se trouve à l'article 31.2 « *décision sur les frais de l'arbitrage* » qui permet au tribunal arbitral de « *fixer les honoraires du ou des arbitres à un montant supérieur ou inférieur à ce qui résulterait du tableau de calcul en vigueur si ceci apparaît nécessaire en raison des circonstances exceptionnelles de l'espèce* ». L'article 31.3 prévoit que « *la sentence finale du tribunal arbitral liquide les frais de l'arbitrage et décide à laquelle des parties le paiement en incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés entre elles* ». Dès lors, la prise en compte de l'impécuniosité d'une des parties sera de l'appréciation discrétionnaire du centre.

Il n'est prévu aucun mécanisme permettant de priver d'effet la convention d'arbitrage si d'aventure le centre refusait de réduire les frais et provisions et que l'une des parties ne voulait ou ne pouvait suppléer à la défaillance de l'autre. En dernier lieu, l'appendice III relatif aux frais de l'arbitrage prévoit que toute demande doit être accompagnée d'une provision pour être recevable, mieux vaut que l'impécuniosité concerne le défendeur.

* *
*

330. La radicalisation de l'effet négatif aboutit donc à une solution étrange puisqu'elle interdit à la partie impécunieuse la saisine des juridictions étatiques. Devant les juridictions

étatiques, en matière contractuelle, la sanction peut se faire en nature en imposant, le cas échéant, à une partie de se soumettre à la juridiction arbitrale, la présence d'une clause d'arbitrage créant dès lors une obligation de faire et permettant au juge d'imposer la formation du contrat d'arbitre. Telle est la conséquence de la conception française de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. En effet, dès lors que le contrat principal contient *prima facie* une convention d'arbitrage, les parties ont l'obligation de déférer aux arbitres les litiges visés par celle-ci, et ne peuvent se retrancher derrière la contestation de la validité ou de l'existence de cette dernière pour y faire obstacle. Cette solution est inédite en droit des obligations.

En effet, en principe, toute inexécution d'une obligation de faire se résout en dommages et intérêts en application de l'article 1142 du Code civil. Cette obligation pourrait être accompagnée d'une condamnation sous astreinte. Cependant, cette solution aurait des effets similaires aux *anti-suit injunctions* et doit être exclue pour les mêmes raisons. En principe, dans le cadre des avant-contrats, une « *renonciation volontaire à la liberté de contracter est considérée comme valable, mais ne produit qu'un effet juridique atténué, car son exécution forcée conduirait à exercer sur le débiteur une violence qui paraît inacceptable. Même si l'on voit dans le contrat « un acte productif de normes bilatérales, c'est-à-dire liant deux centres d'intérêt », on doit aussi tenir compte des normes extérieures. Dans la solution du conflit généré par l'inexécution, la liberté individuelle du débiteur - liberté de ne pas contracter - est affirmée comme norme supérieure aux intérêts du créancier* »¹⁴⁰. Tel n'est cependant pas le cas pour la convention d'arbitrage nonobstant les effets potentiellement négatifs sur le commerce international.

2§- De l'admission d'un effet mesuré du principe ou de l'illégalité de l'effet négatif radical français

331. De toute évidence, l'aspect positif du principe de compétence-compétence doit être entièrement préservé. En revanche, le contrôle *prima facie* et plus largement le principe dans son aspect négatif doivent être repensés en termes plus équilibrés. Cette modalité du contrôle aboutit à donner un effet radical au principe de compétence-compétence en rendant son application automatique et donc illégale, puisqu'il ne permet pas de garantir le respect du droit général et fondamental d'accéder à la justice (A). Il serait préférable, et en tout état de cause conforme aux normes supérieures françaises, de substituer à une absence de contrôle le contrôle de toute contestation sérieuse de la compétence arbitrale (B).

A- De l'illicéité d'une sanction postulant la formation du contrat d'arbitre

332. L'arbitrage est en droit français sous l'égide d'un principe de faveur. Rien ne doit lui être défavorable. Dès lors, la convention d'arbitrage bénéficie en droit français du principe de validité. En d'autres termes, la convention d'arbitrage a un régime extrêmement simple : elle est valable. Dès lors, l'effet négatif du principe de compétence implique une soumission quasi-systématique à l'arbitrage, et donc une conclusion du contrat d'arbitre et partant, l'exécution de la convention d'arbitrage. Le contrôle *prima facie*, soit le contrôle de

140 SCHMIDT – SZALEWSKI (J.), La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, *RTD civ.* 2000 p. 25: Or, « *serait définitif un contrat dont les limites, dans le temps, seraient franches, un contrat qui, une fois conclu, offrirait la sécurité d'une certaine stabilité dans le temps. Il serait donc à la fois définitivement conclu et définitivement stable. Ce qui exclurait, si l'on considère ce dernier aspect, les contrats à durée indéterminée, puisqu'ils sont toujours exposés à une résiliation unilatérale. Il ne resterait donc que les contrats conclus pour une durée déterminée, ou dont l'effet est instantané. Mais encore faut-il qu'ils soient « définitivement » conclus, ce qui incite à se tourner, cette fois, non vers la fin, mais vers la naissance du contrat* » (n°3)

l'évidence, est un contrôle sommaire qui vise non la validité de la convention d'arbitrage mais sa nullité ou inapplicabilité manifeste.

Au vu de l'analyse de la jurisprudence en la matière, ce contrôle est synonyme d'une absence quasi-totale de contrôle. En effet, peu importe l'argument invoqué, les parties seront renvoyées devant l'arbitre. La preuve de l'inapplicabilité manifeste s'avère donc « *diabolique* ». Le fait d'être un tiers au contrat et donc par hypothèse de n'avoir jamais consenti à ce mode de résolution des litiges ou le fait que le contrat dans lequel s'insère la clause soit manifestement inexistant ne saurait suffire. Or, à l'image de Monsieur R. Carrier qui s'interrogeait sur la conformité des *anti-suit injunctions* avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme en ce que celui-ci consacre un « *droit fondamental d'accès à la justice, droit non pas théorique et illusoire, mais concret et effectif* », nous pouvons nous interroger sur la légalité de ce contrôle *prima facie* qui fait fi de toute considération pratique et théorique en ce qu'il s'agit d'organiser l'accès à la justice.

333. En effet, le droit d'accès au juge « *est si primordial que seules des restrictions destinées à assurer une meilleure administration de la justice sont justifiées ; de plus les limitations ne sauraient remettre en cause la substance même du droit d'accès. [...] Compétence et droit d'accès sont deux notions totalement différentes* »¹⁴¹.

334. En droit français, il convient de considérer que la convention d'arbitrage est « perpétuellement présumée valable » et donc la sanction est nécessairement en nature sans considération de son exécution possible puisque le renvoi à l'arbitrage s'opère sans examen. Du fait de l'application du principe de compétence-compétence dans son aspect négatif, elle se transforme en un contrat définitif, puisque par hypothèse elle ne peut être remise en cause en dehors de son application. Le terme « définitif » prend ici un sens spécifique car la convention d'arbitrage se doit d'être « mise en œuvre », même pour démontrer son inexistence, sa nullité ou encore son terme. Dans ces conditions, il va de soi que le droit de résiliation même fautif est en tant que tel nié. Par exemple, dès lors qu'une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage, seul l'arbitre pourra constater que la clause avait un terme et ne devait être mise en œuvre. Dès lors, il faudrait conclure un contrat d'arbitre pour apprécier si le terme de la convention d'arbitrage impose ou non d'en conclure un. C'est un cercle vicieux diabolique diraient certains : quand bien même un terme extinctif aurait été fixé, il reviendrait à l'arbitre de se prononcer sur celui-ci.

La Cour de cassation considère que le délai écoulé, la convention d'arbitrage ne saurait être considérée comme manifestement nulle ou inapplicable¹⁴². C'est à l'arbitre qu'il revient de statuer sur ce point. En l'état du droit positif donc, que la clause soit ou non à durée indéterminée, elle constitue un engagement sans limitation de durée puisque les parties seront contraintes de conclure un contrat d'arbitre pour statuer sur ce point. La question de la possible résiliation de la convention d'arbitrage par l'une des parties devrait pouvoir se poser mais tel n'est pas le cas. La convention d'arbitrage ne peut donc être remise en cause intrinsèquement, la juridiction française se déclarant automatiquement incompétente, les parties se trouvent dans l'obligation de souscrire un contrat d'arbitre.

La Cour de cassation s'interdit en fait tout examen de la convention d'arbitrage et ce, quel que soit le siège de celui-ci. En effet, par son arrêt *Copropriété maritime Jules Verne et autres* en date du 7 juin 2006, la Cour synthétise sa faveur pour l'arbitrage en ces termes : « *la*

141 CARRIER (R.), *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage, *D.* 2005 p. 2712

142 C. Cass. civ. 1re, 8 avril 2009 n° 08-17.548 *Société Gefu Kuchenboss GmbH et autres c. soc. Corema*, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 771 note M. Laazouzi ; Le tribunal s'étant déclaré compétent conformément aux stipulations contractuelles subsidiaires en cas d'inapplicabilité de la clause compromissoire et ayant déclaré la clause compromissoire caduque, la cour d'appel en avalisant cette décision a violé le principe de compétence-compétence. V. aussi dans le même sens : Cass. civ. 1re, 11 février 2009, *Société Laviosa Chimica Mineraria*, *Rev. Arb.* 2009.155, obs. F.-X. Train ; *JCP G* 2009. I. 148, obs. Ch. Seraglini, n° 6

convention de New-York, ratifiée par les États-Unis et la France, réserve l'application d'un droit interne plus favorable pour la reconnaissance de la validité de la convention d'arbitrage ; [...] le principe de validité de la convention d'arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sont des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international, qui consacrent, d'une part, la licéité de la clause d'arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique et, d'autre part, l'efficacité de l'arbitrage en permettant à l'arbitre, saisi d'une contestation de son pouvoir juridictionnel, de la trancher par priorité ; [...] la combinaison des principes de validité et de compétence-compétence interdit, par voie de conséquence, au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage, et ce, quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral, la seule limite dans laquelle le juge peut examiner la clause d'arbitrage avant qu'il ne soit amené à en contrôler l'existence ou la validité dans le cadre d'un recours contre la sentence, étant celle de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste »¹⁴³.

335. Dès lors, que la clause ait ou non un terme extinctif, qu'elle soit nulle ou inapplicable, la seule résolution admise est en effet une renonciation conjointe des parties car, quand bien même cette clause serait assortie d'une durée, une simple contestation d'une des parties sur son applicabilité permettrait d'avoir recours à l'arbitrage pour savoir si la clause doit recevoir effet. Il faut donc une abstention commune des parties pour qu'en application du droit français un arbitrage n'ait pas lieu. Abstention et non renonciation, puisque le second terme implique de manière certaine qu'une convention d'arbitrage a été valablement conclue entre les parties au regard du litige, ce qui ne saurait être le cas en application du droit français. La jurisprudence fait preuve d'une attitude unilatéraliste et particulariste exacerbée afin de protéger sa vision de l'arbitrage pour assurer le développement des centres d'arbitrage français.

Cette vision ne peut être fondée sur l'aspect contractuel de l'arbitrage ou sur le choix des parties si les juridictions françaises vont jusqu'à reconnaître, après examen *prima facie*, qu'il convient de soumettre à l'arbitre l'appréciation de sa compétence au regard d'une clause contenue dans un projet de contrat inexistant en fait ! En effet, dans l'arrêt *Société So Good International*¹⁴⁴, la Cour de cassation a fait application du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage en arbitrage international¹⁴⁵. La compétence est donc arbitrale, y compris dans le cas où le contrat et la convention d'arbitrage ne se sont jamais formés.

Monsieur Th. Clay parle au sujet de cette jurisprudence de « *l'exceptionnelle vigueur de la clause compromissoire : bien qu'inexistante la clause d'arbitrage investit l'arbitre du pouvoir de statuer sur sa compétence* »¹⁴⁶. Il ne s'agit pas, selon nous, d'une quelconque vigueur d'une convention d'arbitrage inexistante mais d'un absolutisme dans l'application du principe de compétence-compétence qui, de fait, est mis en œuvre dès lors que l'exception d'arbitrage est invoquée par l'une des parties sans soutien contractuel *prima facie*. Monsieur Th. Clay émet quelques réserves sur cette solution en ce qu'il convient de garder à l'esprit que l'arbitrage reste une justice voulue par les parties et qu'à « *trop forcer le consentement des parties, on risque de pervertir l'arbitrage* ». C'est un fait.

143 C. Cass. Civ.1, 7 juin 2006, *Copropriété Maritimes Jules Vernes et autres c. ABS et autres (Navire Tag Heuer)*, n° 03-12.034 (n° 937 FS-P+B+I), D. 2006 p. 1701, *Rev. Arb.* 2006.945 note E. Gaillard.

144 C. Cass. Civ. 1, 28 nov. 2006, n° 05-10.464, *Société So Good International Ltd*, D. 2008 p. 180 obs. Th. Clay.

145 En l'occurrence, la cour d'appel avait déclaré sans application, car inexistante, la clause compromissoire contenue dans un contrat n'ayant jamais été formé. La Cour de cassation casse sans renvoi cette décision pour violation de la loi au nom du principe de compétence-compétence. Le caractère manifeste n'est pas rapporté.

146 CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, juin 2006 - octobre 2007, D. 2008 p. 180.

336. Dès lors, au visa du principe de compétence-compétence, la Cour de cassation casse l'arrêt d'une cour d'appel qui avait conclu à la caducité de la convention d'arbitrage¹⁴⁷. En l'espèce, une société allemande avait conclu un contrat en 1993 avec une société française qui « comportait une clause d'arbitrage prévoyant le règlement de tout litige par un arbitre choisi d'un commun accord dans les trois mois de la notification du différend et, pour le cas d'impossibilité de mettre en œuvre la solution arbitrale, donnant compétence au tribunal de commerce de Toulouse ». Suite à la résiliation du contrat par la société allemande, la société française avait dans un premier temps désigné un arbitre, puis conformément au contrat et face à l'inaction du défendeur, saisi le tribunal de Toulouse. Devant ce tribunal, le défendeur a invoqué l'exception d'arbitrage, exception rejetée par le tribunal de commerce, décision confirmée en appel. La haute cour considère que l'absence de choix de la société allemande, pourtant clairement établie, ne constituait pas un cas de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause. La clause contractuellement prévue ne saurait pourtant être plus claire. On peut dès à présent se demander en quoi cette décision préserve la volonté des parties. Il convient de noter qu'en l'occurrence la volonté des parties était clairement exprimée d'une part, et d'autre part, que cette jurisprudence avantage la partie pourtant récalcitrante à la procédure. En outre, elle fait fi de la stipulation contractuelle donnant compétence au tribunal de commerce français rendant *in fine* cette convention d'arbitrage inopposable. Dès lors, peu importe les termes du contrat ou le terme de la convention d'arbitrage, l'arbitrage devra avoir lieu.

337. En conséquence, le refus d'exécution d'une convention d'arbitrage permet à l'un des litigants de demander l'exécution en nature de la convention d'arbitrage donc la conclusion du contrat d'arbitre qui par hypothèse n'est cependant pas légalement formé ! Le droit français a transformé ce contrat d'arbitrage en un « super-contrat » qui doit recevoir effet, nonobstant son inefficacité, sa nullité voire son inexistence.

Peu importe semble-t-il les conséquences pour les parties au litige du moment qu'en théorie l'arbitrage conserve sa force. En effet, les principes conjugués de compétence-compétence, d'autonomie et de validité aboutissent à la création d'un régime contractuel hors norme laissant de côté consentement des parties et accès au juge. En conséquence, dès lors qu'une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage, les parties seront renvoyées devant l'arbitre et un contrat d'arbitre devra se former. Encore faut-il qu'il puisse se former car, à défaut, le droit au juge est compromis. Mais la possibilité de formation du contrat d'arbitre n'est pas prise en compte dans l'application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, qui serait dès lors à tout le moins licite. Or, « depuis une dizaine d'années, il est admis en doctrine et en jurisprudence française qu'un certain nombre de droits fondamentaux inspirés ou tirés directement des conventions sur les droits de l'homme et plus particulièrement de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) peuvent supplanter des normes préexistantes du droit interne ou du droit international »¹⁴⁸.

L'effet négatif du principe de compétence-compétence postule l'existence d'un contrat d'arbitre qui ne saurait se former en cas d'impécuniosité. Dès lors, en application de ce principe, l'État français refuse de statuer et laisse se produire une situation de déni de justice économique et viole directement l'article 6 de la CESDH. Or, « il serait anormal qu'un État prête main forte aux tribunaux arbitraux qui siègent sur son territoire sans vouloir exercer un certain droit de regard sur la conduite de ces arbitrages pour s'assurer qu'ils répondent à certaines exigences minimales de justice, en particulier en matière de procédure »¹⁴⁹.

147 LAAZOUZI (M.), Portée et limites du principe compétence-compétence à propos de la Cour de cassation (1re Ch. civ.) - 8 avril 2009, *Société Gefu Kuchenboss GmbH et autres c. soc. Corema*, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 771

148 DROZ (G. A. L.) Variations Pordéa (à propos de l'arrêt de la cour de cassation 1 ch. civ du 16 mars 1999), *Rev. Crit. DIP* 2000 p. 181.

149 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 49.

338. Confrontée au droit général d'accéder au juge, il apparaît que notre législation n'est pas conforme au droit d'accès au juge. Le juge français se déclare incompetent sans s'assurer que le droit d'accéder au juge est possible. En effet, dans la conception française, l'effet négatif du principe de compétence-compétence part du postulat théorique et en pratique non démontré qu'un contrat d'arbitre peut valablement se former en toutes circonstances. Dès lors, il résulte de l'état du droit positif que la convention d'arbitrage ne saurait être remise en cause et que l'accès au juge n'est pas garanti dans ces conditions.

La convention d'arbitrage est l'engagement le plus contraignant du droit français puisqu'elle ne connaît aucune limitation de temps, c'est un mariage à vie sans possibilité de résiliation unilatérale même fautive, sauf renonciation d'une partie à son droit d'action. Or, même si la convention d'arbitrage était réellement valable et applicable, la sanction contractuelle consistant à priver le litigant impécunieux de son droit d'action n'est ni légitime ni proportionnelle. Cette sanction doit être proportionnelle et justifiée. La Cour européenne des droits de l'homme effectue à ce sujet un contrôle *in concreto* qui vise tant l'attitude de l'État partie et celle du requérant que les intérêts en jeu et la complexité du litige. L'article 6 § 2 du Traité de l'Union européenne a d'ailleurs intégré la CESDH au titre des principes généraux du droit communautaire¹⁵⁰. Dès lors que la question de l'accès à la justice se pose, le contrôle du caractère manifeste doit laisser place au contrôle de toute contestation sérieuse sur ce point.

L'arbitrage est, et doit rester, une justice effective ayant pour fondement la volonté contractuelle des parties d'y avoir recours. Cette sanction, contraire tant au droit des obligations qu'aux principes juridiques qui lui sont supérieurs, nous paraît en outre contraire aux intérêts du commerce international. La sanction en nature (*i.e.* privation du droit d'accès au juge étatique) que le droit français instaure sans égard à la possibilité d'exécution (*i.e.* saisine du juge arbitral) peut être source de déni de justice. Cette sanction se doit donc d'être écartée ainsi que la présomption irréfragable de mauvaise foi. L'arbitre, présumé juge naturel du commerce international, reste impuissant dans cette situation.

339. Toute partie contestant devoir ou pouvoir avoir recours à l'arbitrage est présumée de mauvaise foi. Cette présomption contestable semble reposer sur deux autres présomptions : la première serait qu'il est nécessairement conforme aux intérêts des parties et donc du commerce international de voir trancher les litiges devant l'arbitre, la seconde est que l'arbitre est le juge naturel, c'est à lui que revient par principe la compétence. Le régime de l'arbitrage international français postule que l'arbitre est le juge du commerce international, entendu en l'occurrence comme le juge naturel. En conséquence, il serait donc conforme aux intérêts du commerce international que le plus grand nombre de litiges lui soit soumis, ce qui, en soi, est défendable. Cela étant, ce constat n'empêche en rien de souhaiter que l'arbitre redevienne un juge choisi et l'arbitrage une justice voulue. Dès lors, l'aspect contractuel de l'arbitrage empêche de pouvoir considérer l'arbitre comme un juge naturel puisque par hypothèse, celui-ci n'est pas compétent *ipso facto*. En conséquence, nous ne souscrivons pas à l'analyse selon laquelle une partie rejetant la compétence arbitrale se doit d'être considérée comme de mauvaise foi.

L'arbitre est un juge contractuel et de fait n'est pas le juge naturel du commerce international. Il ne flotte pas au-dessus des États mais s'insère dans les ordres juridiques concernés¹⁵¹. L'arbitrage reste inéluctablement attaché aux ordres juridiques où l'accès à la

150 L'article 6 § 1 de la CESDH devient donc une norme dont on peut revendiquer l'application, V. sur l'illicéité du principe : BONASSIES (P.), Des exceptions au principe compétence-compétence, et de la question de la légalité de ce principe, *Rev. Droit Maritime*, 2007 p. 681.

151 Par ailleurs, la présomption d'impartialité dont bénéficie l'arbitre, et celle de partialité pesant sur le juge étatique tout comme la présomption de bonne foi dont bénéficie le litigant invoquant la compétence arbitrale, et à l'opposé celle irréfragable de mauvaise foi pour le litigant la contestant n'ont pas de fondement théorique ou pratique et devraient être écartées au bénéfice de solutions moins partisans. Le

justice se doit d'être garanti au nom de l'état de droit mais aussi des principes démocratiques. L'État français a l'obligation positive de s'assurer que l'accès matériel à la justice est garanti y compris en cas d'insertion d'une convention d'arbitrage. L'effet négatif du principe tel que conçu et appliqué en France est donc source de déni de justice, ce qui constitue une violation directe de l'article 6 § 1 de la CESDH. Il doit donc être écarté.

* *
*

340. Le prononcé de la sanction d'incompétence des juridictions françaises, conjugué avec l'obligation de conclure un contrat d'arbitre, reste conditionné à son caractère possible particulièrement lorsqu'est en cause le droit d'accès au juge. À défaut, la sanction serait source de déni de justice. En conséquence, le caractère mécanique de l'effet négatif du principe de compétence-compétence doit donc être écarté dès lors qu'est invoquée par un litigant une atteinte à son droit d'accès à la justice.

Le principe de compétence-compétence ne permet pas en pratique de priver d'effet la convention d'arbitrage en cas d'inapplicabilité de la clause et ne la prive pas d'effet lorsqu'une des deux parties se trouve en situation d'impécuniosité. Cet absolutisme aboutit à l'édition de sentences par défaut en cas d'impécuniosité du défendeur ou à une absence de sentence lorsque l'impécuniosité vise le demandeur.

B- La contestation sérieuse comme condition du droit d'accès au juge

341. En France, rien ne doit nuire à l'arbitrage et le déni de justice que provoque la réglementation de l'arbitrage est ignoré, de peur qu'il devienne un moyen d'échapper à l'arbitrage, une exception dilatoire. Cela étant, lorsque justement l'arbitrage ne se révèle pas apte à régir le litige, afin d'assurer l'effectivité des droits et donc l'état de droit, il paraît normal d'avoir recours à la justice étatique pour pallier cette insuffisance. Nier cette possibilité revient à admettre, en violation des principes de base de la justice française, du droit européen et du droit international public, que l'accès au juge et à la justice constitue pour chaque individu un droit essentiel auquel on ne peut porter atteinte. Ce serait nier l'état de droit. Ainsi, si « *on associe instinctivement le droit au juge à la question de l'accès des indigents à la justice, préoccupation traditionnelle de toute société démocratique [...] l'exclusion peut aussi se faire, de manière moins frappante, à l'encontre de justiciables qui ne rentrent pas dans cette catégorie. Il en est ainsi en matière d'arbitrage où la problématique de l'accès à la justice des parties faibles semblent nouvellement posée* »¹⁵².

342. Il convient dès lors de s'interroger sur l'opportunité d'une telle modalité de l'effet négatif du principe, voire sur l'absence de contrôle qu'il induit, et sur son remplacement par le critère de « *contestation sérieuse* » que le tribunal arbitral soit ou non constitué. Comme le relève Monsieur B. Audit, « *il serait même possible de maintenir une politique de faveur à l'arbitrage, toutefois plus nuancée, en substituant au critère de l'inapplicabilité «manifeste» celui simplement de contestation sérieuse de la clause pour en exercer ce contrôle. Du point de vue même des opérateurs du commerce international, que la politique jurisprudentielle française actuelle présume inconditionnellement gagnés à l'arbitrage, celui qui cherche aujourd'hui à attirer un adversaire devant des arbitres peut être amené demain à contester*

contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage ainsi que le renvoi quasi systématique des litigants devant l'arbitre vient conforter cette analyse, l'arbitrage semble s'imposer aujourd'hui plus qu'il ne se veut.

152 F. Valencia, Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007 p. 46.

devoir l'être dans une autre affaire. Une politique tendant à établir, préserver ou renforcer le rôle d'une place d'arbitrage, si légitime qu'elle soit, ne doit pas faire abstraction de toute autre considération »¹⁵³. En effet, afin de ne pas faire de l'impécuniosité un moyen dilatoire, la solution adéquate résiderait dans un aménagement plus équilibré du régime actuel. Dans cette optique, il convient de rappeler qu'en tout état de cause, « l'incompétence » des juridictions étatiques n'est que relative. Les parties peuvent, on le sait, valablement renoncer à se prévaloir d'une telle convention d'arbitrage. Ce problème est entendu et la convention de New York de 1958 n'impose pas au juge étatique de relever d'office l'existence d'une convention d'arbitrage.

343. Le contrôle de toute contestation sérieuse ne remet pas en cause l'aspect positif du principe de compétence-compétence mais permet un aménagement de l'effet négatif de celui-ci en l'atténuant. L'arbitre peut être saisi et juger de sa compétence indépendamment de la décision étatique sauf si celle-ci privait d'effectivité la sentence. Cependant, cette solution implique une présence plus importante des juridictions étatiques au stade de la compétence donc de la juridictionnalisation de l'arbitrage. Est-ce négatif ? Nous ne le pensons pas. En réalité, l'arbitrage reste avant tout une justice consensuelle qui n'a de véritable raison d'être qu'en cas de commune volonté et commune possibilité d'y avoir recours.

En toute hypothèse, comme le souligne Monsieur F. Valencia, « nul besoin de craindre cette juridictionnalisation qui tend, dans une certaine mesure, à ramener l'arbitrage vers les ordres juridiques étatiques, d'autant que le juge étatique se borne à contrôler l'acte sans pour autant se réapproprier le processus de règlement. Ce mouvement de convergence fortifie l'arbitrage qui gagne en honorabilité ce qu'il perd en spécificité »¹⁵⁴. L'aspect négatif peut donc être aménagé et introduit une sauvegarde permettant de redonner un aspect contractuel à l'arbitrage qu'il semble avoir perdu en droit français du fait des présomptions de mauvaise foi de celui contestant la compétence arbitrale et d'existence de la convention d'arbitrage.

344. L'effet négatif du principe de compétence-compétence qui emporte une analyse *prima facie* doit se voir substituer celui de contestation sérieuse, augmentant ainsi la protection des parties faibles en se fondant sur les principes contractuels et processuels de l'arbitrage international. La convention d'arbitrage est contractuelle, par sa formation et son régime. Elle est dite accessoire au contrat principal « au service d'un rapport de droit déterminé »¹⁵⁵. Or, « ce mouvement est animé en droit français par un favor arbitrandum fécond en règles matérielles spécifiques si peu respectueuses de la dimension contractuelle de l'accord compromissaire qu'elles en viennent à «hypostasier» l'instance d'arbitrage international que ce soit « en reconnaissant à l'arbitre «compétence de la compétence», c'est-à-dire en admettant que, comme une juridiction étatique, il «préexiste» en quelque sorte à la clause dont il tire sa compétence » ou que ce soit en élargissant le cercle des « parties à la convention d'arbitrage » ou la notion de « litiges visés par celle-ci » de manière à étendre la mission de l'arbitre comme les compétences dérivées étendent celles du juge »¹⁵⁶. La

153 B. AUDIT, *JDI* n° 4/2009, 1281 et s. (note concernant la décision de la CJUE du 10 fév. 2009 *West Tankers*) n° 32 ; V aussi : DELEBECQUE (Ph.), L'opposabilité d'une clause d'arbitrage à l'épreuve de la Convention de New York, *Rev. Droit Maritime*, 2007, 681 : « Quant au principe compétence-compétence, il ne cesse d'être valorisé. On ne compte plus les arrêts qui s'abritent derrière lui, sans justification particulière. Il est cependant tellement systématisé que l'on est en droit de se demander s'il ne faudrait pas le contenir dans ses justes limites [...]. Il faut toujours se méfier de l'esprit de système, surtout dans le monde juridique où les règles qui se comprennent dans telle situation, peuvent s'avérer déraisonnables dans telle autre » (n°5).

154 VALENCIA (F.), Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007 n° 1 p. 45 spéc. 69 : cependant, l'auteur n'envisage l'intervention des juridictions étatiques qu'au stade du contrôle de la sentence arbitrale.

155 ANCEL (B.), à propos de Coipel-Cordonnier (Nathalie), *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Préface de Marc Fallon, avant-propos de Pierre Mayer, LGDJ, 1999, XIII, *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 392.

156 ANCEL (B.), à propos de Coipel-Cordonnier (Nathalie), *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Préface de Marc Fallon, avant-propos de Pierre Mayer, LGDJ, 1999, XIII, *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 392.

convention d'arbitrage a un régime spécifique devant prendre en compte l'aspect juridictionnel qui en est son objet.

345. L'aménagement de l'effet négatif du principe de compétence-compétence redonne une base contractuelle à l'arbitrage sans affaiblir l'institution. En effet, ce qui importe est de préserver l'aspect positif du principe en ce qu'il permet à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence tout en permettant l'éventuelle ouverture d'une procédure étatique parallèle. Ainsi, l'arbitre peut continuer son œuvre juridictionnelle en toute quiétude. L'incidence de la décision étatique sera circonscrite à une double condition : d'une part que la compétence internationale soit justifiée et, d'autre part, que la contestation de la convention d'arbitrage soit sérieuse. D'où l'importance d'une harmonisation des compétences internationales en cette matière. Rien n'empêche d'assortir un régime de sauvegarde permettant d'engager la responsabilité d'un plaideur mettant en œuvre une procédure dilatoire.

346. Afin d'assurer l'application d'un régime équilibré sans remettre en cause l'aspect contractuel de l'arbitrage, il conviendrait de renverser le présupposé. En effet, l'effet négatif en France est ainsi conçu qu'il impose d'avoir recours à l'arbitrage sauf si la demande de la partie invoquant la présence d'une convention d'arbitrage est manifestement dolosive ou frauduleuse. Or, sans aller jusqu'à renverser la prétention, il paraît plus conforme à la nature de l'arbitrage de considérer que le renvoi des parties à l'arbitrage devra se faire *prima facie* lorsque la convention d'arbitrage est manifestement valable et applicable. Dans le cas contraire, en cas de contestation sérieuse de celle-ci, le juge étatique devra statuer sur cette question, c'est à l'État français d'apporter la preuve qu'il a rempli son obligation positive de garantir le droit d'accès au juge.

347. À cet égard, l'exemple du droit allemand pourrait être suivi en ce que ce dernier ¹⁵⁷ permet au juge étatique de se prononcer sur la validité de la convention et exige une sentence intermédiaire contre laquelle un recours immédiat est ouvert ¹⁵⁸. Cette proposition apparaît *contra legem* puisque, en application de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile (dev. art. 1448 du même Code), les tribunaux doivent se dessaisir en cas de constitution du tribunal arbitral ou lorsque la convention d'arbitrage n'est pas manifestement nulle. Aucune exigence légale donc, bien au contraire, la nullité de la convention d'arbitrage doit être éclatante. Dès lors que le constat de cette nullité ou inapplicabilité de la clause nécessite une appréciation en droit comme en fait, les juridictions étatiques doivent se dessaisir.

Cet état du droit français est cependant contradictoire. En effet, le Code de procédure civile en son article 1448 n'a pas la même place dans la hiérarchie des normes que le droit fondamental d'accéder au juge et le respect des normes d'un procès équitable. En conséquence, l'article 1448 nouv. du Code de procédure civile ne semble ni conciliable ni conforme au droit d'accès à la justice, et donc aux normes qui lui sont supérieures, de ce fait son application peut être écartée.

348. Pour ne pas mettre à mal la procédure tout en garantissant le droit d'accéder au juge de manière générale, l'admission d'un effet atténué du principe de compétence-compétence implique deux choses : d'une part la détermination de la juridiction compétente et d'autre part, la détermination de la loi applicable à ce contrôle afin de permettre à l'arbitre d'assurer au mieux l'efficacité de sa sentence. Or, en France, l'arbitrage est dit « délocalisé » et la question de la loi applicable semble exclue. Dans ce cadre, il faut distinguer le contrôle de la compétence finale, exercé par les juridictions étatiques, et qui s'apparente au contrôle d'une

157 Art. 1040 al. 3 du ZPO.

158 V. pour une étude plus détaillée : SCHLOSSER (P.), La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage, *Rev. Arb.* 1998.291.

décision étrangère, de la question préalable de la compétence reconnue à l'arbitre de connaître de cette question, et pour ce faire il convient de relocaliser l'arbitrage.

349. En toute logique, le principe de compétence-compétence étant qualifié de règle de procédure, il convient de distinguer les hypothèses où les juridictions étatiques sont compétentes internationalement des cas où elles ne le sont pas. Lorsqu'elles se reconnaissent compétentes au fond du litige, elles peuvent valablement appliquer les règles de compétence interne et, partant, le principe de compétence-compétence. En revanche, lorsque celles-ci ne sont pas compétentes, la compétence arbitrale ne devrait pas pouvoir être contrôlée ni positivement ni négativement, car ce contrôle reviendrait à influencer de manière indirecte sur la compétence de l'État.

350. Le principe de compétence-compétence est justifié par la volonté d'assurer au mieux l'efficacité de l'arbitrage. C'est donc sous cet angle qu'il faut rechercher la loi en vertu de laquelle l'arbitre se voit investi de ce pouvoir juridictionnel de juger de sa compétence. La juridiction étatique compétente devra appliquer la loi du for au regard des conditions d'arbitrabilité, il en est de même au regard de sa conception du principe de compétence-compétence, qui est une question d'ordre procédural. En revanche, sauf principe de validité, pour ce qui concerne la loi applicable à la convention d'arbitrage, il convient de rechercher la *lex contractus*.

La loi applicable à la convention d'arbitrage et à ses effets n'est pas nécessairement la même que celle qui régit le contrat principal. Elle est autonome, indépendante de celle-ci, et n'est pas nécessairement la loi du for. La doctrine dominante considère donc qu'il y a lieu d'appliquer la loi d'autonomie¹⁵⁹. Cependant, du fait du principe de validité, les juridictions françaises appliqueront à cette question la *lex fori*. Lorsque l'arbitrage international ne bénéficie pas d'une règle matérielle, c'est-à-dire lorsque celui-ci n'est pas de la compétence des juridictions françaises, un raisonnement conflictualiste s'impose. L'arbitrage international a des points de contact avec plus d'un pays, ce qui crée un conflit de lois. La recherche de la loi « renationalise » l'arbitrage, inséré dès lors dans un ordre juridique. La détermination de la loi applicable à la question de l'effet de la convention d'arbitrage doit résulter de la qualification retenue. La nature mixte de la convention d'arbitrage rend incertaine la qualification. Si la clause est qualifiée de « convention de procédure », elle n'en reste pas moins une convention et sera donc soumise, comme tout contrat, au respect de certaines conditions de formation et de validité.

Le principe de compétence-compétence est, quant à lui, une permission légale accordée à l'arbitre de ne pas surseoir à statuer et une règle de compétence interne. La loi d'autonomie ne peut convenir. Ce principe ne dépend pas de la loi applicable à la convention d'arbitrage mais de la juridiction internationalement compétente. La qualification de procédure paraît plus adaptée en ce sens qu'il s'agit de déterminer si l'arbitre bénéficie de la reconnaissance légale d'un pouvoir juridictionnel et de la compétence qui en découle. Ainsi, les règles de conflits de juridictions déterminent la compétence juridictionnelle, les tribunaux français vont se déclarer compétents ou incompétents sur le seul fondement des règles françaises. En l'occurrence, l'article 1466 anc. du Code de procédure civile français dispose que les arbitres sont « investis » par les parties d'un « pouvoir juridictionnel »¹⁶⁰ et qu'en conséquence, l'article 1458 anc. (dev. art. 1448) du même Code, impose aux juridictions étatiques de se dessaisir. La loi applicable est donc celle du for saisi en tant que règle de procédure. On aboutit donc à une « multi-localisation ». Néanmoins, cette multi-localisation est à relativiser puisqu'elle n'existe qu'en contemplation de l'internationalité du litige. De

159 Art. 1466 Code de procédure civile.

même, au stade de la reconnaissance de la sentence ou de sa demande d'exécution, le for saisi appliquera la compétence du tribunal arbitral conformément à sa loi.

351. Concernant la loi à prendre en considération, l'arbitre devra envisager les lois ayant un rapport avec le contrat principal, son lieu d'exécution, ou éventuellement, le lieu d'exécution de la sentence s'il diffère. En d'autres termes, il devra envisager les tribunaux qui seraient intéressés par le litige. Au sujet du pouvoir juridictionnel de statuer sur sa compétence et sur le litige, l'arbitre doit envisager le ou les lieux d'exécution de la sentence dans un but d'efficacité et le lieu du siège de l'arbitrage. En effet, ce n'est que si l'ordre juridique considéré lui octroie cette possibilité que la sentence ne sera pas l'objet d'interférences étatiques nuisibles et que la décision relative à sa compétence aura autorité de chose jugée. Ainsi, l'effet positif du principe (*i.e.* compétence au regard du litige) et l'effet négatif (*i.e.* pouvoir juridictionnel d'être juge de sa compétence) dépendent de la même loi : celle de l'ordre juridique dans lequel la sentence a vocation à recevoir application, au besoin en ayant recours à l'*imperium* étatique. L'arbitre doit nécessairement s'attacher à la conception du for d'exécution dans un esprit d'efficacité. En conséquence, le principe de compétence-compétence n'a vocation à être appliqué à un arbitrage international qu'en cas de compétence internationale des juridictions françaises.

352. En conséquence afin d'assurer la pérennité de l'institution tout en atténuant l'effet négatif du principe de compétence-compétence afin d'en assurer la légalité, il convient nécessairement de relocaliser l'arbitrage. Cette relocalisation est nécessaire dès lors que le droit d'accéder au juge est en question.

* *
*

353. L'application de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile par la jurisprudence induit une sanction (*i.e.* incompétence des juridictions étatiques et obligation de conclure un contrat d'arbitre) en nature sans examen de son caractère possible puisque, par hypothèse, le juge renvoie sans examen les parties devant l'arbitre. En effet, le litige est *in limine litis*, le principe de compétence-compétence s'applique à moins que la « *convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle* »¹⁶¹ ou « *manifestement inapplicable* »¹⁶². Or, en cas d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, l'application de cette solution conduit à un résultat inacceptable et illicite.

« Il apparaît qu'une « Sainte Alliance » de plusieurs solutions développées par la jurisprudence française en vue de favoriser l'arbitrage commercial international joue, à l'heure actuelle, au détriment de la protection de la partie faible. Cette « Alliance » se compose d'une définition particulièrement compréhensive de la notion d'arbitrage commercial international, d'une règle matérielle régissant tout le régime de la convention d'arbitrage internationale et glorifiant son indépendance et sa validité, d'un principe de compétence-compétence revêtant une dimension absolue, de façon plus surprenante d'une jurisprudence qui, en refusant tout effet à une décision étatique étrangère annulant une sentence arbitrale, consacre une vision totalement délocalisée de l'arbitrage international, et enfin d'une certaine démission des juges français quant au contrôle du respect de l'ordre public par les sentences arbitrales »¹⁶³. La CESDH intègre dans son appréciation de la qualité

161 Article 1458 anc. du Code de procédure civile.

162 V. pour la synthèse de la jurisprudence : CACHARD (O.), Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, *Rev. Arb.* 2006 p.893.

163 SERAGLINI (Ch.), Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre, *Gaz. Pal.*, 15 décembre 2007 n° 349, p. 5.

de la justice sa nécessaire efficacité. La preuve de la possibilité financière d'accès au juge « fut-il arbitral » doit être rapportée par l'État qui reste le dépositaire de la dette de justice. Dès lors, l'inapplicabilité manifeste reste l'ultime recours de la partie impécunieuse devant le juge d'appui à condition de relocaliser l'arbitrage.

Conclusion de la section 2

354. L'effet négatif du principe de compétence-compétence aboutit en droit français à deux situations. La première induit qu'en l'absence de constitution du tribunal arbitral, la juridiction procède à un contrôle *prima facie* avant de renvoyer les parties à l'arbitrage. En réalité, ce contrôle de l'évidence aboutit à une absence de contrôle faisant fi d'une éventuelle impossibilité de mise en œuvre financière de l'arbitrage. La seconde hypothèse se pose lorsque le tribunal est déjà constitué, c'est-à-dire lorsque les arbitres ont accepté leur saisine. Le problème du déni de justice en cette hypothèse provient du fait que les juridictions doivent se dessaisir sans vérifier si la partie qui les sollicite peut participer à l'instance arbitrale. Or, la légalité d'une sentence par défaut doit s'apprécier au regard du respect du droit de la défense et du droit d'action du défendeur.

355. Cette vision de l'effet négatif du principe de compétence-compétence est souvent justifiée par la protection des intérêts du commerce international, ces mêmes intérêts conduisent à assurer l'accès à la justice et donc à repenser l'effet négatif du principe. En effet, « au nom de ce qu'il faut bien appeler une idéologie, la Cour n'a-t-elle pas cédé à un déni de la réalité ? [...] L'applicabilité de la convention d'arbitrage n'est pas une notion juridique, mais concrète... Que vont faire les parties, qui paraissent un peu oubliées dans ces proclamations flamboyantes de principes ? »¹⁶⁴. Le mythe du litigant de mauvaise foi conjugué au fait que le recours à l'arbitrage est nécessairement conforme au commerce international semble dépassé et le contrôle d'une contestation sérieuse paraît, somme toute, plus adapté à la protection des intérêts en jeu.

356. Cette radicalisation de l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne semble justifiée ni en droit ni en fait au regard de la protection des intervenants du commerce international. En droit, ce désengagement des juridictions françaises n'est ni exigé par les conventions internationales ni partagé en droit comparé. Au contraire, la convention de New York de 1958 ne considère pas les questions relatives aux conflits de juridictions, pour se concentrer sur ce qui est propre à l'arbitrage, en établissant des normes matérielles de procédure. Cette politique de radicalisation nie le caractère contractuel de l'arbitrage en présupposant l'existence d'un tel contrat. Cette vision purement processuelle de l'arbitrage crée un climat d'insécurité juridique en défiant toutes les prévisions contractuelles des parties dès lors que l'une d'elles, lors de la naissance d'un litige, invoque l'existence d'une convention d'arbitrage.

357. En théorie plus qu'en fait, l'arbitrage est une justice consensuelle, c'est-à-dire voulue par les parties dans la mesure où l'État le permet. L'arbitrage est un contrat, et comme tout contrat, il n'est pas sans loi. Il s'agit d'un contrat qui organise l'accès à une justice privée, c'est-à-dire non étatique. Cependant, lorsque la compétence arbitrale se révèle inefficace ou contraire à l'ordre public, le juge naturel de leur litige sera le juge étatique. Ainsi, tout comme il n'est pas possible de nos jours de s'entendre pour divorcer devant un arbitre international, il

164 THERY (PH.), Inapplicabilité de la convention d'arbitrage : variations sur vouloir et pouvoir..., (Civ. Ire, 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 62, D. 2007.734, obs. X. Delpéch), *RTD civ.* 2008 p. 151.

est en théorie impossible de se voir contraint de conclure un contrat d'arbitrage. En théorie, l'arbitrage est une justice consensuelle, mais en théorie seulement. En effet, la législation française, avec sa conception de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, question procédurale, contraint sans examen préalable et donc sans aucune garantie, les parties à se rendre devant l'arbitre avec une sanction radicale : l'interdiction d'accès au juge. Cette interdiction sous forme de sanction est contraire au droit d'accès au juge et aux normes du procès équitable, elle est donc en contradiction avec l'état de droit.

358. Plus globalement, l'effet négatif du principe de compétence-compétence tel que conçu en France, pose donc deux problèmes majeurs : il pervertit l'institution en lui déniait de plus en plus tout caractère contractuel d'une part, et, d'autre part, l'absence de contrôle exercé nuit à l'honorabilité de l'arbitrage en transformant l'institution en une arme juridictionnelle profitable à une partie économiquement forte. Or, l'arbitrage se doit de rester une justice consensuelle pour conserver la confiance du commerce international. Son aspect juridictionnel doit inciter les tribunaux étatiques à s'assurer que le tribunal arbitral soit à même de remplir sa mission. A défaut, la sanction du principe de compétence-compétence deviendrait illicite. Il est donc nécessaire d'atténuer le principe de compétence-compétence dans son aspect négatif. Il semble de meilleure justice de permettre l'accès à la justice de manière plus rationnelle. En tout état de cause, « *la protection des parties faibles doit demeurer l'une des préoccupations constantes de tout système juridique. Cette protection s'inspire de l'une des missions traditionnelles du Droit et le droit de l'arbitrage ne doit pas perdre de vue cet objectif tant les dangers pour les contractants les plus faibles sont grands en cette matière* »¹⁶⁵.

359. Dès lors, un régime plus équilibré permettrait de conjuguer les intérêts privés, développement des centres d'arbitrage et recours à l'arbitrage des litigants, avec des considérations d'intérêt public, à savoir, le droit pour tous de voir sa cause entendue en justice. Or, dans cette mesure, ce qui semble problématique est l'effacement actuel des juridictions françaises au nom de l'effet négatif du principe de compétence-compétence associé à un contrôle *prima facie* quand celui-ci est possible. Cette modalité du contrôle s'avère insuffisante pour assurer un équilibre. Il convient de rappeler que l'arbitrage est en principe une justice contractuelle, donc voulue. Cette justice impose la formation d'un contrat second, le contrat d'arbitre, qui induira la rémunération de l'arbitre et les frais d'arbitrage, donc, un coût certain pour les litigants¹⁶⁶. Ce renvoi systématique des parties à l'arbitrage sans vérifications du caractère réel ou applicable de celui-ci, aboutit à une sanction en nature discutable et difficilement justifiable. En outre, sur le plan des principes, l'effet négatif transforme l'arbitrage en lui donnant des aspects de juge de droit commun obligatoire difficilement conciliable avec le principe de gratuité de la justice française. Ce principe devient d'autant moins acceptable lorsque, conjugué au caractère onéreux de l'arbitrage, il aboutit à une situation de déni de justice.

165 VALENCIA (F.), Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007 n°1 p. 45 spéc. p. 47.

166 V. PERCEROU (R.), Quel est le coût de l'arbitrage ?, *Cah. Dr. Ent.* 1999 n° 3 p. 18.

Conclusion du chapitre 1

360. Le principe de compétence-compétence est ainsi largement reconnu en droit international de l'arbitrage commercial. Cependant, sa conception fluctue en fonction de la place réservée à la justice arbitrale, du rôle qui lui est dévolu et donc de son caractère exclusif ou non au regard de la justice étatique. Même lorsque le caractère exclusif est largement admis, la justice étatique reste omniprésente, soit pour conforter le principe, soit pour contrôler la compétence. Elle intervient à tout stade et n'admet pas que l'arbitre puisse, de manière définitive et exclusive, déclarer le litige dépendant de la justice arbitrale ou de la justice étatique. Dès lors, l'intervention des juridictions étatiques remet-elle en cause le principe en lui déniait tout intérêt ? Nous ne le pensons pas.

Il apparaît que la justice arbitrale et la justice étatique doivent être envisagées comme complémentaires et non exclusives l'une de l'autre. Partant, le principe de compétence-compétence dans son aspect négatif pourrait valablement se restreindre au droit pour l'arbitre de ne pas surseoir à statuer sans signifier un dessaisissement des juridictions étatiques. L'effet négatif du principe, tel que conçu en droit français, est d'une rigueur excessive au point qu'il devient illégal. Il ne correspond plus ni à la nature de l'arbitrage, qui se doit de rester contractuelle, ni aux intérêts du commerce international qui seront bafoués si la convention d'arbitrage devient un instrument efficace de renonciation au procès. Cette sanction en nature automatique n'est conforme ni au droit international public ni au droit interne.

361. Dès lors, lorsque son application devient source de déni de justice, l'article 1458 anc. (article 1448 nouv) du Code de procédure civile doit être écarté au profit du contrôle de toute contestation sérieuse par le juge étatique. Si le droit d'accès au juge doit intégrer la considération des finances publiques et d'économie de la justice, un État signataire ne peut accorder l'*exequatur* à une décision qui violerait les principes de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme tels que l'accès effectif à un juge. La sécurité du commerce international est à ce prix¹⁶⁷. En effet, les investissements internationaux ne se développent qu'en présence de systèmes judiciaires fiables. La prise en compte de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage devient dans ce cadre essentielle. Qui plus est, l'application rigoureuse de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile conduit à créer une situation de déni de justice. En conséquence, du fait de la hiérarchie des normes, l'accès au juge prime sur l'application stricte du droit de l'arbitrage international. Le principe crée une situation qui est contraire tant aux normes internationales qu'internes et peut donc, dans l'hypothèse d'impécuniosité, être valablement écarté. La relocalisation de l'arbitrage est donc nécessaire tant pour garantir l'accès du droit au juge que pour pérenniser l'institution.

¹⁶⁷ Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la réflexion a toujours été menée aux fins d'améliorer le système judiciaire des États signataires. Depuis quelques temps la réflexion s'est polarisée sur le fonctionnement effectif des institutions et l'efficacité de la justice dans ces États, condition *sine qua non* au respect des autres droits fondamentaux. C'est ainsi, qu'en 2002 a été créée, à l'initiative du conseil de l'Europe, une Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ) qui a pour mission d'assurer à toute personne relevant de la juridiction d'un État signataire la faculté de faire valoir ses droits de manière effective.

Chapitre 2: La détermination de la juridiction étatique garante de l'effectivité du droit d'accéder à la justice

362. Dans l'ordre international, chaque État est seul juge de la compétence internationale de ses tribunaux¹. En conséquence, afin d'assurer l'effectivité de ses décisions et donc une bonne administration de la justice, chaque ordre juridique veille, en général, à retenir des chefs de compétence ayant un lien avec le litige soumis afin de les rendre acceptables dans l'ordre international. Dans ce cadre, la limite la plus importante dans l'édition des règles de compétence juridictionnelle reste le principe de procès équitable, comprenant l'effectivité de la justice, tel que consacré par l'article 6 de la CESDH. L'État ne doit pas reconnaître de manière excessive ses juridictions compétentes et d'autre part, il doit veiller à ce que chaque justiciable se voit garantir l'accès au juge en tant que droit fondamental. Il en va de l'effectivité de la justice² et du principe de bonne administration qui postule un lien de proximité suffisant entre le litige et le for, permettant d'assurer l'équilibre entre le demandeur et le défendeur et induit une certaine neutralité de la règle³.

Nonobstant le caractère de principe neutre et pragmatique des règles de compétence juridictionnelle, il est de plus en plus fréquent de voir se développer des règles de compétence qui traduisent la poursuite de certains objectifs substantiels⁴ notamment en matière de contrat de travail ou de consommation⁵. Qu'en est-il au regard de l'arbitrage et plus généralement qu'en est-il quant au rôle de la volonté des parties? Dans l'organisation de la répartition des compétences juridictionnelles, la volonté des parties joue de nos jours un rôle majeur.

363. Les clauses d'élection de for et les conventions d'arbitrage permettent d'établir la compétence d'une juridiction à l'exclusion des autres normalement compétentes. Mais, alors que la clause d'élection de for traduit un choix entre différentes juridictions étatiques, la convention d'arbitrage, quant à elle, correspond au choix, au sein des ordres juridiques compétents, de soustraire la connaissance d'un litige aux juridictions étatiques internationalement compétentes pour le soumettre aux juridictions arbitrales. La convention d'arbitrage entre dans la catégorie juridique de la procédure, non celle de compétence internationale. Dans les deux cas l'objet est processuel mais le choix ne se situe pas sur le même plan.

1 La sanction de l'éventuelle incompétence des juridictions étrangères ne sera légalement prise en compte qu'au stade de la reconnaissance du jugement étranger. V. en ce sens : MOTULSKY (H.), *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*. Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, t.2, Préf. Cl. Reymond, Dalloz éd. 1974 p. 14 n° 8 : « *les arbitres sont des particuliers auxquels l'ordre juridique permet d'exercer une fonction qui est en principe réservée à l'État [...] la justice privée est fonction de règles du droit positif qui l'autorisent et en délimitent les contours* »

2 Une compétence internationale ne sera ainsi jugée comme légitime que s'il existe entre le for et le litige un lien de proximité composante de la bonne administration de la justice. Ainsi, les décisions prises sur le fondement de compétences exorbitantes ne seront pas reconnues dans les autres ordres juridiques et l'effectivité de la justice en sera compromise. En outre, les compétences exorbitantes sont les instruments efficaces d'un harcèlement procédural augmentant de ce fait même le risque de décisions contradictoires et instances parallèles. En conséquence, il ne faut ni pécher par excès ni par timidité dans l'édition des compétences internationales. Si aucune répartition spatiale de la compétence juridictionnelle des États ne peut être déduite du droit international public, les règles juridictionnelles sont donc établies en fonction de considérations concrètes dont la première est celle de bonne administration de la justice qui tient compte de l'économie procédurale, de l'efficacité de la justice.

3 La conception de la compétence juridictionnelle a évolué avec le temps passant d'une conception publiciste de la compétence, ou celle-ci est conçue comme une allégeance au souverain, à une conception processualiste visant à garantir la bonne administration de la justice. Par l'arrêt Patino de 1948 (C. Cass. Civ. 24 mai 1948, *Lautour, Rev. Crit. DIP* 1949 p. 89 note Batiffol) la cour de cassation retient sa compétence dans un litige entre étrangers. La compétence internationale des tribunaux français se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne (C. Cass. Civ. 1, 19 oct. 1959 *Pelassa GADIP* n° 37 § 6 ; *D.* 1960.37 note G. Holleaux). C'est ainsi qu'en France la nationalité est donc délaissée au profit d'autres titres de compétence prenant en compte des considérations pratiques. Une certaine proximité géographique est exigée qui implique dans la définition des chefs de compétence la prise en compte de données pragmatiques. L'objectif de proximité est conçu en France comme une composante de la bonne administration de la justice.

4 Dans le cadre européen ce qui est recherché en premier lieu, n'est pas la coïncidence entre la compétence juridictionnelle et législative mais la réduction des coûts du procès pour garantir l'accès à la justice et partant son effectivité.

5 L'idée étant de garantir l'accès à la justice d'une partie considérée comme faible en lui permettant de saisir outre le domicile du défendeur, leur propre domicile afin d'assurer un accès effectif à la justice.

364. En cas de convention d'arbitrage tout comme en cas de clause d'élection de juridiction, il ne s'agit pas de soustraire le litige de tout point de contact avec un ordre juridique. *In fine*, la différence entre ces deux clauses est que l'une d'elles relève d'une question de procédure et non de compétence internationale⁶. Alors que la notion de compétence internationale vise à déterminer les cas où les juridictions étatiques sont susceptibles d'intervenir dans le cadre d'un litige, la notion de procédure concerne les modalités de cette intervention. Ainsi, le règlement Bruxelles I concerne la répartition des compétences internationales mais exclut de son champ d'application les règles de procédure. Cependant, la Cour de justice a précisé que les règles nationales de procédure ne devaient pas entraver les règles de compétence internationale d'origine conventionnelles⁷.

Il est traditionnellement admis que toute question de procédure, c'est-à-dire tout point de droit entrant dans cette catégorie, ne relève pas des conflits de juridictions. En effet, il existe une dissociation entre le fond et la procédure d'une part, et d'autre part, entre compétence internationale et procédure⁸. Traditionnellement, la *lex fori*, applicable à la procédure sauf exception, se voit justifiée par son rattachement à la souveraineté étatique. En conséquence, toute règle de procédure, dont le principe de compétence-compétence, est soustraite au conflit de lois et relève de la loi du for saisi. Il y a lieu de considérer qu'il s'agit en l'occurrence d'une compétence exclusive de l'État dans l'organisation de son système juridictionnel. Ainsi, le droit d'agir en justice et ses modalités, sont exclusivement régis par le droit du for. Quant aux conditions d'introduction de la demande en justice, celles-ci peuvent, dans une certaine mesure être soumises aux règles de conflit de lois⁹. Appartiennent à la catégorie des procédures soumises à la *lex fori*, les règles de répartition des compétences internes et donc le principe de compétence-compétence. La coïncidence entre juridiction saisie et loi applicable est donc assurée. Cette compétence fondée sur la souveraineté est ainsi impérative : l'État a une compétence exclusive pour déterminer le fonctionnement des institutions juridictionnelles du for. Cette distinction entre procédure et compétence s'observe y compris dans le cadre européen qui, s'il unifie les compétences juridictionnelles en substituant l'unilatéralisme à des règles répartitrices, conserve le caractère strictement unilatéral des règles de procédure.

365. Au regard de la matière arbitrale, les règles de procédure ont été unifiées dans le cadre de la convention de New York de 1958. La qualification de procédure n'exclut pas à elle seule toute incidence du droit communautaire et européen sur les règles internes de procédure notamment au regard de l'article 6 de la CESDH. Néanmoins, la difficulté à déterminer le for responsable en cas de déni de justice économique et le for compétent pour juger du litige au fond provient essentiellement d'une absence d'harmonisation concernant la notion de « *décision judiciaire statuant en matière d'arbitrage* » ainsi que d'une divergence doctrinale au regard de l'incidence d'une convention d'arbitrage sur la compétence internationale étatique.

Dans le cadre du déni de justice, si le juge d'appui renvoie les parties devant les juridictions étatiques, c'est-à-dire dans l'hypothèse où un juge d'appui considère qu'il n'y a pas lieu à arbitrage, il convient de s'interroger sur le for compétent à juger du litige. Le problème est résolu dès lors que le for du juge d'appui reconnaît par ailleurs sa compétence internationale à juger au fond du litige. Le problème résulte en revanche du cas où le for de ce

6 V. pour une comparaison entre clause attributive de juridiction et clause compromissoire : ANCEL (B.), à propos de Coipel-Cordonnier (Nathalie), *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Préface de Marc Fallon, avant-propos de Pierre Mayer, LGDJ, 1999, XIII, *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 392.

7 CJUE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur Hagen v. Zeehage*, BV aff C- 365/88 ; *Rev. Crit. DIP* 1990.568 note H. Gaudemet Tallon ; *JDI* 1991.498 note Huet.

8 Pour une définition entre droit au fond et droit processuel en droit interne V. JEULAND (E.), *Droit processuel*, Manuel LGDJ 2007 n°17.

9 V. NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *Action en justice, Répertoire de droit international*, Dalloz, 1998 n°21.

juge d'appui n'est pas internationalement compétent à juger du litige. Le juge d'appui doit, s'il y a lieu, c'est-à-dire lorsque le droit au juge est compromis, priver d'effet la convention d'arbitrage mais sa décision propre à la procédure d'arbitrage, n'a pas vocation à bénéficier d'un système de reconnaissance des décisions en application du règlement de Bruxelles I. Par ailleurs, s'il peut décliner sa compétence ou constater l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage rien ne lui permet de renvoyer les parties devant une juridiction étrangère. Il ne peut que décliner sa compétence en matière de procédure d'arbitrage. Doit-il retenir sa compétence secondaire sur le fondement du déni de justice faute de reconnaissance de la décision du juge d'appui ?

En effet, à défaut de reconnaissance de la décision du juge d'appui constatant la caducité de la convention d'arbitrage, il peut se produire un second déni de justice, étatique cette fois-ci, si l'ordre juridique du juge d'appui ne reconnaît pas sa compétence à juger au fond du litige et que le for normalement compétent n'admet pas sa compétence du fait de l'existence d'une convention d'arbitrage et de la non reconnaissance de la décision étatique la privant d'effet.

366. À l'inverse, la question du droit d'accès au juge peut aussi être portée devant un ordre juridique compétent au regard de l'objet du litige bien qu'incompétent au regard de la procédure d'arbitrage. Compétent internationalement à juger du litige, cet État doit priver d'effet une convention d'arbitrage qui contreviendrait au droit au juge, et juger du litige au fond. Mais qu'advient-il de cette décision ? Peut-elle être reconnue à l'étranger et bénéficie-t-elle de l'application du règlement Bruxelles I ? La question de la responsabilité de l'État en matière de déni de justice économique amène à s'interroger sur cette dissociation des chefs de compétence et sur la portée de l'exclusion du règlement Bruxelles I. Une absence de reconnaissance de cette décision ne porte-t-elle pas atteinte en elle-même à l'effectivité du droit au juge ?

367. En réalité, il convient de s'entendre sur ce que recouvrent les compétences fondées sur l'arbitrage pour apprécier dans le cadre européen la portée de l'exclusion du règlement Bruxelles I et dans le cadre international, l'accueil qui doit être réservé à la décision judiciaire statuant en matière d'arbitrage. L'arbitrage est une procédure de justice privée et une question de procédure interne. Son exclusion est donc sans surprise au regard du règlement Bruxelles I à condition de s'entendre sur ce qu'elle recouvre. Or, l'arbitrage n'a pas d'incidence sur la répartition internationale des compétences dans le cadre du règlement Bruxelles I ni sur les chefs de compétence internationale fondés sur l'objet du litige. En effet, l'arbitrage est une question secondaire, de procédure interne, qui ne se pose donc qu'une fois la question de la compétence internationale résolue.

368. Afin de déterminer quel for doit priver d'effet une convention d'arbitrage inapplicable et quel ordre juridique doit se reconnaître compétent à juger du litige au fond, il convient d'envisager l'incidence d'une convention d'arbitrage sur la répartition internationale des compétences (Section 1). Plus exactement, il conviendra de se demander si l'existence d'une clause d'arbitrage a une incidence sur cette répartition afin de déterminer l'État responsable du déni de justice économique et partant, pouvant être saisi de cette question. Une fois le déni de justice constaté et du fait de la dissociation entre la compétence internationale au regard de la procédure d'arbitrage et la compétence en fonction de l'objet du litige, il convient de s'interroger sur la juridiction compétente pour juger au fond du litige (Section 2). La relocalisation de l'arbitrage ne nuit pas au développement de l'arbitrage, bien au contraire, elle permet d'adopter une législation mesurée tenant compte de tous les intérêts en jeu et, parmi eux, le droit fondamental d'accéder à la justice.

Section 1 : La « relocalisation » de l'arbitrage international

369. La question de la compétence internationale en matière d'arbitrage ne reçoit aucune harmonisation et est en général analysée comme excluant la compétence internationale étatique *a priori* puisque l'arbitrage est dit délocalisé. La convention d'arbitrage est analysée comme ayant une forte incidence sur la compétence internationale étatique. L'affirmation du caractère délocalisé de l'arbitrage permet alors de retenir la compétence des centres d'arbitrage français le plus largement possible tout en déniait toute compétence à l'ordre juridique internationalement compétent.

Le postulat suivant lequel l'arbitrage ne dépend d'aucun ordre juridique permet alors de le soumettre le plus largement possible à la *lex fori* et de développer les centres d'arbitrage locaux. Dès lors qu'une convention d'arbitrage est invoquée, seule la compétence du juge d'appui est envisagée et jalousement protégée. Il en va de même quant à la reconnaissance d'une sentence¹⁰. Le contrôle de la compétence arbitrale est donc divisé¹¹. Dès lors, si l'annulation d'une sentence pour incompétence reste un motif d'opposition admis à l'article V § 1 e) de la convention de New York, cette annulation de la sentence pour incompétence n'est pas un obstacle dirimant à son exécution au sein d'un autre *for*¹². Ainsi, le droit français ne considère pas comme un obstacle à la reconnaissance d'une sentence arbitrale l'existence d'un jugement étranger d'annulation de celle-ci, puisque par hypothèse l'arbitrage n'est « rattaché à aucun *for* »¹³. Qu'en est-il de la décision judiciaire du juge d'appui ou du juge internationalement compétent statuant sur ce point et de la décision judiciaire statuant sur le litige¹⁴ ?

370. L'absence de règle de compétence uniforme propre à la procédure d'arbitrage dans l'espace européen ou international pose de délicats problèmes, notamment en donnant lieu à des décisions contradictoires tout en laissant libre cours au *forum shopping*. Le caractère délocalisé de l'arbitrage permet de passer outre nos engagements internationaux. Si l'objet de notre étude n'est pas de condamner dans sa globalité ce qu'il convient d'appeler la fiction juridique de la délocalisation, il apparaît que celle-ci ne saurait exister au stade de la compétence internationale dès lors que le droit au juge est en jeu. En effet, il convient de déterminer quelle juridiction est internationalement compétente et donc responsable de la garantie du droit d'accès au juge.

La doctrine française est opposée dans sa majorité à toute tentative d'uniformisation. Dès lors qu'une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage, le règlement Bruxelles I serait exclu selon cette analyse, qui semble préférer une absence de règle afin de pouvoir favoriser au maximum une vision libérale de l'arbitrage¹⁵. Nonobstant une intense

10 Chaque ordre juridique analyse ses compétences internationales et les conditions de reconnaissance d'une sentence selon ses propres règles. Il peut naître alors un problème de réception de la sentence car celle-ci peut varier en fonction des États, y compris au sein de l'Union européenne.

11 Ce constat n'est pas nouveau et la question de l'harmonisation du contrôle de la compétence arbitrale est donc une question centrale, ancienne et controversée ne recevant pour l'instant aucune solution satisfaisante. Ni la décision du premier juge saisi ou du siège de l'arbitrage, ni le règlement Bruxelles I ne semblent avoir d'influence sur la réception de la sentence de compétence ou sur une décision judiciaire statuant de matière incidente ou principale sur ce point. Or, l'harmonisation par la reconnaissance de la décision du premier juge saisi semble devoir être rejetée, les décisions relatives à la reconnaissance ou à l'exécution d'une sentence arbitrale, ainsi que les jugements rendus sur une exception d'incompétence, ont par nature une portée limitée au territoire. La décision de la juridiction étatique du siège jouit de l'autorité de la chose jugée dans l'ordre interne mais ne constituant pas une sentence, elle ne bénéficie pas des dispositions de la convention de New York. De nouveaux contrôles seront opérés lors de l'*exequatur* dans chaque ordre juridique.

12 Certains pays, comme la France, admettent l'*exequatur* de sentence annulée dans leur pays d'origine.

13 C. Cass. Civ. 1, 9 octobre 1984 *Norsolor*, *Rev. Crit. DIP* 1985 p. 551.

14 Pour l'heure afin de reconnaître dans toutes ces hypothèses une sentence, on invoque le caractère délocalisée de celle-ci et on lui applique les règles du *for*. Néanmoins ce raisonnement nous semble faire l'impasse sur la nature contractuelle de l'arbitrage. La clause compromissoire étant un contrat, le contrat n'étant pas sans loi, sa validité comme son effectivité doit être apprécié en fonction de ce droit. En France cette question est résolue par l'application systématique du droit français sans recherche de la loi applicable au contrat. Cela étant, malgré le manque d'internationalité d'un tel système, il s'agit bien en l'occurrence de l'application du droit étatique français.

15 L'ensemble de la jurisprudence française vise *in fine* à protéger et à développer les centres d'arbitrages français. Pour ces auteurs, il est donc nécessaire de laisser la plus large liberté à la compétition normative du mieux disant au regard de l'importance des intérêts économique

contestation doctrinale et jurisprudentielle proclamant, au nom des intérêts du commerce international et de l'arbitrage, le caractère délocalisé de celui-ci (§1), le caractère procédural de l'arbitrage a été clairement consacré par la CJUE. Dès lors, il paraît aujourd'hui établi que l'État internationalement responsable du déni de justice en cas d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage est celui internationalement compétent soit en application du règlement Bruxelles I, soit en application de des règles de compétence ordinaire de l'ordre juridique (§2). Partant, le débat n'est pas celui de l'harmonisation des compétences mais celui de l'incidence de la convention d'arbitrage sur la compétence étatique, débat résolu par la Cour de justice de l'Union européenne.

§1- La délocalisation de l'arbitrage international, une fiction doctrinale et jurisprudentielle française

371. Un constat de départ s'impose : la convention d'arbitrage n'a d'incidence sur les compétences internationales d'un État que dans la mesure où il l'accepte, et, en général, en application de la convention de New York de 1958. En conséquence, une décision statuant au fond du litige devrait être reconnue, sauf à considérer qu'elle est contraire à l'ordre public. Prendre en compte la question de l'arbitrage au sein de la question de la compétence internationale étatique permet une plus grande sécurité juridique qui, combinée avec l'application de la convention de New York, aboutit à un régime plus prévisible en définissant le siège de l'arbitrage.

En Europe donc, le règlement Bruxelles I qui a pour objet la répartition des compétences internationales entre États devrait s'appliquer, y compris en cas d'existence d'une convention d'arbitrage. En effet, l'arbitrage concerne effectivement une question de compétence mais de compétence interne et non internationale, il est donc normal que les questions se rapportant directement à l'arbitrage soient exclues du Règlement. La question n'est pas là. En revanche, il s'agit de s'interroger sur la portée de cette exclusion. En dehors du cadre européen, la question de la compétence internationale étatique se pose également.

372. Le fait qu'une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage, a-t-il une incidence sur la répartition des compétences internationales ? L'arbitrage est-il « délocalisé », flottant au-dessus des États et leur restant extérieur ?

373. Il convient donc d'analyser dans quelle mesure une convention d'arbitrage exclut les règles de compétence internationale et pour ce faire, il faut analyser les différentes thèses en présence et l'état de la jurisprudence (A) sur ce point afin de procéder à une analyse critique de ce rejet quasi unanime en France (B).

A- Analyse de l'exclusion de l'arbitrage dans l'espace européen et de sa qualification : un rejet français

374. La théorie française de la délocalisation « reflète un désir compréhensible d'uniformité dans la réglementation de l'arbitrage commercial international, mais ceci ne signifie pas pour autant que cette théorie soit nécessairement vraie »¹⁶. Elle a pour origine un problème d'immunité d'un État litigant mais de nos jours est étendue à tous les arbitrages commerciaux

en jeu.

16 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 68 ; Et pour une analyse critique V. p. 68 et s. et pour une analyse des origine de cette fiction p. 72 et s.

internationaux dans la conception française.

375. La question centrale porte sur l'exclusion ou l'inclusion dans le cadre européen de règles de compétence internationale relatives à l'arbitrage. L'inclusion ou l'exclusion de l'arbitrage du règlement Bruxelles I fait débat. La doctrine majoritaire soutient qu'il convient de maintenir et d'étendre cette exclusion notamment pour contrer la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne¹⁷. La question de la portée de l'exclusion du règlement de Bruxelles I dès lors qu'une convention d'arbitrage intervient est différente quoiqu'au centre du même débat. En l'occurrence, il s'agit de mesurer l'incidence d'une convention d'arbitrage sur la répartition des compétences internationales.

L'insertion d'une clause d'arbitrage ne devrait en rien influencer sur la compétence internationale des États, *a fortiori* dans le cadre du règlement Bruxelles I. Cependant cette analyse est loin de faire l'unanimité au nom du principe de délocalisation de l'arbitrage et est rejetée tant par la jurisprudence française que par la doctrine (2) qui analyse l'arbitrage comme une procédure détachée des États, un for autonome. Dans cette optique, la convention d'arbitrage serait le choix d'une compétence internationale d'un for arbitral extérieur aux États et non le choix au sein d'un for internationalement compétent d'une procédure d'arbitrage international. Dès lors, le débat sur le caractère délocalisé ou non de l'arbitrage revient en d'autres termes à se demander si l'arbitrage est une question de compétence internationale ou de compétence interne (1).

1)- Position du problème : l'arbitrage, une question de compétence interne ou internationale ?

376. La question de la répartition des compétences juridictionnelles étatiques en matière d'arbitrage dans le cadre européen est très discutée. Les hésitations jurisprudentielles, la position de la CJUE et son opposée, celle de la Cour de cassation, de même que le déchirement de la doctrine sur les rapports entre arbitrage et règlement Bruxelles I, amènent naturellement à s'interroger sur la pertinence de l'exclusion de l'arbitrage du règlement Bruxelles I¹⁸. L'argument majoritairement invoqué à l'appui du maintien de cette exclusion est le fait que la plupart des États européens n'admettent pas l'effet négatif du principe de compétence-compétence, cette exclusion reste favorable à l'arbitrage. Il en va de la protection de l'institution ou du droit français.

377. Une part importante du débat tourne autour de cette notion d'exclusion, sur son sens et sur sa portée. Certains auteurs comprennent l'exclusion de l'arbitrage par l'article 1 du règlement Bruxelles I comme devant conduire à une inapplicabilité dudit règlement dès lors qu'il est question d'une exception d'arbitrage. En conséquence, selon eux, il n'existerait aucune répartition étatique des compétences si une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage. *Ipsa facto*, le litige serait exclu du domaine d'application de toute convention internationale puisque l'invocation par une partie de l'existence d'une telle clause combinée avec le caractère délocalisé de l'arbitrage, dénie aux États toute compétence internationale. Dès lors, le litige ne serait rattaché à aucun for. Flottant au-dessus des États, ce postulat permet d'appliquer à la procédure d'arbitrage, tout comme au litige, les règles du for. Cette analyse postule de comprendre le principe de compétence-compétence, et plus largement les règles procédurales propres à l'arbitrage, comme des règles de répartition

¹⁷ A l'opposé, certains auteurs prônent l'inclusion au sein du règlement de l'arbitrage.

¹⁸ La question du champ d'application de l'exclusion de l'arbitrage dans le cadre de l'ancienne convention de Bruxelles, aujourd'hui devenue règlement Bruxelles I, n'est pas nouvelle. Elle suscite depuis toujours de nombreuses controverses doctrinales.

internationale des compétences et non comme une règle de procédure propre à chaque ordre juridique qui retient sa compétence internationale sur ce point. Or, si l'arbitre est un juge, l'arbitrage une juridiction, il nous semble que l'assimilation faite entre la juridiction arbitrale et la juridiction étatique étrangère est erronée.

In fine, l'arbitrage est dans l'étroite dépendance des ordres juridiques étatiques et son intervention n'est possible que dans la mesure où l'État le permet. Dès lors, si la procédure d'arbitrage est exclusive de toute harmonisation sauf convention internationale sur ce point¹⁹, il en va autrement de la compétence internationale au regard de l'objet du litige. Une fois cette compétence internationale établie, le for appliquera ces règles de compétence interne pour mettre en œuvre le cas échéant la procédure d'arbitrage.

378. La Cour européenne a eu l'occasion de connaître dans la fameuse affaire *Marc Rich* du 25 juillet 1991²⁰ de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement Bruxelles I (alors convention de Bruxelles I) où la *Court of Appeal* s'interrogeait sur la portée de l'exclusion de l'article 1 alinéa 2 4) (C). Dans cette affaire, la question incidente de l'existence d'une convention d'arbitrage était posée. Les arguments de la société *Impianti* dans l'arrêt *March Rich* sont jugés « radicaux » par certains auteurs en ce qu'elle soutenait que « l'exclusion a pour seul objet de rappeler que la convention concerne les instances judiciaires, et non celles formées devant les juges privés ; en revanche, les instances judiciaires relatives à l'arbitrage relèvent de la convention »²¹.

379. Monsieur P. Mayer jugeait cette interprétation « indéfendable » en ce que toutes les exclusions de l'article 1 de la convention de Bruxelles sont relatives à des instances judiciaires. Dès lors, l'auteur s'interroge sur ce qu'il convient d'« entendre par instance judiciaire en matière d'arbitrage » pour s'interroger sur les raisons d'une telle exclusion pour en apprécier la portée. Selon lui, la convention de Bruxelles a comme objectif principal la libre circulation des jugements et c'est en cela qu'elle est incompatible avec l'arbitrage international en ce que les États parties le conçoivent comme la volonté des parties d'exclure toute compétence étatique. C'est donc la législation des États et la conception de l'arbitrage qu'ils soutiennent qui justifieraient cette exclusion élargie. Mais Monsieur P. Mayer convient que « Cette exclusion, toutefois, ne peut pas être complète. D'abord, il est parfois nécessaire que le juge intervienne dans la procédure arbitrale, ou du moins puisse apporter sa contribution, à la constitution du tribunal. Ensuite et surtout, un contrôle sera exercé sur la régularité de la sentence par les tribunaux qui seront requis de la revêtir de la formule exécutoire. Il est également jugé opportun, dans presque tous les pays, d'instituer un contrôle à titre principal, dont dépendra la validité ou la nullité de la sentence, afin de ne pas laisser en suspens la question de son autorité ; son examen serait sinon retardé jusqu'au moment où le demandeur (supposé victorieux) requerrait l'exequatur, et serait rouvert chaque fois qu'il s'adresserait aux tribunaux d'États qui n'en auraient pas jusque-là connu »²².

19 Cependant, il existe une volonté réelle d'exclure l'arbitrage du champ des règles communautaires. Le règlement (CE) du 22 décembre 2000 ainsi que la Convention de Lugano ne sont pas applicables à l'arbitrage. Exclusion prévue à l'article 1 al. 2 (4). Seule une décision judiciaire, à l'exclusion d'une sentence arbitrale, peut faire obstacle à la reconnaissance dans un État contractant d'une décision émanant d'un autre État (art. 27- 3 et 5 de la convention et 34- 3 et 4 du règlement). Ainsi, il convient de relever la publication au journal officiel des communautés européennes, le 21 avril 2004, du règlement portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées. Selon l'article 2, l'arbitrage est exclu de son champ d'application matériel. Les textes communautaires sont donc silencieux en cas de contestation de la clause d'arbitrage et de la sentence arbitrale.

20 CJUE, 25 juillet 1991, *Marc Rich & Co AG c. Società italiana Impianti PA*, aff. C-190/89 ; *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 316 note P. Mayer ; *JDI* 1992.488 obs. A. Huet ; *Rev. Arb.* 1991.677, note D. Hascher.

21 MAYER (P.), *De l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Cour de justice des Communautés européennes. - 25 juillet 1991, Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti P.A.*, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 310.

22 MAYER (P.), *De l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Cour de justice des Communautés européennes. - 25 juillet 1991, Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti P.A.*, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 310.

380. Selon certains, cette jurisprudence *Marc Rich* devait être interprétée de manière extensive puisque, selon Madame H. Gaudemet-Tallon²³, celle-ci devait « être étendue au cas où le procès se limite[rait] à la contestation de la convention d'arbitrage : c'est un procès « en matière d'arbitrage » qui est exclu du domaine de la convention ». Dans cette conception, la convention de Bruxelles et le règlement n° 44/2001²⁴ semblent impuissants à assurer une harmonisation au sein de l'Union européenne. Suivant les conclusions de Monsieur l'avocat Général M. Darmon, dans l'arrêt *Marc Rich* du 25 juillet 1991, le système de la convention serait inadapté à l'arbitrage.

381. Dans cette affaire, la CJUE exclut son application dans l'hypothèse où il y a contestation de la convention d'arbitrage. Elle considère que l'objet principal du litige relève du droit de l'arbitrage. Ainsi, « l'existence d'une question préalable, sur laquelle doit statuer le juge pour trancher ce litige ne peut, quel que soit le contenu de cette question, justifier l'application de la convention »²⁵. Reste l'hypothèse d'une contestation de la convention d'arbitrage lorsque l'objet principal du litige relève des textes communautaires²⁶. En application de la jurisprudence de la CJUE, tout litige portant directement sur la procédure d'arbitrage, son admission ou sa mise en œuvre est exclu du Règlement. Qu'en est-il des autres litiges, à savoir ceux déclarant qu'il n'y a pas lieu à arbitrage et statuant au fond ?

Ainsi, la question s'est posée en ces termes : lorsque le juge de l'État d'origine du contrôle a déclaré la convention d'arbitrage nulle et a statué au fond, si l'exécution de sa décision est demandée dans un État qui l'aurait au contraire déclarée valable, le juge requis d'une demande de reconnaissance doit-il contrôler la compétence du juge d'origine au motif que le juge a statué en « matière d'arbitrage », donc en dehors de l'application du règlement Bruxelles I ? On peut objecter que si la juridiction saisie en application de règlement Bruxelles I a déclaré nulle la convention d'arbitrage et a statué au fond de l'affaire, l'aspect « arbitrage » a disparu.

382. En effet, ces compétences ont été pensées en considération de l'exécution et de l'accès à la justice, en d'autres termes de son effectivité. L'application du Règlement permettrait une centralisation de l'examen de la validité ou de l'existence de la convention d'arbitrage, question fondamentale pour les parties. Plus fondamentalement, la question de l'exclusion de l'arbitrage du règlement Bruxelles I fait partie d'une question plus globale, à savoir celle de l'incidence d'une convention d'arbitrage sur la compétence étatique. S'il nous paraît clair que l'arbitrage en tant que procédure est exclu d'un tel mécanisme, la question reste ouverte de son incidence sur la compétence internationale étatique elle-même. En quoi la convention d'arbitrage prive une juridiction de sa compétence internationale à juger au fond du litige ?

383. L'arbitre, détenant son pouvoir juridictionnel d'un État, lui est nécessairement rattaché. Reste à déterminer quel État pour savoir qui sera responsable d'un éventuel déni de justice et qui, le cas échéant, pourra juger du litige. Cela étant, telle n'est pas la conception actuelle de la doctrine française et de la jurisprudence qui conçoivent l'arbitrage comme exclusif de toute compétence étatique. La législation française est très favorable à l'arbitrage et « cette faveur pour l'arbitrage international n'accepte pas d'être remise en cause sous prétexte que le siège du tribunal a été fixé en dehors de la France. À vrai dire, aucune loi - ni

23 GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4, p. 43.

24 Le conseil de l'Union européenne a adopté le 22 décembre 2000 le règlement n° 44/ 2001 (JOCE L. 12 du 16 janvier 2001, destiné à remplacer la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Le règlement dit « Bruxelles I » est entré en vigueur le 1 mars 2002 . Il n'est pas applicable au Danemark.

25 CJUE, 25 juillet 1991, *Marc Rich & Co AG c. Società italiana Impianti PA*, aff. C-190/89, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 316 note P. Mayer ; *JDI*. 1992.488 obs. A. Huet; *Rev. Arb.* 1991.677, note D. Hascher.

26 Les matières exclues par l'art. 1 & 2 ne le sont que si elles sont l'objet principal du litige.

celle du siège, ni celle applicable au contrat litigieux, ni celle de l'une ou l'autre partie - n'a de vocation si irrésistible qu'elle conduise le juge français saisi d'une demande d'exequatur à délaisser les solutions substantielles, adaptées aux besoins du commerce international, qui ont les préférences du législateur français; et de même, aucun jugement étranger qui méconnaîtrait ces solutions ne lui paraîtrait digne de respect »²⁷. Cette volonté d'imposer notre législation est soutenue tant par la jurisprudence que par la doctrine française.

384. Cependant, « la délocalisation des arbitrages (autres que ceux soumis directement au droit international) n'est possible que si les règles locales le permettent [...] De sorte qu'au lieu de « flotter dans le firmament transnational, sans lien avec un quelconque système de droit interne », l'arbitrage est fermement ancré dans un système de droit défini qui, à la fois lui prête assistance, et dans une certaine mesure, le contrôlera »²⁸ et le fait de choisir que la procédure applicable à l'arbitrage diffère de son siège ne fera que soumettre celle-ci à une double législation : celle du siège, dans ses dispositions impératives, et celle de la loi de la procédure choisie. Par ailleurs, en cas de nécessité de recourir à l'autorité étatique au soutien de l'arbitrage, la loi applicable sera difficile à déterminer : les tribunaux du for pourront être réticents à appliquer les règles de procédure étrangère et le tribunal étranger pourra décliner sa compétence faute de pouvoir faire exécuter sa décision relative à la procédure²⁹.

2)- Position doctrinale partisane et interprétation volontariste de la jurisprudence

385. La France considère le siège de l'arbitrage comme peu significatif pour le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage et donc pour le contrôle final de la compétence de l'arbitre³⁰. En effet, ce siège peut être sans aucun rapport avec l'objet du litige et plus généralement au regard de la loi applicable et de la compétence internationale. Le droit français opte pour une conception « délocalisatrice » et pose les conditions d'efficacité de la sentence en les imposant sans rechercher la localisation de celle-ci. On considère que le tribunal arbitral international n'a pas de for.

386. Dans ces circonstances, le contrôle de la compétence au regard des juridictions étrangères ne peut être valablement transposé à l'arbitrage sans adaptation. En application de la fiction de la délocalisation, les décisions de la Cour de cassation³¹ consacrent l'existence de

27 MAYER (P.), De l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Cour de justice des Communautés européennes. - 25 juillet 1991, *Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti PA.*, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 310.

28 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 74-75.

29 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 76 et s.

30 À propos du caractère localisé de l'arbitrage: V Au sujet de la loi applicable à la convention d'arbitrage: V. English Court of Appeal (civil division), 20

juillet 2009, (2009) *Enwazi Civil 1755* *Binj Company v. The Ministry Of Religious Affairs, Government Of Pakistan*, Before Lord Justice Ward Lord Justice Rix And Lord Justice Moore-Bick; *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 01 janvier 2010 n° 1, p. 159 note G. Cuniberti : L'auteur note que « Les conceptions opposées de la France et du Royaume-Uni concernant l'arbitrage international se révélaient en l'espèce dans les méthodes de résolution des conflits de lois adoptées dans chacun des deux ordres juridiques. Alors que le droit anglais continue d'appliquer la méthode conflictuelle classique, on sait que le droit français de l'arbitrage international privilégie la méthode des règles matérielles de droit de l'arbitrage international. Concernant l'efficacité de la clause compromissoire, la Cour de cassation juge, ainsi qu'il vient d'être rappelé, que l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécie directement d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, et que la loi du siège de l'arbitrage est en conséquence dénuée de pertinence. Dès lors, le juge anglais se trouvait confronté à une situation qui aurait pu, et à vrai dire dû, le gêner : la loi qu'il déclarait applicable ne se voulait pas compétente, et renvoyait, sinon à un ordre juridique, du moins à une méthodologie décisionnelle tierce ».

31 V. notamment : C. Cass. Civ. 1re, 10 mars 1993, *Rev. Arb.* 1993. 255 (2e esp.), note D. Hascher ; CA Paris, 14 janv. 1997, *Rev. Arb.* 1997.395, note Fouchard ; CA Paris, 29 sept. 2005, *Rev. Arb.* 2006. 695 note Muir Watt et C. Cass. Civ. 1re, 29 juin 2007, (2 arrêts), n° 05-18.053, n° 1021 FP-P+B+I, et 06-13.293, et n° 1022 FP-P+B+I, *Société Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*, *Bull. civ. I*, n° 250 et 251 ; *Rev. Arb.* 2007.507, rapport J.-P. Ancel et note E. Gaillard ; *JDI* 2007. 1236, note Th. Clay ; *D.* 2007. AJ. 1969, obs. X. Delpech ; *JCP G* 2006. I. 216, § 7, obs. C. Seraglini ; *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 21-22 nov. 2007. 3, obs. S. Lazareff, et p. 14, note P. Pinsolle ; *RTD com.* 2007. 682, obs. E. Loquin ; *D.* 2008 p. 1429, Louis Degos ; *D.* 2008 p. 180 Th. Clay ; *Dalloz actualité* du 4 juillet 2007.

la sentence arbitrale indépendamment de tout ordre juridique. Selon certains auteurs, « *Cette conception est respectueuse de la nature privée de la justice arbitrale qui n'est l'émanation d'aucun système judiciaire étatique. Elle pourrait s'expliquer par le constat que la sentence arbitrale internationale est, tant qu'elle n'a pas produit d'effet dans un ordre juridique, un document privé* »³², cette sentence n'est donc pas rattachée à l'ordre juridique du siège de l'arbitrage ni à aucun autre. Cette conception est reconnue par la Cour de cassation qui a jugé, par un arrêt en date du 19 décembre 1991, que peut être reconnue en France une sentence annulée en Suisse, lieu du siège de l'arbitrage, car la sentence était une sentence internationale « *qui n'était pas intégrée à l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance n'était pas contraire à l'ordre public international* »³³.

Ainsi, chaque État peut déterminer, eu égard à ses propres règles en matière d'arbitrage, l'effet qu'il consent à octroyer à la sentence arbitrale au sein de son ordre juridique. Chaque État détermine librement les chefs de compétence juridictionnelle et de façon indépendante. Conformément à l'analyse de Monsieur E. Gaillard, cette multi-localisation à laquelle aboutit la prise en compte du for d'exécution respecte la souveraineté des États ayant vocation à connaître de la sentence, à lui conférer la force exécutoire et à lui reconnaître les effets conformément à leur droit³⁴.

Ainsi, la Cour de cassation, dans l'arrêt *Putrabali* du 29 juin 2007³⁵, considère que « *la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées* »³⁶. Si la sentence arbitrale est internationale et autonome par rapport à un ordre juridique déterminé, la Cour consacre sa qualité de décision de justice pouvant être multi-localisée dans le cadre de son exécution.

387. La fiction de la délocalisation intervient également au stade de la compétence internationale, tant au regard de la procédure d'arbitrage que du litige. La simple invocation d'une convention d'arbitrage transformerait un litige multi-localisé, en un litige détaché de tout for compétent. La délocalisation permet ainsi de considérer qu'aucun ordre juridique au monde n'a plus de compétence internationale à juger du litige et donc que la seule « *juridiction compétente autonome* » soit celle arbitrale. Dès lors, la délocalisation permet d'appliquer à tous ces litiges les règles procédurales françaises puisque par hypothèse elles ne contreviennent pas à la compétence internationale d'un autre État. Ainsi, bien qu'incompétent au regard du litige, l'ordre juridique français admet un effet indirect au principe de compétence-compétence et refuse de voir s'appliquer le règlement Bruxelles I. La délocalisation revient à nier toute compétence aux ordres juridiques étrangers et à ériger la France en gendarme international. La jurisprudence française peut revendiquer à l'appui de sa

32 LOQUIN (E.), La jurisprudence *Hilmarton* est toujours d'actualité, (Civ. 1re, 29 juin 2007 [2 arrêts], pourvoi n° 05-18.053, arrêt n° 1021 FP-P+B+I, et 06-13.293, arrêt n° 1022 FP-P+B+I, *Société Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*, D. 2007. AJ. 1969, obs. X. Delpech), *RTD com.* 2007 p. 682.

33 LOQUIN (E.), La jurisprudence *Hilmarton* est toujours d'actualité, (Civ. 1re, 29 juin 2007 [2 arrêts], pourvoi n° 05-18.053, arrêt n° 1021 FP-P+B+I, et 06-13.293, arrêt n° 1022 FP-P+B+I, *Société Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*, D. 2007. AJ. 1969, obs. X. Delpech), *RTD com.* 2007 p. 682.

34 GAILLARD (E.), L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine, *JDI* 1998. 654, spéc. 673.

35 C. Cass. Civ.1re, 29 juin 2007, (2 arrêts), n° 05-18.053, n° 1021 FP-P+B+I, et 06-13.293, et n° 1022 FP-P+B+I, *Société Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*, Bull. civ. I, n° 250 et 251 ; *Rev. Arb.* 2007. 507, rapport J.-P. Ancel et note E. Gaillard ; *JDI* 2007. 1236, note Th. Clay ; D. 2007. AJ. 1969, obs. X. Delpech ; *JCP G* 2006. I. 216, § 7, obs. C. Seraglini ; *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 21-22 nov. 2007. 3, obs. S. Lazareff, et p. 14, note P. Pinsolle ; *RTD com.* 2007. 682, obs. E. Loquin ; D. 2008 p. 1429, Louis Degos ; D. 2008 p. 180 Th. Clay ; *Dalloz actualité* du 4 juillet 2007.

36 DEGOS (L.), La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome, (à propos des arrêts *Putrabali* du 29 juin 2007), D. 2008 p. 1429 ; CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, juin 2006 - octobre 2007, D. 2008 p. 180 ; LOQUIN (E.), La jurisprudence *Hilmarton* est toujours d'actualité, (Civ. 1re, 29 juin 2007 [2 arrêts], pourvoi n° 05-18.053, arrêt n° 1021 FP-P+B+I, et 06-13.293, arrêt n° 1022 FP-P+B+I, *Société Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*, D. 2007. AJ. 1969, obs. X. Delpech), *RTD com.* 2007 p. 682.

position une quasi-unanimité de la doctrine française.

388. Dès lors, la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le cadre du règlement Bruxelles I se veut la plus large possible et l'harmonisation des compétences internationales semble très vigoureusement rejetée afin de favoriser un *forum shopping*. Toute tentative inverse est alors perçue comme une menace anti-arbitrage. Ainsi, selon Messieurs Gaillard et P. de Lapasse « *le droit français de l'arbitrage est aujourd'hui menacé [...]. [Les États membres] gagneraient à conserver leur spécificité et originalité plutôt qu'à faire l'objet d'une uniformisation oubliant les particularités nationales qui, en matière d'arbitrage, font la force des États européens* »³⁷. Toute uniformisation de la compétence internationale en matière d'arbitrage serait donc à exclure. Ainsi, selon Monsieur E. Loquin, l'exclusion générale de l'arbitrage du règlement Bruxelles I doit être approuvée car « *la convention de Lugano, comme la convention de Bruxelles, forment un droit régional dont l'application est mal venue, lorsqu'elle a pour objet l'arbitrage commercial international, compris comme l'instrument d'une justice mondialisée. Il serait dangereux de casser l'unité de ce droit, résultant en grande partie de la convention de New York de 1958, largement ratifiée par les États du monde entier, par l'intervention d'un droit régional, aussi performant soit-il. [Mais] L'exclusion de la matière arbitrale n'est cependant pas sans limite* »³⁸.

389. Encore convient-il de s'entendre sur le sens de cette « exclusion ». La doctrine française semble conclure que cette exclusion est une exclusion de toute compétence internationale des États membres. Tel n'est pas notre point de vue. Au regard de l'accueil d'une sentence arbitrale, il est certain, nonobstant le silence des textes, qu'un jugement rendu dans un État de l'Union Européenne, dont l'objet est de reconnaître ou d'exécuter une sentence internationale, ne peut bénéficier du mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution dans un autre État membre³⁹. Le juge ne pourrait exercer aucun contrôle sur la décision initiale. Les décisions *d'exequatur* ne bénéficient donc pas du mécanisme du règlement, en application de l'adage « *exequatur sur exequatur ne vaut* ». Par ailleurs, un jugement relatif à une sentence est, sans conteste, lié à la matière arbitrage y compris en dehors de l'application du règlement Bruxelles I. À cet égard, l'application de la fiction de délocalisation ne contrarie pas.

390. Au regard des autres décisions judiciaires, selon Monsieur B. Audit⁴⁰, les textes européens ne s'appliquant pas à une action en déclaration d'inexistence ou de nullité d'une convention d'arbitrage, il en est de même pour un jugement statuant en ce sens. Si les juridictions de l'État requis avaient été directement saisies, elles auraient statué sur le sort de la convention d'arbitrage et auraient pu décider de sa validité. Il lui semble à première vue préférable de décider que, dès lors qu'il y a une contestation sérieuse sur la convention d'arbitrage et que l'exception d'arbitrage a été soulevée de bonne foi par le défendeur dans l'État d'origine, le jugement rendu doit être considéré comme l'étant en « matière d'arbitrage » et en conséquence doit échapper au mécanisme du règlement Bruxelles I. Selon Monsieur B. Audit, l'objet de ce règlement étant de répartir la compétence entre les juridictions étatiques, son existence ne doit pas constituer un motif d'empiètement sur les

37 GAILLARD (E.), DE LAPASSE (P.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, D. 2011 p. 175 n° 45 et 47.

38 V. LOQUIN (E.), De la non-application de la Convention de Lugano à l'exécution des décisions des tribunaux des États signataires statuant sur des recours contre une sentence arbitrale et de la recevabilité de l'appel nullité dirigé contre l'ordonnance d'exequatur rendue par un juge incompétent (Cass. 1re civ., 9 déc. 2003, Gouvernement de la Fédération de Russie c. Cpe Noga d'importation et d'exportation, Bull. civ. I, n° 250, p. 199, D. 2004, Jur. p. 1055, note G. Weiszberg et 3186, obs. Th. Clay), *RTD com.* 2004 p. 256 ; LOQUIN (E.), L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace judiciaire européen, in *Les effets des jugements nationaux dans les autres États-membres de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 155.

39 « *Exequatur sur exequatur ne vaut* ».

40 AUDIT (B.), L'arbitre, le juge et la convention de Bruxelles », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 15.

procédures liées à l'arbitrage.

391. Ainsi, la Cour de cassation reste favorable dans ses décisions à la doctrine majoritaire. La Cour a eu à juger dans l'affaire *Noga* de l'application de l'article 1 de la convention de Lugano qui, à l'instar du règlement Bruxelles I, exclut de son champ d'application l'arbitrage. L'affaire *Noga*, comme le relève Monsieur E. Loquin, pose la question de l'étendue de cette exclusion : « Celle-ci se limite-t-elle aux seules sentences arbitrales ou concerne-t-elle également les décisions judiciaires rendues en matière d'arbitrage, en particulier les décisions rendues dans le cadre des recours dirigés devant les juridictions étatiques contre les sentences arbitrales ? »⁴¹. La Cour de cassation considère dans cet arrêt que « l'article 1 de cette convention exclut de son champ d'application l'arbitrage en tant que matière dans son ensemble, de sorte qu'en sont écartées non seulement les sentences arbitrales, mais aussi les décisions des tribunaux étatiques statuant sur des recours contre la sentence ou sur une demande d'exequatur ».

De même, la cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 15 juin 2006, *Legal Département du Ministère de la justice de la République d'Irak c. Sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*⁴² décide, au regard d'un différend opposant la République d'Irak à trois sociétés italiennes à propos de contrats dans le domaine de l'armement, que « l'entrée dans l'ordre juridique français d'un jugement étranger sur le fondement de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale applicable aux décisions judiciaires émanant d'un État membre rendues avant le 1er mars 2002, n'est évidemment possible que dans la mesure où le juge d'origine n'a pas rendu une décision dans une matière exclue par la convention, la délimitation du champ de compétence de la convention de Bruxelles n'étant pas un contrôle de compétence du juge d'origine auquel il ne serait possible de procéder que dans les prévisions de l'article 28 de la convention ». La cour d'appel de Paris constate l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la convention de Bruxelles (devenue règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, dit « Bruxelles 1 ») pour appliquer la règle de l'article 1548 anc. du Code de procédure civile alinéa 2 en donnant un relief inédit à l'effet négatif du principe de compétence-compétence. En toute logique, une fois la convention de Bruxelles éludée, la Cour aurait dû appliquer les règles de droit commun de reconnaissance et d'exequatur françaises. La cour d'appel poursuit son analyse en rappelant que « la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 exclut la matière d'arbitrage à son article 2 (4) ; laquelle fait l'objet d'accords internationaux qui lui sont particulièrement consacrés, ainsi la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, notamment ratifiée par l'Italie et la France ». Cette convention de New York, en effet applicable au litige, prévoit des règles de procédure en matière d'arbitrage interne ou international pour les États parties.

La Cour semble mettre sur le même plan les règles de procédures et de compétence internationale pourtant ces questions sont nettement distinctes. Elle conclut donc qu'« une décision italienne présentée à l'exequatur du juge français, limitée à la seule constatation de l'invalidité de la convention d'arbitrage et exclusive de tout jugement au fond de l'affaire, lequel n'est d'ailleurs pas encore aujourd'hui tranché par le juge italien porte sur un litige qui est extérieur au champ d'application de la convention de Bruxelles ». Néanmoins, la Cour ne s'interroge pas sur la compétence internationale du juge italien qui a statué sur ce point⁴³.

41 LOQUIN (E.), De la non-application de la Convention de Lugano à l'exécution des décisions des tribunaux des États signataires statuant sur des recours contre une sentence arbitrale et de la recevabilité de l'appel nullité dirigé contre l'ordonnance d'exequatur rendue par un juge incompétent (Cass. 1re civ., 9 déc. 2003, *Gouvernement de la Fédération de Russie c. Cpe Noga d'importation et d'exportation*, Bull. civ. I, n° 250, p. 199, D. 2004, Jur. p. 1055, note G. Weiszberg et 3186, obs. Th. Clay), *RTD com.* 2004 p. 256.

42 CA Paris, (1 ch.), 15 juin 2006, *Legal Département du ministère de la justice de la République d'Irak c. Société Fincantieri Cantieri navali italiani et autres*, *Rev. Arb.* 2007.87 note S. Bollée, D. 2006.3035 obs. Th. Clay ; *Rev. Arb.* 2006.950 note E. Gaillard.

43 Qu'une décision soit exclue du mécanisme de reconnaissance simplifiée du règlement Bruxelles I n'implique en rien qu'elle soit exclue

La cour d'appel de Paris poursuit cependant, et précise que selon elle, « *en présence d'une convention d'arbitrage et alors même que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le juge étatique doit se déclarer incompétent à moins qu'un examen sommaire ne lui permette de constater la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause, priorité étant réservée à l'arbitre auquel il appartient de statuer sur sa propre compétence pour juger de la validité et de l'efficacité de la clause d'arbitrage. Une décision concluant, après examen substantiel, à l'inefficacité de clauses compromissaires en raison des règles de l'embargo décrété par une résolution des Nations Unies a été rendue par une juridiction incompétente dont l'arrêt ne peut être accueilli en France* ». Dès lors, elle applique le principe de compétence-compétence dans son aspect négatif. Les juridictions italiennes seraient dépourvues de toute compétence internationale aux yeux du juge français dès lors qu'une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage alors même qu'en principe, en matière de jugements étrangers, la compétence du juge étranger, si elle est contrôlée, est admise lorsqu'on constate un « *lien caractérisé* » entre le juge saisi et le litige.

En l'occurrence, le refus *d'exequatur* provient du fait que la législation italienne ne consacre pas l'effet négatif du principe de compétence-compétence dans sa conception française mais applique la convention de New York de 1958 et se voit à ce titre sanctionnée, à croire que le principe de compétence-compétence appartient à l'ordre public international procédural français. Or, ce principe étant, depuis la réforme, supplétif de volonté, cette qualification est à exclure.

392. La solution consiste à donner un effet indirect au principe de compétence-compétence, solution justifiée par le caractère dit délocalisé de l'arbitrage. Il faut en conclure que selon la Cour, l'invocation d'une convention d'arbitrage par une partie prive, aux yeux des juridictions françaises, de toute compétence internationale les juridictions étrangères qui sont tenues d'appliquer l'effet négatif du principe de compétence-compétence. L'incidence d'une convention d'arbitrage sur la compétence internationale est donc importante puisqu'en application de cette jurisprudence aucune juridiction étatique n'a vocation à traiter de la question.

393. Ainsi, Madame H. Muir Watt réfute la qualification en question incidente en cas d'existence d'une convention d'arbitrage⁴⁴. Selon elle, le raisonnement doit suivre le cas où la convention d'arbitrage est déclarée valable, et donc être basé sur l'hypothèse où le juge doit se dessaisir. En conséquence, « *il reste à justifier la primauté donnée sur le fondement du Règlement au juge étatique de décider de sa propre compétence, alors même que les raisons de la contestation sont précisément tirées de l'existence d'une procédure arbitrale, elle-même exclue* ». La contestation de cette qualification présuppose la validité de la convention d'arbitrage. Or, on peut valablement imaginer que tel ne soit pas toujours le cas. La proposition peut donc être inversée.

394. L'ensemble des critiques visant la distinction entre question incidente et question préalable repose donc sur le postulat que la saisine des juridictions étatiques, conformément au règlement Bruxelles I ou en application du droit commun d'un État, a été faite en violation d'une convention d'arbitrage. Il nous semble qu'elles se fondent essentiellement sur la qualification de la question relative au principe de compétence-compétence en tant que question de compétence internationale. En effet, la convention d'arbitrage est *in fine* l'engagement des parties à ne pas invoquer la compétence étatique au profit de celle arbitrale.

de toute possibilité de reconnaissance.

44 MUIR WATT (H.), De la compatibilité d'une injonction *anti suit* avec le règlement communautaire du 22 décembre 2000, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 373 n° 8.

Cela étant, ce raisonnement repose donc encore une fois sur le postulat de la mauvaise foi de la partie ayant recours à la juridiction étatique. En effet, partir du principe qu'il y a en l'occurrence violation de la convention d'arbitrage implique nécessairement de présumer, de façon quasi irréfragable, qu'il en existe une et que celle-ci est non seulement valable mais également applicable au litige. Or, à ce stade du litige, il est impossible de faire reposer la solution sur la volonté contractuelle des parties puisque par hypothèse c'est celle-ci même qui est l'objet du débat. Le juge étatique saisi sera dès lors habilité à décider s'il y a lieu de renvoyer les parties à l'arbitrage et donc si, conformément à la convention de New York de 1958, il existe une convention d'arbitrage qui n'est ni nulle ni inapplicable au présent litige.

Dès lors, il nous paraît erroné de dire que la saisine d'une juridiction étatique est une violation de la convention d'arbitrage puisque précisément c'est la question posée à la juridiction saisie. De l'autre côté, si l'arbitre se trouve saisi en parallèle d'une instance étatique, l'aspect positif du principe reçoit application ainsi que l'effet négatif « atténué » qui lui permet de ne pas surseoir à statuer. Cette solution permet un équilibre entre les procédures en rationalisant la répartition au sein de l'Union des compétences étatiques et en ne paralysant pas l'arbitrage. En outre, rien n'interdit aux États de se doter d'une procédure accélérée en cette matière et d'assortir une saisine injustifiée de sanction pour violation contractuelle.

395. D'ailleurs, la position de la jurisprudence française est, comme nous le verrons, très différente de celle de la CJUE⁴⁵.

* *
*

396. L'arbitrage est une question de procédure interne régie par la *lex fori* et qui n'a pas d'incidence sur la compétence internationale de l'État. La possibilité d'avoir recours à la procédure d'arbitrage résulte d'une permission légale de l'ordre juridique compétent. La question de son inclusion ou de son exclusion du champ d'application du règlement Bruxelles I devrait en principe concerner uniquement la procédure d'arbitrage en elle-même, donc les compétences du juge d'appui et non l'incidence d'une convention d'arbitrage sur la compétence internationale d'un État à juger d'un litige qui, quant à elle, n'est pas affectée par l'insertion au sein du rapport contractuel d'une convention d'arbitrage. Néanmoins, en France, la conception « délocalisée » incite les juristes à penser l'arbitrage comme détaché de tout ordre juridique, comme « flottant » au-dessus des États. Dans cette conception, l'arbitrage ne dépendant d'aucun for, priverait chaque ordre juridique de toute compétence à juger du litige. L'arbitrage est conçu comme une justice entièrement autonome et licite indépendamment de toute loi.

B- Analyse critique d'un rejet quasi unanime

397. Dans l'arrêt *Marc Rich*, la Cour a suivi la solution préconisée par Monsieur M. Darmon, avocat général et a exclu l'application de la convention de Bruxelles en se référant à deux arguments : d'une part, la convention ou le règlement de Bruxelles seraient inadaptés à l'arbitrage et, d'autre part, admettre une telle inclusion serait contraire à la tendance internationale délocalisatrice de la convention d'arbitrage, tendance volontariste aux fins

⁴⁵ V. pour une décision où l'objet du litige concerne la désignation d'un arbitre : CJUE, 25 juillet 1991, *Marc Rich & Co AG c. Società italiana Impianti PA*, aff. C-190/89, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 316 note P. Mayer ; *JDI*. 1992.488 obs. A. Huet; *Rev. Arb.* 1991.677, note D. Hascher.

d'assurer une efficacité totale à l'arbitrage. Ces deux arguments ne sont pas dirimants. Le premier reste à démontrer sachant qu'aucune convention ne traite de la question spécifique de la répartition des compétences étatiques en la matière, quant au second, il n'est pas juridiquement pertinent puisque l'arbitrage pour accéder au droit doit nécessairement s'insérer dans un ordre étatique.

La réflexion sur les chefs de compétence internationale est déniée en droit interne au nom du sacro-saint principe de délocalisation. Dans le cadre européen, l'harmonisation des compétences est refusée sur le fondement de l'exclusion de l'arbitrage de la convention ou du règlement de Bruxelles I⁴⁶. Néanmoins, l'arbitrage ne flottant pas au-dessus des États, il leur est nécessairement rattaché et multi-localisé. Reste à savoir l'incidence d'une convention d'arbitrage sur la compétence internationale d'un État afin de déterminer l'État qui devra juger au fond du litige en cas de déni de justice et dans un premier temps sur quel ordre juridique pèse l'obligation positive de s'assurer du droit d'accès effectif au juge. Cette absence, tant d'harmonisation que de chefs de compétence adaptés, nous semble provenir d'une confusion entre d'une part ce qui a trait à la compétence internationale, et qui ne vise que les ordres juridiques, et d'autre part, ce qui a trait à la procédure, question relative à l'arbitrage, à la place qui lui est octroyée au sein d'un ordre juridique donné. Cette zone de non-droit aboutit à créer un climat non propice au développement de l'arbitrage et à la sécurité juridique car source de défiance, ainsi qu'à créer un dérèglement source de déni de justice⁴⁷.

Dès lors, il convient de revenir sur le caractère prétendument délocalisé de l'arbitrage (1) et sur l'inadéquation du règlement Bruxelles I, ou plus largement sur l'incidence d'une convention d'arbitrage sur la compétence étatique (2).

1)- La compétence internationale et le caractère prétendument délocalisé de l'arbitrage

398. Le concept de délocalisation « *se rapproche dangereusement de la thèse d'un arbitrage sans support légal. [En effet,] la lex arbitri contient aussi des règles qui s'appliquent indépendamment de l'accord des parties ou des directives du tribunal arbitral* »⁴⁸.

399. Une partie de la doctrine française souhaite que la position de la jurisprudence française soit reconnue comme une solution universelle devant s'imposer, sans retenue, tant au stade de l'instance directe qu'au stade de l'instance indirecte que le litige ait ou non un lien avec la France⁴⁹. Pour assurer cette suprématie, la doctrine française, et avec elle la Cour de

46 L'harmonisation n'est pas non plus admise sur le fondement du premier jugement saisi ni de la reconnaissance du juge du siège de l'arbitrage. Cette situation a pour conséquence que l'arbitre, n'ayant pas de for de référence d'intégration de sa sentence, est en fait libre de choisir le ou les fors pertinents dans un objectif d'efficacité de l'arbitrage mais pas nécessairement de la sentence et donc de la justice.

47 Le déni de justice du fait de l'impécuniosité d'un litigant naît de l'excès de faveur et d'un régime qui peine à s'insérer dans un quelconque système de pensées juridique. L'effet négatif du principe de compétence-compétence, source du déni de justice, a pour origine la volonté d'assoier la compétence de l'arbitre et d'empêcher l'interférence des ordres juridiques. Cela étant, c'est moins une interférence de l'ordre juridique français qui est visé que celle d'un quelconque ordre juridique étranger pouvant faire échec à une procédure arbitrale internationale française. C'est pourquoi lui est adjoint le principe de délocalisation permettant de considérer qu'en cas de clause compromissoire alléguée aucun État ne saurait valablement retenir sa compétence. Ainsi, saisi du problème de l'arbitrage, le caractère délocalisé permet d'imposer la solution française et la compétence, dès lors exclusive, du for au regard de l'ensemble du litige.

48 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 69.

49 Pour une vision délocalisatrice de l'arbitrage V. CLAY (TH.), Le siège de l'arbitrage international entre « *ordem* » et « *progresso* », *Gaz. Pal.*, 02 juillet 2008 n° 184, p. 20 : Selon l'auteur, « *Personne ne conteste que la localisation du siège du tribunal arbitral n'emporte aucune conséquence à cinq égards. En premier lieu, le siège ne sert pas pour investir l'arbitre international de son pouvoir juridictionnel, ce que l'on résume souvent par la formule : « L'arbitre n'a pas de for ». [...] N'ayant point de rattachement géographique, le for de l'arbitre flotte en réalité au-dessus des frontières et ne s'arrête à aucune, c'est-à-dire qu'il les investit toutes, ce que Berthold Goldman avait énoncé ainsi : « L'arbitre a un for qui, comme celui des romans de Balzac, est l'univers ». C'est donc la communauté des commerçants qui fournit à l'arbitre l'ordre juridique qui matérialise son for. [...] Aussi, peut-on estimer qu'il existe un for de l'arbitre, mais d'une nature différente de celui du juge. [...] Le for est envisagé comme fondement de l'investiture : là où l'État investit le juge, la volonté des parties investit l'arbitre.*

cassation, affirment en chœur le caractère délocalisé de l'arbitrage. Gare à l'opprobre s'abattant sur celui alléguant le rattachement de l'arbitrage à un territoire. Ainsi, selon Messieurs E. Gaillard et P. de Lapasse, la jurisprudence française « *s'est employée à reconnaître l'arbitrage comme une forme de justice à part entière, et même, en matière internationale, comme le mode normal de règlement des différends. Cette démarche des tribunaux français à l'égard de l'arbitrage s'est traduite, sur le plan de la méthode, par un abandon complet de la méthode conflictuelle et par le développement d'un nombre important de règles matérielles, au premier rang desquelles figure le principe de faveur à l'arbitrage, ainsi que par la reconnaissance progressive de l'arbitrage comme un ordre juridique autonome* »⁵⁰. Il existerait donc un ordre juridique propre à l'arbitrage, autonome.

400. Cela étant, il nous semble que tant que l'arbitre ne se verra pas reconnaître le pouvoir d'*imperium*, et donc constituera une justice autonome de toute autre, sans besoin d'avoir recours aux ordres étatiques pour exercer sa contrainte, l'arbitrage international restera localisé et dans la dépendance des conceptions des ordres juridiques. En effet, une sentence vouée à l'inexécution ne sert à rien, la justice n'est effective qu'en considération de son exécution.

401. La présomption de la mauvaise foi d'un demandeur qui ose envers et contre tout saisir une juridiction étatique, tout comme le concept de délocalisation reposent sur un axiome : « *l'arbitrage est le mode normal de résolution du litige dans le commerce international* », l'arbitre étant alors envisagé comme le « *juge naturel* » des litiges du commerce international⁵¹. Cette affirmation n'est l'objet d'aucune démonstration forte de son évidence et ce, nonobstant le fait que le contentieux arbitral est sans commune mesure au regard des litiges soumis aux juridictions étatiques. Ce postulat semble donc plus dicté par une volonté de légitimer une législation que par l'observation de la pratique. En effet, l'écrasante majorité des contrats commerciaux internationaux ne prévoit rien ou prévoit une clause de compétence juridictionnelle. Il convient de ne pas confondre normalité avec préférence ou opportunité. Cette affirmation ne semble pas par ailleurs théoriquement fondée puisque le concept de juge naturel s'oppose à celui de juge contractuellement choisi. Certes, la majorité des arbitres retiennent leur compétence, mais comme le relève Monsieur P. Mayer, « *dans la mesure où l'enjeu est [leur] compétence, il [leur] est difficile de ne pas avoir une préférence pour une issue positive* »⁵² étant entendu qu'est en jeu leur rémunération. Malgré tout, l'arbitre est généralement revêtu d'un blanc-seing en la matière.

402. La finalité de ce postulat vise à contraindre toute partie à un contrat international à saisir l'arbitre pour qu'il vérifie de sa compétence dès lors qu'une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage. La justice arbitrale glisse donc d'une justice contractuelle à une justice légale, voire institutionnelle, en matière de commerce international, déclenchée par la manifestation d'une volonté unilatérale. Cela étant, n'est-ce pas déjà l'état de la jurisprudence française en la matière qui nous amène à nous interroger sur la base contractuelle de l'arbitrage en droit français ?

403. Selon nous, ce serait une aporie que de considérer en même temps l'arbitrage comme une justice contractuelle et l'arbitre comme le juge naturel des litiges du commerce international. Dès lors, il faut choisir : l'arbitrage est-il ou non une justice voulue ? Partant du postulat qu'il conserve un fondement contractuel nous éprouvons quelques difficultés à

L'implantation du siège n'a donc aucun effet dans l'investiture de l'arbitre».

50 GAILLARD (E.), DE LAPASSE (P.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, D. 2011 p. 175 n° 1.

51 GAUDEMET TALLON (H.), L'introuvable juge naturel, in *Mélanges en hommage à J. Gaudemet*, PUF 1999 p. 591.

52 MAYER (P.), L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence, *RCADI*, 1989, V, t. 217 p. 319.

appliquer à l'arbitrage le concept de juge naturel. En effet, à supposer que l'arbitrage reste une justice voulue et donc consensuelle, la notion même de juge naturel est inadaptée.

La notion de juge naturel est difficilement admissible en matière de justice contractuelle puisque par hypothèse les litiges ne seront soumis à l'arbitrage que par une manifestation commune de volonté des parties (en théorie). Il semble donc bien difficile de considérer dans ces circonstances l'arbitre comme un juge naturel des litiges commerciaux internationaux⁵³. Par hypothèse, un juge naturel n'est pas un juge contractuel sauf à considérer qu'en l'occurrence, la notion de juge naturel, entendue comme la conformité aux intérêts des opérateurs du commerce international, vise l'opportunité.

404. Dans ces circonstances, l'opportunité d'adopter une conception aussi idéologique de l'effet négatif du principe de compétence-compétence soutenu par son caractère délocalisé peut être discutée. Les risques qu'elle comporte, tant sur réputation de l'institution que sur le droit d'accès au juge, peuvent, à tout le moins, justifier une réflexion en la matière. Dès lors, au risque de paraître « territorialistes et localisateurs », à l'opposé des « arbitragistes et universalistes »⁵⁴, nous pensons que les solutions françaises sont empreintes d'un nationalisme exacerbé et risquent de nuire *in fine* à l'arbitrage.

405. Dès lors, tout comme une situation internationale est multi-localisée et non flottante au-dessus des États, sans aucun lien avec eux, il convient d'admettre que l'arbitrage ne peut être conçu comme une institution divine qui se positionnerait au-dessus des États et en dehors de leur juridiction. La question du recours à l'arbitrage reste *in fine* une question de procédure et non de compétence internationale, un mode de résolution des litiges spécifiques, une option ouverte aux parties par les ordres juridiques concernés. L'arbitre ne peut être conçu comme un juge naturel du commerce international. Si une sentence internationale est reconnue en tant que sentence et donc décision juridictionnelle, ce n'est que sous réserve notamment d'une convention d'arbitrage valable au regard des conceptions du for saisi. La sentence arbitrale autonome, lorsqu'aucun recours étatique n'est exercé, verra contrôlé le bien-fondé de son origine lors de sa mise en œuvre. On est loin encore d'un droit « auto-généré » et sa multi-localisation n'assure pas son autonomie.

L'arbitrage international reste un rapport de droit international et ne constitue pas un ordre juridique propre. *In fine*, la délocalisation de la sentence envisagée comme une multi-localisation aboutit au résultat paradoxal de fragiliser celle-ci qui ne bénéficiera d'aucun régime uniforme de reconnaissance permettant d'en admettre la validité définitive et laissant place à une insécurité juridique regrettable affaiblissant l'arbitrage. Une sentence, comme toute décision de justice, se doit d'être effective. À défaut, elle constitue une perte de temps. Au stade de son insertion dans les ordres juridiques, elle n'est pas envisagée comme une décision rattachée à un for spécifique ce qui ne signifie pas, selon nous, l'existence d'un ordre juridique arbitral⁵⁵. En effet, chaque for concerné par cette demande analysera, selon ses

53 V. dans le même sens BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé, T. 1 partie générale*, Thémis droit, PUF 1 éd. 2007 p. 153 n° 147.

54 DEGOS (L.), La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome, (à propos des arrêts *Putrabali* du 29 juin 2007), *D.* 2008 p. 1429 n°6 ; V. à propos du clivage entre la doctrine dite territorialiste et celle dite délocalisatrice : CLAY (TH.), Le siège de l'arbitrage international entre « *ordem* » et « *progresso* », *Gaz. Pal.*, 02 juillet 2008 n° 184, p. 20 : « à bien observer le profil des auteurs qui défendent l'une et l'autre de ces théories, on s'aperçoit qu'ils s'appuient sur des cultures ou des origines intellectuelles différentes. [...] On relève que les partisans d'un rôle important donné au siège sont plutôt des auteurs dont l'origine intellectuelle trouve ses racines dans le droit international privé, et ceux qui sont partisans de réduire le rôle du siège sont arrivés au droit de l'arbitrage sans passer par le droit international privé. Cette observation est d'ailleurs logique puisque le droit international privé est le droit du conflit (conflit de lois ou conflit de juridictions), alors que l'arbitrage est la négation de ces conflits ; c'est le droit des règles matérielles qui dépassent ces conflits pour tendre vers le droit transnational. (n° 32) [...] L'idée est que l'arbitrage est d'abord international avant d'être national. [...] Au-delà même d'une conception délocalisée et universaliste de l'arbitrage, sa déconnexion d'avec le siège permet sa libération, donc son émancipation, laquelle favorise la poursuite de sa progression. La localisation enserme l'arbitrage international, la délocalisation le libère. (n° 34) ».

55 Contra ; V. DEGOS (L.), La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome, (à propos des arrêts *Putrabali* du 29 juin 2007), *D.* 2008 p. 1429 n° 21 et s.

règles de procédure, si, et dans quelle mesure, la sentence est acceptable notamment au regard de la compétence arbitrale.

406. L'arbitrage ne constitue pas un for délocalisé source de droit autonome. Si la jurisprudence arbitrale se constitue et qu'elle se développe, créant ainsi un pan de ce qu'il est convenu de rattacher à la « *lex mercatoria* », c'est à condition d'avoir été reconnue par une juridiction étatique. Affirmer une telle proposition revient pour certains auteurs à un « *reniement complet de l'arbitrage, les arbitres n'étant que des singes de juges étatiques, l'instance arbitrale un ersatz d'instance judiciaire, et la sentence arbitrale internationale le simple équivalent d'un jugement étatique enfermé dans son ressort national. Cette illustration par l'absurde suffit à démontrer qu'on ne peut qu'approuver la Cour de cassation, comme l'a déjà fait la cour d'appel de Paris, pour reconnaître que la sentence arbitrale internationale est bien une décision de justice internationale* »⁵⁶. Cela étant, il s'agit selon nous d'une confusion entre ce que devrait être l'arbitrage et ce qu'il est.

Dans son arrêt *Valenciana* en date du 22 octobre 1991, la Cour de cassation a eu à statuer sur la juridicité de la *lex mercatoria*. Le pourvoi soutenait que « *s'il doit être tenu compte par l'arbitre des usages du commerce international, ceux-ci ne peuvent par eux-mêmes constituer un droit applicable, indépendant de toute loi étatique* ». La Cour de cassation rejette le pourvoi et considère que l'arbitre a statué en droit dès lors que celui-ci s'est référé « *à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales* ». Immédiatement il apparaît que la juridicité de la *Lex mercatoria* est limitée puisque celle-ci est conditionnée à sa réception par les juridictions nationales. Une règle de la « *Lex mercatoria* » ne sera une règle de droit que si elle s'est vue consacrée par un ordre juridique national⁵⁷. L'arbitrage, source de coutume, n'est pas le créateur originaire des règles de droit, il reste rattaché aux ordres étatiques, et l'arbitre, dont la compétence relève d'une volonté contractuelle, ne peut se voir reconnaître la qualité de juge naturel.

407. Pour beaucoup, l'arbitrage devrait être une justice autonome détachée de toute intervention étatique et dans de nombreux cas, les parties s'entendent sur le recours à l'arbitrage, sur les modalités de désignation des arbitres, sur le fonctionnement de la procédure. La partie perdante accepte de bonne grâce la sentence et s'exécute de bonne grâce par elle-même. Ce mode idéal s'amenuise au fur et à mesure que l'arbitrage se développe. Pourquoi un tel paradoxe ? L'arbitrage est devenu de nos jours une justice subie pour de nombreux contractants et non une justice consensuelle. La politique de faveur envers l'arbitrage a eu pour effet d'étatiser l'institution. Mais le phénomène est bien connu en droit. L'abus de faveur finit inexorablement par se tourner contre l'institution qu'on vise à protéger. Tendre vers un effet atténué de l'effet négatif du principe de compétence-compétence et relocaliser l'arbitrage, sauf à considérer que l'écrasante majorité des juridictions du monde seraient anti-« arbitragistes », ne remet pas en cause l'institution mais permet de rationaliser son existence et son exercice.

408. L'arbitrage est dit délocalisé car il n'existe aucune répartition des compétences entre États. Question procédurale, l'arbitrage reflète la désorganisation internationale quant aux compétences internationales étatiques qui restent établies par chaque État unilatéralement. L'arbitrage est donc dit délocalisé. On peut cependant s'interroger sur la notion de délocalisation. S'agit-il d'une délocalisation par rapport aux États ? Doit-on en conclure qu'il

56 DEGOS (L.), La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome, (à propos des arrêts *Putrabali* du 29 juin 2007), *D.* 2008 p. 1429 n° 21.

57 C. Cass. Civ. 1ère, 22 octobre 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c. Primary Coal Inc.*, et CA 1re Ch. civ., 13 juillet 1989, *JDI*, 1990.430, note B. Goldman *Rev. Arb.* 1990.663, note P. Lagarde.

s'agirait d'une institution flottante au-dessus et en dehors des États ? Dès lors, en raisonnant par l'absurde, cela signifie-t-il que du fait de l'insertion d'une convention d'arbitrage, le litige ainsi que les parties ne dépendraient plus d'aucun État mais seraient soumis à une justice autonome et indépendante qui se suffit à elle-même ? Assurément non. L'arbitrage n'est pas délocalisé mais multi-localisé en fonction des intérêts du litige. Il comporte en revanche la particularité d'être multi-localisé au regard de l'objet du litige comme tout litige international, mais également d'être localisé dans un for compétent uniquement au regard de la procédure d'arbitrage (*i.e.* de l'arbitrage *ipso facto*). Ces deux chefs de compétence peuvent par ailleurs être cumulatifs. Bien qu'ayant un objet spécifique, la localisation de l'arbitrage pose les mêmes questions de compétences internationales que tout ensemble contractuel complexe.

409. Le for compétent, au regard de l'arbitrage uniquement, qu'il soit interne ou international, met en œuvre les règles de procédure du for relatives à l'arbitrage considéré et restreint sa compétence à cette seule question. Le juge d'appui pourra, dans le cadre d'un déni de justice économique, conclure à l'impossibilité de mise en œuvre de la convention d'arbitrage. Le for compétent au regard de l'objet du litige peut juger de la validité du contrat. Or, mis à part le cas de la France qui applique des règles matérielles à ce sujet sans détour par un raisonnement conflictualiste, le for compétent déterminera la loi applicable à la convention d'arbitrage.

Admettre le rattachement de l'arbitrage à un État et admettre qu'il s'agit là d'une question purement procédurale de règlement des différends ne saurait nuire à l'arbitrage. Dans cette optique, l'arbitrage dépend donc soit de la juridiction internationalement compétente au vu de l'objet du litige, soit de la juridiction choisie à cet effet. Il n'est donc pas nécessaire ni même opportun de dissocier les chefs de compétence relatifs aux litiges de ceux fondés sur la procédure arbitrale elle-même.

Ainsi, si le choix de l'arbitrage appartient aux parties, la possibilité et la licéité de ce choix sont des questions procédurales internes aux ordres juridiques concernés, soit l'ordre juridique compétent internationalement soit celui élu et de ce fait même compétent. Dès lors, rien dans la nature de l'arbitrage n'exclut une possibilité d'harmonisation des compétences étatiques. Bien au contraire, cette harmonisation, source d'une plus grande sécurité juridique, permettrait de conforter l'arbitrage en ce qu'elle aurait le mérite de faciliter la reconnaissance de sa sentence et la résolution de ses problèmes de mise en œuvre. En revanche, rien n'empêche d'admettre une dissociation entre le for internationalement compétent à juger du litige et celui du juge d'appui du siège de l'arbitrage. Le premier serait le seul à pouvoir régir la procédure arbitrale et sa licéité, le second permettant sa mise en œuvre effective.

410. Le seul problème à admettre cette harmonisation, et donc à invoquer le caractère localisé de l'arbitrage international, est qu'elle peut aboutir à l'application de règles autres que celles françaises et partant, qu'elle peut bloquer *ab initio* le déroulement d'un arbitrage qui aurait pu/dû se tenir en France en application du droit français de l'arbitrage international. Mais, comme le souligne Monsieur Ph. Théry, « *un refus pur et simple de tout aménagement n'est probablement pas la solution la plus favorable à l'arbitrage. Dans la mesure où les litiges en cause entrent dans le champ d'application du règlement, l'arbitrage ne peut être cette sorte de procédure extra-terrestre que certains voudraient qu'elle soit. Ainsi peut-on lire sous la plume de ces spécialistes qu'un exemple de cette régression conceptuelle majeure réside dans l'assimilation de l'arbitre au juge, alors précisément que cette assimilation est l'un des piliers du développement de l'arbitrage en France !* »⁵⁸.

Nécessairement entre le pays du siège de l'arbitrage et les États concernés par le litige,

58 THÉRY (PH.), Aux frontières du règlement 44/2001 : arbitrage, injonction et confiance mutuelle... (CJUE, Gde ch. 10 fév. 2009, aff. C-185/07, D. 2009.981, note C. Kessedjian), *RTD civ.* 2009 p. 357

« chacun fait légitimement triompher sa conception sur son territoire, et les autres pays peuvent, sans renier leur propre conception, reconnaître les effets de ce qui a été ainsi décidé. [...] même si la décision émanait du pays du siège, sa vocation à être reconnue serait niée par les États, tels la France, qui adoptent une conception délocalisatrice de l'arbitrage, conception qu'ils prétendent imposer - conformément à sa logique même - à tout arbitrage international, quel qu'en soit le siège »⁵⁹. Reste, il nous semble, qu'appliquer le principe de compétence-compétence ne peut valablement se justifier en l'absence de choix exprès du siège de l'arbitrage et d'accord des parties, que si la juridiction saisie est compétente internationalement à juger au fond du litige.

La conception française délocalisée de l'arbitrage est un concept idéologique permettant de faire prévaloir l'application de la législation française y compris lorsque celle-ci n'est pas justifiée. Le caractère délocalisé de l'arbitrage ne doit pas être compris comme un détachement de l'institution de tout ordre juridique mais comme une possibilité de choisir un ordre juridique neutre comme support à la procédure de justice privée. Dès lors, à l'image d'une clause de juridiction, la convention d'arbitrage peut soit se restreindre à choisir le mode de justice arbitrale, soit en plus choisir un for neutre pour traiter de l'ensemble de cette question. En aucun cas, elle ne saurait être totalement détachée⁶⁰.

* *
 *
 *

411. La délocalisation de l'arbitrage permet de passer outre la compétence internationale des États au regard du litige et des parties pour faire exclusivement primer celle du juge d'appui, permettant ainsi de garantir l'intervention d'une procédure d'arbitrage sur le territoire concerné. Dans l'espace européen, il est vrai que l'harmonisation des compétences impliquerait la compétence d'un for probablement plus mesuré dans l'admission de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, particulièrement si le centre d'arbitrage désigné n'est pas national, et pourrait entraîner des décisions analysant et excluant l'arbitrage en cas de contestation sérieuse de la validité des clauses compromissaires. Partant, la doctrine en droit de l'arbitrage est quasi-unanime : il convient de protéger l'arbitrage, la volonté contractuelle et le commerce international. Mais est-ce réellement l'objet de cette protection ? Probablement pas.

Il semble que la compétition législative ait davantage pour mission le développement des centres d'arbitrage et les intérêts économiques sous-jacents. En effet, pour les centres d'arbitrage et les arbitres, les enjeux économiques sont d'importance. Ceux-ci n'étant rémunérés qu'en fonction des litiges qui leur sont soumis, une législation libérale, voire volontariste, leur assure un nombre d'affaires croissant et partant, un développement de économique de la justice privée dont le for peut bénéficier dans son ensemble.

412. Certes, à l'inverse des clauses d'élection de for, les conventions d'arbitrage ne concernent pas les compétences entre États. Dès lors, le raisonnement peut se résumer comme suit : la première question est celle de la répartition des compétences étatiques, puis dans un second temps, il s'agit de la répartition des compétences au sein d'un ordre juridique donné et donc de savoir quelle place il entend octroyer à l'arbitrage. Dès lors que plusieurs ordres

59 MAYER (P.), De l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Cour de justice des Communautés européennes. - 25 juillet 1991, *Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti PA.*, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 310.

60 GUEZ (PH.), *L'élection de for en droit international privé*, Thèse Paris X, Nanterre, 1992 : « La clause attributive de juridiction, tant en droit interne qu'en droit international privé, apparaît alors comme la variété d'un genre que formeraient les « clauses relatives à la compétence », au sein desquelles figureraient les conventions d'arbitrage » (p. 4). Cependant, selon l'auteur : « La convention d'élection de for se distingue pourtant fondamentalement de la convention d'arbitrage. Alors que la première a pour objet de désigner le tribunal ou les tribunaux d'un ou de plusieurs États devant connaître du différend, la seconde a pour objet d'écarter la compétence des juridictions étatiques en investissant un ou plusieurs arbitres du pouvoir de trancher le litige » (p. 6).

juridiques sont compétents au principal du litige, l'arbitrage est donc nécessairement multi-localisé, c'est-à-dire rattaché à plusieurs ordres juridiques, comme tout litige international. Cette configuration n'a donc rien d'exceptionnel, elle est le pendant du *forum shopping* et du droit pour chaque État de définir lui-même ses compétences juridictionnelles. La notion de « délocalisation » de l'arbitrage nous semble donc inappropriée en ce qu'elle laisse croire qu'il s'agit d'une répartition entre d'une part l'arbitre et d'autre part l'ensemble des ordres juridiques pris dans leur globalité.

413. Certains auteurs soulignent que « *la partie qui se prévaut d'une clause apparemment valable se voit privée du principal bénéfice de celle-ci, qui est précisément d'éviter le détour par le juge étatique. On peut certes estimer mal placée voire suspecte une telle méfiance à l'égard de la justice étatique, mais il ne fallait pas alors faire miroiter la promesse de l'arbitrage international et de son autonomie ! Bien entendu, il existe des cas où la validité de l'accord des parties sur le choix du for arbitral est sérieusement sujette à caution. Mais dans ce cas, l'arbitre lui-même se déclarera incompétent. Rien dans l'arrêt n'explique pourquoi le droit fondamental d'accès au juge de la partie se prévalant de la compétence du juge étatique primerait, au plan chronologique, sur le droit qui pourrait également revendiquer la fondamentalité (...) de la partie se réclamant du respect de la clause d'arbitrage* »⁶¹.

Outre le fait que le droit au juge nous paraît devoir primer sur le droit de voir exécuter un contrat, cette argumentation nous semble révélatrice d'une tendance doctrinale portée à considérer que d'une part et par principe, la convention d'arbitrage, dès lors qu'une partie l'invoque, est valable et d'autre part, que dans les rares hypothèses où tel ne serait pas le cas, l'arbitre « *lui-même se déclarera incompétent* ». Cela étant, il est vrai que l'arbitrage doit être préservé. Mais cette protection impose de déterminer quelle juridiction devrait pouvoir juger de la compétence arbitrale de manière définitive et rationnelle. La convention d'arbitrage démontre certes la volonté d'avoir recours à la justice privée mais n'influe en rien sur la compétence internationale des États. Dès lors, lorsqu'un problème de constitution du tribunal arbitral se pose, la juridiction compétente et, partant, responsable d'un éventuel déni de justice, devrait être celle internationalement compétente au fond du litige.

2)- La compétence internationale, le règlement Bruxelles I et la convention de New York de 1958

414. L'arbitrage est-il une procédure qui exclut l'application du règlement Bruxelles I ? *A contrario*, dans quelle mesure l'arbitrage exclut l'application du règlement Bruxelles I ? L'arbitrage est une justice privée ayant pour fondement la volonté des parties d'y avoir recours, volonté relayée par un ordre juridique qui accepte de lui donner force obligatoire. En conséquence, s'il est exact que la procédure d'arbitrage exclut celle étatique, ce n'est que dans la mesure où un ordre juridique l'admet, il s'agit de l'application de règles procédurales propres au for saisi. Donc, la question de l'arbitrage est une question secondaire par rapport à celle de la compétence internationale. Dès lors, il convient donc de déterminer la juridiction internationalement compétente. La question de la compétence internationale étatique est donc la première à se poser. Puis la convention de New York de 1958 établit des règles matérielles uniformes procédurales relatives à l'arbitrage et, une fois la sentence rendue par un tribunal compétent, cette sentence doit bénéficier de l'applicabilité de cette convention.

61 MUIR WATT (H.), De la compatibilité d'une injonction *anti-suit* avec le règlement communautaire du 22 décembre 2000, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 373 n° 7.

415. Le champ de l'exclusion de l'arbitrage du règlement Bruxelles I pose de nombreux problèmes au point qu'il est permis de s'interroger sur sa pertinence et sa portée⁶². Rien n'empêche d'uniformiser les compétences internationales des juges d'appui et leur coordination avec la compétence internationale à juger au fond du litige en l'absence d'arbitrage, mais est-ce nécessaire ? Il convient de rechercher les justifications d'une telle exclusion pour en appréhender la portée. Elle n'avait pas pour fondement le droit communautaire puisque l'article 220⁶³ du traité de Rome incluait la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. L'argument principal au soutien de cette exclusion est que l'arbitrage est déjà régi par un grand nombre de conventions internationales. Cet argument semble discutabile dans la mesure où aucune convention ne traite, à ce jour, de la répartition des compétences internationales entre États en matière de procédure d'arbitrage. L'objet des conventions internationales est de répartir les compétences internes entre juridiction étatique et juridiction arbitrale. Il s'agit donc de régler une question de procédure de manière harmonisée. Or, dans le cadre de notre étude, le problème spécifique est constitué par l'hypothèse où une juridiction européenne, et plus spécifiquement française, est saisie d'une contestation relative à la convention d'arbitrage ou d'un litige où une partie soulève une exception d'arbitrage. Cette situation concerne d'une part, la répartition entre juridictions étatiques et arbitrales mais aussi, d'autre part, celle entre les juridictions étatiques elles-mêmes. L'exclusion de l'arbitrage par l'article 1 du Règlement et sa conception extensive ne nous semblent ni opportunes en pratique ni juridiquement justifiées.

416. En effet, si selon Monsieur M. Darmon, la convention de Bruxelles est un « *instrument destiné à assurer une bonne administration de la justice étatique au sein de la Communauté* », la divergence du traitement étatique de l'arbitrage devrait inéluctablement conduire à l'inclure dans le champ de la convention de Bruxelles I. En effet, on ne peut admettre qu'une décision juridictionnelle d'un état membre de l'Union n'ait aucun effet dans les autres États du fait qu'une partie invoque une exception d'arbitrage. Il est vrai que certains auteurs soutiennent que « *l'exception de [...] l'arbitrage est destinée à exclure non seulement une matière mais également un type de procédure destinée à remplacer une procédure devant les juridictions nationales. Cette exception est donc d'une nature différente de celle des autres exceptions. En effet, quand les parties ont choisi de soumettre leur litige à l'arbitrage, elles ont exclu le pouvoir des juridictions nationales de se prononcer sur leur litige, dans le cadre de la liberté qui leur est reconnue par les textes* »⁶⁴. Cela étant, reconnaître aux juridictions étatiques le pouvoir de se prononcer au fond de l'affaire n'est pas nier la compétence arbitrale.

Il paraît de bonne logique de conclure qu'aux fins d'unification des compétences, la décision de renvoyer les parties à l'arbitrage revient au tribunal compétent en vertu du règlement Bruxelles I en cas de contestation, et au juge d'appui en cas de problème de mise en œuvre.

417. Concernant le juge d'appui, c'est en application de son droit et de sa conception du principe de compétence-compétence qu'il renverra les parties à l'arbitrage. Il s'agit alors d'une question processuelle. La France ne peut imposer sa vision de l'effet négatif du principe de compétence-compétence au monde entier sans risque de créer des situations juridiques boiteuses. Par ailleurs, une fois la compétence juridictionnelle étatique établie, l'arbitrage

62 V. AUDIT (B.), L'arbitre, le juge et la convention de Bruxelles, in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 15 à 29 ; AUDIT (B.), L'arbitrage commercial et l'espace judiciaire européen, *RAE* 2005/2 p. 37 à 284 ; CACHARD (O.), De Bruxelles à New York : l'arbitrage est-il soluble dans le règlement CE 44/2001, in *Mélanges B. Gross*, P.U. Nancy 2009 p. 347.

63 Devenu l'article 293 du T. CE.

64 KESSEDIAN (C.), Arbitrage et droit européen : une désunion irrémédiable ?, *D.* 2009 p. 981.

bénéficierait d'un régime unifié. En effet, les États contractants de la convention de New York de 1958 renverront les parties devant l'arbitre, sauf s'ils constatent une nullité ou une inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Cette solution permet d'unifier le contentieux de manière raisonnable et ne relève pas, nous semble-t-il, d'une interprétation erronée de cette exclusion. En outre, elle permet une rationalisation du contentieux apte au développement de l'arbitrage sans excès de faveur. Cette conception atténuée du principe de compétence-compétence permet de s'assurer de l'accès effectif au juge.

418. Si, comme l'a souligné la Cour de justice dans son arrêt *Marc Rich*⁶⁵, l'exclusion de l'article 1 alinéa 2 (4) concerne aussi les décisions relatives à l'arbitrage « *devant les juridictions étatiques* », la décision étatique se limitant à l'efficacité de la convention d'arbitrage était exclue du champ d'application de la Convention. Néanmoins, en cas de décision sur le fond du litige, décision impliquant l'exclusion d'une convention d'arbitrage, la convention de Bruxelles I devrait se voir appliquée car la délimitation du champ d'application semble être fonction de l'objet de la décision. Par ailleurs, « *la solidarité entre États membres de l'Union européenne exige que les décisions des tribunaux de l'État dans lequel siège le tribunal arbitral concernant la validité ou l'invalidité d'une sentence arbitrale, soient en principe reconnues de manière réciproque* »⁶⁶. Cette distinction entre la question incidente et la question principale n'est donc pas nouvelle et rejoint celle de l'arrêt *Marc Rich* en ce qu'elle distingue le régime procédural en fonction du principal et de l'accessoire.

Si l'objet du litige entre dans le champ d'application du Règlement, celui-ci a naturellement vocation à s'appliquer, l'invocation de l'existence d'une convention d'arbitrage revêtant dès lors le caractère d'une question incidente. Ainsi, la « *logique de l'arrêt Marc Rich, fondée sur la distinction de l'accessoire et du principal, se retourne alors contre l'exclusion. Le juge, en effet, est alors saisi à titre principal d'une matière couverte, et doit trancher à titre préalable une question exclue* »⁶⁷. Au regard du champ des exclusions de l'article 1 du Règlement, et spécialement de l'arbitrage, ces questions sont exclues lorsqu'elles sont l'objet principal du litige. « *La compétence d'un tribunal pour connaître d'une question principale relevant du domaine de la Convention ou du Règlement est évidemment déterminée par application des règles de ces instruments* »⁶⁸. Quant à la question incidente, il convient d'appliquer les règles de compétence ordinaire du juge saisi pour déterminer sa compétence sur cette question.

En l'occurrence, en matière d'arbitrage, il s'agit d'une répartition des compétences en fonction du for saisi et *lege fori*. En effet, compétent pour statuer sur le fond du litige, le for saisi est seul compétent pour déterminer dans quelle mesure il investit l'arbitre de cette mission. Puis, le jugement dans son ensemble, question incidente et question principale, bénéficiera du mécanisme de reconnaissance simplifié du règlement de Bruxelles I. Il faut bien avoir en vue que cette jurisprudence ne concerne pas les questions propres à l'arbitrage, à son organisation. Elle ne concerne que l'effet légal qu'une convention d'arbitrage peut prétendre se voir reconnaître par le for saisi.

419. Ainsi, les questions « *intrinsèquement* » liées à la procédure d'arbitrage ne relèvent pas du règlement Bruxelles I, à savoir, les questions relatives aux arbitres, à leur mission, aux

65 CJUE, 25 juillet 1991, *Marc Rich & Co AG c. Società italiana Impianti PA*, aff. C-190/89, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 316 note P. Mayer ; *JDI* 1992.488 obs. A. Huet ; *Rev. Arb.* 1991.677, note D. Hascher.

66 SCHLOSSER (P.), HESS (B.), PFEIFFER (Th.), *Les propositions du rapport Heidelberg concernant l'application de « Brussel I » à l'arbitrage - une réponse à l'éditorial de Serge Lazareff*, Les cahiers de l'arbitrage, 16 oct 2008, n° 289 à 290, *Gaz. Palais*, n° 2008/3 p. 26.

67 MOURRE (A.), VAGENHEIM (A.), À propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement n° 44/2001, notamment après l'arrêt *West Tankers* de la CJUE, *Gaz. Pal.*, 18 juillet 2009 n° 199 p. 20.

68 ALEXANDRE (D.), HUET (A.), Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciale), *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2007 n° 34.

effets d'une sentence arbitrale dans le for d'exécution⁶⁹. Dès lors, lorsque le défendeur a son domicile dans un État tiers, le Règlement n'aura pas vocation à s'appliquer et l'article 4§1 dudit Règlement précise que dans ce cas, « *la compétence est dans chaque État contractant réglée par la loi de cet État* ». Néanmoins, pour des raisons de bonne administration de la justice et en considération de l'effectivité de celle-ci, lorsque le litige relève d'une compétence exclusive de l'article 22 du Règlement ou lorsque la compétence du juge repose sur une clause attributive de juridiction régie par l'article 23, le Règlement s'applique. Au titre de l'article 24, il en va de même dans l'hypothèse où le défendeur domicilié dans un État tiers comparait volontairement devant le tribunal saisi.

§2- De la non interférence sur la compétence internationale étatique d'une convention d'arbitrage

420. La Cour de justice de l'Union européenne a consacré le caractère procédural de l'arbitrage et surtout la non-incidence d'une convention d'arbitrage alléguée sur la répartition internationale des compétences (A). Si cette décision se fonde notamment sur la confiance mutuelle que se doivent les États membres et l'effet utile de cet instrument, il n'en reste pas moins que cette solution peut être généralisée en dehors du cadre strict d'application du règlement Bruxelles I (B). Une telle rationalisation ne semble pas avoir d'incidence négative sur le développement ou la compétitivité des centres d'arbitrage français.

A- Consécration par la Cour de justice de l'Union européenne du caractère procédural de l'arbitrage

421. La Cour européenne dans l'arrêt *Allianz SpA et Generali Assicurazioni General SpA c. West Tankers Inc.* du 10 janvier 2009⁷⁰ refuse d'admettre le prononcé d'une *anti-suit* injonction pour protéger la compétence du centre anglais d'arbitrage dans le cadre d'un litige relevant des textes communautaires. On ne peut qu'approuver cette solution qui considère que si l'une des parties saisit une juridiction d'un État membre compétente sur le fondement du règlement de Bruxelles, cette juridiction sera compétente pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage ou son applicabilité. Cette jurisprudence, qui démontre qu'il s'agit là d'une question de compétence étatique, a immanquablement fait l'objet d'une vive critique⁷¹. Cela étant, certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'une « *excellente décision* », « *redoutée par les uns, mais attendue par les autres* »⁷².

422. D'autres s'interrogent sur sa portée en ce que selon eux, « *la Cour a sans doute ici voulu davantage saisir l'occasion d'éliminer l'utilisation des injonctions anti-suit au prix*

69 AUDIT (B.), note concernant la décision de la CJUE du 10 fév. 2009 *West Tankers*, JDI n° 4/2009, 1281 n° 7.

70 CJUE, 10 févr. 2009, n° C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers*, (« *Front Comor* »); LPA 2009, n° 53, note S. Clavel; D. 2009. Jur. 981, note C. Kessedjian, et Pan. 2384, obs. S. Bollée; RTD civ. 2009. 357, obs. P. Thery; Rev. Arb. 2009. 407, note S. Bollée; Rev. Crit. DIP 2009. 373, note H. Muir Watt; JCP 2009. I. 148, § 3, obs. C. Seraglini; JCP 2009. I. 462, § 4, obs. J. Béguin; JCP 2009. I. 181, § 18, obs. F. Riem; JCP 2009. II. 227, note P. Callé; Gaz. Pal., 17-18 juill. 2009, Cah. Arb. 2009/2, p. 20, obs. A. Mourre et A. Vagenheim; JDI n° 4/2009, 1281 et s. note B. AUDIT, RTD com. 2009 p. 644 obs. Philippe Delebecque; D. 2009.881 C. Kessedjian; DMF 2009, 211 obs. Carrier; JDI n° 4/2009, 1281 note Audit; RTD com. 2010 p. 529 Loquin (E.); RTD com. 2009 p. 482, Marmisse-d'Abbadie d'Arrast (A.); Gaz. Pal., 18 juillet 2009 n° 199 p. 20 obs. Mourre (A.), Vagenheim (A.).

71 D. 2009.881 C. Kessedjian; Europe 2009, n° 176 obs. L. Idot; JCP 2009, I.148 n° 30 note CH. Seraglini; D. 2009, panor 2390 obs. S. Bollée; panor. 2967 obs. Th. Clay; RTD com. 2009.644 obs. Ph. Delebecque; DMF 2009, 211 obs. Carrier; LPA 2009, n° 53, note S. Clavel; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ 4 ed. p. 44 et s.; V. aussi C. KESSEDJIAN, L'arbitrage comme mode de règlement des différends est-il est remis en cause par le droit européen, *In le droit européen de l'investissement*, éd. Panthéon Assas 2009, 107.

72 DELEBECQUE (PH.), Affrètement. Affrètement maritime. Clause d'arbitrage. Protection. Injonction « *anti-suit* ». Ordre communautaire. Illégalité, RTD com. 2009 p. 644.

d'une conception fautive et extensive du champ du règlement Bruxelles I, que revenir sur le domaine de l'exclusion de l'arbitrage. Elle a néanmoins jeté le trouble et montré, une fois encore, que seule une conception extensive de l'exclusion peut donner à celle-ci un effet utile »⁷³. Une partie de la doctrine considère que la Cour de justice n'a pas pris la mesure de sa décision et n'a pas compris ses incidences⁷⁴ et perçoit cet arrêt comme « préoccupant »⁷⁵ et « représentatif de la tendance actuelle visant à tenter de faire désormais entrer l'arbitrage dans le champ d'application du règlement de Bruxelles [...], alors que chacun sait qu'une telle mesure constitue une attaque contre la conception délocalisée de l'arbitrage international et le conduirait à sa perte. Mais peut-être est-ce justement l'effet recherché ? »⁷⁶.

423. Enfin, des auteurs adoptent une attitude plus mesurée, en ce qu'ils considèrent qu'« on peut la trouver aussi difficile à condamner qu'à approuver sans réserve »⁷⁷. S'il est exact que cette position jurisprudentielle de la Cour européenne remet en question la vision délocalisée de l'arbitrage, son effet négatif sur l'arbitrage lui-même reste à démontrer⁷⁸. En effet, cette solution semble juridiquement fondée (1), et son opportunité est à démontrer (2).

1)- L'arbitrage, une question de compétence secondaire au regard de la compétence internationale

424. Par l'arrêt *Marc Rich*, la Cour européenne avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question spécifique de l'exclusion de l'arbitrage dans l'hypothèse où l'objet principal du litige concerne l'arbitrage. Sa solution, à savoir l'exclusion, est donc justifiée et la compétence revient donc au juge d'appui. Cette exclusion s'étend sans conteste à tout ce qui touche à la constitution du tribunal arbitral ou à la procédure arbitrale. Dans l'arrêt *Van Uden*⁷⁹, à propos des mesures provisoires et de l'application de la convention de Bruxelles, la Cour européenne a admis l'application de l'article 24 de la convention pour en conclure qu'en présence d'une convention d'arbitrage, lorsque l'objet du litige entre dans le champ d'application de celle-ci, le recours au juge étatique reste possible, que le tribunal arbitral soit ou non constitué⁸⁰. L'exclusion ou l'inclusion de l'arbitrage était donc considérée comme acquise sur ces points. Restait donc la délicate question : cette exclusion devait-elle aussi être appliquée dans le cas de la contestation en elle-même de l'existence d'une clause d'arbitrage devant les juridictions étatiques et d'un jugement au fond du litige ?

425. L'arrêt *West Tankers* répond à cette question et il convient de s'appesantir plus longuement sur les faits et l'argumentation juridique de la Cour européenne⁸¹. La *House of*

73 JARROSSON (CH.), IDOT (L.), Arbitrage, *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, 2010 n° 9.

74 KESSEDIAN (C.), Arbitrage et droit européen : une désunion irrémédiable ?, *D.* 2009 p. 981 : « Des faits simples mais un problème difficile ; une décision extrêmement brève qui fait douter que la Cour de justice ait véritablement apprécié le caractère délicat des questions en cause. Tel est le sentiment qui s'empare du lecteur quand il prend connaissance de la décision du 10 février 2009 dans l'affaire *West Tankers* ». « la Cour aurait pu s'interroger sur les intérêts en présence et remplir son rôle de juridiction garante de l'évolution du droit européen » [...], « Ce faisant, elle aurait pu envoyer un signal fort (comme l'on dit maintenant) pour que les Etats membres agissent dans le sens d'un renforcement du rôle de l'Europe dans l'arbitrage du commerce international, politique arbitrale qui semble pour le moment absente ».

75 JARROSSON (CH.), IDOT (L.), Arbitrage, *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, 2010 n° 9.

76 CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, octobre 2008 - décembre 2009, *D.* 2009 p. 2959.

77 AUDIT (B.), note concernant la décision de la CJUE du 10 fév. 2009 *West Tankers*, *JDI* n° 4/2009 p. 1281.

78 Beaucoup d'auteurs dès lors qu'il est question du principe de compétence-compétence ou du caractère délocalisé de celui-ci invoquent les termes de «*perte*» ou de «*fin de l'arbitrage*» pour exclure toute possibilité de contestation. Dès lors, discuter d'une rationalisation ou de l'utilité de ces principes revient selon eux à se positionner contre l'arbitrage.

79 CJUE, 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line E.A.*, aff. C-391/95, Rec. I. 7091, *Rev. Arb.* 1999 p. 143 note H. Gaudemet-Tallon, *RTD com.* 2000. 340, note E. Loquin ; *JDI* 1999.613 note Huet.

80 V. pour une appréciation critique de cette solution : JARROSSON (CH.), IDOT (L.), Arbitrage, *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, 2010 n° 8 et s.

81 Dans cette affaire, la CJUE a ainsi été saisie d'une demande préjudicielle par la *House of Lords* (Royaume-Uni) portant sur

Lords avait été saisie d'un appel du jugement prononçant une *anti-suit injunction* qui contestait la compatibilité de cette mesure avec le règlement n° 44/2001 en ce qu'elle contraignait une partie à renoncer à une action devant le juge italien pourtant compétent en vertu du règlement. La Cour en conclut à l'application du règlement Bruxelles I en fondant sa solution sur un rappel circonstancié du principe de confiance mutuelle que se doivent les États membres.

426. Monsieur P. Mayer définit la distinction entre question principale et incidente de la façon suivante : « *La question de la compétence arbitrale n'a été qu'incidente, et une fois résolue, on ne voit pas pourquoi la décision sur le fond échapperait au principe de la libre circulation, pourquoi, par exemple, l'exequatur devrait être subordonné au contrôle de la compétence de la loi appliquée, ou à celui de la compétence internationale, alors que la convention les écarte en principe* »⁸². Dès lors que la question ne concerne pas l'arbitrage, le jugement ordinaire rendu en matière civile et commerciale devrait pouvoir bénéficier du mécanisme de reconnaissance du règlement de Bruxelles à condition de retenir une double qualification qui nous semble pertinente, à savoir, d'une part que la question de la compétence appartient à la catégorie de procédure et qu'il s'agit donc d'une compétence *ratione loci*.

427. Selon Monsieur B. Audit, « *le maillon faible du raisonnement réside dans l'assimilation ainsi opérée entre la compétence *ratione loci* et ce que l'on dénomme compétence *ratione materiae** » car l'interdiction de procéder au contrôle de compétence dans le cadre du règlement Bruxelles I « *ne vise en effet avec certitude que la compétence *ratione loci*, laquelle constitue en droit commun l'objet principal du contrôle exercé sur les décisions étrangères* ». Or, « *s'agissant en particulier de l'arbitrage, il s'agit bien de délimiter une matière litigieuse (et même davantage un mode de règlement des litiges) en vue de décider de l'applicabilité du Règlement, non de répartir des compétences territoriales. [...] le fait que chaque juridiction détermine elle-même sa « compétence » selon l'argument analysé, ne suffit pas en soi à exclure qu'un tribunal requis considère que la décision présentée ne ressortit pas au champ d'application du Règlement, sans pour autant se livrer à un contrôle interdit* »⁸³. Nous ne souscrivons pas à cette analyse. En effet, l'arbitrage ne met pas en jeu une répartition de compétence *ratione materiae* qui concerne non le principe de compétence-compétence mais le principe d'arbitrabilité. Le principe de compétence-compétence a pour objet d'assurer une répartition entre juridictions d'un État et celles arbitrales et ne s'applique que si l'État est compétent *ratione loci*. Dès lors, il s'agit d'une question entrant dans la catégorie de procédure qui n'affecte pas la compétence juridictionnelle d'un État déterminée en amont.

428. La distinction de la CJUE nous semble donc fondée en ce sens qu'avant même que la question de l'arbitrage se pose, il convient de désigner, conformément au Règlement, la juridiction territorialement compétente. Puis, la question de la contestation sérieuse de la convention d'arbitrage sera réglée conformément au droit du for saisi, donc dans le cadre de l'Union européenne, conformément à la convention de New York de 1958 et à l'interprétation

l'interprétation du 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. Le litige opposait deux sociétés, la première mettant en cause la responsabilité délictuelle de la seconde. Il s'agissait en l'occurrence d'une responsabilité engagée dans le cadre d'un contrat d'affrètement du fait d'une collusion survenue en Italie. Ce contrat contenait une clause d'arbitrage londonienne. Nonobstant cette clause, dont l'application au litige et aux parties était à tout le moins sujet à débat, les tribunaux étatiques italiens ont été saisis du litige. L'une des parties soulève l'exception d'arbitrage et engage en parallèle une procédure devant la *High Court of Justice* (England & Wales), *Queen's Bench Division* (Commercial Court) (Royaume-Uni), pour demander que le litige soit jugé comme devant être soumis à l'arbitrage en vertu de ladite convention d'arbitrage et qu'en conséquence soit prononcée une injonction interdisant le recours à une juridiction étatique. La *High Court of Justice* (England & Wales), *Queen's Bench Division* (Commercial Court) a fait droit à ces demandes.

⁸² MAYER (P.), *De l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Cour de justice des Communautés européennes*. - 25 juillet 1991, *Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti PA.*, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 310.

⁸³ AUDIT (B.), note concernant la décision de la CJUE du 10 fév. 2009 *West Tankers*, *JDI* n° 4/2009, p. 1281 n° 11.

jurisprudentielle qui en est faite. Les juridictions des États membres ne peuvent donc contrôler la compétence du juge saisi.

L'arrêt *West Tankers* met en œuvre la distinction entre question principale et question incidente pour tracer la ligne de partage existant entre ce qui est exclu de la convention, à savoir ce qui concerne directement la procédure d'arbitrage, et ce qui est inclus dans son champ d'application, les questions incidentes. Ainsi, la Cour européenne dans cet arrêt procède à une application traditionnelle du principe suivant lequel « *le juge de l'action est le juge de l'exception* ». En conséquence, la question de savoir s'il convient de renvoyer les parties devant l'arbitre doit recevoir la qualification de question incidente « *lorsque le juge étatique a été saisi du fond du litige et, qu'à titre d'exception à l'action, il doit juger sur sa compétence en raison de l'existence alléguée d'une convention d'arbitrage. L'objet de la demande n'est pas l'arbitrage, mais un litige relevant du champ d'application de la convention de Bruxelles* »⁸⁴. Cette qualification, fondée juridiquement, nous semble opportune nonobstant son caractère rigide.

429. Il s'agit de combiner l'ensemble des principes juridiques contenus dans la convention de New York et le règlement Bruxelles I⁸⁵ et pour ce faire déterminer la nature des questions relevant de chacune des conventions internationales en présence, ainsi que la portée de l'exclusion de l'arbitrage. Une fois ces bases juridiques établies, la Cour rappelle au point 6 que, conformément à l'article 5 § 3 du règlement, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Le règlement est donc applicable. Cependant, l'un des litigants saisit en parallèle les juridictions anglaises pour s'assurer de l'exécution de la convention d'arbitrage. Or, en application du droit anglais⁸⁶, les *anti-suit injunction* peuvent être prononcées pour forcer une partie à se rendre devant le tribunal arbitral et en conséquence contraindre cette partie à se désister de son action devant l'État membre.

L'argumentation des juridictions anglaises peut se résumer comme suit : si les injonctions étaient interdites dans les matières régies par le règlement, tel ne serait pas le cas en matière d'arbitrage puisque ce dernier fait l'objet d'une exclusion et qu' « *il n'existerait pas d'ensemble de règles communautaires uniformes, condition nécessaire pour que la confiance mutuelle entre les juridictions des États membres puisse s'établir et s'appliquer* » et que cette exclusion telle que définie par l'arrêt du 25 juillet 1991, *Marc Rich* « *s'applique non seulement aux procédures d'arbitrage en tant que telles, mais également aux procédures judiciaires ayant pour objet l'arbitrage* ». Or, par « *l'arrêt du 17 novembre 1998, Van Uden (C-391/95, Rec. p. I-7091), (la Cour) aurait précisé que l'arbitrage est l'objet d'une procédure lorsque celle-ci vise à sauvegarder le droit de régler le litige par arbitrage, ce qui serait le cas dans le litige au principal* » (point 15). Pour la *House of Lords*, la pratique des

84 LOQUIN (E.), Un jugement étranger rendu en violation d'une clause compromissoire peut-il être reconnu en France pour application de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ?, *RTD com.* 2002 p. 47.

85 Dans l'arrêt *West Tankers*, la Cour européenne prend soin de rappeler au point 3 que la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958, dispose à son article II, paragraphe 3: « *Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.* ». Puis, elle cite, au point 4, le vingt-cinquième considérant du règlement n°44/2001 aux termes duquel : « *Le respect des engagements internationaux souscrits par les États membres justifie que le présent règlement n'affecte pas les conventions auxquelles les États membres sont parties et qui portent sur des matières spéciales* » et rappelle l'exclusion de l'arbitrage du règlement Bruxelles I conformément à son article 1.

86 Article 37, paragraphe 1, de la loi de 1981 sur la Cour suprême (Supreme Court Act 1981) : « *Dans tous les cas où cela paraît juste et opportun, la High Court peut, par ordonnance interlocutoire ou définitive, octroyer une injonction* » ; Loi de 1996 sur l'arbitrage (Arbitration Act 1996) prévoit à son article 44, intitulé « *Pouvoirs juridictionnels pouvant être exercés à l'appui de la procédure d'arbitrage* » : « *1) Sauf convention contraire entre les parties, la juridiction possède, aux fins de la procédure d'arbitrage et en rapport avec celle-ci, le même pouvoir d'injonction, dans les matières énumérées ci-après, que celui dont elle dispose aux fins de la procédure judiciaire et en rapport avec celle-ci. 2) Ces matières sont les suivantes: [...] e) l'octroi d'une injonction provisoire* ».

anti-suit injunctions « serait selon elle un moyen efficace pour la juridiction du siège de l'arbitrage, qui exerce son contrôle sur ce dernier, en ce qu'elle favorise la sécurité juridique en réduisant les possibilités de conflit entre la sentence arbitrale et le jugement d'une juridiction nationale. En outre, si ladite pratique était également adoptée par les juridictions des autres États membres, elle contribuerait à la compétitivité de la Communauté européenne au regard des centres mondiaux d'arbitrage comme New York, les Bermudes et Singapour » (point 17). Dès lors, suivant cette analyse, le for du juge d'appui est donc exclusif de tout autre. L'invocation d'une question d'arbitrage paralyserait donc la compétence internationale des juridictions étrangères.

Dès lors, dénué de toute vocation à connaître du litige, le prononcé d'une *anti-suit* injonction assurerait la sécurité juridique. La *House of Lords* a donc posé la question préjudicielle suivante : « *Le fait, pour une juridiction d'un État membre, d'adopter une décision interdisant à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure dans un autre État membre au motif qu'une telle procédure viole une convention d'arbitrage est-il compatible avec le règlement n° 44/2001 ?* » (point 18).

430. La Cour européenne précise, au regard de la légalité des *anti-suit injunctions* que « pour déterminer si un litige relève du champ d'application du règlement n° 44/2001, seul l'objet de la procédure doit être pris en compte (arrêt *Rich*, précité, point 26). Plus précisément, l'appartenance au champ d'application du règlement n° 44/2001 est déterminée par la nature des droits dont la procédure en question assure la sauvegarde (arrêt *Van Uden*, précité, point 33) » (point 22). Or, si cette procédure d'arbitrage ne relève pas du champ d'application du règlement, une décision judiciaire portant sur la procédure d'arbitrage est susceptible d'avoir des conséquences pouvant porter « atteinte à l'effet utile de ce dernier, à savoir empêcher la réalisation des objectifs de l'unification des règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale ainsi que de la libre circulation des décisions dans cette même matière. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'une telle procédure empêche une juridiction d'un autre État membre d'exercer les compétences qui lui sont attribuées en vertu du règlement n° 44/2001 » (points 23 et 24). En l'occurrence, cette décision en matière de procédure d'arbitrage peut porter atteinte à la compétence internationale d'un état membre telle que définie par le règlement. En conséquence, selon la Cour, il convient de se demander si le litige relève de l'application du règlement et d'analyser les effets potentiels de l'*anti-suit injunction* sur cette procédure. Il s'ensuit que dès lors que le règlement a vocation à recevoir application, peu importe l'existence d'une convention d'arbitrage, la compétence du tribunal internationalement compétent doit être respectée.

Si l'objet du litige relève du règlement, la question de l'application d'une convention d'arbitrage est « une question préalable portant sur l'applicabilité d'une convention d'arbitrage, y compris notamment sur sa validité, [et qui] rentre également dans le champ d'application de ce règlement » (point 26). Cela va de soi car la juridiction compétente internationalement ne se désistera du litige que dans la mesure où les parties se seront engagées à avoir recours à l'arbitrage. À défaut, il n'y a pas d'arbitrage, donc la juridiction saisie doit juger au fond du litige.

431. Dans l'arrêt *West Tankers*, la Cour européenne appuie sa solution sur l'article II, paragraphe 3, de la convention de New York qui prévoit la compétence d'un état contractant pour décider le renvoi des parties devant l'arbitre sauf dans les cas où la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. Cette convention ne traite pas de la répartition des compétences étatiques. En conséquence, la Cour répond que l'« adoption, par une juridiction d'un État membre, d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre État membre, au

motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le 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 ». En conséquence, la Cour reconnaît la compétence de la juridiction saisie, en l'occurrence italienne, pour statuer sur l'exception d'arbitrage et partant, « *de l'existence d'une convention d'arbitrage, y compris la question de la validité de cette dernière* » (point 27). L'allégation par une partie de l'existence d'une telle clause n'a pas d'influence sur la répartition des compétences internationales.

Lorsque la question de la compétence arbitrale se pose, la juridiction compétente pour en juger est donc celle désignée par le règlement. Soit il n'y a pas lieu à arbitrage et elle jugera au fond, soit il y a lieu à arbitrage et elle renverra les parties devant l'arbitre. La question de l'application de la convention d'arbitrage est une question procédurale et contractuelle, interne à l'État internationalement compétent. L'État saisi regardera la validité de cette convention d'arbitrage conformément à la *lex contractus*, la licéité de celle-ci conformément au principe du for d'arbitrabilité et, si la juridiction vient à constater l'existence d'une convention d'arbitrage, se dessaisira du litige et renverra les parties devant l'arbitre en application de son droit processuel interne et/ou de la convention de New York. Dans l'hypothèse inverse, elle jugera valablement du litige au fond.

432. Dès lors que l'existence prétendue d'une convention d'arbitrage ne permet pas de court-circuiter la compétence de l'État en vertu du règlement, le caractère prétendument délocalisé de l'arbitrage disparaît. De fait, prononcer une *anti-suit injunction* afin d'empêcher la saisine d'un État membre compétent en vertu du règlement revient à « *lui ôter le pouvoir de statuer sur sa propre compétence en vertu du règlement n° 44/2001* » (point 28). En toute hypothèse, et y compris lorsque le règlement n'a pas vocation à s'appliquer, une telle *anti suit injunction* viole le principe « *selon lequel chaque juridiction saisie détermine elle-même, en vertu des règles qui lui sont applicables, si elle est compétente pour trancher le litige qui lui est soumis (...). À cet égard, il convient de rappeler que le règlement n° 44/2001 n'autorise pas, en dehors de quelques exceptions limitées, sans pertinence dans l'affaire au principal, le contrôle de la compétence d'une juridiction d'un État membre par une juridiction d'un autre État membre (arrêts du 27 juin 1991, Overseas Union Insurance e.a., C-351/89, Rec. p. I-3317, ...). Cette compétence est déterminée directement par les règles fixées par ledit règlement, dont celles qui concernent son champ d'application. Une juridiction d'un État membre n'est donc en aucun cas mieux placée pour se prononcer sur la compétence d'une juridiction d'un autre État membre* » (point 29).

En conséquence, « *une telle «anti-suit injunction» va en même temps à l'encontre de la confiance que les États membres accordent mutuellement à leurs systèmes juridiques ainsi qu'à leurs institutions judiciaires et sur laquelle repose le système de compétences du règlement n° 44/2001* » (point 30). En toute logique, le juge du siège de l'arbitrage ne retrouvera sa compétence qu'une fois ce préalable levé. En tout état de cause, la nullité ou l'inapplicabilité d'une convention d'arbitrage devrait être manifeste dès lors qu'elle est constatée judiciairement. Cet arrêt est fondé sur le principe de coopération dans le cadre européen entre les États membres et respecte, nous semble-t-il, les qualifications requises, à savoir la distinction entre d'une part, question principale et question incidente, et d'autre part, la distinction entre question de procédure et de compétence.

433. Le prononcé d'une injonction serait une violation du règlement qui octroie compétence à la juridiction saisie en fonction des règles qu'il édicte. Allant plus loin, si la juridiction saisie conformément au règlement était la juridiction anglaise, celle-ci aurait pu prononcer une telle mesure. Ce ne sont pas les règles nationales propres à l'arbitrage et au principe de

compétence-compétence que la Cour européenne condamne mais le fait de s’immiscer dans l’appréciation de la compétence d’un autre État membre en violation des principes de droit international public et en l’occurrence en violation du règlement Bruxelles I.

Les effets d’une telle injonction seraient contraires au principe de base selon lequel il revient à chaque juridiction d’apprécier sa compétence juridictionnelle. *A fortiori*, une telle mesure dans le cadre européen serait contraire à la confiance mutuelle que les États membres doivent en principe se porter et au Règlement lui-même. C’est pour cette raison que la Cour consacre la compétence exclusive de la juridiction saisie. Cette interprétation est conforme à la convention de New York de 1958 en ce que cette dernière ne précise nullement la juridiction compétente et permet l’unification du contentieux dans le cadre européen.

434. Dès lors, selon cette jurisprudence, une convention d’arbitrage ne prive pas de ce fait les juridictions étatiques de leur compétence lorsque le litige relève du champ d’application du règlement Bruxelles I⁸⁷. En effet, c’est à l’État compétent de déterminer la place qu’il entend octroyer à l’arbitrage. En outre, cette solution est cohérente avec la position de la Cour au regard des questions principales et incidentes. Les exclusions de l’article 1 § 2 du Règlement ne jouent qu’à condition d’être l’objet principal de l’instance (*i.e.* lorsque la question porte sur la procédure d’arbitrage en elle-même).

Lorsqu’un juge saisi conformément au règlement à titre principal, et si une question incidente est relevée devant lui et que celle-ci est exclue de son champ d’application, en l’espèce l’existence d’une convention d’arbitrage, il statuera pour la seconde conformément aux règles du for. En conséquence, si selon ces règles la convention d’arbitrage n’a pas lieu de jouer, il statuera au fond de l’affaire et sa décision bénéficiera du mécanisme simplifié de reconnaissance et d’exécution du règlement, l’effet indirect du principe de compétence-compétence ne pouvant dès lors valablement jouer.

En cette matière, un parallèle peut être fait avec les clauses attributives de juridictions. En effet, convention d’arbitrage et clause d’élection de for peuvent avoir des similitudes, dans les deux cas, elles visent à répartir les compétences. Mais alors que la clause de juridictions est un choix entre les compétences étatiques, la convention d’arbitrage est un choix au sein des ordres juridiques concernés de la compétence arbitrale. Donc, s’il est admis qu’un juge normalement compétent, en application du règlement Bruxelles I, est prioritaire pour juger de la validité de la clause attributive de compétence, *a fortiori*, il en va de même pour la convention d’arbitrage puisqu’*in fine* cette question relève de sa compétence.

Au regard de la licéité des *anti-suit* injonctions, la Cour européenne les condamne en présence d’une clause attributive de juridiction. La Cour de justice a estimé dans l’arrêt *Gasser*⁸⁸ que le principe de litispendance de l’article 21 de la convention de Bruxelles, devenu article 27 du règlement Bruxelles I, obligeait le second juge saisi à surseoir à statuer en l’attente de la décision du premier juge, y compris dans l’hypothèse où le second juge était celui désigné par la clause attributive de juridiction. En conséquence, une injonction ne peut *a fortiori* être prononcée.

* *
*

435. En matière d’arbitrage, s’il s’agit d’une question de compétence, celle-ci s’entend comme une compétence interne et, en tant que question de procédure, reste indifférente à la

87 V. MARMISSE-D’ABBADIE D’ARRAST (A.), Jurisprudence de la CJCE relative au règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 sur la compétence du juge, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, (CJUE 10 févr. 2009, *Allianz SPA*, aff. C-285/07), *RTD com.* 2009 p. 482.

88 CJUE, 9 déc. 2003, aff. C.159/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, D. 2004.1046 note Ch. Bureau; Rev. Dr. Soc. 2004.444 note H. Muir Watt; *JDI* 2004, 64 note A. Huet; *Rev. Crit. DIP* 2004 p. 444 note MUIR WATT (H.).

répartition internationale des compétences. Le for saisi doit décider au regard de son droit s'il revient à ses juridictions ou à l'arbitre de connaître du litige. C'est à l'ordre juridique, et à lui seul, de connaître de cette répartition. Il n'est pas question d'une répartition du pouvoir juridictionnel. La compétence étatique est retenue dès lors que l'objet du litige relève d'une matière incluse dans le règlement. Le fait de savoir si le litige relève de la compétence du juge étatique du for saisi ou de l'arbitre n'est *in fine* qu'une question de répartition des compétences internes propres au for saisi. Il revient donc à cet État d'appliquer éventuellement la convention de New York de 1958. Il s'agit d'une question de compétence et non de pouvoir⁸⁹.

2)- Généralisation de la solution en dehors du cadre du règlement Bruxelles I

436. L'arbitrage rattaché à un ordre juridique dépend donc de l'application d'une loi de procédure interne dénommée parfois *lex arbitri*⁹⁰.

437. Dans le cadre du déni de justice, la fiction de la délocalisation ne sera étudiée qu'au regard de la compétence internationale des États quant au litige et à la procédure d'arbitrage, non quant à la reconnaissance ou à l'exécution de la sentence. Il convient de relocaliser l'arbitrage pour déterminer l'État internationalement compétent à juger de l'accessibilité du juge arbitral et en déterminer les conséquences juridiques. En toute hypothèse, au stade de l'analyse de la compétence arbitrale à juger d'un litige, cette localisation de l'arbitrage apparaît juridiquement fondée. Elle ne remet pas en cause le principe de compétence-compétence puisqu'étant une question procédurale, il est une règle de compétence interne qui vise à répartir les litiges entre les juridictions étatiques du for et les juridictions arbitrales.

438. Le problème est qu'en dehors du cadre du règlement Bruxelles I, la détermination des compétences internationales étant unilatérale et de la compétence exclusive de chaque ordre juridique, les tribunaux étatiques seront multiples, reflétant la multi-localisation du litige lui-même. Néanmoins, loin de lutter contre cet effet négatif, la fiction de la délocalisation l'amplifie. En fin de compte, pour déterminer la compétence internationale, ce n'est pas tant la procédure d'arbitrage qui est pertinente que l'internationalité du litige sur lequel elle porte.

Les juridictions étatiques ayant compétence pour appliquer la règle du principe de compétence-compétence seront donc celles compétentes en fonction du droit commun de la compétence juridictionnelle. La convention d'arbitrage n'a pas en tant que telle d'incidence sur la compétence internationale d'un État, elle n'en aura que dans la mesure où cet État l'accepte. L'État internationalement compétent sera donc responsable du déni de justice. Cette solution ne nuit pas au développement des centres d'arbitrage mais conditionne la mise en œuvre de l'arbitrage à la volonté des parties d'y avoir recours. Dès lors, la répartition internationale des compétences n'est pas affectée, ce qui entraîne en cas d'inapplicabilité la

89 V. *contra* : KESSEDIAN (C.), Arbitrage et droit européen : une désunion irrémédiable ?, *D.* 2009 p. 981 : « *l'arbitrage est une procédure dérogatoire au pouvoir des juridictions étatiques à juger de certains litiges de plus en plus nombreux tant le champ de l'arbitrabilité s'étend. Or, la convention d'arbitrage ne pose pas une question de compétence juridictionnelle, question seconde par rapport à la question du pouvoir qui est la seule en cause lorsqu'une juridiction est confrontée à l'existence d'une convention d'arbitrage. De plus, en admettant qu'une question aussi centrale à l'arbitrage que la validité ou l'applicabilité d'une convention d'arbitrage soit une question préalable banale, la Cour vide de son sens l'exception d'arbitrage car la quasi intégralité de tous les litiges arbitrables tombent dans le champ d'application du Règlement, si bien qu'il ne reste en pratique plus grand chose de l'exception d'arbitrage* ».

90 V. par exemple : REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 58 et s.; Pour une détermination du champ d'application de la lex fori comme loi de procédure V. HUET (A.), Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux- compétence de la « *lex fori* », *Jurisclasseur Procédure civile*, Fasc. 57-10 (2001/2007) : selon l'auteur il convient de qualifier les règles en cause : s'il s'agit de règles processuelles, la *lex fori* s'impose, en dehors, la méthode conflictualiste est applicable (cf. jurisprudence citées sous n° 10). La question de procédure (structure et déroulement de l'instance) se distingue de celle de compétence tant interne qu'internationale qui est également soumise à la *lex fori*. En effet, les tribunaux français ne déterminent pas leur compétence interne ou internationale en application d'un droit étranger.

responsabilité de l'État. Il revient aux juridictions saisies de déterminer, selon leur droit national, les matières qu'elles entendent soumettre à l'arbitrage et de déterminer les cas de nullité ou d'inapplicabilité de cette clause selon la *lex contractus*. Chaque État devra déterminer s'il retient sa compétence internationale soit au regard de la procédure d'arbitrage soit afin de juger du litige au fond. Dans les deux cas, la convention d'arbitrage ne sera admise qu'à condition de répondre aux critères d'arbitrabilité du for saisi.

439. Il est vrai qu'il faut tenir compte de l'insertion de ce litige dans le cadre de l'arbitrage international, qui implique de reconnaître, en sus des compétences de droit commun, celles propres à l'arbitrage, et ce y compris lorsque le droit d'accéder à la justice arbitrale se pose.

En France, les juridictions étatiques seront donc compétentes soit sur le fondement des articles du Code de procédure civile ou sur ceux du règlement Bruxelles I, soit en application des règles de compétence du juge d'appui qui, en application du nouvel article 1505 du Code de procédure civile, le sera si l'arbitrage se déroule en France, ou si la loi française est applicable à la procédure, ou encore si les parties ont donné compétence aux juridictions françaises sur ce point ou enfin lorsque « *l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* ».

Que les juridictions françaises soient saisies sur le fondement des compétences ordinaires ou sur celles relatives à l'arbitrage, il leur appartient d'assurer le droit au juge et donc de priver d'effet toute convention d'arbitrage qui aurait pour effet indirect de créer une situation de déni de justice. S'il existe une dissociation de compétence et que la juridiction saisie est celle apte à juger au fond dès lors que la compétence arbitrale est établie, la juridiction appliquera soit la convention de New York de 1958 soit son droit commun relatif à l'arbitrage. Or, la convention de New York permet un tel contrôle. Lorsque l'inapplicabilité est constatée par le juge d'appui mais qu'il existe une dissociation des compétences internationales, les juridictions françaises devront analyser les risques de déni de justice secondaire.

440. Quant à la décision judiciaire statuant au fond, le litige étant international, plusieurs juridictions pourront avoir vocation à connaître de cette question. En réalité, les juridictions compétentes seront toutes celles qui ont vocation à juger du litige et non uniquement celles étant compétentes au regard de la procédure d'arbitrage. En l'absence d'un instrument de répartition internationale des compétences, il est vrai qu'un conflit de décisions peut survenir. Nier la difficulté ne permet en aucun cas de soutenir efficacement l'arbitrage. La France ne peut développer sur ce point un régime spécifique de reconnaissance des décisions. Si elle peut contrôler l'arbitrabilité, rien ne justifie un refus de reconnaissance d'une décision étrangère, fondé sur le fait qu'elle a statué sur la validité et l'applicabilité de l'arbitre, en d'autres termes, sur le fait qu'elle n'a pas mis en œuvre l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

Il est acquis depuis l'arrêt *Munzer*⁹¹ que la reconnaissance d'une décision étrangère n'est pas subordonnée à sa révision au fond. Certes, il est possible à l'occasion d'une demande *d'exequatur* de procéder à un contrôle de la compétence indirecte de la juridiction ayant rendu la décision. Or, cette compétence indirecte est admise sous deux conditions, d'une part, que le litige se rattache de manière caractérisée au tribunal saisi et d'autre part, que les juridictions françaises n'aient pas compétence exclusive en cette matière. Un refus pur et simple d'une telle décision sans analyse du droit d'accès au juge serait contraire à l'ordre public international et à l'article 6 de la CESDH. Dès lors, une décision ayant statué au fond, du fait de l'impécuniosité d'une partie et de l'impossibilité de mise en œuvre de la procédure d'arbitrage, se doit d'être reconnue en France. Mais surtout, le contrôle vise la compétence

91 C. Cass. Civ. 1re, 7 janv. 1964, *JCP* 1964. II. 13590, note Ancel.

internationale et non interne.

B- Compétence internationale et prohibition du déni de justice : une faveur envers l'arbitrage ou une remise en cause ?

441. L'admission de l'absence d'incidence de la convention d'arbitrage sur la compétence internationale des États ne nous semble pas défavorable à l'institution. Cette solution est opportune en pratique et ne sacrifie pas les intérêts économiques en jeu (1). Il va de soi que cette solution aboutit à une remise en cause du principe de délocalisation de l'arbitrage et une atténuation de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Néanmoins, un régime plus rationnel n'équivaut pas à une défaveur ou une « *torpille anti-arbitrale* » (2).

1)- Une solution opportune pour la protection des intérêts économiques en jeu dans le cadre européen

442. Admettre l'absence de compétence internationale des juridictions étatiques et priver d'application le règlement Bruxelles I en invoquant l'existence prétendue ou réelle d'une convention d'arbitrage relative au litige transformerait l'arbitrage en un moyen dilatoire de retarder l'instance voire de la paralyser. Ainsi, loin de conclure à la « mort » ou la « perte » de l'arbitrage, à contre-courant de la doctrine majoritaire française, la CJUE souligne qu'une solution inverse favoriserait la mauvaise foi et les manœuvres dilatoires. En effet, il suffirait à une partie d'invoquer l'existence d'une clause d'arbitrage pour paralyser une procédure étatique⁹². Ainsi au point 31 de l'arrêt *West Tankers*, la Cour européenne note qu'« *Enfin, si, au moyen d'une «anti-suit injunction», le Tribunale di Siracusa était empêché d'examiner lui-même la question préalable de la validité ou de l'applicabilité de la convention d'arbitrage, une partie pourrait se soustraire à la procédure en se bornant à exciper de ladite convention et le requérant, qui considère que cette dernière est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, se verrait ainsi fermer l'accès à la juridiction étatique qu'il a saisie en vertu de l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001 et serait dès lors privé d'une forme de protection juridictionnelle à laquelle il a droit* ».

A fortiori, lorsque la saisine du tribunal arbitral lui est financièrement impossible, le principe de confiance mutuelle devrait nécessairement jouer au bénéfice du juge européen⁹³. La confiance mutuelle ou réciproque trouve écho aux considérants 16 et 17 du règlement dont elle constitue la « *clé de voûte* »⁹⁴. En effet, le principe de coopération judiciaire étant fondé sur la confiance mutuelle des États membres, il n'existe aucun obstacle à admettre l'analyse de la CJUE. Le règlement Bruxelles I, succédant à la convention de Bruxelles, sont des manifestations de cette confiance en ce qu'il serait impossible de mettre en place des mécanismes de coordination et de reconnaissance mutuelle sans considérer le système judiciaire étranger comme digne de confiance et de considération. Or, si, la France fait confiance à ses homologues européens en matière contractuelle, délictuelle, de faillite, de société, de divorce, de pensions alimentaires, de délits, d'adoption... pourquoi en irait-il autrement en matière d'arbitrage? Après tout, les intérêts économiques français sont concernés tout autant en matière d'arbitrage qu'en matière contractuelle, en matière de société ou lors d'une procédure collective ou d'un contrat de travail. Les intérêts sont-ils réellement « *autrement plus sensibles (...) dans la mesure où c'est de l'efficacité de la justice* »

92 Ce qui, par ailleurs, est effectivement le cas en application de la jurisprudence française.

93 Ce principe de confiance mutuelle vaut y compris en cas de compétence indirecte dès lors que le juge européen a statué en matière civile et commerciale conformément à l'article 1 du règlement et que sa décision peut se prévaloir du régime de reconnaissance simplifiée.

94 CARRIER (R.), Convention de Bruxelles : le devoir de confiance, *D.* 2004 p. 1919.

arbitrale et de la crédibilité du juge [étatique] en tant que juge d'appui dont il est question »⁹⁵?

443. L'objectif de protection des centres d'arbitrage ne peut nuire au principe de coopération entre États membres (a) et interdit de donner un effet indirect ou extraterritorial à l'effet négatif du principe de compétence-compétence (b). Surtout cette solution permet, dans le cadre européen, de répartir convenablement la compétence à juger de la compétence arbitrale et donc de déterminer l'État responsable du déni de justice économique.

a) - Principe de confiance mutuelle versus les intérêts économiques « cruciaux » : des enjeux inconciliables ?

444. Là où il y a arbitrage, nulle confiance entre États membres ne semble possible, les intérêts économiques sont trop considérables. La France, forte de sa politique de faveur envers l'arbitrage, ne saurait tolérer qu'un État, pourtant concerné par le litige, puisse interférer dans le développement des centres d'arbitrage français. La confiance mutuelle cède alors devant les intérêts économiques « cruciaux ». Monsieur F. Valencia relève que « *cette tendance actuelle aussi favorable à l'arbitrage ne masque pas ses objectifs et il serait déraisonnable de les discuter tant les intérêts en jeu et les retombées économiques sont cruciaux* »⁹⁶. Cela étant, l'auteur apporte une atténuation en précisant que cette libéralisation de l'arbitrage « *ne doit pas se faire au détriment du contractant le plus faible. L'arbitrage, expression d'une philosophie individualiste et utilitariste, est une justice privée dont le fondement est conventionnel. [...] Son origine contractuelle implique que l'on se soucie de la partie la plus faible [...] pourtant, la protection qu'instaure le droit français, récemment modifié en la matière, demeure insuffisante. Pire encore, celle-ci s'avère quasi inexistante en matière internationale, alors que le danger y est encore plus grand* »⁹⁷.

445. Certains auteurs considèrent donc que le principe de confiance mutuelle ne saurait s'appliquer dès lors que l'existence d'une convention d'arbitrage est alléguée du fait de l'exclusion par le règlement Bruxelles I. Le juge saisi au soutien de l'arbitrage n'aurait dès lors pas à faire application dudit règlement puisque par hypothèse celui-ci n'est pas applicable. Cela étant, c'est une pétition de principe puisqu'en réalité l'objet du litige est dans le champ d'application de celui-ci. Et s'il s'avère qu'une clause d'arbitrage est effectivement applicable au litige, le juge le plus apte à prendre une décision sur ce point semble être la juridiction étatique saisie en application du règlement ou le juge étatique élu.

446. Admettre la solution inverse permet l'ouverture d'une dualité de procédure dans le champ européen ayant à répondre de la même question. Il s'agit donc d'un cas de litispendance. Or, il est certain que le règlement Bruxelles I a vocation à s'appliquer au juge saisi sur son fondement.

447. Madame H. Muir Watt conteste plus globalement l'utilisation détournée du concept de confiance mutuelle. Selon elle, « *l'utilisation de la confiance mutuelle semble avoir connu une dérive assez considérable dans la jurisprudence de la Cour* » en matière de clause de juridictions. En application de ce principe, chaque État membre doit reconnaître, les tribunaux des États membres comme « *fongibles, ou fonctionnellement équivalents* ». Il « *est la*

95 USUNIER (L.), De la compatibilité des injonctions *anti-suit* avec le règlement CE 44/2001, *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 434 n° 4.

96 VALENCIA (F.), Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007 n°1 p. 45 spéc. 48.

97 VALENCIA (F.), Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007 n°1 p. 45 spéc. 48.

condition même de la création d'un espace judiciaire commun ». C'est une condition *sine qua non* de cet espace judiciaire européen. Seul le principe de confiance mutuelle justifie la libre circulation des décisions dans ce cadre.

Cela étant, Madame H. Muir Watt considère que « *depuis l'arrêt Gasser, la confiance mutuelle semble avoir acquis une nouvelle signification, enjoignant aux juges de tout État membre de se déférer à la compétence de n'importe quel autre juge antérieurement saisi, qui aurait seul la maîtrise de la décision sur sa propre compétence. La confiance mutuelle joue ainsi pour neutraliser une clause attributive de juridiction, au motif que le juge saisi - n'importe lequel et même de mauvaise foi - a nécessairement une priorité sur le juge élu, car (toujours selon le raisonnement suivi) rien ne justifie que le juge non élu soit moins digne de confiance que le juge élu...* ». L'auteur regrette cette utilisation du principe de confiance mutuelle qu'elle considère comme « *invoquée ici à mauvais escient* ». Il ne s'agirait pas d'un problème de confiance mutuelle et une priorité absolue devrait être accordée au juge élu. Dès lors, en matière d'arbitrage, elle considère que « *si le rayonnement de la confiance mutuelle signifie que les clauses d'arbitrage sont aspirées dans le champ du droit communautaire, rien ne disqualifie à leur égard non plus la pertinence de ces mêmes considérations* »⁹⁸. La confiance mutuelle doit-elle alors céder ?

La confiance mutuelle dont font preuve les États membres s'étend certes à l'application de la convention et du règlement Bruxelles I mais surtout implique nécessairement une confiance en la qualité de la justice au sein de chacun des États dans un sens plus large. En renversant l'analyse de Madame H. Muir Watt, accorder une priorité absolue au juge élu serait faire preuve à son égard d'une importante confiance mais non mutuelle. En effet, ce que l'auteur reproche en fin de compte, c'est la réciprocité de cette confiance non son existence elle-même. Or, si le juge élu est digne de confiance pour analyser la licéité de sa désignation, pourquoi le juge non élu le serait moins pour se dessaisir le cas échéant ? Le système de reconnaissance des décisions mis en place traduit cette confiance mutuelle que se doivent les États membres.

448. En l'occurrence, en matière d'arbitrage, le défaut de confiance ne s'apprécie qu'à l'aune des intérêts économiques en jeu. Certes, mais desquels ? Il s'agit des intérêts économiques des centres d'arbitrage et partant des arbitres et non des intérêts économiques de l'État ou des justiciables. La question seconde est alors de savoir si les intérêts des arbitres et centres d'arbitrage sont d'une telle importance qu'ils justifieraient une dérogation aux règles communes aux intérêts privés tels que ceux des entreprises. Ne s'agit-il pas dans un cas comme dans l'autre de préserver des intérêts économiques purement privés ? En toute logique, l'avocat général conclut que « *des motifs de nature purement économique ne peuvent justifier des violations du droit communautaire* »⁹⁹.

Plus généralement, il semble nécessaire « *qu'à côté des intérêts privés émergent des considérations d'intérêt général* »¹⁰⁰, comme l'accès à la justice par exemple. Il est vain d'accorder une priorité absolue à l'arbitre élu sans prendre en compte l'ordre juridique nécessaire au soutien de l'arbitrage ou en l'absence de celui-ci. Or, la première application du principe de confiance mutuelle est « *naturellement de ne pas contrôler [les compétences des États membres] de quelque manière que ce soit* » et « *l'examen des décisions anglaises démontre bien que les juges n'agissent pas de manière désintéressée, avec comme seul but l'administration d'une bonne justice, mais bien dans un réel souci de protection de leur for, et*

98 MUIR WATT (H.), De la compatibilité d'une injonction *anti-suit* avec le règlement communautaire du 22 décembre 2000, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 373.

99 Conclusion n° 66.

100 GOUIFFÈS (L.), L'arbitrage international propose-t-il un modèle original de justice ?, in *Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé*, Préf. B. Oppetit, H. Gaudemet Tallon, Ph. Fouchard, LGDJ 1997, p. 41.

notamment du marché londonien de l'arbitrage »¹⁰¹.

* *
*

449. Il va de soi qu'une solution inverse, non seulement serait une atteinte grave à la confiance mutuelle que devraient se porter les États membres mais, en outre, elle rendrait facultative l'application du règlement Bruxelles I. En effet, derrière la majorité des critiques se cache la crainte qu'un État membre puisse avoir une jurisprudence moins libérale que celle française et de fait, nuire à la compétence d'un centre d'arbitrage. Cependant, ces craintes devraient être atténuées par l'application de la convention de New York. Il est donc naturel d'invoquer à l'appui de cette solution l'effet utile du règlement.

b)- L'effet utile du règlement Bruxelles I versus les intérêts économiques cruciaux

450. L'argument de l'« effet utile » est également vigoureusement critiqué. « *Invoquer l'atteinte portée à l'objectif d'uniformité à cet égard laisse rêveur, lorsque l'on se rappelle l'avertissement très pragmatique invoqué par Lord Hoffman dans la question préjudicielle, qui rappelait que l'Europe risquait de souffrir dans la concurrence mondiale d'un déplacement de l'arbitrage vers des États se montrant prêts à déployer des mesures protectrices* »¹⁰². La critique essentielle, on le voit, est donc économique et non juridique.

451. L'effet utile du règlement se heurte à la concurrence législative intra-européenne au bénéfice des centres d'arbitrage. Ce qui est craint c'est « *un mouvement de délocalisation des services judiciaires off-shore. L'image du marché global des services judiciaires ne plaît pas [...], et la Cour ferme majestueusement ses yeux devant l'évocation par la Chambre des Lords de considérations aussi bassement économiques (ou en tout cas qualifiées comme telles par son avocate générale) que le désavantage compétitif que la Communauté est ainsi en train de s'infliger* »¹⁰³. En effet, « *pour préserver les intérêts économiques de la Communauté européenne, il est important de permettre à chaque État membre de promouvoir l'arbitrage. Chaque État doit donc être en mesure de soutenir l'arbitrage par les moyens qui lui semblent les plus appropriés* »¹⁰⁴. Certes, encore faut-il qu'il y ait arbitrage d'une part, et que l'État en question ait vocation à intervenir d'autre part. Si une convention d'arbitrage est valable et applicable, l'application de la convention de New York par la juridiction saisie aboutit *in fine* au renvoi des parties devant la juridiction compétente, à savoir celle arbitrale, et la compétence du juge d'appui sera donc confirmée. S'il y a arbitrage, la législation du for de la procédure s'appliquera et la concurrence législative pourra avoir lieu. Mais dans le cas inverse, les intérêts économiques aussi puissants soient-ils ne devraient pas influencer sur la solution et la compétence internationale.

452. Il convient de se montrer modéré et de ne pas enfreindre le droit international public en créant un for exorbitant du droit commun qui serait constitué par la volonté d'une partie d'avoir recours à l'arbitrage. L'arbitrage ne doit pas renverser le principe constitutionnel de

101 CARRIER (R.), *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage, *D.* 2005 p. 2712 : sur le caractère intéressé de cette jurisprudence V. réf. citées note 6 : P. Gross, *Anti-suit injunctions and arbitration*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2005, p. 10.

102 MUIR WATT (H.), De la compatibilité d'une injonction *anti suit* avec le règlement communautaire du 22 décembre 2000, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 373.

103 MUIR WATT (H.), De la compatibilité d'une injonction *anti suit* avec le règlement communautaire du 22 décembre 2000, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 373.

104 USUNIER (L.), De la compatibilité des injonctions *anti suit* avec le règlement CE 44/2001, *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 434.

gratuité de la justice en une exception. Il ne doit pas non plus aboutir à renier les engagements européens pris aux fins d'assurer une plus grande sécurité juridique. Le droit de l'arbitrage ne doit pas renier la nature contractuelle et donc voulue de l'arbitrage par des principes imposant une procédure à des parties ne l'ayant ni imaginée ni voulue mais qui se trouvent contraintes de s'y soumettre pour avoir accès au juge ou ne pas subir une sentence rendue par défaut. Pourquoi un juge saisi au fond du litige devrait-il se voir dénier la compétence de statuer sur l'existence d'une convention d'arbitrage conformément à la convention de New York de 1958 ?

453. Depuis l'arrêt *Turner* de la CJUE, il est établi que les *anti-suit injunctions* sont prohibées lorsqu'elles visent une juridiction d'un État membre. Pourquoi en irait-il différemment en matière d'arbitrage ? « *Toute la question est justement de savoir à quelle juridiction il revient de juger si l'on se trouve ou non en présence d'un litige soumis à l'arbitrage, c'est-à-dire de décider si la clause compromissoire est opposable* »¹⁰⁵. Dès lors, si une juridiction européenne est saisie pour juger au fond du litige du fait de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, elle doit, afin d'assurer le droit d'accès au juge, retenir sa compétence à juger du litige. Une décision inverse constituerait une violation de l'article 6 de la CESDH car elle laisserait se produire un déni de justice. Sa décision en ce qu'elle tranche un litige au fond de nature civile ou commerciale doit être reconnue dans l'espace européen.

2)- Conséquence sur l'arbitrage international de l'absence d'incidence de la convention d'arbitrage sur la compétence internationale

454. La compétitivité des centres d'arbitrage locaux ne semble pas atteinte par l'abandon du caractère délocalisé de l'arbitrage (a), de même qu'une approche plus mesurée de l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne semble pas défavorable au développement de l'institution dès lors que l'intervention étatique est rationnelle (b).

a)- Remise en cause de la théorie du caractère délocalisé de l'arbitrage et compétitivité des centres d'arbitrage européens et français

455. « *Pour être pleinement efficace, un tribunal arbitral doit s'appuyer sur un système de droit national sous-jacent* »¹⁰⁶. Si l'harmonisation des solutions au regard de la compétence arbitrale ne peut avoir lieu qu'en fonction de la compétence internationale, donc des États, dès lors toute harmonisation basée sur une réflexion portant uniquement sur la procédure arbitrale ne peut aboutir, seul l'objet du litige peut être pertinent et efficace. Cet état du droit amène à s'interroger sur l'importance pratique des intérêts financiers en jeu pour savoir si ceux-ci justifient, dans l'intérêt de la société française, un traitement juridique spécifique, ce qui est le propre de tout litige à caractère international. En France, la compétence internationale du juge d'appui est multiple.

456. En matière de convention d'arbitrage, la Cour de cassation adopte une jurisprudence libérale qui ne tient pas compte de l'objet du litige ou de son éventuelle proximité avec le for internationalement compétent ou éventuellement élu ni même de la possibilité de saisine d'une juridiction étatique ou arbitrale excluant la question de l'arbitrage de tout conflit de

105 CARRIER (R.), *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage, *D.* 2005 p. 2712.

106 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 20

juridictions. Cette jurisprudence permettant la création d'un *forum shopping* sans limite a pour fondement le caractère délocalisé que l'on assigne à l'arbitrage. Dès lors, cette délocalisation aboutit à une multi-localisation anarchique qui favorise le développement des centres d'arbitrage locaux par le biais d'une concurrence législative accrue et de chefs de compétence permissifs.

La conception de la délocalisation de l'arbitrage est fondée sur la volonté de détacher cette institution de toute interférence étatique afin de permettre le choix d'une juridiction neutre et indépendante d'un État. Cela étant, pour atteindre ce résultat, il n'est pas nécessaire de considérer l'arbitrage comme un ordre juridique autonome et flottant, ce qu'il n'est pas. Le concept de délocalisation permet de faire juger une affaire par une juridiction arbitrale sans lien avec le litige, mais après tout, de la même manière qu'une clause de juridiction.

457. Ce *forum shopping* s'inscrit dans le débat de l'analyse économique des chefs de compétence juridictionnelle¹⁰⁷. « *Son sens premier, acheter en quelque sorte un juge, trouver un for comme on fait ses emplettes, ne confère pas à la notion un a priori très positif et dévoile l'idée, sinon d'une simple habileté permise, d'un utilitarisme évident [...] à la mondialisation des échanges risque bien de répondre la mondialisation du droit et celle de la justice avec l'instauration d' « un supermarché mondial de la justice » et tous ses travers* »¹⁰⁸.

Le choix de juridiction étant déterminant car il conditionne le droit applicable, le *forum shopping* permet donc au demandeur de voir sa cause entendue devant le tribunal qui lui sera le plus favorable soit sur le fond soit en termes de procédure, « *parce que loin d'être homogènes, les systèmes juridiques et les pratiques sont assez différents les uns des autres, si bien que le choix du juge est en réalité aussi un choix de la loi* »¹⁰⁹. Il est admis que l'insécurité juridique qu'il procure n'est pas propice au développement du commerce international. Il convient donc d'éviter l'insécurité juridique et donc de restreindre autant que faire se peut le *forum shopping* de manière à contrecarrer les intentions dilatoires ou le harcèlement procédural.

La conception extensive de l'exclusion en matière d'arbitrage et l'incidence d'une telle convention d'arbitrage sur la compétence internationale des États aboutit à permettre au demandeur de renouveler sa demande dans différents pays et notamment par un ordre juridique étatique n'ayant *in fine* aucune vocation à voir celle-ci exécutée ou reconnue sur son territoire. En conséquence, admettre l'application du règlement de Bruxelles I permettrait d'endiguer un *forum shopping* préjudiciable à l'arbitrage international en ce qu'il ne vise pas à assurer son efficacité, son exécution.

458. Encore faut-il admettre que la convention d'arbitrage n'a pas d'incidence sur la compétence internationale étatique fondée sur l'objet du litige. Ainsi, une conception restreinte de cette exclusion permettrait d'éviter la situation où un plaideur se rend devant les juridictions européennes jusqu'à l'obtention d'un jugement qui lui est favorable, créant ainsi un *forum shopping* et des décisions contradictoires qui semblent pour le moins préjudiciables à l'arbitrage.

À l'inverse, admettre une telle portée de l'exclusion permet au défendeur d'invoquer l'existence d'une convention d'arbitrage pour paralyser la juridiction étatique compétente en application de règles de répartition des compétences étatiques, lui interdisant par là même de juger du fond du litige. Ce *forum shopping* est donc plébiscité en matière d'arbitrage international et a pour fondement théorique le caractère délocalisé de l'arbitrage ou plus précisément son existence extérieure et autonome à tout ordre juridique, son caractère

107 Il désigne la situation dans laquelle le demandeur à l'action, ou le défendeur, s'il ouvre un second front juridictionnel, se voit ouvert un choix de juridictions possibles. Le *forum shopping* est une notion controversée, parfois réprimée et parfois plébiscitée.

108 COHEN (D.), Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping*, D. 2010 p. 975 n° 1 et 3.

109 COHEN (D.), Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping*, D. 2010 p. 975 n°12.

prétendument autosuffisant.

459. À en croire la doctrine, ce *forum shopping* est donc nécessaire au commerce international. L'arbitrage commercial international est une part majeure du système de commerce international. Il convient donc de procéder à une analyse de la justice arbitrale en des termes économiques¹¹⁰, démarche qui apparaît quelque peu éloignée des strictes considérations d'analyse juridique¹¹¹. L'analyse économique du droit permet la confrontation du droit et de l'économie. Il ne s'agit pas de considérer le droit comme une discipline dépendante de l'économie¹¹². Il s'agit « *de refonder le droit pour le mettre en accord avec les réalités économiques de son temps* »¹¹³ afin d'éviter le cloisonnement des savoirs. Le droit a incontestablement des incidences économiques et partant, les systèmes juridiques se livrent à une concurrence législative, y compris quant à la compétence juridictionnelle. Dans cette optique, « *Le forum shopping est alors envisagé à front renversé. La préoccupation est celle de l'offre et non de la demande : il s'agit d'offrir le système juridique le plus attractif pour attirer les opérateurs économiques* »¹¹⁴.

Cette analyse amène à se demander si la justice n'est pas devenue un bien de consommation tributaire du marché mondial et dans quelle mesure les intérêts économiques doivent être pris en compte. Il est vrai qu'entre économie de la justice et accès au juge, l'arbitrage renouvelle le débat. En effet, en tant que justice privée, l'arbitrage, lorsqu'il fonctionne normalement, n'atteint pas les finances publiques et, si son siège se situe en France, a un effet incontestablement bénéfique pour l'économie française. Certains parlent même d'intérêts économiques « considérables ». En conséquence, dès lors que le siège de l'arbitrage se trouve en France, les retombées économiques semblent favorables à l'accueil de l'arbitrage et donc à une législation volontariste¹¹⁵.

460. La répartition judiciaire n'est pas une question purement économique, loin s'en faut. La considération à prendre en compte est celle du coût du procès pour le service judiciaire français. En outre, la possibilité d'exécution des décisions doit être prise en compte. C'est ainsi, que l'on considère que la concurrence entre les tribunaux est néfaste pour la bonne administration de la justice et son effectivité¹¹⁶. L'un des axes de la réflexion sur l'économie

110 JACQUES (Ph.), *Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans heurt* (Cour de cassation, aud. sol., 30 mai 2007, RTD civ. 2007 p. 514) : « plus un abandon du rôle du droit étatique, qu'une combinaison entre différents systèmes sociaux de valeur ». C'est ainsi que Monsieur Ph. Jacques souligne qu'« il ne faut pas perdre de vue la dimension profondément politique du choix entre réglementation et régulation, quelles que soient les options de chacun : alliance ou distance ; égalité ou prédominance. En l'état du droit positif, à en juger non seulement par l'attitude de la Cour de cassation, mais aussi par celle du législateur, c'est bien à un désengagement du droit classique que l'on assiste. Concomitamment se produit une défaveur pour la sanction judiciaire, celle réservée au juge étatique ». L'auteur dresse un tableau noir de cette prise en compte, qui alliée au revirement de jurisprudence donne selon lui un fort sentiment de désordre, « *Désordre d'une Cour, partagée entre le fait et le droit. Désordre d'une juridiction balançant entre l'autopromotion et la perte de ses repères ; désordre de juges sommés d'être utiles (sinon utilitaristes) économiquement [...] et budgétairement [...] tout en demeurant rigoureux juridiquement !* ». Et il est vrai que l'arbitrage international peut laisser poindre un sentiment de désordre tant ses solutions fondées sur des considérations pratiques (i.e. économiques) sacrifient la rigueur des principes juridiques. Jamais, à notre connaissance, le droit des obligations n'a été aussi mis à l'épreuve qu'en cette matière.

111 On pourrait même lui reprocher de pervertir la science juridique pure. À cet égard, l'analyse économique du droit n'est pas spécialement développée en France au contraire des pays anglo-saxons où les échanges interdisciplinaires sont plus répandus ; FRISON-ROCHE (M.-A.), L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, *Petites affiches*, 19 mai 2005, n° 99, p. 15 ; HARNAY (S.), MARCIANO (A.), POSNER (R.A.), *L'analyse économique du droit*, éd. Michalon, 2003 ; OPPETIT (B.), Droit et économie, *Archives de philosophie du droit*, t. 37, Sirey, 1992.

112 JAMIN (Ch.), Économie et droit, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy éd. 2003 p. 578 : « [C]'est peut-être l'ignorance mutuelle, fût-elle relative, qui rend le plus exactement compte des rapports qu'entretiennent depuis deux siècles les juristes et les économistes français ».

113 ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation*, RTD civ. 2006 p. 505.

114 ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation*, RTD civ. 2006 p. 505.

115 L'analyse économique du droit, au regard des compétences judiciaires, permet de mesurer l'incidence du système juridique et des chefs de compétence retenus au regard de ce qu'il convient d'appeler le marché du droit. Cette analyse permet de comprendre les influences positives ou négatives de la concurrence judiciaire. En matière d'arbitrage international, il convient d'étudier le marché mondial du service judiciaire tant public que privé. La question est dès lors de savoir si cette concurrence est bénéfique et si elle doit ou non être favorisée.

116V. en ce sens : DELABRUYERE (S.), Réflexions économiques sur l'Europe juridique et judiciaire, *D.* 2005 p. 1652.

de la justice invite à amplifier sa contractualisation. L'arbitrage international y participe intégralement en désengorgeant d'autant nos tribunaux étatiques et en développant un service judiciaire parallèle payant. La Cour de cassation, sans l'exprimer ainsi, prend en compte ces considérations dans la mesure où elle vise le développement des centres d'arbitrage international par une jurisprudence volontariste. Cependant, cet excès de faveur semble moins protéger de nos jours la volonté des parties que la compétence des centres d'arbitrage au nom des intérêts économiques du commerce international mais surtout des intérêts français. En effet, on invoque souvent la protection des intérêts du commerce international donc des intervenants à l'appui de ce libéralisme. Cela étant, lorsqu'une des parties conteste la compétence arbitrale, il paraît difficile d'en conclure que c'est aux fins de protéger ses intérêts économiques qu'elle se voit renvoyée devant l'arbitre.

Les développements des centres d'arbitrage en France correspondent à la volonté de favoriser les intérêts des opérateurs de cette justice sur notre territoire. Ce qui semble légitime en tout point à condition de respecter une certaine mesure. *« En termes d'économie de la justice, la problématique posée par l'élection de for est complexe, car le risque d'instrumentalisation de la justice par des forum shoppers trop prompts à se servir d'un for attractif pour échapper aux contraintes qu'imposerait un autre, et qui tendrait à limiter l'efficacité des choix sans lien avec le for choisi, entre en tension avec le souci de compétitivité du service judiciaire national, qui incite au contraire à accueillir plus largement des contentieux commerciaux susceptibles de générer des revenus locaux, entre autres pour le barreau et sans doute aussi pour l'industrie hôtelière »*¹¹⁷.

Le développement des centres d'arbitrage français a donc une rationalité économique qu'il convient de ne pas perdre de vue. Cela étant, ce développement ne serait pas remis en cause par une rationalisation des compétences au regard du litige puisque, par hypothèse, les centres ne se développeront sur le long terme qu'à la condition *sine qua non* de la qualité et de l'effectivité des sentences rendues.

461. Le *forum shopping* peut donc être favorisé à condition d'être encadré. Les justiciables *« sont en droit d'attendre que, à tout le moins, le traitement procédural de leur différend n'ajoute pas à l'incertitude d'ores et déjà constatée. Cette attente se dédouble : d'une part, l'organisation de nos institutions judiciaires ne doit pas être telle que, par elle-même, elle crée de l'incertitude ; d'autre part, que, dans les situations d'incertitude, cette organisation soit telle qu'elle permette, dans la mesure du possible, de la dissiper. De manière plus synthétique : que nos institutions judiciaires ne soient pas source d'insécurité juridique, qu'en revanche, elles soient un facteur de sécurité juridique »*¹¹⁸. Le débiteur fautif ne doit pas pouvoir tirer de notre droit de l'arbitrage international, et plus précisément de nos règles de compétence juridictionnelle, un moyen d'échapper à la sanction judiciaire, que ce soit au stade de la compétence directe ou indirecte. Ainsi, on ne peut admettre que l'exception d'arbitrage ait pour effet d'interdire l'accès au juge au créancier de l'obligation¹¹⁹.

462. Il paraîtrait raisonnable d'adopter une position mesurée pour protéger les intérêts des contractants et partant, du commerce international. En effet, si les intérêts économiques de ces centres et des arbitres doivent être pris en compte, d'autres considérations doivent l'être également, et parmi elles, les intérêts des litigants et ceux d'une bonne administration de la justice. Le domaine de l'arbitrage n'est pas le seul où les États se livrent à une concurrence

117 MUIR WATT (H.), *La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé*, n° 19, Disponible sur le site internet de la Cour de cassation :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_mme_muir_watt_9474.html?idprec=8586.

118 LAGARDE (X.), Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique, *D.* 2005 p.82.

119 V. en ce sens au sujet des compétences économiques internes : LAGARDE (X.), Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique, *D.* 2005 p.82.

législative ayant des incidences fortes économiquement¹²⁰. En arbitrage, comme ailleurs, un équilibre doit donc être recherché pour protéger la partie faible, même impécunieuse, qui *in fine* est également une composante des intérêts du commerce international. Cette protection implique de repenser le caractère délocalisé de l'arbitrage en des termes plus mesurés et d'admettre qu'il ne s'agit pas d'une question de compétence internationale afin de pouvoir réfléchir dans un premier temps en termes de conflit de juridictions lorsqu'une question de déni de justice se pose.

463. Deux situations peuvent se présenter : soit le Règlement est applicable soit il ne l'est pas. Dans la seconde hypothèse, seules les règles de droit commun ont vocation à s'appliquer. Lorsque celui-ci est applicable, la solution sera invariable que le centre d'arbitrage soit ou non européen. Or, le règlement Bruxelles I s'applique dès lors que le litige est intégré à la communauté européenne, c'est-à-dire, en application de l'article 1, en matières civiles et commerciales¹²¹ sauf exclusion si, au titre de l'article 1 § 2 ces matières exclues sont l'objet principal du litige. Ainsi, lorsqu'elles sont invoquées de manière incidente, la compétence des juridictions saisies dépendra des règles de procédure ou de compétence en cette matière. Cette application *ratione materiae* est complétée par une condition spatiale permettant d'établir un lien de proximité entre le litige et l'Union européenne.

464. Le Règlement ne sera applicable, sauf compétence exclusive, que si une partie au moins possède son domicile ou son siège social sur le territoire de l'un des États membres¹²². Dès lors, de deux choses l'une, soit l'une des parties a son siège social ou son domicile dans la cadre de l'Union et peu importe le centre d'arbitrage choisi, le Règlement s'appliquera, soit tel n'est pas le cas et le droit commun des États membres se trouvera compétent. En conséquence, il nous semble que cette solution n'a aucune incidence sur la compétitivité des centres d'arbitrage européens.

465. Un argument pour fonder le caractère délocalisé de l'arbitrage résulte du postulat que la saisine d'un juge étatique est par hypothèse sans fondement vu qu'il existe au sein du contrat une convention d'arbitrage. Or, c'est justement cette analyse qui nous semble juridiquement discutable. En premier lieu, à ce stade du litige, la seule juridiction incontestablement compétente est celle désignée par le règlement Bruxelles I, ou celle compétente selon les règles de compétence internationale que la juridiction a retenues, c'est donc à elle et elle seule qu'il revient de décider si la clause d'arbitrage peut recevoir un effet légal c'est-à-dire si, et dans quelle mesure, les juridictions étatiques renverront les parties à l'arbitrage. En second lieu, si la compétence du for saisi en application du Règlement procède d'une répartition internationale des compétences et relève du droit public, la compétence de l'arbitre et partant, son investiture, faute de convention internationale équivalente au Règlement, ne résulte que de l'application du droit interne d'un État. Or, l'État jugé le plus compétent au regard du litige semble le plus pertinent pour déterminer dans quelle mesure les parties doivent être exclusivement renvoyées devant l'arbitre. En réalité, ce que recouvre cet argument est une considération purement économique. En conséquence, ces objectifs économiques sont insuffisants à justifier une violation des règles européennes.

120 On pourrait valablement citer le droit fiscal, le droit du travail, ou encore celui de la sous-traitance, de la finance. En réalité, de nos jours, presque tous les pans de notre législation relèvent de considérations économiques. Cela étant, ces considérations, si elles sont prises en compte dans l'élaboration de notre législation, n'excluent pas *ipso facto* la protection des intérêts plus fondamentaux de la société française et ne relèvent pas de manière systématique de la catégorie des règles matérielles ou des lois de police françaises.

121 Il s'agit de notions autonomes, V. notamment : CJUE 14 oct. 1976, *L.T.U. c. Eurocontrol*, *Rev. Crit. DIP* 1977.772 note Droz ; *JDI* 1977.707 note Huet.

122 V. pour la détermination de la juridiction compétente en matière contractuelle sous le convention de Bruxelles I et lors de l'adoption du règlement Bruxelles I : ANCEL (M.-E.), De la loi applicable à la détermination du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse, *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 148.

b)- Atténuation de l'effet négatif du principe de compétence-compétence : une torpille anti-arbitrage ?

466. La compétence internationale d'un État n'est pas affectée par l'allégation de l'existence d'une convention d'arbitrage. Cet État pourra valablement retenir sa compétence sur le fondement de son droit commun et donc juger de la validité ou de l'applicabilité de la convention d'arbitrage pour renvoyer, s'il y a lieu, les parties devant l'arbitre. Cette solution est conforme à la convention de New York de 1958 qui n'exige en aucun cas de circonscrire cette analyse à son caractère manifeste d'une part, et qui ne remet pas en cause la compétence étatique à juger de la convention d'arbitrage préalablement ou concomitamment à la procédure d'arbitrage d'autre part.

En dehors de l'application du règlement de Bruxelles I et en l'absence de répartition internationale des compétences entre États, différents fors seront donc compétents. En application du droit français, les règles de litispendance ou de connexité devraient en ce cas recevoir application, et lorsqu'une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage et que l'autre apporte une décision étrangère constatant cette inapplicabilité ou inexistence, cette décision devrait en principe être reconnue en France en application de notre droit commun. En effet, il ne s'agit pas en l'occurrence d'une décision processuelle mais d'une décision statuant en la matière contractuelle.

467. Ce raisonnement est cependant craint en ce qu'il impliquerait, outre les solutions contradictoires concernant la validité ou l'applicabilité de la convention d'arbitrage, un détour systématique devant les juridictions étatiques, par nature, dans ce contexte, jugées lentes, inefficaces et partiales quant au choix de leur compétence, voire incapables de résoudre la question posée¹²³. Dès lors l'intervention du juge se voit qualifiée de « torpille ».

Cela étant, cette intervention n'est pas systématique. En réalité elle n'interviendra que dans une unique hypothèse : celle d'un désaccord entre les parties sur l'existence, la validité ou l'applicabilité de la convention d'arbitrage au litige. Pour le reste du contentieux, il relèvera de la compétence du juge d'appui puisque, par hypothèse, les parties s'accordent sur l'existence d'une convention d'arbitrage valable et applicable, la question juridique sera donc relative à la procédure arbitrale elle-même.

468. Dans ces conditions, en pratique, le principe de compétence-compétence tel que conçu en droit français peut être la marque d'un certain patriotisme processuel marquant une volonté non cachée de développer l'arbitrage ayant son siège en France¹²⁴. L'effet indirect du principe de compétence-compétence peut être rapproché de l'ancien effet indirect de l'article 15 du Code civil. Ce chef de compétence exorbitante est fondé en l'occurrence non sur la nationalité et partant, sur une idée de souveraineté et de juge naturel, mais trouve son origine dans une compétition législative avec des incidences économiques fortes. Ainsi, alors que les privilèges fondés sur la nationalité des litigants se rationalisent, on observe en droit français une montée exponentielle de ce chef de compétence fondé sur l'existence invoquée d'une convention d'arbitrage du fait de la combinaison de règles matérielles dérogoires au droit commun¹²⁵.

123 V. notamment : MUIR WATT (H.), De la compatibilité d'une injonction *anti-suit* avec le règlement communautaire du 22 décembre 2000, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 373 n° 7.

124 L'invoque d'une clause d'arbitrage, et partant donc la volonté unilatérale d'une partie, aurait dès lors le rôle d'un for exorbitant permettant d'attirer une personne devant les juridictions arbitrales soumises au droit français même en l'absence de tout lien entre le litige et la France. Ainsi à l'image des articles 14 et 15 du Code civil, le fait d'invoquer l'existence au sein d'un rapport de droit d'une clause compromissoire permettrait de contraindre une partie à voir sa cause exclue de la compétence du juge normalement compétent sur la base des compétences ordinaires.

125 Il ne s'agit pas en l'occurrence de respecter la volonté commune des parties puisque par hypothèse elle fait débat mais d'une règle d'origine légale de procédure.

469. Alors qu'on rationalise les chefs de compétence, notamment sous l'impulsion de l'analyse économique de la justice, l'arbitrage suit le mouvement inverse, « *la place qu'occupe l'économie de la justice dans le traitement de ces clauses [d'arbitrage] revêt me semble-t-il une signification toute particulière, puisqu'il y va de la construction – et le concept est délibérément provocateur – du marché mondial des services judiciaires* »¹²⁶.

470. Le juge d'appui vient au soutien de la procédure d'arbitrage. En conséquence, la législation libérale en la matière, bien que « règle du commerce international », n'aurait pas vocation à s'appliquer si elle n'était pas sous-tendue par des chefs de compétence permissifs. Or, une fois désigné, le juge d'appui statue *lege fori*, ce qui n'a rien d'étonnant au regard des questions de procédure mais qui l'est plus au regard de la *lex contractus*. Selon la loi française, le juge d'appui fera donc une pleine et entière application du principe de compétence-compétence et du principe de validité. La compétence du juge d'appui français assure donc un recours quasi systématique à l'arbitrage puisque présumé valable selon le droit français applicable impérativement.

471. Plutôt que de rechercher une solution qui préserverait les intérêts des deux parties, une partie de la doctrine française semble acquise à celle revendiquant l'application de l'arbitrage. Dès lors, l'acharnement stratégique et la perte de temps ne sont envisagés qu'en sens unique. Or, nous ne souscrivons pas à cette pétition de principe et pensons par ailleurs que l'application du Règlement ne remet en cause ni l'aspect positif du principe, permettant à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence, ni l'aspect négatif du principe, entendu comme une permission légale en faveur du tribunal arbitral de ne pas surseoir à statuer. Dès lors, l'ouverture de deux fronts de procédure n'aurait pas d'incidence sur le déroulement de la procédure d'arbitrage, quand bien même cette situation n'est pas idéale. Certes, elle risque dans certains cas particuliers de perturber la procédure arbitrale, mais par hypothèse, quand cette question se pose n'est-ce pas déjà le cas ? La partie contestant la compétence aura tendance à nuire à ce bon déroulement et à l'exécution de la sentence. Dès lors, cette solution moins favorable à l'arbitrage dans certaines hypothèses, ne protège-t-elle pas l'institution dans sa généralité ?

472. Particulièrement, admettre que la clause d'arbitrage n'a pas d'incidence sur la compétence internationale des juridictions françaises ni sur l'application du règlement Bruxelles I permet d'asseoir les décisions françaises prises en la matière. L'effet négatif du principe de compétence-compétence, conçu pour protéger *in fine* les solutions françaises, n'aurait plus lieu d'être.

473. En effet, admettre que le droit d'accès à la justice prime sur l'arbitrage ne permet pas au juge du siège de ce dernier de protéger cette procédure efficacement contre une décision contraire d'une juridiction étatique saisie au fond du litige. De même, s'assurer de la volonté d'avoir recours à la justice arbitrale avant de renvoyer les parties devant l'arbitre permet de ne pas forcer à la conclusion du contrat d'arbitre la partie qui justement considère qu'il n'y a pas lieu à arbitrage. En conséquence, la doctrine craint que les parties aient tendance à choisir un siège extra-européen plus conciliant. Néanmoins, ce n'est pas le siège de l'arbitrage qui est à prendre en compte mais le for de l'État compétent à juger du litige. Que le siège de l'arbitrage soit intra ou extra-européen, le seul for pertinent sera celui compétent en application du

126 MUIR WATT (H.), La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, n° 18, Disponible sur le site internet de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_mme_muir_watt_9474.html?idprec=8586.

Règlement. Or, le Règlement s'applique dès lors que le litige est intégré, c'est-à-dire que les intérêts du litigant se situent en Europe. Hors compétence exclusive, le Règlement a vocation à s'appliquer dès lors que le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre, lieu où par hypothèse résident ses intérêts. Dès lors, l'arbitrage sera en toute hypothèse dénué d'intérêt si la sentence ne saurait être reconnue sur le territoire des États membres. En conséquence, cette solution ne nuit en rien à la compétitivité des centres d'arbitrage européens qui peuvent par ailleurs retenir leur compétence également lorsque le Règlement n'est pas applicable. La question n'est donc pas là. En outre, les centres d'arbitrage européens sont tous dans la dépendance d'États ayant ratifié la convention de New York de 1958. En conséquence, tous se sont engagés à appliquer la règle matérielle selon laquelle ils renverront les parties à l'arbitrage sauf nullité ou inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Dès lors, il n'est pas à craindre un excès de nationalisme juridictionnel de l'État compétent au fond du litige.

474. La proposition de la suppression de l'exclusion de l'arbitrage du règlement Bruxelles I a été fermement rejetée par la Délégation des Barreaux de France « *en désaccord avec la proposition de suppression (même partielle) de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement et considère qu'une telle proposition, loin d'améliorer l'interaction entre le Règlement et l'arbitrage, est inopportune* » considérant que « *l'arbitrage [est] adéquatement régulé au niveau international par la convention de New York [et qu'il] serait contre-productif et source de complications de vouloir y ajouter une réglementation supplémentaire au niveau communautaire* ». En effet, poursuit la Délégation des Barreaux de France, « *compte tenu de la concurrence accrue entre les différentes places d'arbitrage, il serait inopportun que l'Union européenne, en supprimant l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement, fasse fuir les opérateurs internationaux vers d'autres places (hors de l'Union européenne), qui offriraient un cadre réglementaire plus attractif et adapté* ».

475. Le principe de compétence-compétence, entendu comme une question de procédure, ne s'oppose pas à l'application des règles d'harmonisation des compétences étatiques. Mais quelles sont les conséquences de cette solution ? Doit-on craindre un affaiblissement de l'arbitrage par une remise en cause du principe de compétence-compétence ? Certains auteurs craignent que « *par sa décision [West Tankers], loin de montrer la voie vers une solution acceptable, la Cour encourage les parties de mauvaise foi, ou insatisfaites a posteriori du choix qu'elles ont fait d'un recours à l'arbitrage, de saisir l'un quelconque des tribunaux éventuellement compétents en vertu du Règlement 44/2001 afin d'éviter, le plus longtemps possible, de respecter la convention d'arbitrage et, partant, de harceler l'autre partie au litige. La Cour en appelle à nouveau à la fameuse « confiance mutuelle » qui existerait entre les États membres* »¹²⁷.

476. Selon notre analyse, retenir qu'il s'agit d'une question de répartition des compétences internes ne remet nullement en cause le principe de compétence-compétence dans son aspect positif, seul l'aspect négatif peut être affecté. En effet, le droit français ayant une conception minoritaire, si ce n'est marginalisée, de l'aspect négatif du principe de compétence-compétence, en conséquence, il est fort probable qu'une autre juridiction retiendra sa compétence en cas d'inexistence de la convention d'arbitrage ou du contrat principal, d'une absence d'acceptation de celle-ci par une partie n'étant pas contractante du contrat principal ou lors d'une impossibilité de mise en œuvre de la convention d'arbitrage.

127 KESSEDJIAN (C.), Arbitrage et droit européen : une désunion irrémédiable ?, D. 2009 p. 981.

477. En aucun cas à notre sens, cette solution ne favorise une partie de mauvaise foi en lui permettant de se soustraire à l'arbitrage. En effet, l'arbitre continuant à bénéficier de l'aspect positif du principe de compétence-compétence peut se prononcer valablement sur cette question et refuser de surseoir à statuer du fait d'une conception mesurée de l'effet négatif du principe. La partie ayant saisi la juridiction étatique pourra se voir renvoyée devant l'arbitre. Par ailleurs, afin de contrer toute action dilatoire, il faut et il suffit de prévoir des mécanismes correcteurs.

478. Si certains auteurs craignent que l'arbitrage soit atteint dans tous les cas, car en cas de renvoi des parties à l'arbitrage, l'intervention de la juridiction étatique serait une perte de temps et d'argent, rien n'empêche l'arbitre d'accepter sa saisine et de ne pas surseoir à statuer ni même de rendre une sentence par défaut. En conséquence, l'ouverture d'une procédure judiciaire n'entrave pas celle arbitrale et n'est donc pas une perte de temps. Quant à la perte d'argent ou le coût que pourrait occasionner une telle procédure, cet argument ne nous semble pas pertinent. En effet, la partie ayant recours à la juridiction étatique pourra se voir condamnée aux dépens, voire condamnée pour action abusive. De même, si le juge retient sa compétence mais que celle-ci n'est pas pertinente, rien n'oblige l'arbitre à se dessaisir. La seule considération que devra prendre en compte l'arbitre est celle de l'effectivité de sa sentence et de son bien-fondé. En effet, sa compétence pour juger du litige n'est-elle pas, *in fine*, fondée sur la volonté des parties ?

479. Finalement, ce qui est principalement en cause est la pertinence de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, le caractère délocalisé de l'arbitrage et l'absence de droit étatique applicable à la convention d'arbitrage. En France, l'arbitrage se voit revêtu d'un caractère délocalisé : l'arbitre n'aurait pas de for et serait en conséquence détaché de tout État. Mais, nonobstant ces règles matérielles françaises, l'investiture et la compétence arbitrale restent dépendantes de l'accueil dans les ordres étatiques, à savoir ceux qui auraient pu être saisis en l'absence de convention d'arbitrage.

En toute hypothèse, la justice étatique prévaut sur celle arbitrale et c'est au regard des règles de procédure étatique que l'arbitrage a force exécutoire. En droit français, cette prévalence est limitée au maximum et le contrôle n'intervient qu'au stade de la demande de reconnaissance ou d'exécution de la sentence par le biais de règles procédurales favorables. « *Il apparaît en définitive que les prérogatives des juridictions étatiques que l'arrêt [West Tankers] fait respecter face à une exception d'arbitrage appellent de leur part une attitude d'équilibre en matière d'appréciation de la validité des clauses. Cette attitude consiste certainement à décourager les manœuvres préjudiciables à l'arbitrage en général ; mais aussi bien pour les juges étatiques à ne pas perdre de vue que le principe de compétence-compétence s'applique également à eux* »¹²⁸. Évidemment, cette jurisprudence européenne combinée avec une position libérale de la Cour de cassation n'aura en France aucune incidence sur l'arbitrage lorsque la compétence des juridictions françaises est retenue simultanément à celle du siège de l'arbitrage soit en application du droit commun soit en application du règlement Bruxelles I. Mais, comme le relève Monsieur B. Audit, la Cour de cassation « *pourrait peut-être aussi [dans son appréciation de l'effet négatif du principe de compétence-compétence] faire preuve de modération dans l'effacement. Non seulement rien ne s'oppose, s'en tenant à la formule de la convention de New York, à ce que le juge français, lorsqu'il est saisi, recherche effectivement si une clause d'arbitrage opposée par le défendeur n'est pas « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée », ce qui présente en outre l'avantage de vider la question sans attendre qu'une sentence soit rendue* »¹²⁹.

128 AUDIT (B.), note concernant la décision de la CJUE du 10 fév. 2009 *West Tankers*, JDI n° 4/2009, 1281 n° 32.

129 AUDIT (B.), note concernant la décision de la CJCE du 10 fév. 2009 *West Tankers*, JDI n° 4/2009, 1281 n° 32.

480. Devant ces juridictions se pose la question du déni de justice sous l'angle de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Or, en l'état du droit positif français, la Cour de cassation adopte une vision extrême de l'effet négatif du principe de compétence-compétence en n'exerçant qu'un contrôle *prima facie* qu'il convient d'atténuer comme relevé précédemment. La convention d'arbitrage entraîne l'incompétence des juridictions étatiques de droit commun. En conséquence, lorsqu'elle est saisie d'un litige au fond, la juridiction française doit se dessaisir en application de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile, sauf exception. L'examen du juge reste fort sommaire puisqu'il se résume à un contrôle *prima facie*. Or, le contrôle *prima facie* est un contrôle *a minima* qui tend à se réduire à une peau de chagrin et à un renvoi systématique des parties à l'arbitrage. Aucune contestation ne semble admise dès lors qu'une exception d'arbitrage est soulevée. Mais, en tout état de cause, lorsque le déni de justice est invoqué, les juridictions françaises seront tenues de s'assurer de l'accès effectif au juge.

Le contrôle *in concreto* étant incompatible avec le caractère manifeste, le juge français sera tenu d'examiner cette contestation. Les compétences de droit commun des juridictions françaises au regard des litiges s'appliquent y compris lorsqu'une partie, une fois la juridiction étatique saisie, invoque l'existence d'une convention d'arbitrage. Les juridictions françaises ne peuvent être déclarées responsables du déni de justice que si et dans la mesure où elles étaient compétentes internationalement à juger du litige et que le refus par celles-ci d'y procéder est source de déni de justice. En matière de droit commun de la compétence juridictionnelle des tribunaux français, il est établi que ceux-ci n'auront à connaître de cette question que dans l'hypothèse où une partie saisit les tribunaux conformément aux règles du Code de procédure civile¹³⁰. À partir du moment où il s'agit d'un litige à caractère international, la répartition des compétences juridictionnelles entre États se pose avec pertinence, et ce, peu importe que la compétence arbitrale soit ou non invoquée. En effet, lorsque l'arbitrage se déroule normalement, c'est-à-dire sans intervention étatique, cette répartition reste virtuelle mais dès lors qu'une question nécessitant *l'imperium* se pose, la juridiction étatique doit intervenir. En réalité, l'arbitrage est délocalisé uniquement lorsque les parties sont d'accord sur son déroulement et acceptent la sentence.

* *
*

481. La non interférence d'une convention d'arbitrage sur la compétence internationale d'un État justifie également sa non interférence sur la mise en œuvre du règlement Bruxelles I. Qui plus est, l'application du règlement et le renvoi éventuel des parties devant la juridiction étatique saisie en application du règlement, se justifient par application du principe de coopération internationale et d'effectivité dudit règlement. Si l'allégation par une partie de l'existence d'une clause compromissoire devait suffire à priver cet instrument d'application, alors le règlement Bruxelles I serait privé de tout effet utile. Cette applicabilité du règlement nonobstant la convention d'arbitrage ne remet pas en cause la compétitivité des centres d'arbitrage européens qui n'auraient pas non plus à souffrir d'une vision plus atténuée de l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

* *
*

130 Article 42 et suivant du Code de procédure civile.

482. La CJUE a consacré par l'arrêt *West Tankers* la non interférence d'une convention d'arbitrage avec l'application du règlement Bruxelles I. De ce fait, cette décision met en évidence que l'arbitrage est une question de procédure interne qui n'interfère pas avec la compétence internationale d'un État. L'État internationalement compétent détermine dans quelle mesure des parties peuvent recourir à la procédure d'arbitrage en lieu et place de celle étatique. Cette décision ne remet pas en cause la compétitivité des centres d'arbitrage européens dans la mesure où elle assure une unification du contentieux de la compétence relative à l'arbitrage. De même, un effet négatif plus mesuré apparaît alors opportun. En effet, la radicalisation de cet effet négatif est la conséquence de la conception délocalisée de l'arbitrage. Si l'arbitrage est rattaché à un for internationalement compétent, il n'est plus besoin d'en radicaliser l'application.

Conclusion de la section 1

483. « Il est possible d'imaginer un monde idéal dans lequel le pays ou le lieu où se déroule un arbitrage donné ne ferait aucune différence entre les principes juridiques appliqués ou la procédure suivie. Dans ce monde, le tribunal arbitral serait guidé par l'accord des parties ou, en l'absence d'un tel accord, par son propre jugement [...] Le but des conventions internationales [...] est de se diriger vers ce monde idéal, mais la route est encore longue »¹³¹. Nonobstant la position doctrinale et jurisprudentielle française, l'arbitrage n'est pas « a-national » ni « délocalisé ». Il est multi-localisé à l'image du litige sur lequel il porte.

Dès lors, il est rattaché à différents ordres juridiques et fait naître un conflit de juridictions, somme toute classique. Certes, lorsque l'arbitrage se déroule sans encombre, ce conflit de juridictions reste virtuel. Néanmoins, dès lors qu'un problème intervient dans la mise en œuvre ou le déroulement d'une procédure d'arbitrage, la procédure d'arbitrage doit être relocalisée pour bénéficier du support étatique. En conséquence, l'arbitrage international n'est qu'une question de procédure interne. Chaque État est donc libre de définir les modalités pour y avoir recours même si la convention de New York de 1958 unifie les règles à cet égard.

Dans le cadre européen, la compétence en matière de procédure arbitrale présuppose une compétence internationale préalable qui est valablement déterminée en application du règlement Bruxelles I, et en dehors, selon les compétences de droit commun du for saisi. Dès lors, l'État responsable du déni de justice est le for internationalement compétent. C'est sur lui que pèse l'obligation positive d'assurer l'accès à la justice arbitrale ou, à défaut, étatique. Cette solution ne remet pas en cause les « *intérêts économiques cruciaux* » puisque par hypothèse, en l'absence de compétence étatique, l'arbitrage ne saurait avoir lieu. De plus, si l'arbitrage se doit d'être préservé c'est à la condition nécessaire de son effectivité. Or, c'est à l'État internationalement compétent de s'assurer que le recours à l'arbitrage ne remet pas en cause le principe d'accès effectif au juge. Il ne s'agit donc pas d'une « *torpille anti-arbitrale* ».

131 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 64.

Section 2 : Dissociation des compétences internationales en droit français et déni de justice secondaire

484. Dans le cadre du déni de justice économique, le problème de l'arbitrage international au regard des conflits de juridictions est spécifique puisque différents chefs de compétence peuvent être retenus. En matière d'arbitrage français, la compétence internationale se dédouble. En effet, il existe une dissociation entre les compétences internationales fondées sur l'objet du litige et celles fondées sur ce qui a trait à la procédure d'arbitrage en elle-même, qui semblent exclusives les unes des autres. Or, les compétences fondées sur la procédure sont exclues du règlement Bruxelles I. De ce fait, un juge d'appui peut être compétent au regard de la convention d'arbitrage mais l'ordre juridique concerné peut lui dénier toute compétence au regard de l'objet du litige. Le problème provient du fait que le for du juge d'appui et celui compétent à juger du litige peuvent être différents et que le siège de l'arbitrage n'est pas conçu comme ayant une valeur significative.

485. Les motifs de choix des chefs de compétence internationale diffèrent fortement : au regard de l'objet du litige la compétence est fondée sur une volonté de rationalisation et de bonne justice, alors qu'en matière de procédure d'arbitrage, elle est liée soit à la volonté de développer des centres d'arbitrage locaux, soit au caractère neutre du for en question, soit au choix d'un ordre juridique ayant des centres d'arbitrages développés et efficaces. Il résulte qu'un ordre juridique peut être compétent à juger du fond du litige et/ ou de la procédure d'arbitrage ou d'aucune de ces deux questions.

Alors que les compétences fondées sur l'objet du litige sont dans le cadre européen harmonisées, les compétences en matière de procédure d'arbitrage ne font l'objet d'aucune harmonisation au niveau européen et *a fortiori* au niveau international. La convention de New York de 1958 ne traite pas de cette question et le règlement Bruxelles I est considérée comme excluant tout litige ayant un rapport avec la procédure d'arbitrage. Chaque État est donc libre de définir les cas de compétence des juges du for en matière de procédure d'arbitrage, sachant que la compétence du juge d'appui entraîne une application systématique des règles de procédure du for.

486. Au regard d'un problème de constitution du tribunal arbitral, cette dissociation des compétences engendre une situation pathologique due à la reconnaissance et l'harmonisation des décisions en matière de validité ou d'applicabilité de la convention d'arbitrage. Il convient dans un premier temps d'envisager la compétence fondée sur la procédure d'arbitrage et le problème de la reconnaissance de la décision du juge d'appui constatant cette inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Le devenir de cette décision pose le problème d'un déni de justice secondaire du fait d'une absence de reconnaissance (§1).

Néanmoins, lorsque la volonté d'avoir recours à l'arbitrage est établie, il convient d'analyser si le choix du siège de l'arbitrage ne pourrait pas être considéré comme un choix plus large de juridiction emportant la compétence internationale d'un seul et même ordre juridique pour tout le litige, qu'il y ait ou non procédure d'arbitrage. Dès lors, il n'existerait plus de dissociation de compétence puisque soit l'indication du siège renverrait à la compétence globale d'un seul ordre juridique au nom de la volonté des parties, soit en l'absence de décision relative au siège, l'État compétent au regard du litige serait le/les même(s) qu'au regard de la procédure d'arbitrage que cette compétence résulte d'un choix ou non de juridiction (§2). Cette solution aurait l'avantage de déterminer de manière fixe l'État responsable d'un déni de justice économique mais également de prévoir la compétence étatique sans nécessairement inclure la question de la procédure d'arbitrage au sein du règlement Bruxelles I, instrument d'harmonisation des compétences étatiques.

§1- De la compétence fondée sur la procédure et du déni de justice secondaire à la charge du for du juge d'appui

487. En matière d'arbitrage international, la compétence juridictionnelle française est souvent envisagée uniquement au sujet des compétences du juge d'appui puisque l'arbitrage étant fictivement dit délocalisé, il n'existerait aucune compétence à juger au fond. En effet, cette analyse est logique puisque la convention d'arbitrage est considérée comme exclusive de toute réflexion sur la compétence internationale étatique du fait du caractère délocalisé de l'arbitrage, analysé comme une justice autonome. Mais, comme étudié précédemment, l'arbitrage ne dénie pas toute compétence internationale à l'État alors seul responsable du déni de justice arbitrale et étatique. Cela étant dit, il est possible et même courant que le siège de l'arbitrage soit établi dans un pays n'ayant pas de compétence internationale à juger du litige au fond. Ce for est alors compétent uniquement au regard de la procédure d'arbitrage elle-même (A). Tel est le cas des chefs de compétence permettant la saisine du juge d'appui.

En cas de déni de justice, le problème que fait naître cette dissociation des compétences est lié à la reconnaissance de la décision du juge d'appui dès lors que l'ordre juridique ne retient pas sa compétence à juger au fond de l'affaire. En effet, en l'absence de toute règle d'harmonisation et de reconnaissance, l'ordre juridique saisi sur le fondement de la procédure d'arbitrage risque de devoir se reconnaître compétent pour juger du fond du litige sur le fondement d'un déni de justice secondaire (B).

A- Compétence fondée sur la procédure d'arbitrage et compétence au fond, principe de dissociation et articulation

488. En France comme ailleurs, il convient de distinguer les chefs de compétence internationale fondés sur l'objet du litige de ceux fondés sur la procédure arbitrale¹³². En effet, dans les deux hypothèses, les juridictions françaises peuvent être saisies de la question du déni de justice économique. La dissociation apparaît alors. Il convient donc d'apprécier les chefs de compétence du juge d'appui et l'opportunité de la dissociation des chefs de compétence ainsi retenus.

Lorsque les juridictions étatiques sont saisies sur le fondement du droit commun, c'est-à-dire en fonction de l'objet du litige, une partie peut soulever l'exception d'arbitrage et une autre invoquer le déni de justice économique. Si l'inapplicabilité de la clause est constatée, cette juridiction retiendra donc naturellement sa compétence à juger au fond du litige.

Une partie peut saisir directement le juge d'appui. Sa compétence n'est pas fondée sur l'objet du litige mais sur la procédure arbitrale elle-même. Concernant le contentieux ayant directement trait à la mise en œuvre de l'arbitrage, le juge d'appui joue donc un rôle prépondérant. Il assiste la procédure d'arbitrage et participe ainsi à sa mise en œuvre et à son

¹³² L'arbitrage est un mode juridictionnel de résolution des litiges. Il a donc une composante tant processuelle que contractuelle. Or, la convention d'arbitrage est liée au contrat de base, bien qu'autonome. Dès lors, les chefs de compétence fondés sur les contrats, convention d'arbitrage et contrat principale, peuvent être différents de ceux fondés sur la procédure. L'arbitrage est une question de procédure interne, un choix dans le mode de résolution des litiges. Son recours est donc admis dans les conditions et limites du (ou des) for internationalement compétent(s). Cette dichotomie est mélangée en droit français au point qu'il est difficile de faire le partage entre les règles relevant de chacun de ces deux aspects d'autant que tout raisonnement conflictualiste est nié au regard de la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage est soumise à une application systématique des règles matérielles française sans détour par la méthode bilatérale ou la volonté des parties et ces règles s'imposent avec la saisine du juge français qu'il le soit sur le fondement du litige ou de la procédure. Pour une étude sur le rôle et la fonction du juge d'appui V. HASCHER (D.), Le juge d'appui, in CADIET (L.), CLAY (TH.), JEULAND (E.), *Médiation et arbitrage, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Procédure, Litec, 2005 p. 243 spéc. n° 361 ; DIMOLITSA (A.), Le juge d'appui en droit grec, in CLAY (TH.), JEULAND (E.), *Médiation et arbitrage, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Procédure, Litec, 2005 p. 383.

bon déroulement. Sa mission est d'éviter, autant que faire se peut, la paralysie de la procédure arbitrale. Dès lors, lorsque le juge d'appui constate l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage du fait d'un déni de justice économique, la compétence internationale des juridictions françaises paraît inadaptée si elle n'a pas pour support une compétence internationale au regard de l'objet du litige ou qu'elle a été élue comme telle par les parties.

489. Seule la compétence du juge d'appui en matière internationale sera étudiée en parallèle à celle fondée sur l'objet du litige¹³³. Ces compétences reconnues en matière d'arbitrage ont pour but évident de développer les centres d'arbitrage français sans considération de la pertinence de cette compétence au regard du litige devant les juridictions étatiques. Cette solution est opportune dès lors qu'il s'agit d'application d'une règle de procédure et d'une volonté d'avoir recours en cas de besoin à une juridiction neutre au regard des parties et du litige.

En matière internationale, la compétence en matière d'aide à la constitution du tribunal arbitral revient en France au juge d'appui prise en la personne du Président du tribunal de grande instance de Paris qui statue comme en matière de référé¹³⁴. Avec le décret en date du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, la compétence du juge d'appui au soutien de la procédure arbitrale est confortée dès lors que l'arbitrage se déroule en France ou que la procédure est soumise à la loi française (1). Par ailleurs, le décret ajoute deux nouveaux chefs de compétence du juge d'appui : d'une part, l'hypothèse où les parties ont choisi expressément la compétence des tribunaux français au regard des litiges relatifs à la procédure arbitrale, et d'autre part, prenant acte de l'arrêt *NIOC*, en cas de déni de justice (2).

1)- Compétence internationale fondée sur le siège de l'arbitrage et loi de la procédure

490. La compétence internationale du juge d'appui est ainsi différente de celle des juridictions jugeant du fond de l'affaire. Elle n'est pas fondée sur l'objet du litige mais sur la procédure arbitrale elle-même soit sur le siège de l'arbitrage soit sur la procédure qui lui est applicable. Le juge d'appui se voit reconnaître des chefs de compétence spécifiques. L'article 1493 alinéa 2 anc. du Code de procédure civile énumère deux conditions : la procédure se déroule en France (i) ou la loi française est compétente au regard de la procédure (ii).

a)- Siège de l'arbitrage comme chef de compétence internationale

491. En principe, le juge d'appui a une compétence fixée en fonction du siège de l'arbitrage. Cette compétence est largement reconnue en droit comparé¹³⁵. Elle paraît fondée en ce qu'il existe un lien fort entre cette compétence et le siège de l'arbitrage. Ainsi, l'objet du litige étant d'ordre procédural, elle participe *a priori* à la bonne administration de la justice.

133 Il convient de séparer différentes questions, d'une part celle de la compétence internationale des juridictions et d'autre part celle de l'organisation au sein d'un ordre juridique donné de la procédure d'arbitrage qui comprend des règles de fond, des règles de procédure et des règles de compétence internationale.

134 C. Cass. Civ. 2ème, 13 juin 2002, *Prodim*, n° 00-19.458, Bull. civ. II, n° 130, D. 2002.2439, note I. Najjar ; *Rev. Arb.* 2002.679.

135 FOUCHARD (Ph.), Tribunal arbitral. Constitution du tribunal arbitral. Droit commun, *Jurisclasseur Arbitrage commercial international*, Fasc. 1066-1 n° 56 et s. ; Pour une étude sur des chefs de compétence internationale du juge d'appui V. Hascher (D.), Le juge d'appui, in CADIEU (L.), CLAY (Th.), JEULAND (E.), *Médiation et arbitrage, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Procédure, Litec, 2005 p. 243 spéc. n° 348 et s. : l'auteur note que le siège de l'arbitrage est un chef de compétence courant en droit comparé qu'il considère admis dans « tous les pays » ; A propos du siège de l'arbitrage comme élément de localisation : V. CLAY (Th.), Le siège de l'arbitrage international entre « *ordem* » et « *progresso* », *Gaz. Pal.*, 02 juillet 2008 n° 184, p. 20 : Selon l'auteur, « si le progrès n'est possible qu'avec de l'ordre, l'ordre ne sert à rien sans le progrès ? Et la maxime se vérifie encore pour l'arbitrage international à propos du siège du tribunal arbitral. A l'« ordre » proposé, recherché, défendu par les tenants d'une conception localisatrice de l'arbitrage, il convient de répondre par l'évolution, l'amélioration, le projet, bref, par le « progrès ». L'arbitrage évolue entre ordre et progrès, c'est-à-dire que si le siège est un facteur d'ordre, un nouvel ordre doit être proposé en ce qu'il constitue le progrès (n°8) ».

Cela étant, un certain nombre de convention d'arbitrage ne contiennent pas de précision sur le siège de l'arbitrage. Ce critère devient en ce cas inefficace sauf à admettre soit que la saisine des juridictions au fond constitue un choix de juridiction soit d'admettre qu'à défaut de précision sur ce point, le centre d'arbitrage désigné pourrait se substituer aux parties.

492. La première hypothèse, c'est-à-dire en l'absence de précision du siège de l'arbitrage, la transposition des règles de compétence de droit commun au juge d'appui, ne nous semble pas déraisonnable mais n'est pas consacrée en droit positif français, qui prône la délocalisation de l'arbitrage. Reste donc éventuellement la possibilité pour le centre d'arbitrage désigné, s'il est désigné, de se substituer aux parties dans ce choix. En effet, en désignant le centre d'arbitrage, les parties auraient donné pouvoir à celui-ci d'établir le siège de l'arbitrage en leur lieu et place. Cette solution ne nous paraît pas opportune car elle permet de manière indirecte au centre d'arbitrage de choisir la juridiction étatique compétente et donc la loi applicable. Ce choix sera de la plus haute importance pour les parties. Or, le premier critère a l'avantage d'être objectif et non arbitraire.

b)- Chefs de compétence internationale alternatifs : loi applicable à la procédure d'arbitrage

493. En droit comparé, le chef de compétence fondé sur le siège de l'arbitrage est souvent complété par des chefs de compétence alternatifs. En France, le second chef de compétence est la loi applicable à la procédure. Dès lors que la loi française a vocation à régir la procédure d'arbitrage, la compétence du juge d'appui sera confirmée. Ce dernier chef de compétence est surprenant puisqu'un choix de loi équivaut alors aux yeux du législateur français à un choix de juridiction. En fait, ce choix de loi permet de localiser l'arbitrage sur le territoire français et est donc favorable au développement des centres locaux.

494. Cette compétence prête donc plus à discussion en ce que, mise sur un pied d'égalité avec la première, elle peut être source de conflit positif de compétence¹³⁶. Il serait préférable de lui faire revêtir un caractère subsidiaire : le choix de loi applicable à la procédure ne devenant un élément de localisation qu'à l'exclusion d'indication du siège de l'arbitrage par les parties ou de choix de juridiction explicite. On pourrait imaginer, à l'instar du droit grec, d'admettre ce chef de compétence à titre subsidiaire lorsque le siège de l'arbitrage demeure inconnu¹³⁷. En droit français cependant, ce chef de compétence est alternatif et non subsidiaire.

495. Il serait souhaitable qu'il y ait une harmonisation dans le cadre européen des compétences étatiques en matière de procédure d'arbitrage. Cette harmonisation, favorable à une plus forte sécurité juridique, est de nature à favoriser le développement de l'arbitrage en Europe.

* *
*

136 Concernant le rattachement de l'arbitrage en fonction de la loi de la procédure choisie V. POUURET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002 p. 127 qui précise que ce chef est admis uniquement en France et qu'il est la cause de « fâcheux conflits de juridictions ».

137 HASCHER (D.), Le juge d'appui, in CADIET (L.), CLAY (Th.), JEULAND (E.), *Médiation et arbitrage, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Procédure, Litec, 2005 p. 243.

496. Assurer la compétence du juge d'appui permet une application du droit procédural français en matière d'arbitrage, droit venant au soutien de la procédure d'arbitrage et de son bon déroulement. Il paraît donc raisonnable de fonder la compétence du juge d'appui de manière à assurer l'effectivité de la procédure d'arbitrage et son bon fonctionnement, c'est-à-dire la résolution définitive d'un litige opposant les parties. Doivent également être pris en compte les intérêts du commerce international et la protection des centres d'arbitrage locaux. La compétence fondée sur le siège de l'arbitrage semble correspondre à cet impératif, et dans une moindre mesure celle fondée sur la loi de la procédure, à condition d'être subsidiaire et non alternative.

La compétence du juge d'appui n'est pas liée à l'objet du litige ni aux parties à la différence des compétences internationales des juridictions étatiques, la rationalité de cette compétence est à rechercher dans la volonté de développer les centres d'arbitrage locaux. Dans l'ensemble, ces chefs de compétence du juge d'appui sont économiquement rationnels dans la mesure où ils visent à rendre attractifs les centres d'arbitrage français. *« Ainsi, le premier facteur de rapprochement du modèle Damman/Hansmann est la libre disponibilité sur le territoire du for d'un service d'arbitrage international, elle-même largement favorisée encore une fois par la jurisprudence de la Cour de cassation. Tant du point de vue de l'investiture de l'arbitre que de la circulation des sentences, la justice privée est traitée, au moyen d'une fiction puissante dont Sylvain Bollée a parfaitement démontré les ressorts, comme un véritable service juridictionnel délocalisé. [...] Il faut donc être à la fois armé pour participer à la compétition qu'elle implique, et prêt à poser des limites intelligibles à la logique marchande »*¹³⁸.

Faute de réflexion sur la localisation de l'arbitrage, au contraire des droits étrangers, il n'existe pas en droit français de compétence du juge d'appui fondée sur une extension des règles de compétence internationale applicables à défaut de convention d'arbitrage. Cette lacune est fort étrange puisqu'à ce stade, rien n'indique qu'une clause existe et soit valable au regard du litige et/ou des parties. Mais surtout, cette compétence serait favorable au développement des centres d'arbitrage français en l'absence de siège choisi par les parties. Il faudrait donc admettre que les juridictions de droit commun puissent être également saisies sur le fondement des compétences internationales. Néanmoins, le sacro-saint principe de délocalisation de l'arbitrage semble s'y opposer et se retourne donc contre le développement des centres d'arbitrage français.

2)- Les nouveaux chefs de compétence introduit par le décret de 2011

497. Deux chefs de compétence ont été introduits par le décret de 2011¹³⁹ : le premier est une extension d'une solution admise en matière d'arbitrage interne, à savoir le choix de juridiction spécifique au juge d'appui (a), le second consacre la jurisprudence *NIOC* de la Cour de cassation, c'est-à-dire, le risque de déni de justice arbitrale (b).

a)- Compétence fondée sur la volonté des parties

498. Il est possible d'admettre la compétence du juge d'appui fondée sur une clause d'élection de for. Les parties seraient ainsi libres de choisir quel tribunal est compétent pour soutenir la procédure d'arbitrage. Cependant, en matière internationale, cette clause d'élection

138 MUIR WATT (H.), La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, n° 29, Disponible sur le site internet de la Cour de cassation :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_mme_muir_watt_9474.html?idprec=8586.

139 BOLLEE (S.), Le droit français de l'arbitrage après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, *Rev. Crit. DIP* 2011 p. 553 n°7 et s.

de for du juge d'appui ne peut avoir pour objet de destituer de sa compétence le tribunal de grande instance de Paris¹⁴⁰. Cette solution était déjà consacrée en matière d'arbitrage interne à l'article 1457 alinéa 3 anc. du Code de procédure civile. Elle a été introduite par le décret au regard de l'arbitrage international.

499. Dès lors, peu importe la loi applicable à la procédure ou le siège de l'arbitrage, une compétence spécifique pour tout ce qui a trait à la mise en œuvre et le bon déroulement de la procédure d'arbitrage peut faire l'objet d'une clause de juridiction. Or, cette extension à l'ordre international ne nous paraît pas opportune à moins que cette compétence corresponde en outre au siège de l'arbitrage. En effet, l'arbitrage étant une question procédurale, la dissociation entre le siège de l'arbitrage et le for du juge d'appui apparaît source de complication pratique inutile. Le juge français pourra difficilement contraindre les parties à participer à un arbitrage ayant son siège en Allemagne si le droit allemand avait une autre position. Si le choix de juridiction paraît opportun en tant que tel, il nécessite donc une coordination avec le siège de la procédure d'arbitrage.

b)- Compétence fondée sur le déni de justice

500. Il est admis en droit français que le juge d'appui puisse retenir sa compétence en tant que for de nécessité dans le cas d'un déni de justice arbitrale c'est-à-dire en cas d'indisponibilité d'un juge d'appui. L'opposabilité du droit au juge n'est pas inconditionnelle, il convient donc d'en fixer les conditions. Le chef de déni de justice peut justifier la compétence internationale du juge d'appui et vise alors la possibilité de mettre en œuvre la convention d'arbitrage elle-même c'est-à-dire la possibilité de voir se former et s'exécuter le contrat d'arbitre.

L'adjonction par la réforme de 2011 de ce nouveau chef de compétence du juge d'appui renforce selon certains « *l'idée en vertu de laquelle le droit de l'arbitrage international français est ouvert sur l'étranger et a une vocation universelle. L'intégration de l'hypothèse de déni de justice consolide l'un des plus grands arrêts de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, l'arrêt NIOC, lequel a reconnu la compétence du juge étatique en tant que juge d'appui de la procédure arbitrale dès lors que les parties étaient confrontées à un risque de déni de justice. Dans le prolongement de la jurisprudence Putrabali, qui consacre l'autonomie du droit de l'arbitrage international français par rapport aux autres droits nationaux, le décret n'oblige pas, pour que la compétence du juge français soit constituée en cas de risque de déni de justice, que le litige présente un quelconque lien de rattachement avec la France* »¹⁴¹.

Le déni de justice reste cependant envisagé comme un déni de justice arbitrale et non dans son sens global impliquant une impossibilité générale d'accès au juge étatique ou arbitral. Il emporte la compétence du juge d'appui en tant que juge de la procédure non du juge français en tant que juge du fond.

501. Les juges d'appui français n'ayant pas vocation à régir les dénis de justice du monde entier, la seule constatation d'un déni de justice ne saurait fonder leur compétence¹⁴². Il

140 V. C. Cass. Civ. 1, 7 mars 2000, *Rev. Arb.* 2000.447 note A. Lacabarats ; *RTD com.*, 2000 p. 345 note E. Loquin ; V. DE FONTMICHÉL (A.), La décision du « juge d'appui » contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage international, *Gaz. Pal. Spéc. Arb.* n° 2008/1 28-29 mars 2008 p.21 : qui analyse le cas de dérogation contractuelle à la compétence du TGI par le choix d'une autorité judiciaire ou non. En cas de désignation d'un centre d'arbitrage comme juge d'appui, l'auteur conclut à la nature purement contractuelle des décisions. Pour la désignation d'un juge étatique, l'auteur n'envisage que celle d'un juge du for internationalement compétent.

141 GAILLARD (E.), DE LAPASSE (P.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, D. 2011 p. 175 n° 37.

142 V. en ce sens : FOUCHARD (Ph.), Tribunal arbitral. Constitution du tribunal arbitral. Droit commun, *Jurisclasseur Arbitrage commercial international*, Fasc. 1066-1 n° 57 et s.

convient d'exiger en outre une certaine attache avec la France. Le déni de justice reste donc, y compris en matière d'arbitrage international, un chef de compétence subsidiaire général mais circonscrit. La compétence du juge d'appui est clairement définie et il semble difficile d'admettre, à la différence du droit américain¹⁴³, la compétence universelle des tribunaux dès lors qu'une liberté fondamentale serait atteinte, fût-elle le droit au juge.

La France n'a pas à connaître de l'ensemble des instances en matière d'arbitrage où le problème d'impécuniosité d'une partie se pose. En effet, il ne sera pas rationnel ni de bonne justice d'admettre une compétence aussi élargie. En conséquence, en droit français, un lien est exigé pour que les juridictions françaises puissent se reconnaître compétentes sur le fondement du déni de justice arbitrale. Néanmoins, l'intensité de ce lien fluctue en fonction de la jurisprudence et en application de la jurisprudence *NIOC*, le juge d'appui pourra se déclarer fréquemment compétent. Peut-on considérer qu'en l'absence de compétence fondée sur le droit commun, le choix du siège ou de la loi constituerait un lien suffisant pour admettre la compétence au fond des juridictions françaises ? Une ouverture plus large risquerait de faire de la France un paradis du *forum shopping* en matière d'arbitrage boiteux, dégénérant en un abus de compétence internationale violant en tant que tel le droit au procès équitable. Le problème de détermination des critères justes et équitables se pose donc avec acuité. Le droit de l'arbitrage international français n'a pas vocation à régir l'ensemble des arbitrages internationaux.

502. Il va de soi que la question de l'impécuniosité d'une partie source de déni de justice doit être constatée par le juge d'appui qui peut être lui-même saisi sur le fondement du déni de justice. Cette constatation n'implique cependant pas la compétence internationale au fond des juridictions françaises pour juger du litige. Dès lors, le déni de justice fondé sur l'indisponibilité d'un juge d'appui va par la suite créer une situation de déni de justice secondaire dans l'hypothèse où le juge d'appui n'arriverait pas à la constitution du tribunal arbitral.

503. Les chefs de compétence internationale sont de deux ordres : d'une part, ceux relatifs à l'arbitrage en tant que question principale et qui se fondent sur la procédure, lieu ou droit applicable, soit, d'autre part, lorsque l'arbitrage est traité de manière secondaire, les chefs de compétence de droit commun ont vocation à s'appliquer. Lorsque la question du déni de justice économique se pose, il convient donc de se demander quelle juridiction a vocation à en connaître et en application de quel droit, puis dans un second temps quelle juridiction doit se reconnaître compétente pour juger de l'affaire au fond. Lorsque le juge d'appui constate l'échec de sa mission à savoir l'aide à la constitution du tribunal arbitral, quelle sera la juridiction compétente à juger au fond du droit ? En admettant que la juridiction internationalement compétente refuse sa saisine, les juridictions du for doivent-elles se reconnaître compétentes au titre d'un second déni de justice ? La solution paraît s'imposer, cependant, la justice a un coût et les juridictions françaises n'ont pas en principe vocation à juger des litiges du monde entier y compris lorsqu'un déni de justice est invoqué. Or, il se peut que le litige soumis au juge d'appui n'ait d'autre point de contact que la procédure d'arbitrage elle-même.

504. Le juge saisi doit regarder si la saisine d'un tribunal arbitral est ou non possible. Lorsqu'il conclut par la négative, une question reste : le demandeur doit-il en outre apporter la

143 V. pour une présentation du droit américain : Robert Connan, Les dispositifs de médiation et d'arbitrage aux États-Unis, L'arbitrage des conflits commerciaux en France et aux États-Unis, *Petites affiches*, 13 décembre 2007 n° 249, P. 21 : qui précise que chaque État américain a un droit spécial relatif à l'arbitrage qui s'uniformise sous l'influence de l'*Uniform Arbitration Act* (V. *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* : <http://www.nccusl.org>). Il s'agit d'un texte supplétif de volonté que les parties peuvent écarter au bénéfice des lois fédérales. V. également : le site de l'*American Arbitration Association* : <http://www.adr.org>).

preuve qu'aucune autre juridiction étatique n'accepte de retenir sa compétence selon les règles ordinaires ? Tel devrait logiquement être le cas si le juge saisi de cette question n'est pas le juge normalement compétent en l'absence de convention d'arbitrage. Mais, si le juge est saisi conformément au droit commun du for ou en application du règlement Bruxelles I, la seule constatation d'une impossibilité de saisine des arbitres devrait en principe suffire. Le problème d'une dissociation des compétences est donc essentiellement dû à la coordination des décisions pouvant être prise. Il convient de déterminer l'autorité de cette décision et la coordination entre celle du juge d'appui et celle prise par la juridiction internationalement compétente.

505. La dissociation des compétences entre les chefs fondés sur la procédure et ceux fondés sur le litige pose inéluctablement le problème des conflits de décisions et de leur autorité car, en dehors du juge d'appui, rien n'empêche de saisir une juridiction sur ces chefs de compétence. Il importe donc de définir strictement le pouvoir respectif de chaque juridiction : le juge d'appui peut-il se déclarer compétent alors même qu'une juridiction internationalement compétente a dénié toute valeur à la convention d'arbitrage ?

En outre, et peu importe le chef ayant fondé la compétence du juge d'appui, une fois l'inapplicabilité de la clause constatée, reste à déterminer les juridictions étatiques compétentes. En d'autres termes, en cas d'impossibilité de constitution du tribunal arbitral, il faudrait se référer aux compétences ordinaires en matière internationale, puis dans un second temps, si celles-ci ne désignent pas un for identique à celui du juge d'appui, il conviendrait de vérifier si sa décision risque d'aboutir à un déni de justice secondaire et déterminer les conditions pour retenir la compétence des juridictions françaises sur le chef de compétence du déni de justice.

506. Le problème du droit français est l'absence de transposition des compétences ordinaires en matière de procédure d'arbitrage si bien que les coïncidences entre compétence au fond et au regard de la procédure ne seront que fortuites. Alors qu'il serait raisonnable de retenir cette transposition, le droit français se cantonne à une liste définie et limitative. Le problème résultant de cette absence de transposition est essentiellement celui de la compétence des juridictions françaises à juger au fond du litige.

En effet, par-delà la transposition simple de la jurisprudence en matière de compétence des juridictions françaises en cas de déni de justice, la question centrale reste celle de savoir si le choix de compétence du juge d'appui équivaut ou non à un choix de compétence de l'ordre juridictionnel dans son ensemble en considérant que cette compétence s'étend au contrat ou, à l'inverse que ce choix ne concerne que la procédure arbitrale et ne relève pas d'un choix de juridiction au regard du contrat.

Dans la première hypothèse, une fois constatée la situation d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, les juridictions françaises seraient compétentes, non sur la base des compétences ordinaires, mais sur la volonté des parties. Cette solution aurait pour elle l'avantage de la simplicité mais pourrait d'une part ne pas correspondre à la volonté explicite ou implicite des parties et pourrait désigner un for inadapté pour régir le litige au fond, particulièrement si la compétence du juge d'appui est fondée sur l'application de la loi française relative à l'arbitrage international.

La seconde hypothèse implique de faire une stricte dissociation entre la compétence en matière procédurale et celle au fond du litige. Elle se heurte à un problème majeur de reconnaissance de la décision du juge d'appui et donc à la création d'un déni de justice second, à savoir cette fois un déni de justice provenant du juge étatique et non de la procédure arbitrale. Certes, en ce cas, la juridiction du for du juge d'appui pourrait maintenir sa compétence sur le chef de compétence du déni de justice de droit commun. Fort de la décision

du juge d'appui, les litigants pourraient donc saisir les juridictions étatiques du for sur le fondement du déni de justice.

* *
*

507. Le juge d'appui est compétent en France comme ailleurs en fonction du siège de l'arbitrage. Ce chef de compétence est traditionnellement admis dans la majorité des droits. Il l'est également en cas de clause de juridiction et de déni de justice arbitrale. Sur ce second chef de compétence, on peut conclure qu'il devra jouer en application de la jurisprudence *NIOC*, c'est-à-dire d'une part lorsque le tribunal arbitral ne peut être constitué et d'autre part, lorsqu'aucune juridiction normalement compétente n'intervient soit pour juger au fond soit au soutien de l'arbitrage. Le droit français a deux particularités, d'une part, il est apparemment le seul à retenir comme chef de compétence internationale du juge d'appui le choix de loi applicable à la procédure et, d'autre part, il est l'un des seuls à refuser toute transposition des compétences internationales en matière d'arbitrage du fait de sa conception « *délocalisée* ». Cette particularité du droit français est source d'éventuels conflits de juridictions et de décisions.

B- Conséquence d'une absence d'harmonisation des compétences internationales en matière de procédure d'arbitrage

508. Les chefs de compétence internationale du juge d'appui ont une rationalité propre. Alors que le constat d'un déni de justice économique impose dans un second temps de retenir la compétence des juridictions françaises saisies sur le fondement du droit commun, le constat du déni de justice par le juge d'appui impose de s'interroger sur la compétence internationale des juridictions françaises à juger du litige. Lorsque celle-ci ne saurait être retenue sur le fondement du droit commun ou du règlement Bruxelles I, la question de l'effectivité de la décision du juge d'appui se pose avec acuité, au point qu'il est possible d'envisager de retenir la compétence internationale à juger du fond de l'affaire des juridictions françaises, compétence fondée sur le risque de déni de justice, ce qui ne va pas sans poser de problème sur le devenir de cette décision notamment dans le cadre européen.

En effet, en application du droit français, lorsque le juge constate l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, il n'est pas évident que cette juridiction soit compétente pour juger du litige au fond. Dès lors, retenir cette compétence ne correspond pas nécessairement à une bonne administration de la justice ni à la volonté des parties. L'absence de reconnaissance de la décision du juge d'appui peut aboutir à un déni de justice secondaire impliquant une reconnaissance de la juridiction saisie à juger également du litige. Reste à qualifier la décision du juge d'appui : lorsqu'il constate l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, que ce soit manifeste ou que celle-ci résulte de l'étude de la possibilité de formation du contrat d'arbitre, statue-t-il en matière d'arbitrage ou constate-t-il l'exclusion d'une telle procédure ? Plus généralement, le déni de justice secondaire provient de deux lacunes : la première est une absence d'harmonisation des compétences internationales propres à la procédure d'arbitrage et la seconde une absence d'harmonisation sur ce qu'il convient d'entendre par « *décision statuant en matière d'arbitrage* ». Il convient donc de coordonner les décisions relatives à l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage (1) afin de déterminer les cas où un risque de déni de justice secondaire peut apparaître (2).

1)- Coordination et harmonisation des décisions statuant en matière d'arbitrage

509. Pour certains auteurs, la question de l'arbitrage, notamment au regard de la compétence internationale, fait l'objet d'un traitement adapté par la convention de New York au regard de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Or, la convention de New York de 1958 ne traite en aucun cas de la répartition de la compétence internationale inter-étatique. Quel doit être le sort réservé aux décisions qui statuent directement et à titre principal en matière d'arbitrage ? Quelle doit être l'autorité d'une décision française renvoyant les parties à l'arbitrage ?

On le sait, une clause d'arbitrage peut être déclarée nulle en Allemagne et valable en France, entraînant au sein même de l'espace européen une contrariété de jugement. Une sentence peut être déclarée valable dans un pays et nulle dans un autre. Dans le livre vert de la Commission européenne¹⁴⁴, il est fait état du conflit positif de décisions et les auteurs relèvent que s'il convient de ne pas porter atteinte à l'application de la convention de New York de 1958, « *Cela ne devrait toutefois pas empêcher l'aménagement de certains points du règlement relatifs à l'arbitrage, non pas pour régler l'arbitrage, mais avant tout pour assurer une circulation sans heurts des décisions en Europe et pour prévenir les procédures parallèles. En particulier, une suppression (partielle) de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du règlement pourrait améliorer l'interface entre l'arbitrage et la procédure judiciaire. En conséquence de cette suppression, la procédure judiciaire à l'appui de l'arbitrage pourrait entrer dans le champ d'application du règlement. Une règle spécifique d'attribution de compétence dans ce type de procédures renforcerait la sécurité juridique [...]. La suppression de cette exclusion pourrait permettre la reconnaissance des décisions statuant sur la validité d'une convention d'arbitrage et clarifier la reconnaissance et l'exécution des décisions incorporant une sentence arbitrale. Elle pourrait également garantir la reconnaissance d'une décision annulant une sentence arbitrale. Cela pourrait éviter les procédures parallèles entre les juridictions et les tribunaux d'arbitrage lorsque la convention est jugée invalide dans un État membre et valide dans un autre* ».

510. Il convient de déterminer strictement la notion de « *décision statuant en matière d'arbitrage* ». En effet, seule cette décision est exclue des mécanismes de reconnaissance car son aspect procédural postule une absence d'incidence à l'étranger. Il apparaît nécessaire de déterminer selon quels principes doit être coordonnée la décision du juge d'appui et la juridiction internationalement compétente (b) et au préalable, il convient d'analyser l'incidence de la convention de New York de 1958 (a).

a)- De la non incidence de la convention de New York, une convention unifiant les règles de procédure interne

511. La question de la coordination des compétences entre le juge d'appui et la juridiction saisie au fond ne se posera que soit lorsqu'un demandeur saisit au fond une juridiction étatique et se voit opposer par son adversaire l'existence supposée d'une convention d'arbitrage ou, soit dans le cas de l'ouverture de deux fronts de procédure ayant des objets différents, à savoir l'un devant le juge d'appui afin de mettre en œuvre la procédure et l'autre devant la juridiction étatique afin de voir l'affaire jugée au fond. Le premier cas ne fait pas de difficulté dans la mesure où il implique la compétence d'une juridiction étatique unique.

144 Livre vert sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Commissions des communautés européennes, Bruxelles, le 21.4.2009 COM(2009) 175 final.

512. L'hypothèse problématique est celle où la juridiction du juge d'appui de l'arbitrage est sollicitée pour la constitution du tribunal arbitral concurremment à l'ouverture d'une procédure judiciaire au fond dans un autre État. Dans cette hypothèse, l'application de la convention d'arbitrage serait sollicitée dans un État et discutée dans l'autre. Peu importe l'ordre de leur saisine car il ne s'agit pas d'un cas de litispendance. Il n'est pas question de litispendance au regard du tribunal arbitral puisque l'effet légal de cette procédure ne résulte *in fine* que des conceptions du for saisi. L'objet du litige n'est pas le même : dans un cas il a un aspect purement procédural alors que dans l'autre il juge au fond. L'article 27 du Règlement ne vise que les procédures introduites devant des États membres et le règlement de Bruxelles I exclut de son champ les procédures d'arbitrage.

513. En conséquence, chaque tribunal valablement saisi appliquera ses propres règles, tant la juridiction étatique compétente au fond que celle du juge d'appui. Partant, dans les deux cas, les juges étatiques appliqueront la convention de New York de 1958 et plus précisément son article II, 3 en renvoyant les parties à l'arbitrage à moins que la convention ne soit « *caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée* ». Le juge saisi au fond sera le seul soumis au règlement Bruxelles I. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'un conflit de conventions car la convention de New York de 1958 et le règlement Bruxelles I ne recouvrent pas le même domaine. Alors que le règlement Bruxelles I vise à répartir les compétences entre États, la convention de New York établit des règles dans l'exercice de cette compétence interne au regard de l'arbitrage. La combinaison va donc de soi et il est inutile de se référer au Considérant 25 du règlement Bruxelles I qui prévoit que le « *respect des engagements internationaux souscrits par les États membres justifie que le présent règlement n'affecte pas les conventions auxquelles les États membres sont parties et qui portent sur des matières spéciales* ». L'objet de ces deux conventions diffère.

Il n'existe à ce jour aucune convention internationale répartissant la compétence internationale des juridictions étatiques en matière de procédure d'arbitrage. L'objet de la convention de New York est extérieur à cette question et la convention de Bruxelles (devenue règlement Bruxelles I) l'exclut expressément. Cette absence d'harmonisation ne pose pas de problème majeur lorsque l'arbitrage se déroule jusqu'à son terme et aboutit à l'édition d'une sentence, puisque la convention de New York édicte des règles matérielles de reconnaissance. En revanche, une décision judiciaire statuant en matière d'arbitrage semble exclue de toute reconnaissance également. Or, si celle-ci constate l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage mais n'est pas reconnue, l'accès à la justice reste dénié.

514. En effet, l'arbitrage est un mode de résolution des litiges qui dépend des États, c'est une procédure de règlement des litiges qui n'est licite que dans la mesure et les matières qu'un État juge arbitrables¹⁴⁵. Il convient de ne pas oublier que la compétence arbitrale est une question de procédure interne, régie par la convention de New York de 1958. Mais la convention de New York, si elle uniformise les règles procédurales relatives à l'arbitrage ne traite pas de la compétence internationale des juridictions étatiques. La convention de New York ne traite pas de la compétence internationale des États mais établit des règles matérielles propres à la procédure d'arbitrage et à la réception des sentences rendues au sein des ordres juridiques l'ayant ratifiée.

145 La question de la compétence revient alors à se demander si c'est à la justice arbitrale ou à celle étatique de connaître du litige. La question entre donc dans la catégorie procédure de droit interne. Le droit français organise donc cette question de répartition des compétences internes. En ce sens, l'article 1458 anc. du Code de procédure civile impose au juge de « *se déclarer incompétent* ». En conséquence, l'effet d'une convention d'arbitrage est donc de priver le tribunal étatique de sa compétence. Il paraît clair que compétence et procédure sont strictement distinctes.

515. Plus largement, cette absence d'harmonisation amène à se demander quelle juridiction étatique doit se prononcer sur l'incidence d'une convention d'arbitrage sur la procédure au fond qui lui est soumise. La convention de New York ne permet pas de répondre à cette question. En effet, l'article II, § 3, de la convention de New York envisage le tribunal saisi sans autre précision, ce qui implique au préalable de le déterminer. En conséquence, tout tribunal peut avoir vocation à statuer sur cette question de procédure et inéluctablement un conflit de compétence peut apparaître. En effet, l'arbitrage n'opère pas une répartition de compétences internationales, mais une répartition de compétences internes à l'État normalement compétent selon ses règles de compétence internationale. Or, lorsque le litige est international, c'est-à-dire qu'il revêt un élément d'extranéité, un problème de conflit de juridictions apparaît. La question de l'arbitrage est donc secondaire, une question de procédure.

516. Lorsqu'une juridiction étatique est saisie au principal d'un litige, l'invocation d'une convention d'arbitrage est une question incidente qui ne devrait pas influencer sur la répartition de la compétence intra-communautaire ou internationale. À cet égard, l'arbitrage fonctionne de la même manière qu'une clause de juridiction. La volonté des parties permet de procéder à une répartition des compétences mais uniquement dans la mesure où l'ordre juridique concerné le permet et non au-delà.

517. Reste à déterminer le sens à donner à la notion de « *décision statuant en matière d'arbitrage* » ainsi qu'au pouvoir des différentes juridictions afin de concilier les décisions.

Les premières décisions sont celles relatives à la procédure d'arbitrage elle-même et sont en général de la compétence du juge d'appui, siège de l'arbitrage. Ces décisions ont un caractère purement procédural et postulent la volonté commune des litigants d'avoir recours à l'arbitrage sans analyser la validité de la convention d'arbitrage. Le juge d'appui aide à la mise en œuvre et au bon déroulement de la procédure selon les règles de procédure internes du for considéré. Dans le cadre européen, la CJUE, dans son arrêt *Van Uden*¹⁴⁶, a précisé que « *sont exclues du champ d'application de la convention les procédures qui servent à la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage* » et qu'elles ne s'appliquent pas aux décisions judiciaires « *ordonnant aux parties de ne pas poursuivre une procédure d'arbitrage en raison de son invalidité* ». Réciproquement, on peut conclure que les mesures ordonnant aux parties de poursuivre la procédure n'entrent pas dans le champ d'application du règlement Bruxelles I. La CJUE a condamné dans l'arrêt *Turner c. Grovit*¹⁴⁷ de telles mesures. Ainsi la Cour décide que « *la convention de Bruxelles (...) doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose au prononcé d'une injonction par laquelle une juridiction d'un État contractant interdit à une partie à la procédure pendante devant elle d'introduire ou de poursuivre une action en justice devant une juridiction d'un autre État contractant quand bien même cette partie avait agi de mauvaise foi* »¹⁴⁸. Les décisions purement procédurales ayant trait à la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage en elle-même sont donc exclues de l'application du règlement Bruxelles I et ne sauraient être reconnues à l'étranger comme interférant avec les règles de compétence internationale. Ce sont des décisions de procédure interne.

Les secondes sont celles jugeant au fond de l'affaire. En ce cas, elles émanent d'un for compétent au regard de l'objet du litige. Cette décision devrait être en principe reconnue et exécutée à l'étranger, soit en application des règles de reconnaissance simplifiées du

146 CJUE, 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line E.A.*, aff. C-391/95, Rec. I. 7091, *Rev. Arb.* 1999 p. 143 note H. Gaudemet-Tallon, *RTD com.* 2000. 340, note E. Loquin ; *JDI* 1999.613 note Huet.

147 CJUE, 27 avril 2004, *Turner c. Grovit*, Aff. C-159/02, *Turner c. Grovit, Harada Ltd. & Changepoint SA*, Rec. CJUE, p. I-3565, *Rev. crit. DIP* 2004 p. 654, note H. Muir Watt, *RDAL*, n° 4, 2004 p. 538 note A. Mourre et Y. Lahlou ; *RTD civ.* 2004 p. 549 Philippe Théry ; *RDAL*, 2004, p. 553, A. Mourre et Y. Lahlou ; *D.* 2005 p. 2712, Renaud Carrier.

148 V. BOLLEE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front Comor* de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007.223.

règlement Bruxelles I, soit en application du droit commun du for considéré relatif à la reconnaissance et à l'*exequatur* des décisions étrangères. Cela étant, une part de la doctrine et de la jurisprudence considèrent que dès qu'une partie a invoqué l'existence d'une convention d'arbitrage, ce for ne bénéficierait plus de compétence internationale, sa décision devrait être privée d'effet et serait exclue du règlement Bruxelles I. Cette décision serait qualifiée de décision statuant en matière d'arbitrage au motif qu'elle l'a justement exclu. À la suite de la jurisprudence *West Tankers*, le règlement Bruxelles I trouvant à s'appliquer au stade de la compétence, il devrait en être de même au stade de la reconnaissance des décisions étatiques. De même, un for étranger ne devrait pas avoir d'objection à reconnaître une telle décision dès lors que selon ses règles de reconnaissance des décisions étrangères, elle a été rendue par un for internationalement compétent.

518. La décision intermédiaire est celle d'un juge d'appui ou d'une juridiction de droit commun constatant la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Cette décision soit renvoie les parties devant les juridictions étatiques soit, à l'inverse, les renvoie devant l'arbitre. Ces deux décisions sont intermédiaires puisqu'elles ont des incidences certaines en matière de procédure d'arbitrage mais statuent à titre principal sur l'aspect contractuel de l'arbitrage : elles déterminent la validité et de la possibilité de mise en œuvre d'un contrat, à savoir la convention d'arbitrage. L'inclusion de ces décisions dans le cadre de la convention de Bruxelles, puis du règlement Bruxelles I, et de la convention de Lugano a donné lieu à de nombreuses controverses¹⁴⁹.

Selon Monsieur B. Audit, dès lors qu'il y a apparence de convention d'arbitrage, la convention est inapplicable tant que les arbitres n'ont pas statué sur leur compétence¹⁵⁰. Il s'agit d'une demande d'exécution forcée d'un contrat entre deux personnes privées, litige relevant du domaine de la convention. Il est soutenu au nom du sacro-saint principe de délocalisation de l'arbitrage, qu'aucune de ces décisions ne saurait être reconnue à l'étranger. L'arbitrage n'ayant pas de for, aucun ordre juridique ne saurait être compétent pour en juger définitivement¹⁵¹, la règle *non bis in idem* ne vaut pas en arbitrage. Cette situation peut créer une divergence dans le traitement d'une même situation conflictuelle nuisible à l'institution et surtout pose le problème de la responsabilité de l'État en cas de déni de justice et secondairement celui de la détermination de l'État compétent pour juger au fond de l'affaire. Il convient donc d'analyser quelles devraient être les règles de répartition dans le cadre européen et hors du champ d'application du règlement Bruxelles I.

b)- Conciliation des décisions rendues en matière d'arbitrage lorsque la formation du contrat d'arbitre est possible

519. Deux types de conflits peuvent se produire entre la juridiction internationalement compétente à juger du litige et celle internationalement compétente à aider à la mise en place de la procédure d'arbitrage. En général, l'une comme l'autre appliqueront la convention de New York. Néanmoins, la portée de leur décision n'est pas la même et il convient de déterminer comment concilier des décisions pouvant être contradictoires conformément aux règles de compétence internationale et à la convention de New York de 1958.

149 Cependant, l'article 1.4 de la convention exclut l'arbitrage et l'arrêt *Marc Rich* (CJUE 25 juillet 1991, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 316 note P. Mayer) précise que cette exclusion s'étend à un litige pendant devant les juridictions étatiques ayant pour objet principal la désignation d'un arbitre, même si ce litige soulève au préalable la question de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage.

150 AUDIT (B.), L'arbitre, le juge et la convention de Bruxelles, in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 15.

151 Il en est de même pour une sentence rendue qui peut se voir valablement reçue en France alors même que dans un autre État, le litige peut recevoir une issue judiciaire.

520. Dans le cadre européen, la convention de New York et le règlement Bruxelles I sont complémentaires et non concurrents¹⁵². Lorsque la volonté d'avoir recours à l'arbitrage est établie, il se peut que la compétence internationale étatique reste théorique et que les parties saisissent directement le juge d'appui pour les aider à constituer le tribunal arbitral. Cette saisine peut également être concurrente. Dans l'hypothèse de non applicabilité de la convention d'arbitrage ou celle de la nullité, la dissociation des compétences internationales au regard de l'objet du litige et de la procédure d'arbitrage en elle-même, peut donc aboutir à la saisine concurrente de deux juridictions différentes, une sur le fondement de l'objet du litige et l'autre sur le fondement de la procédure d'arbitrage, pouvant aboutir à des décisions contradictoires.

521. Dans le cas de l'application de la convention d'arbitrage, le juge d'appui fait alors figure d'un juge de l'exécution du contrat d'arbitrage et de la bonne formation du contrat d'arbitre, à condition bien entendu que la convention d'arbitrage soit valable et susceptible d'application. L'inapplicabilité d'une convention d'arbitrage peut être constatée dans le cadre d'un litige jugé par une juridiction internationalement compétente en application du règlement Bruxelles I. Il va s'en dire qu'à défaut de convention d'arbitrage valable, le juge d'appui devrait refuser sa saisine en application de la convention de New York. D'ailleurs cette réserve est admise en droit français. Dès lors, une décision d'une juridiction d'un État membre statuant sur l'inapplicabilité de la clause est un cas d'inapplicabilité manifeste. Le conflit se résout aisément par application de l'article V de la convention de New York de 1958 puisque par hypothèse, aux yeux de cette juridiction, l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage : une décision judiciaire constatant cette nullité ou inapplicabilité devrait en principe suffire.

En outre, si la juridiction étatique statue au fond, la décision étatique étant dans un domaine couvert par la convention, elle devrait bénéficier à ce titre du mécanisme de reconnaissance simplifié. L'intervention d'un juge d'appui serait indifférente en l'occurrence puisque, dans l'hypothèse où la conclusion d'un contrat d'arbitre a été rendue possible, sa mission s'est circonscrite à un juge d'aide à l'exécution de la convention d'arbitrage donc sa mission est restée strictement liée à la procédure d'arbitrage elle-même. En conséquence, la décision du juge d'appui ne peut être jugée contradictoire par rapport à celle de la juridiction étatique.

522. Dans le cadre européen, les États sont tenus de reconnaître les décisions des juridictions étatiques des États membres. Une décision étatique jugeant de la nullité ou de l'inapplicabilité d'une convention d'arbitrage est *in fine* une décision rendue en matière commerciale et excluant par là-même toute intervention d'une quelconque procédure arbitrale. Dès lors, cette décision devrait primer puisqu'elle établit, à tout le moins dans le cadre communautaire, l'absence de convention d'arbitrage donc l'absence de procédure d'arbitrage. En conséquence, cela justifiera un refus de reconnaissance de la sentence ainsi rendue (article V a) de la convention de New York. Il en sera de même pour tous les États membres. En effet, ces États se verront dans l'obligation de reconnaître la décision rendue par un juge compétent au regard du règlement Bruxelles I, sauf à considérer que l'ordre public international du juge requis pour reconnaître la décision ne semble pas atteint par la décision

152 La première établissant des règles matérielles de procédure en matière d'arbitrage, la seconde établissant des règles de compétence internationale. La question de procédure ne se posant que dans un second temps, une fois la question de la compétence internationale vidée. Ainsi, le règlement Bruxelles I, dès lors qu'une question de compétence internationale se pose, a vocation à recevoir application dans un premier temps puis une fois la juridiction étatique déterminée, celle-ci fera application de la convention de New York. Mais si la question concerne directement la procédure d'arbitrage en elle-même, la question de la répartition internationale des compétences étant en cette matière exclue du règlement, le juge d'appui peut se reconnaître compétent suivant les chefs de compétence définis par le for.

d'exclure la compétence arbitrale¹⁵³.

523. Si, à l'inverse, le juge étatique saisi conformément à la convention de Bruxelles, devenue le règlement Bruxelles I en application de la convention de New York, renvoie les parties devant l'arbitre suite à une exception d'arbitrage, quelle sera l'autorité de sa décision ? En principe cette décision ne devrait pas pouvoir être reconnue dans le cadre européen mais le juge d'appui renverra les parties devant l'arbitre en application de la convention de New York. En l'espèce, la convention d'arbitrage n'est pas nulle. En effet, cette solution qui serait favorable à une coordination effective entre les deux conventions est juridiquement fondée.

524. En outre, dans cette hypothèse, la juridiction étatique saisie est celle compétente en application du règlement Bruxelles I. La question de l'incidence au cours de la procédure de l'existence d'une convention d'arbitrage est une question de procédure et il convient de considérer que la juridiction étatique ne s'est pas déclarée comme internationalement incompétente mais qu'elle a donné une priorité à l'arbitre pour se prononcer sur ce point. Si une autre juridiction étatique d'un État membre venait à être saisie à titre principal du litige, il faudrait en conclure qu'il s'agit d'un cas de litispendance européenne de l'article 27 du règlement. En effet, on sait depuis l'arrêt *Gubisch* en date du 8 décembre 1987 que la notion de litispendance est autonome. Ainsi, l'identité de cause est établie lorsque les deux litiges « *sont basés [...] sur le même rapport contractuel* ». En ce cas, la juridiction saisie en second en application de l'article 30 du règlement se voit contrainte à se dessaisir du litige.

Par ailleurs, il convient de considérer qu'en ce cas, les juridictions du siège de l'arbitrage seraient compétentes pour toute décision relative à la procédure arbitrale, qui quant à elle est exclue du champ d'application du règlement. En conséquence, la juridiction étatique saisie conformément au règlement de Bruxelles I devrait rester en théorie internationalement compétente. En effet, lorsqu'elle renvoie les parties devant l'arbitre, elle ne perd pas sa compétence *ipso facto*. En cas de sentence d'incompétence de l'arbitre, elle pourra valablement juger du litige. En cas de décision de compétence de celui-ci, la convention de New York s'impose à cet État comme aux autres États membres de l'Union européenne. « *Il s'opère ainsi une sorte de rapport d'accessoire à principal qui tantôt fait entrer la contestation dans le domaine du règlement - l'examen de la convention d'arbitrage conditionne la compétence des juridictions italiennes pour connaître d'une question de responsabilité qui relève du règlement - tantôt l'y soustrait - la saisine d'une juridiction étatique est nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la procédure arbitrale étrangère au règlement* »¹⁵⁴.

525. Cependant, si le juge d'appui n'a pas à surseoir à statuer, peut-il pour autant contraindre une partie récalcitrante à apporter son aide à la constitution du tribunal arbitral ? La sanction en nature sous astreinte est à exclure. Dès lors, sa saisine semble dépourvue d'utilité en l'attente de la décision de l'État membre concerné. Rien n'empêche en revanche l'arbitre d'accepter sa saisine par une partie et de juger de sa propre compétence.

En cas de recours dilatoire de la partie devant la juridiction étatique, celle-ci sera exposée à une sentence par défaut à ses risques et périls. Il est impossible de contraindre une

153 La question centrale est donc de savoir si cette reconnaissance peut être refusée au titre de l'article 34.2 dudit règlement au motif que celle-ci contredirait une sentence arbitrale préalablement rendue sur la même affaire. La réponse doit être négative. Certes la jurisprudence française qualifie la sentence de « *décision de justice* ». Cela étant, la sentence ne revêt pas la qualification requise par le Règlement. La décision d'invalidité de la clause d'arbitrage devrait être reconnue dans tout état membre et à ce titre devenir un motif de refus de reconnaissance d'une sentence arbitrale contraire. En dehors du cadre européen, c'est-à-dire, hors compétence impérative, lorsque le défendeur ne réside pas dans un État membre, il conviendra de s'en remettre au juge de l'exécution qui appliquera probablement la convention de New York et appréciera, selon ses vues, l'existence de la Convention d'arbitrage.

154 THERY (PH.), *Aux frontières du règlement 44/2001 : arbitrage, injonction et confiance mutuelle...* (CJUE Gde ch. 10 févr. 2009, aff. C-185/07, D. 2009.981, note C. Kessedjian), *RTD civ.* 2009 p. 357.

partie à se rendre devant l'arbitre sous peine de se voir prononcer une sanction en nature telle que l'*anti-suit injunction* ou son équivalent français, la condamnation en nature sous astreinte, si la juridiction française n'est pas compétente internationalement à juger du litige au fond. En conséquence, la juridiction d'appui devrait attendre la décision de la juridiction saisie sur le fondement du règlement de par un effet réflexe du règlement.

Nonobstant ces conclusions quelque peu attentatoires à la compétence effective du juge d'appui, « *il ne faut pas oublier que ces procédures (d'anti suit injonction) peuvent autoriser des pratiques particulièrement abusives. Ainsi en est-il en matière maritime. Il s'agit ni plus ni moins d'empêcher un plaideur, par la terreur, la menace étant pénale, de saisir une autre juridiction que la juridiction arbitrale, alors même que celui-ci aurait de bonnes raisons de ne pas vouloir aller à l'arbitrage. La Cour de justice ne pouvait pas cautionner ce genre de pratique, d'un autre âge et d'une autre époque. D'où sa décision : en droit communautaire, chaque juridiction doit pouvoir se déterminer elle-même pour apprécier sa compétence. De plus, l'idée de confiance fonde le système même de compétence du règlement communautaire ; or, la procédure d'anti-suit la compromet directement* »¹⁵⁵. Il ressort de la jurisprudence *West Tankers* qu'une juridiction compétente selon le règlement Bruxelles I peut être saisie du litige au fond indépendamment de la constitution du tribunal arbitral. Dès lors, en cas de contestation de la compétence arbitrale dans le cadre européen, « *la sauvegarde de la procédure arbitrale ne dépendra alors plus que du droit du for étatique saisi* »¹⁵⁶.

526. En cas de solutions divergentes, c'est-à-dire si l'État du juge d'appui renvoie les parties à l'arbitrage alors que l'État de la juridiction saisie conformément au règlement retient sa compétence, la juridiction étatique compétente au fond aurait vocation à primer puisque par hypothèse, si celle-ci devait déclarer cette clause inapplicable et juger au fond de l'affaire, seule sa décision aurait vocation à être reconnue. En effet, en l'absence d'insertion de l'arbitrage dans le règlement, la juridiction du juge d'appui n'est pas déterminée conformément au règlement mais uniquement en fonction des règles du for. Rien n'empêche le juge d'appui d'apporter son soutien à la juridiction arbitrale en prononçant des mesures conservatoires par exemple. La juridiction d'appui reste libre à condition de ne pas interférer avec l'appréciation de la compétence juridictionnelle du tribunal saisi en application du règlement.

527. Reste la délicate question qui entraîne un haro de condamnations doctrinales : celle de l'hypothèse où une sentence arbitrale a été rendue nonobstant cette décision judiciaire et conformément aux normes du procès équitable. Dès lors, dans ce cas, quelle doit être la solution à ce conflit de décisions ? Si l'arbitrage est mis en œuvre, par hypothèse dans le cadre d'une procédure avec ou sans le concours d'un juge d'appui, la sentence bénéficiera de l'application de la convention de New York. Les juridictions saisies d'une demande d'*exequatur* procéderont à un contrôle indirect de la compétence de l'arbitre. Or, il se peut qu'elles ne reconnaissent pas la sentence ou qu'un conflit de décisions se pose dans la mesure où une autre juridiction a pu valablement statuer au fond de l'affaire, compétence cette fois fondée sur l'objet du litige ou le lien de proximité avec celui-ci. La sentence, décision de justice, n'est pas exécutoire d'office. Ainsi, elle devra obtenir l'*exequatur* de la sentence puis en demander l'exécution forcée. À l'inverse, la partie qui souhaite s'opposer à cette exécution devra exercer des recours contre cette sentence¹⁵⁷.

155 DELEBECQUE (PH.), Affrètement. Affrètement maritime. Clause d'arbitrage. Protection. Injonction « *anti-suit* ». *Ordre communautaire. Illégalité, RTD com.* 2009 p. 644.

156 AUDIT (B.), note concernant la décision de la CJUE du 10 fév. 2009 *West Tankers*, *JDI* n° 4/2009, 1281 n° 9.

157 Ainsi, l'arbitrage est nationalisé aussi bien dans sa mise en œuvre que dans son exécution. Dès lors, les critères de reconnaissance de la sentence peuvent eux-aussi reposer sur une base rationnelle. Ainsi, aux États Unis, la Cour fédérale d'appel a eu à juger d'un litige relatif opposant une société de réassurance Monégasque et une société de transport ukrainienne. Suite à une sentence arbitrale en sa faveur se déroulant à Moscou, la société de réassurance a introduit une demande de confirmation de la sentence devant les juridictions américaines en

528. Au regard de la décision étatique au fond, celle-ci devrait en principe bénéficier librement du mécanisme de reconnaissance du Règlement. En tout état de cause, le mécanisme de reconnaissance recouvre toutes les décisions rendues conformément au droit commun d'un État membre. Le seul véritable problème est donc celui de décisions contradictoires et partant, de leur effet dans le cadre européen en application du règlement Bruxelles I et de la convention de New York de 1958. En toute hypothèse, le conflit de décision ne se posera que dans le cas où la sentence arbitrale s'est vue reconnaître compétente dans un cas où la juridiction étatique a, quant à elle, considéré que la clause était nulle, inopérante ou inapplicable. La distinction question incidente ou question principale ne crée donc pas de conflits insolubles mais responsabilise les parties et les juridictions si leur saisine abusive est suivie de sanction.

Une décision rendue en matière civile et commerciale par une juridiction d'un état membre devrait donc pouvoir bénéficier du mécanisme de reconnaissance simplifié du règlement Bruxelles I⁵⁸. Seule la décision statuant exclusivement sur la validité d'une convention d'arbitrage pourrait être exclue du champ d'application du règlement. L'allégation de l'existence d'une sentence permet-elle aux États d'invoquer l'article 35 § 1 du règlement Bruxelles I ? Cet article permet en effet à un État de refuser de donner effet à la décision prise dans un autre État membre pour défaut de compétence indirecte. Cela étant, l'article 35 § 1 qui heurte de front le principe de confiance mutuelle doit s'entendre restrictivement. Les exceptions de non reconnaissance s'entendent de manière limitative. Alors que le règlement Bruxelles I impose aux États membres la reconnaissance de la décision ainsi rendue, la convention de New York dans son article V impose une obligation similaire au regard de l'*exequatur* de la sentence. À proprement parler, il s'agit d'un conflit de conventions puisque les États membres sont aussi signataires de la convention de New York. Néanmoins la convention de New York réserve le droit de refuser la reconnaissance d'une sentence prise sans convention d'arbitrage. Si l'objet de ces conventions ne se recoupe pas et qu'il est donc impossible d'appliquer le principe que le spécial déroge au général, il est évident que leur application simultanée peut être à l'origine d'un conflit de décisions. Dès lors, quelle doit être l'issue du conflit ?

Il paraîtrait logique de faire intervenir à ce stade le principe de confiance mutuelle puisque, par hypothèse, la décision judiciaire d'un État membre de juger la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable au litige et dès lors, il serait également logique de refuser la reconnaissance d'une sentence qui a statué sans convention d'arbitrage. Dans le cadre du règlement Bruxelles I⁵⁹, seules trois causes de refus de reconnaissance

la fondant sur les dispositions de la convention de New York (MUIR WATT (H.), De l'application du *forum non conveniens* à l'arbitrage international, Cour fédérale d'appel des États-Unis (2e Circuit). - 15 novembre 2002, *Monégasque de Réassurances SAM Monde Re c. NAK Naftogaz of Ukraine et État ukrainien*, *Rev. Crit. DIP* 2003 p. 471). La décision (158 F. Supp. 2d 377, SDNY 2001), objet de l'appel, rejette cette demande en refusant de statuer au titre du *forum non conveniens*, la convention de New York laissant la liberté aux États contractants d'appliquer leurs règles de procédure. La Cour d'appel confirme que conformément à la convention de New York, une juridiction saisie d'une demande de reconnaissance d'une sentence arbitrale, peut refuser sa compétence en l'absence de lien entre le litige et les États Unis. Comme le souligne Madame H. Muir Watt, « l'absence de liens entre le contentieux et les États-Unis fait pencher la balance vers le refus de statuer, le coût de l'administration de la justice étant alors disproportionné par rapport à l'intérêt de la communauté nationale à voir le litige réglé localement. Les facteurs privés concernent la bonne administration de la justice et notamment l'accès aux preuves (MUIR WATT (H.), De l'application du *forum non conveniens* à l'arbitrage international, Cour fédérale d'appel des États-Unis (2e Circuit). - 15 novembre 2002, *Monégasque de Réassurances SAM Monde Re c. NAK Naftogaz of Ukraine et État ukrainien*, *Rev. Crit. DIP* 2003 p. 471 n° 5) ». Cela étant, cette solution est-elle conforme à la convention de New York ? Celle-ci n'oblige pas les États à reconnaître en toutes circonstances les effets des sentences internationales sur leur territoire. Or, au stade de la reconnaissance de la sentence, le lien le plus pertinent semble être celui (ou ceux) où sont localisés les biens du débiteur sauf s'il s'agit d'une demande d'opposabilité. Dès lors qu'est en jeu l'exécution forcée de la sentence arbitrale, le lien entre le litige et le for saisi devrait en principe prendre en compte cette donnée. La Cour souligne l'inadaptation et le risque que ferait courir à l'arbitrage la possibilité de saisir n'importe quel État contractant pour demander la reconnaissance d'une sentence.

158 CJUE, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance c. New Hampshire Insurance*, aff. C 351/89 *JDI* 1992.493 obs. A. Huet ; RC 1991.769 note Gaudemet-Tallon.

159 Depuis l'entrée en vigueur du règlement, le juge de l'*exequatur* n'a plus à vérifier la régularité de la décision conformément à l'article 41 dudit règlement. Il ne doit procéder qu'à un contrôle formel et doit déclarer la décision exécutoire dès lors que les formalités de l'article 53 sont respectées. Ainsi, les conditions de fond ne seront vérifiées qu'en cas de recours de la décision d'*exequatur* et le jugement d'un État

persistent : la contrariété manifeste à l'ordre public, le défaut de loyauté dans l'assignation en cas de procédure par défaut et le caractère inconciliable des décisions. Il est peu probable qu'une décision étatique heurte l'ordre public du fait qu'elle déclare une clause d'arbitrage inapplicable au litige qui lui est soumis ou nulle. La seconde hypothèse de l'article 34 du règlement ne concerne pas notre propos. Reste le dernier alinéa de cet article qui vise le caractère inconciliable des décisions de justice. On sait que la sentence est qualifiée en France de décision de justice¹⁶⁰. Cela étant cela ne signifie en rien qu'elle emprunte tous les traits des décisions étatiques. De plus, le Règlement excluant de son champ d'application la procédure d'arbitrage, terme qui nous semble plus conforme à la réalité que celui d'arbitrage, il paraît de bonne logique de conclure que l'article 34 § 3 ne vise pas la sentence arbitrale comme pouvant justifier un refus de reconnaissance d'une décision d'un État membre. Une sentence arbitrale n'a pas force exécutoire et ne peut faire obstacle à la reconnaissance en France de décisions de justice étatiques rendues à l'étranger, et ce, y compris dans l'hypothèse où celles-ci sont inconciliables¹⁶¹. En effet, par hypothèse, une juridiction étatique a statué, conformément à la convention de New York et au règlement Bruxelles I, sur l'absence de compétence arbitrale au regard du litige. Dès lors, seule la décision judiciaire doit recevoir application. L'État saisi conformément au Règlement doit se voir reconnaître la compétence de statuer sur cette question de manière définitive afin de vider le contentieux. S'il exclut l'application de la convention d'arbitrage afin d'assurer le droit au juge et qu'il statue au fond du litige, cette décision devrait faire l'objet d'une reconnaissance simplifiée.

529. En dehors du cadre de l'application du règlement Bruxelles I, le raisonnement sera le même. Une décision judiciaire étrangère devrait faire foi de l'inapplicabilité de la clause compromissoire devant le juge d'appui si elle est valablement reconnue en France.

2)- Dénier de justice secondaire et compétence du for de la procédure

530. Dans le cadre du déni de justice, le juge d'appui a évidemment un rôle éminent à jouer dans la mesure où il est seul apte à constater l'impossibilité de mise en œuvre du tribunal arbitral¹⁶². En effet, le juge d'appui a « *pour mission de résoudre les difficultés de constitution*

membre bénéficiera de la pleine reconnaissance en application de l'article 33 du règlement Bruxelles I.

160 C. Cass. Civ.1re, 29 juin 2007, (2 arrêts), n° 05-18.053, n° 1021 FP-P+B+I, et 06-13.293, et n° 1022 FP-P+B+I, *Société Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*, Bull. civ. I, n° 250 et 251 ; *Rev. Arb.* 2007. 507, rapport J.-P. Ancel et note E. Gaillard ; *JDI* 2007. 1236, note Th. Clay ; *D.* 2007. AJ. 1969, obs. X. Delpéch ; *JCP G* 2006. I. 216, § 7, obs. C. Seraglini ; *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 21-22 nov. 2007. 3, obs. S. Lazareff, et p. 14, note P. Pinsolle ; *RTD com.* 2007. 682, obs. E. Loquin ; *D.* 2008 p. 1429, Louis Degos ; *D.* 2008 p. 180 Th. Clay ; *Dalloz actualité* du 4 juillet 2007 ; C. Cass. Civ. 1re, 10 mars 1993, *Rev. Arb.* 1993. 255 (2e esp.), note D. Hascher.

161 C. Cass. Civ. 1, 4 juillet 2007 n°05-16.586, 05-16.605 ; *D.* 2007.2025 obs. Delpéch ; *D.* 2008.451 obs. Clay : « *Mais attendu que l'arrêt rappelle que l'article 28 du règlement d'arbitrage de la CCI, stipule que toute sentence arbitrale a un caractère obligatoire pour les parties qui s'engagent à l'exécuter et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer ; qu'il retient à juste titre que ce texte ne prévoit pas que la sentence arbitrale soit exécutoire par provision ou de droit ; que la cour d'appel en a exactement déduit, hors toute dénaturation, d'abord que l'engagement d'exécuter la sentence n'avait pas pour effet de conférer à la sentence arbitrale la valeur d'une décision exécutoire de plein droit ni de priver les parties d'un recours en annulation, toujours possible même lorsque le règlement d'arbitrage l'exclut, contre la sentence arbitrale rendue en France et ensuite que, l'exécution provisoire n'ayant pas été ordonnée par le tribunal arbitral, le recours formé par GAT était suspensif d'exécution sauf si la décision était exécutoire de droit ; que le moyen n'est pas fondé* » « *Mais attendu que le juge de l'exécution est compétent pour dire si un acte constitue un titre exécutoire au sens de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991 et s'il porte une condamnation susceptible d'exécution ; que l'arrêt, après avoir rappelé que sont exécutoires de droit, au sens de l'article 514, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, les décisions qui ordonnent une mesure conservatoire, a exactement retenu que la mesure prise par la sentence arbitrale, contraignant GAT à ouvrir un compte séquestre et à demander à son débiteur, TEP Congo, tiers à la sentence, d'y verser les fonds dus en vertu de décisions judiciaires suisses, ne constituait pas une mesure conservatoire mais une obligation de faire non exécutoire de droit ; que le juge de l'exécution ne peut assortir d'une astreinte que l'exécution d'une obligation devenue exécutoire, fût-ce provisoirement, et que la sentence partielle du 8 décembre 2003 était frappée d'un recours en annulation, suspensif d'exécution, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée, que le juge de l'exécution n'avait pas le pouvoir d'ordonner la mesure sollicitée ; que le moyen n'est pas fondé* » ;

162 Pour une analyse en droit français des conditions du chef de compétence fondé de déni de justice : V. HUET (A.), *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux*, *Jurisclasseur Civil Code art. 14 et 15*, Fasc. 21 n° 85 et s. spéc. n° 90 et s. : l'auteur note qu'en droit international privé, il n'y a pas de risque de déni de justice si la compétence internationale des tribunaux français est établie. Dès lors, la compétence internationale fondée sur le déni de justice sera retenue s'il n'existe pas de chef de compétence ordinaire ou exorbitante applicable.

du tribunal arbitral de manière à ce que cette juridiction soit investie de la confiance des parties »¹⁶³. En conséquence, lorsque le contrat d'arbitre ne peut se former, il se pose alors un problème de constitution du tribunal arbitral qui relève donc de la compétence du juge d'appui. Mais il convient de ne pas omettre que « le juge d'appui n'est pas le serviteur des parties, il est celui de l'arbitrage »¹⁶⁴. Il intervient en matière d'arbitrage, c'est-à-dire lorsqu'une demande a pour objet principal l'arbitrage, la mise en œuvre de cette procédure judiciaire privée.

En cas de dissociation des compétences, le juge d'appui peut/doit intervenir pour constater l'inapplicabilité effective de la convention d'arbitrage. Dès lors, la question du déni de justice économique peut être de la responsabilité soit du for compétent au regard de la procédure d'arbitrage soit du for compétent au regard de l'objet du litige que l'on se situe ou non dans le cadre de l'application du règlement Bruxelles I en cas de dissociation des compétences internationales. La coordination des décisions s'avère plus problématique dans le cadre d'une inapplicabilité de fait de la convention d'arbitrage. En effet, seul le juge d'appui a pour mission de mettre en œuvre la procédure et il est donc à même de constater son impossibilité d'exécution et la juridiction saisie au fond est responsable quant à elle du déni de justice économique¹⁶⁵.

531. Hors cadre du droit communautaire, c'est évidemment au for considéré de déterminer selon ses règles dans quelle mesure il admet l'existence et l'applicabilité d'une convention d'arbitrage et, en cas de déni de justice, ce for doit priver d'effet la convention d'arbitrage qui en est la cause conformément à l'article 6 de la CESDH. Si, retenant leur saisine sur ce fondement, les juridictions internationalement compétentes au fond sont confrontées à une exception d'arbitrage et à la question de la formation du contrat d'arbitre du fait de l'impécuniosité d'une des parties, elles doivent analyser cette question. En effet, la compétence du juge d'appui ne prive pas les autres juridictions de leur compétence à juger du litige.

S'il est clair que l'impécuniosité cause de déni de justice en matière d'arbitrage s'analyse en un échec du juge d'appui dans sa mission, rien n'empêche légalement la juridiction saisie d'analyser le problème de l'impécuniosité d'une partie sous l'angle contractuel et sous celui de l'accès au droit. C'est l'existence d'une convention d'arbitrage valable et effective qui aura cette conséquence en application des règles de procédure du for et du fait du renvoi des parties devant l'arbitre. L'article 6 de la CESDH, ou plus généralement le principe fondamental du droit d'accès au juge, imposent à cette juridiction de vérifier la possibilité de recours à l'arbitrage avant de se dessaisir de l'affaire. Si elle constate l'impossibilité de formation, elle jugera le fond de l'affaire. Si une sentence par défaut venait à être rendue, elle ne saurait être reconnue en France sous le double chef de décision inconciliable et de décision contraire à l'ordre public international. Dès lors, que l'inapplicabilité de la clause résulte du constat d'échec du juge d'appui ou d'une décision d'une juridiction compétente au regard du contrat principal, la solution sera invariable, le for

163 C. Cass. Civ. I, 20 juin 2006, n° 05-17.019, Bull. civ. I, n° 311 ; D. 2006. IR. 1840, obs. V. Avena-Robardet ; Rev. Arb. 2007. 463, note J. Ortscheidt ; JCP 2006. II. 10155, note G. Chabot ; JCP 2006. I. 187, § 4, obs. J. Béguin.

164 CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, juin 2006 - octobre 2007, D. 2008 p. 180.

165 Pour une analyse du caractère délocalisé de la convention d'arbitrage et du déni de justice : V. CORBION (L.), *Le déni de justice en droit international privé*, Préf. Y. Lequette, Marseille, PUAM, 2004 p. 314 et s. L'auteur justifie la méthode de règles matérielles impératives car ces relations se développent selon lui en dehors des ordres juridiques à condition que ces règles « répondent à une question de droit réservée à la compétence normative exclusive de l'ordre juridique français » (n° 353). Ainsi elles expriment en matière d'arbitrage international « la façon dont l'État entend exercer sa compétence exclusive pour décider de la licéité des clauses qui prorogent la compétence des tribunaux français ou l'écartent [...] Le détournement par la règle de conflit pour l'application de la règle matérielle internationale française est ici éludé, car l'implication de la souveraineté française exclut tout conflit de lois. Seul l'État français est compétent pour répondre à la question posée » (n° 353). Néanmoins, l'auteur critique une telle méthode en dehors de ces considérations. Dès lors, il qualifie la méthode d'impérialiste (n° 354) quand elle s'applique à des questions privées et relève « N'y a-t-il pas quelque contradiction à écarter le conflit de lois, au nom de l'inadaptation des droits internes aux relations internationales délocalisées, pour ensuite ramener ces relations dans le giron des règles matérielles, spécialement élaborées peut-être pour ces relations, mais propres au for ? ».

jugera du litige au fond.

532. Si la décision d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage est prise par le juge d'appui qui renvoie les parties devant le juge étatique¹⁶⁶, la question de l'autorité de la décision se pose aussi avec pertinence lorsque cette décision a été prise par le juge d'appui en l'absence d'inclusion de l'arbitrage dans le règlement. En effet, si le juge d'appui, au nom de la prohibition du déni de justice, décide de priver d'effet la convention d'arbitrage, quelle sera la position des juridictions saisies pour juger au fond du litige? En principe, c'est à elles seules de décider conformément au règlement si, et dans quelle mesure, elles admettent en application de leur droit le renvoi des parties à l'arbitrage. La décision du juge d'appui ne saurait interférer dans cette compétence. D'ailleurs ce dernier n'est pas juge du contrat mais de son exécution, ce qui présuppose un contrat valable. Cependant, en cas de refus de la part de ces juridictions de juger de l'affaire au fond et de constat d'une inapplicabilité de fait de la convention d'arbitrage par le juge d'appui, le déni de justice de fait, cette fois-ci, non au regard de l'impossibilité de saisir l'arbitre mais au regard de la saisine des juridictions étatiques, sera patent. Le for du juge d'appui pourrait donc se déclarer compétent pour juger de l'affaire au fond.

Le problème dans le cadre du déni de justice du fait de l'impécuniosité provient essentiellement de l'absence de reconnaissance de la décision du juge d'appui lorsque celui-ci conclut à une inapplicabilité de la convention d'arbitrage et a donc pour conséquence indirecte de renvoyer les parties devant les juridictions étatiques. Si cette décision ne peut bénéficier d'une reconnaissance dans l'ordre international et que la juridiction étatique refuse de juger du litige, qu'en est-il? Si la reconnaissance des décisions du juge d'appui ne bénéficie pas des mécanismes simplifiés du règlement Bruxelles I. Ces décisions sont donc soumises au droit commun. Peu importe l'ordre de ces décisions, la question principale réside dans leur coordination lorsque le for du juge d'appui n'est pas le for compétent au fond du litige. En effet, si le juge ne parvient pas à mettre en œuvre la procédure d'arbitrage, peut-il renvoyer les parties à se pourvoir devant une juridiction étrangère? La réponse est négative. Cette décision aurait une incidence sur l'appréciation de la compétence internationale du for considéré. Dans le cadre européen, en principe, l'ordre public procédural de l'article 27, 2° de la convention de Bruxelles couvre uniquement les cas limitativement énumérés au sein de cet article. Or, le déni de justice économique est une violation de l'ordre public procédural et non substantiel. Dès lors, le contrôle de la décision étrangère sur ce fondement serait prohibé. Cela étant, admettre l'*exequatur* d'une telle décision serait une violation de l'article 6 § 1 de la CESDH. Il existe donc un conflit entre ces textes. Face à ce conflit de conventions internationales, la Cour de cassation a tranché en faveur de la primauté de la CESDH qui, en son article 1^{er} oblige les États à reconnaître « à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention » et conformément au traité d'Amsterdam qui fait « du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » une condition d'appartenance à l'Union européenne¹⁶⁷.

Ainsi, l'arrêt *Pordéa*¹⁶⁸ de la Cour de cassation a consacré de manière éclatante le droit d'accès au juge sur le fondement de l'article 6 § 1 de la CESDH et des libertés fondamentales pour exclure la reconnaissance d'une décision relevant de la convention de Bruxelles au titre de la violation de l'ordre public et de l'article 27 de la convention. Le déni de justice économique est donc un obstacle à l'*exequatur* d'une décision étrangère relevant de

166 D'autres cas de conflits peuvent apparaître cependant.

167 cf. CURTI-GIALDINO (C.), Schengen et le troisième pilier, le contrôle juridictionnel organisé par le Traité d'Amsterdam, Rev. du marché Unique Européen, 1998.89.

168 C. Cass. Civ. 1^{re} civ. 16 mars 1999, *Pordéa c. Society Times Newspapers Limited*, Rev. Crit. DIP 2000.223, JDI 1999. 271, obs. O. Bachelet, 794, note Huet et 773, obs. A. Huet, RTD civ. 1999. 469, obs. Perrot; Rev. Crit. DIP 2000.181, chron. G. A. L. Droz; RTD civ. 2000. 944, obs. J. Raynard; D. 1999. 497 note P. Courbe; Gaz. Pal., 1999. 1, panor. Cass. p. 133 n° 177, p. 133 (26 juin 1999) Bull. cass., 1999.1, n° 92 obs. M. Huet.

la convention devenue le règlement Bruxelles I et permet en amont une saisine des juridictions membres, même incompetentes en application du règlement. Le risque de créer un déni de justice secondaire amène à s'interroger sur la compétence de ce for à juger au fond d'une affaire. Or, le problème que fait naître le déni de justice économique est celui de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Conformément à l'article 6 de la CESDH, le juge d'appui devra priver d'effet la convention d'arbitrage afin de garantir l'accès au juge. Sa décision revêt donc à la fois un aspect juridictionnel et contractuel. Le problème est que la compétence du juge d'appui et celle fondée sur l'objet du litige diffèrent fondamentalement en l'absence de localisation unifiée de l'arbitrage. La compétence étatique d'aide à la constitution du tribunal arbitral n'implique pas de manière systématique la compétence de ce dernier au regard du litige. Il s'ensuit qu'un ordre juridique compétent au regard de la procédure peut en principe être incompetent à juger au fond du litige.

533. Le problème est épineux lorsque c'est le juge d'appui qui constate cette inapplicabilité puisque sa décision semble exclue de tout mécanisme de reconnaissance simplifié dans le cadre européen, et en dehors. La question d'un déni de justice secondaire ne se pose qu'à la double condition d'une compétence du juge d'appui du for au regard de la procédure et du constat par lui de l'échec de sa mission d'une part, et d'autre part, d'une incompetence des juridictions du for au regard du litige. Le problème du déni de justice ne se pose en revanche nullement si les compétences procédurale et au regard de l'objet du litige coïncident.

534. Certes, l'accès à la justice est une question essentielle. *« A l'inverse du bien privé, le bien public se caractérise par un double principe de non-rivalité et de non-exclusion. Le phare en est l'exemple... phare. Son éclairage profite à un nombre infini de bateaux, sans que la consommation de lumière par l'un empêche les autres d'en profiter. De même, aucun ne peut payer un prix pour en exclure les autres : il n'y pas de marché. Si on essaie de cerner la substance des deux catégories, on retrouve plutôt l'idée, plus familière aux juristes, que le bien public est celui qui représente un intérêt pour la communauté, tel qu'elle lui consacrerait des ressources publiques. La justice, éclairant tous les justiciables sans rivalité et sans exclusion n'est-elle pas par excellence un bien public ? »*¹⁶⁹. À ce titre, l'institution d'un for de nécessité découle donc de la combinaison entre un éventuel conflit négatif de compétence et le droit fondamental à voir sa cause entendue en justice.

535. La réflexion sur le for de nécessité revient à s'interroger sur les cas dans lesquels une juridiction étatique, normalement incompetente en vertu des règles de compétence internationale, doit retenir sa compétence lorsque la saisine d'un tribunal arbitral s'avère impossible faute de moyens financiers suffisants. Ce for de nécessité est formellement reconnu dans l'article 3 de loi suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, l'article 9 *litt.* b et c du Code de procédure civile néerlandais, mais également en droit autrichien, portugais et québécois¹⁷⁰. Dans de nombreux pays, ce for a été consacré par la jurisprudence. Tel est le cas de la France.

Les conditions de mise en œuvre d'un for de nécessité, en tant que compétence subsidiaire, requièrent deux conditions. Hors cadre du règlement de Bruxelles I, pour retenir leur compétence sur le chef du déni de justice, les juridictions françaises doivent constater que la saisine d'un tribunal arbitral est en droit ou en fait impossible ou déraisonnable et que la saisine d'une juridiction étatique l'est également en fait ou en droit d'une part, et d'autre part qu'il existe un lien avec la France. Dans le cadre de la présente étude cette impossibilité ou

169 MUIR WATT (H.), La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, n° 2, Disponible sur le site internet de la Cour de cassation :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_mme_muir_watt_9474.html?idprec=8586.

170 V. RETORNAZ (V.), VOLDERS (B.), Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif, *Rev. Crit. DIP* 2008 p. 225.

caractère déraisonnable s'entend d'une part, au regard de l'arbitrage, de la situation d'impécuniosité dans laquelle se trouve une partie entraînant une inapplicabilité de la convention d'arbitrage et, d'autre part, au regard de la juridiction étatique, comme une absence de privation d'effet de la convention d'arbitrage. La décision du juge d'appui vient constater cette situation. Bien évidemment, cette impossibilité ne vise pas tous les arbitres potentiels ni toutes les juridictions du monde. Il convient en outre de prendre en compte les arbitres et les États normalement compétents. Dans cette optique, les États n'ayant aucun lien avec le litige doivent être exclus de cette recherche.

536. L'inapplicabilité de la convention d'arbitrage sera constatée par le juge d'appui alors que le risque de déni de justice secondaire sera constaté par la juridiction saisie afin de juger du litige. Il semble que la compétence en matière d'arbitrage devrait être un lien suffisant pour juger du litige au fond. À défaut, un déni de justice secondaire pourrait naître. Néanmoins, le service public de la justice a un coût. Il se doit d'être ouvert le plus largement possible au regard des litiges internes, dans la mesure où les contribuables se doivent d'y avoir accès et qu'il est nécessaire, pour garantir l'ordre public et l'état de droit, de permettre l'accès au juge.

537. Cependant, les juridictions françaises n'ont pas vocation à prendre en charge l'ensemble des litiges d'intérêts privés mondiaux, y compris en matière d'arbitrage. Ainsi, comme le souligne Madame H. Muir Watt, « *dans une perspective d'économie de la justice, qui oblige à introduire la considération des ressources publiques, se pose la double question de savoir comment le droit international privé régule les flux des plaideurs venus d'ailleurs, et quelles ressources judiciaires doivent être consacrées à la recherche et à la mise en œuvre de normes étrangères, dont les retombées bénéfiques pour la communauté locale, sous la forme de création normative, ne sont pas immédiatement saisissables* »¹⁷¹.

Avec l'introduction d'un for de nécessité du juge d'appui, la question risque de se poser d'autant plus fréquemment. En effet, à chaque fois qu'un problème sérieux de constitution du tribunal arbitral se pose, le juge d'appui retiendra sa compétence y compris dans l'hypothèse d'un lien ténu avec la France. Dès lors, il convient d'établir une ligne directrice dans cette prise en charge prenant en compte deux paramètres, à savoir, l'importance des intérêts en jeu pour la France et le coût de cette prise en charge. Il existe une certaine réticence des juridictions françaises à retenir largement leur compétence en cas de déni de justice. Ainsi, à titre d'exemple, le tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement en date du 1^{er} octobre 1976, exige une résidence stable du demandeur¹⁷². En l'absence de compétence procédurale au regard de l'arbitrage et/ou de compétence à juger au fond du litige, il faudrait que celui-ci entretienne à tout le moins un lien avec la France pour que les juridictions françaises se reconnaissent compétentes sur le fondement du déni de justice. En principe, pour être retenu comme chef de compétence subsidiaire, le litige doit avoir un lien avec le for de nécessité. À défaut de lien avec la France, les juridictions françaises devraient donc décliner leurs compétences. Ce lien en l'occurrence devrait être caractérisé, il en va de la sécurité juridique. Une compétence largement admise sur ce chef serait source de décisions contradictoires et d'ineffectivité.

538. Un problème spécifique apparaît dans le cadre d'un litige entrant dans le champ du règlement Bruxelles I : la compétence du for du juge d'appui peut heurter de front la compétence d'une juridiction normalement compétente à juger au fond du litige en

171 MUIR WATT (H.), La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, n° 7, Disponible sur le site internet de la Cour de cassation :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_mme_muir_watt_9474.html?idprec=8586

172 TGI Paris, 1 oct. 1976, J.1977, p. 879 obs. Ph Kahn.

application du règlement renvoyant, nonobstant l'impécuniosité d'une partie, les litigants à l'arbitrage. Or, ni la convention de Bruxelles I ni le règlement ne prévoit comme chef de compétence le risque de déni de justice. Mais le déni de justice recouvre aussi bien le déni de justice de droit que celui de fait¹⁷³.

Nombre d'auteurs considèrent que si le tribunal compétent conformément au règlement s'est déclaré incompétent à tort, le juge saisi pourra retenir sa compétence sur le fondement du déni de justice¹⁷⁴. En conséquence, tel serait le cas si les juridictions désignées en application du règlement se déclaraient à tort incompétentes au bénéfice d'une institution arbitrale, seule solution conforme à l'article 6 de la CESDH que tout État membre européen a ratifiée. Dans cette hypothèse, et en l'absence de toute précision, il convient d'admettre la possibilité de saisir, en application des règles de compétence du droit commun, une autre juridiction d'un État membre tout en bénéficiant du mécanisme de reconnaissance et d'exécution simplifié du règlement¹⁷⁵. Le déni de justice est admissible mais il faudra apporter la preuve de l'impossibilité de fait de saisir une juridiction étatique d'un État membre. Néanmoins, la juridiction saisie devra entretenir un lien de proximité nécessaire avec le litige afin de strictement circonscrire le nombre de recours potentiels.

* *

*

539. Le problème du constat par le juge d'appui de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage est qu'il fait apparaître potentiellement un déni de justice secondaire. Or, la question du *forum shopping* en matière d'arbitrage apparaît. En effet, si lorsque l'arbitrage fonctionne correctement les retombées économiques pour le for sont bénéfiques, que dire en cas de problème de constitution du tribunal arbitral ? Si la procédure d'arbitrage a un lien suffisant avec le for, le budget de la justice risque d'être imputé par cette politique volontariste.

§2- Réflexion sur l'incidence du siège de l'arbitrage comme choix de juridiction

540. Dans le cadre du déni de justice économique, il paraît nécessaire d'unifier dans une certaine mesure les règles de compétence internationale fondées sur l'objet du litige et celles relevant de l'aspect procédural de l'arbitrage afin de permettre de résoudre efficacement d'une part, la contrariété de décisions judiciaires relatives à la compétence arbitrale et d'autre part de trouver un for pertinent et correspondant à la volonté des parties en absence de mise en œuvre de la procédure d'arbitrage. Certains auteurs soutiennent qu'il serait raisonnable d'inclure la procédure d'arbitrage au sein du règlement Bruxelles I (A). Néanmoins, cette unification ne nous paraît pas nécessaire si, d'une part, le choix du siège de l'arbitrage est analysé comme un choix de juridictions, comme un choix plus global de juridictions permettant une unification des compétences et partant, une gestion plus rationnelle de la procédure d'arbitrage et du déni de justice économique et d'autre part, les chefs de compétence subsidiaires ou cumulatifs du juge d'appui sont rationalisés (B).

173 L'absence de prise en compte du risque de déni de justice entendu comme l'impossibilité juridique de saisine d'une juridiction étatique s'explique puisque, par hypothèse, le règlement est applicable à tout litige intégré à la Communauté Européenne ; Pour les autres litiges, aucun chef de compétence n'est prévu car par hypothèse, il n'existe pas de lien suffisant. Dans ce cas, le risque de déni de justice de droit ne saurait en toute hypothèse jouer.

174 V. en ce sens : GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 hyp. 73 et s. n° 80 références citées par l'auteur.

175 V. en ce sens : GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 p. 73 et s.

A- Inclusion de l'arbitrage dans le règlement Bruxelles I : unification de la compétence relative à la procédure et au fond du litige, une nécessité ?

541. Le Rapport Schlosser propose d'inclure l'arbitrage au sein du règlement Bruxelles I (1) ce qui ne manque pas de provoquer une critique virulente qu'il convient d'apprécier (2).

1)- Rapport Schlosser : de l'inclusion de l'arbitrage et de l'unification de la compétence du juge d'appui

542. Les États membres de l'Union sont liés par la convention de Bruxelles devenue règlement Bruxelles I. Ces règles ont remplacé dans leur rapport celles de droit commun. Le champ du règlement est large puisqu'au titre de l'article 1 du Règlement, il a vocation à s'appliquer en matière civile et commerciale, étant précisé que ces notions sont des notions autonomes¹⁷⁶. En conséquence, le règlement recouvre le domaine de l'arbitrabilité. Il convient de s'interroger sur la pertinence des règles de compétence édictées par le règlement Bruxelles I et de leur éventuelle adaptation à l'arbitrage. En effet, elles reposent sur une idée de proximité afin de déterminer le « juge naturel » du litige, entendu comme le juge étatique.

Afin d'assurer l'administration d'une bonne justice, il faut qu'il existe un lien de proximité pour justifier l'application du règlement. En application de l'article 2 de celui-ci, il est applicable dès lors que le défendeur possède son domicile ou son siège social sur le territoire de l'un des États membres¹⁷⁷. À ce critère, s'adjoint celui des compétences exclusives qui imposent l'application du règlement sans considération du domicile des parties. Ces règles sont précisées à l'article 22.

543. Madame H. Muir Watt s'interroge : « *N'aurait-il pas été plus réaliste, au vu de l'ampleur du fléau de la violation opportuniste des clauses de choix de for dans la pratique, de considérer tout simplement qu'au regard de l'article 1(2)(d), l'existence de la clause d'arbitrage disqualifie la vocation des juges étatiques à intervenir sur le fondement du Règlement, laissant alors place pour la consécration (coutumière, communautaire ou unilatérale) de la vocation du juge du siège pour décider des différends relatifs à la validité de la clause ; pareille solution n'exigerait même pas de prêter main-forte à l'injonction anti-suit, devenue pour l'occasion nettement moins nécessaire !* ». C'est ainsi que le rapport Schlosser propose la suppression de l'exclusion de l'arbitrage au sein du règlement Bruxelles I pour permettre une harmonisation des décisions dans le cadre européen. En effet, de ce fait, toute décision rendue à titre principal en matière d'arbitrage bénéficierait du mécanisme de reconnaissance. « *Compte tenu du caractère général de la suppression de l'exclusion de l'arbitrage, ce principe de reconnaissance automatique s'appliquerait donc non seulement aux décisions de nomination d'arbitres ou de récusation, mais aussi aux décisions rendues en matière de validité ou d'efficacité de conventions d'arbitrage, d'annulation de sentences ou de reconnaissance de sentences étrangères* »¹⁷⁸.

544. Le rapport de la commission propose dès lors la création d'une compétence exclusive au profit du juge du siège de l'arbitrage. Ce siège est présumé être établi, à défaut de précision des parties, conformément aux règles de compétence ordinaire du Règlement, c'est-à-dire

176 CJUE, 14 oct. 1976, *L.T.U. c. Eurocontrol*, Rev. Crit. DIP 1977.772 note Droz ; JDI 1977.707 note Huet.

177 V. convention de Bruxelles : CJUE, 13 juillet 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA c. UGIC*, JDI 2002.623 obs. F Leclerc.

178 MOURRE (A.), VAGENHEIM (A.), À propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement n° 44/2001, notamment après l'arrêt *West Tankers* de la CJUE, Gaz. Pal., 18 juillet 2009 n° 199 p. 20.

qu'il est localisé au sein de l'ordre juridique internationalement compétent. Un mécanisme de litispendance serait spécifiquement introduit, obligeant les juridictions saisies selon les compétences ordinaires du règlement à surseoir à statuer en l'attente de la décision du juge du siège de l'arbitrage saisi pour statuer sur la validité de la clause. Il serait créé un chef de compétence spécial propre à la procédure d'arbitrage. Mais admettre une assimilation du choix du siège de l'arbitrage au choix de juridiction propre à l'arbitrage ne permettrait pas de résoudre les conflits de décisions et les procédures parallèles intra-européennes puisque l'assimilation n'est pas globale.

545. Cette proposition est extrêmement favorable à l'arbitrage et au développement des centres européens de manière harmonisée puisqu'elle paralyse la compétence des juridictions au fond du litige sans analyse de la validité au fond de la clause compromissoire puisque le rapport se limite à une compétence purement procédurale. En effet, à suivre le Rapport, la simple allégation d'une exception d'arbitrage dans le cadre d'un litige permettrait d'octroyer une compétence exclusive au tribunal du siège de l'arbitrage qui appliquerait sa législation procédurale en matière d'arbitrage international. Prenant acte du fait qu'une majorité des clauses d'arbitrage ne précise pas le siège de l'arbitrage, la proposition présumerait que le siège est celui du for compétent. Ainsi, l'inclusion de la précision du siège de l'arbitrage fonctionnerait de manière similaire à une clause de juridiction. Le choix du siège de l'arbitrage deviendrait un choix de juridiction procédurale qui serait alors prioritaire.

2)- Appréciation critique de la proposition Schlosser

546. Ces propositions sont accueillies avec de grandes réserves y compris par les partisans d'une législation « ultra libérale » en matière d'arbitrage. Certains auteurs arguent notamment que le problème de la contradiction de jugements relatifs à la validité d'une convention d'arbitrage est une hypothèse exceptionnelle en pratique et « *largement privée de réalité* »¹⁷⁹. Cette situation est qualifiée de « *torpille anti-arbitrale* », et note qu'en pratique « *le tribunal arbitral est à même de poursuivre ses travaux et de rendre une sentence avant que le tribunal étatique saisi au mépris de la convention d'arbitrage ait lui-même statué au fond. La célérité et l'efficacité de la procédure arbitrale sont donc le meilleur rempart contre les manœuvres procédurales de parties tentant d'instaurer des procédures parallèles* ».

Leur raisonnement repose sur une idée principale à savoir « *que le principe de Kompetenz-Kompetenz et l'efficacité de la procédure arbitrale rendent illusoire que le tribunal étatique saisi dans la procédure parallèle puisse avoir tranché le fond avant que le tribunal arbitral ait rendu sa sentence* ». Néanmoins, rien n'empêche l'arbitrage de se poursuivre en application du principe de compétence-compétence et ce, y compris lorsqu'une juridiction est compétente à statuer sur cette question. Le risque n'est donc pas là.

Suivant l'argumentation favorable à l'inclusion de l'arbitrage dans le champ du règlement, une telle inclusion « *permettrait donc de faire jouer la litispendance en faveur du juge du siège (premier saisi ou bénéficiant d'une compétence exclusive, le cas échéant, comme on va le voir) et de conférer à la décision ainsi prise le bénéfice du régime de libre circulation* »¹⁸⁰ et pour se faire de consacrer une compétence exclusive à la juridiction du siège de l'arbitrage. Il faudrait considérer que toute question relative au litige ou à l'arbitrage relèverait de l'ordre juridique du juge d'appui. L'effet positif de cette proposition réside principalement dans l'unification des chefs de compétence du juge d'appui.

179 MOURRE (A.), VAGENHEIM (A.), À propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement n° 44/2001, notamment après l'arrêt *West Tankers* de la CJUE, *Gaz. Pal.*, 18 juillet 2009 n° 199, p. 20.

180 MUIR WATT (H.), De la compatibilité d'une injonction *anti suit* avec le règlement communautaire du 22 décembre 2000, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 373.

547. Le règlement Bruxelles I conjugué à la convention de New York semble apte à régir de manière cohérente la matière. Le raisonnement applicable en matière de clause d'élection de for peut se voir transposé avec des adaptations. Il nous semble opportun de créer une compétence spéciale dès lors que dans un litige une clause d'arbitrage est invoquée. En définitive, puisqu'il s'agit d'une question de procédure, donc de répartition interne de compétences au sein de l'ordre juridique saisi, c'est à ces juridictions de statuer sur cette question incidente conformément au règlement Bruxelles I, c'est-à-dire de déterminer si, et dans quelle mesure, l'exception d'arbitrage a vocation à recevoir effet. Dès lors, la présomption préconisée par le Rapport *Schlosser* nous paraît opportune concernant l'unification des chefs de compétence internationale du juge d'appui et ne fait que conforter une situation juridiquement exacte en évitant les conflits de décisions.

548. L'inclusion de l'arbitrage dans le champ du règlement de Bruxelles I ne serait pas révolutionnaire mais apporterait une plus grande lisibilité juridique donc, une sécurité juridique. Dès lors, cette inclusion ne saurait être *a priori* rejetée sauf évidemment à considérer la procédure arbitrale comme une procédure « *extra-terrestre* » donc délocalisée. En effet, son insertion dans le champ du règlement cadre mal avec la conception délocalisée de celui-ci. Cette insertion permettrait d'unifier le contentieux dans le cadre européen en cas de recours aux juridictions étatiques. En aucun cas, elle n'aurait pour objet de favoriser la judiciarisation de l'arbitrage, puisque par hypothèse l'anarchie dans la répartition des compétences internationales n'empêche en rien la saisine des juridictions étatiques.

Par ailleurs, le règlement Bruxelles I et la convention de New York sont deux instruments pouvant parfaitement se coordonner et permettant ainsi une harmonisation et une rationalisation des compétences en matière d'arbitrage dans le cadre européen. Cette inclusion permettrait surtout d'éviter les dénis de justice secondaires du fait de la dissociation des compétences internationales entre procédure et fond. Dans le cadre du déni de justice économique, cette proposition serait suffisante puisqu'en cas d'inapplicabilité de fait constatée par le juge d'appui, cette décision serait reconnue automatiquement dans le cadre de l'Union européenne. La compétence à juger au fond reviendrait alors à la juridiction compétente en l'absence de convention d'arbitrage. Cette solution semble correspondre à une bonne gestion de la justice dans le cadre européen. En l'absence de choix de siège, la transposition des règles de compétence paraît rationnelle et admise par de nombreux États, à l'exception notamment de la France en application de la fiction de la délocalisation.

549. Or, chaque État membre de l'Union européenne est signataire de la convention de New York de 1958 qui impose une faveur à l'arbitrage. L'hostilité provient des incidences économiques lorsque le centre d'arbitrage souhaité ne coïncide pas avec la juridiction compétente conformément au règlement Bruxelles I. En effet, des pays comme la France et l'Angleterre semblent envisager avec défiance cette possibilité. Cependant, la convention de New York instaure une base, nous semble-t-il équilibrée, et marque un consensus *a minima* sur la place de l'arbitrage en Europe. Cette solution a l'avantage indéniable de permettre d'unifier les compétences européennes et de supprimer tout risque de décisions contradictoires. En effet, dès lors que la juridiction compétente a statué sur l'inapplicabilité ou la nullité de la clause d'arbitrage, le règlement Bruxelles I a vocation à s'appliquer intégralement puisque, par hypothèse, le litige ne concerne pas l'arbitrage. En conséquence, si une sentence venait à être rendue nonobstant cette décision, la sentence ne saurait recevoir effet dans le cadre européen. « *Sans doute cette solution laisse-t-elle place à des divergences nationales. Mais ces divergences existent actuellement et ne peuvent être réduites en un tour de passe-passe. Il n'est pas douteux que certains souhaitent que l'arbitrage échappe*

totalemment au contrôle des juridictions étatiques »¹⁸¹.

550. Le problème majeur de cette proposition est que la contestation de la convention d'arbitrage en tant que telle n'est pas possible avant que la sentence soit délivrée si le droit français continue d'exiger le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Néanmoins, dans le cadre du déni de justice économique, cette solution serait suffisante puisque le juge d'appui français ne pourrait en ce cas renvoyer les parties devant l'arbitre sans commettre une violation directe de l'article 6 § 1. En l'absence de précision du siège, il n'y aurait plus lieu à une dissociation des compétences internationales entre fond et procédure. L'unification du contentieux permettrait une meilleure gestion du litige.

* *

*

551. Le Rapport Schlosser propose d'inclure dans le règlement Bruxelles I les questions relatives à l'arbitrage international. Dans cette perspective, la proposition fait état de la création d'une compétence exclusive au profit du juge d'appui. Cette juridiction serait alors compétente à l'exclusion de toute autre, ce qui permettrait au sein de l'Union européenne une unification du contentieux. Cette compétence serait déterminée soit en application des règles de compétence ordinaire du règlement, soit en application de la détermination contractuelle du siège de l'arbitrage par les parties. Bien que favorable à la prévisibilité des solutions et au développement de l'arbitrage, cette proposition est vigoureusement rejetée par les partisans d'une conception délocalisée de l'arbitrage, permettant plus aisément d'appliquer le droit du for en toutes circonstances.

B- Le choix du siège de la procédure comme choix de juridiction : solution satisfaisante

552. Quelle doit être l'incidence de la désignation du siège de l'arbitrage ? En effet, ne peut-on pas voir dans cette indication territoriale une volonté de choix de juridiction ? Certes, il est admis que l'indication du siège engendre la compétence du for en matière de procédure d'arbitrage. Ne peut-on considérer, sans détour par la notion de déni de justice, qu'il s'agit en outre d'un choix plus global de juridiction¹⁸² ?

553. L'unification des compétences serait alors fondée sur la volonté des parties, ce qui permettrait d'éviter une multi-localisation à outrance des fors compétents. Dès lors, en l'absence d'indication du siège de l'arbitrage, les juridictions étatiques conserveraient leur compétence internationale mais en cas d'indication du siège de celui-ci, la compétence serait alors unifiée. L'indication du siège traduirait un double choix : celui d'une juridiction étatique et celui de la procédure arbitrale pour régler le litige au fond.

181 THERY (PH.), Aux frontières du règlement 44/2001 : arbitrage, injonction et confiance mutuelle... ? (CJUE Gde ch. 10 févr. 2009, aff. C-185/07, D. 2009.981, note C. Kessedjian), *RTD civ.* 2009 p. 357.

182 V. pour un rejet du siège comme élément de localisation : CLAY (TH.), Le siège de l'arbitrage international entre « *ordem* » et « *progresso* », *Gaz. Pal.*, 02 juillet 2008 n° 184, p. 20 : Selon l'auteur, « *Personne ne conteste que la localisation du siège du tribunal arbitral n'emporte aucune conséquence à cinq égards. En premier lieu, le siège ne sert pas pour investir l'arbitre international de son pouvoir juridictionnel, ce que l'on résume souvent par la formule : « L'arbitre n'a pas de for ». (n° 11) [...] En deuxième lieu, l'absence de for national prive le siège du tribunal arbitral de lex fori. La détermination du for ayant pour effet principal de déterminer la loi de procédure applicable, l'absence de for entraîne nécessairement l'absence de loi de procédure applicable. (n° 12). [...] On voit donc que le siège ne sert ni à l'investiture des arbitres, ni à la détermination de la loi de procédure, ni à celle du fond, ni à l'exécution de la sentence, ni même à la tenue des audiences. C'est dire si son empire est réduit. Reste-t-il dès lors une utilité quelconque ? La question peut légitimement être posée (n° 16) ».*

554. Un parallèle peut donc être fait avec les clauses de juridiction. En matière de clause de juridiction, « *la Cour de cassation, [...], a clairement fait le choix de la solution la plus libérale. Les parties au contrat international choisissent très librement leur juge* »¹⁸³. Si les clauses de juridictions sont admises lorsque le litige n'a aucun lien avec le for, c'est précisément parce que leur objet est de créer la compétence d'un for et non de le conforter dans la conception française. En matière d'élection de for, la licéité des clauses relève de la loi du tribunal désigné en l'absence de convention internationale mais la validité reste soumise à la loi du contrat¹⁸⁴.

555. Dès lors, une compétence concurrente étrangère sera sans effet sur l'appréciation de cette validité. « *La faveur croissante que montre la jurisprudence de la Cour de cassation pour la liberté d'élection de for dans les contrats internationaux, accompagnée d'une libéralisation progressive des conditions de circulation des décisions, confère aux acteurs privés une mobilité métaphorique qui leur permet de se soustraire en toute impunité aux contraintes imposées par tel ou tel système juridique, généralement avec la bénédiction de celui-ci. [...] Ce qui est certain aussi c'est qu'en consacrant la mobilité intersystémique des parties – ce qu'encore un autre auteur a appelé « regulatory lift-off » -, la cour régulatrice contribue fortement à la mise en place d'un marché mondial qui n'est pas seulement du droit – que les parties peuvent sélectionner à leur guise en fonction de son attractivité et en faire leur chose propre - mais aussi des services judiciaires ou des services de règlement des litiges, où des considérations d'économie de la justice entrent fortement en jeu. L'application de l'idée de marché choquera sans doute davantage en ce domaine et justifie quelques explications plus approfondies. L'existence d'une compétition intersystémique parfois féroce dans le domaine du contentieux international n'est une surprise pour personne. Elle est liée au caractère inorganisé de l'ordre international, qui n'est que la juxtaposition de compétences unilatéralement définies. [...] Au-delà de cette compétition sauvage, la place d'un marché organisé du droit, où la compétition est mise au service d'une meilleure efficacité ou d'un meilleur fonctionnement de l'ordre international dans l'intérêt de tous, occupe une place croissante. Entre autres, le marché intérieur est construit sur un modèle compétitif où la mobilité des acteurs est organisée de façon à leur donner un pouvoir d'arbitrage non seulement entre produits et services mais entre les régimes juridiques qui les façonnent. [...] Mais peut-on aller plus loin et parler d'un marché global de services judiciaires, auquel la jurisprudence de la Cour de cassation ne serait ni étrangère ni défavorable? »¹⁸⁵. Lorsqu'une clause d'élection de for est invoquée devant une juridiction pour contester la compétence de celle-ci, le for saisi vérifie l'admission de ce choix de compétence au regard du for désigné pour ne pas créer une situation de déni de justice.*

556. À suivre cette comparaison, l'ordre juridique serait compétent tant sur la question de la procédure d'arbitrage que sur le jugement du litige au fond dans deux hypothèses. Lorsqu'une convention d'arbitrage existe mais ne précise pas le siège, les compétences internationales ont vocation à s'appliquer. En effet, la convention d'arbitrage, si elle établit en l'occurrence la volonté d'avoir recours à la justice arbitrale, ne traduit en aucune manière la volonté d'échapper à la compétence normalement applicable au regard du litige. Seul un arbitrage ayant une incidence pour l'ordre juridique français devrait être digne d'intérêt. Dès lors, faute d'indication du siège dans la convention d'arbitrage, le juge d'appui devrait être compétent

183 MUIR WATT (H.), La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, n° 20, Disponible sur le site internet de la Cour de cassation :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_mme_muir_watt_9474.html?idprec=8586.

184 C. Cass. Civ. 1, 17 déc. 1985 *Sorelec* GAJDIP n° 72 ; *Rev. Crit. DIP* 1986.537 nota H. Gaudemet Tallon.

185 MUIR WATT (H.), La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, n° 19, Disponible sur le site internet de la Cour de cassation :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_mme_muir_watt_9474.html?idprec=8586.

lorsqu'en l'absence de convention d'arbitrage le for considéré aurait retenu sa compétence internationale à juger au fond du litige.

Dans cette logique, on peut s'interroger sur l'absence en droit français de présomption concernant le siège de l'arbitrage lorsque celui-ci n'est pas mentionné. En effet, en l'absence de choix explicite du siège de l'arbitrage, la saisine du juge d'appui non contestée par l'autre partie pourrait être interprétée comme le choix implicite du siège de l'arbitrage international. Le raisonnement serait le même qu'en matière de clause de choix de juridiction. Dans le même ordre d'idées, la juridiction étatique est compétente si la convention d'arbitrage précise le siège de l'arbitrage. Cette précision *ratione loci* traduit en fait la volonté de recourir à l'arbitrage et un choix de juridiction pour ce faire. Rien n'empêche dans cette hypothèse les parties de choisir deux juridictions différentes à condition de le préciser. Cependant, l'admission d'une clause d'élection de for visant la compétence spéciale du juge d'appui dissociée du siège ou de la procédure aurait un coût pour la justice étatique sans nécessairement avoir des retombées économiques pour l'ordre juridique français. Il en sera de même en cas de comparution volontaire d'une des parties¹⁸⁶.

557. Qu'advient-il des compétences internationales dans le cadre de l'application du règlement Bruxelles I ? L'article 23 du règlement régit les clauses attributives de juridiction si l'une des parties, au moins, défendeur ou demandeur, a son domicile dans un État membre. A défaut, seul le droit commun de la compétence juridictionnelle de l'État saisi aura vocation à s'appliquer à l'exclusion du règlement. En conséquence, si le siège de l'arbitrage est situé dans l'un des États membres sans qu'une partie y soit domiciliée, le règlement n'a pas vocation à recevoir application. En revanche, si l'une d'elles y réside, en ce cas le règlement s'applique, que cette partie soit demandeur ou défendeur. Le contentieux relatif à la compétence arbitrale serait donc unifié en Europe en cas d'indication du siège de l'arbitrage. En effet, dans le cadre de l'application du règlement Bruxelles I et conformément à son article 23, la compétence du for désigné est exclusive sauf clause contraire des parties. Dès lors, tout autre tribunal d'un État membre doit se déclarer incompétent. Il en va ainsi y compris lorsque l'action porte sur la nullité du contrat¹⁸⁷.

558. Plusieurs tribunaux peuvent être valablement désignés¹⁸⁸ à condition que ceux-ci relèvent des États membres, à défaut le règlement est inapplicable. En outre, ces compétences ne peuvent faire échec aux compétences exclusives ou protectrices instituées par le règlement, à savoir les litiges en matière d'assurance, de contrat de travail ou de contrat de consommation notamment. En dehors de ces cas, aucune condition n'est exigée¹⁸⁹, notamment il est indifférent de savoir si le tribunal désigné présente un lien avec le litige, ce qui permet le choix d'une juridiction neutre¹⁹⁰.

186 L'article 24 du Règlement Bruxelles I confère un effet attributif de juridiction à la comparution volontaire du défendeur devant un État membre non désigné par les chefs de compétence du règlement.

187 CJUE, 3 juillet 1997, *Aff. Francoso Benincasa c. Dentalkit* ; GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n°139 ; *JDI* 1998.581 note Bischoff.

188 CJUE, 9 novembre 2000, *Coreck maritime c. Handelsveen*, Aff. C-387/98 ; *JDI* 2001.710 note Bischoff ; GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n° 130-132, 161 ; CJUE, 9 nov. 1978, *Meeth c. Glaceta*, *JDI* 1979.663 note Huet. GAUDEMET-TALLON (H.), « *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)* », Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n° 259 : admettant une clause de juridiction alternative suivant la nationalité du demandeur : « *une telle clause conserve son effet utile en ce sens qu'elle a pour conséquence d'exclure, dans les rapports entre les parties, d'autres attributions de compétence facultatives telles qu'on les trouve aux articles 5 et 6 de la convention* » (point 5).

189 La condition d'internationalité pour l'admission de la clause reste discutée. La majorité de la doctrine estime cependant que le litige doit avoir un caractère international et c'est la position de la jurisprudence française : V. C. Cass. Civ.1, 4 octobre 2005, *JDI* 2006.169 note Jaquet. Le problème étant dès lors de définir ce qu'il convient d'entendre par « situation internationale ». En générale, il est admis qu'une matière contractuelle, la situation sera internationale en fonction de l'établissement des parties et le lieu d'exécution des obligations. En revanche est indifférente à la qualification la nationalité des parties.

190 CJUE, 17 janv. 1980 *Zelger c. Salintri*, *JDI* 1980.435 note Huet ; GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n° 151-196.

Tout tribunal d'un État membre saisi en mépris de la clause d'élection de for doit se déclarer incompétent et ce, y compris lorsque l'action porte sur la nullité du contrat contenant la clause¹⁹¹, ce qui serait transposé en matière d'arbitrage et de convention d'arbitrage si le siège est indiqué. Cela étant, cette compétence exclusive du for choisi ne fait pas échec aux règles de litispendance de l'article 27 du règlement. Or, la CJUE a considéré qu'en cas de saisine concurrente du juge élu et du juge compétent conformément au règlement en l'absence d'une clause d'élection de for, les règles de litispendance ont vocation à recevoir application. Ainsi, dans l'arrêt *Gasser*¹⁹², le tribunal élu doit se dessaisir nonobstant la clause attributive de juridiction au profit du premier tribunal saisi en mépris de cette clause et en l'attente de sa décision.

En cas de nullité ou d'inapplicabilité de la cause compromissoire, le tribunal saisi conserve donc sa compétence. Cependant, dans le cas inverse, il déclinera sa compétence en application du règlement Bruxelles I¹⁹³. Cela étant, les conditions d'arbitrabilité relèvent du for élu, le juge saisi en mépris d'une telle clause doit cantonner son analyse à la validité de la clause de juridiction envisagée en tant que contrat uniquement (*i.e.* validité formelle, consentement en application de la *lex contractus*).

559. L'indication du siège de l'arbitrage aurait un effet similaire à la clause attributive de juridiction. En cas de confrontation entre une clause attributive de juridiction et une convention d'arbitrage, il serait dès lors de bonne logique de considérer que le tribunal étatique ainsi désigné constitue le lieu du siège de l'arbitrage. La seule hypothèse pouvant faire débat est celle d'une convention d'arbitrage désignant un siège de l'arbitrage différent de celui de la clause attributive de juridiction. Dès lors, il conviendrait d'admettre la prévalence du juge du siège dans la mesure où le règlement considère qu'en cas de volonté exprimée d'une partie, la clause attributive n'est pas exclusive. La désignation du siège de l'arbitrage par les parties serait donc la marque de cette volonté et, à défaut de mise en œuvre de l'arbitrage ou de son impossibilité constatée par le juge d'appui du for de la procédure, la compétence internationale reviendrait au juge désigné par une clause de juridiction séparée. En cas d'indication du siège de l'arbitrage équivalent à une clause de juridiction, le règlement sera applicable si une partie au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre¹⁹⁴. Si aucune d'elles n'a son domicile dans un État membre, l'article 23 alinéa 3 du règlement Bruxelles I impose aux États membres non élus de décliner leur compétence « *tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence* ». Le tribunal élu appliquera en ce cas son droit commun pour apprécier la validité de cette désignation.

560. En dehors de l'application du règlement Bruxelles I, c'est-à-dire en définitive lorsque le siège est situé dans un État membre et que ni le défendeur ni le demandeur ne résident dans l'un d'eux¹⁹⁵ ou en absence d'indication lorsque le for admet sa compétence à juger du litige sur le fondement des compétences ordinaires, la solution devrait être identique. La licéité de la clause de juridiction relève de la loi du for élu puisque hors convention internationale, chaque État détermine seul ses règles de compétence juridictionnelle. C'est au regard de la loi française que les tribunaux français apprécieront la licéité de ces clauses¹⁹⁶, donc c'est au

191 CJUE, 3 juillet 1997 *Aff. Fransceso Benincasa c. Dentalkit*; GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n°139 ; *JDI* 1998.581 note Bischoff.

192 CJUE, 9 déc. 2003, aff. C.159/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, D. 2004.1046 note Ch. Bureau; *Rev. Dr. Soc.* 2004.444 note H. Muir Watt; *JDI* 2004, 64 note A. Huet; *Rev. Crit. DIP* 2004 p. 444 note MUIR WATT (H.).

193 La solution serait différente si le juge saisi en second lieu avait une compétence exclusive en raison de l'objet du litige.

194 Article 23 du Règlement Bruxelles I et CJUE, 9 novembre 2000, *Coreck maritime c. Handelsveen*, Aff. C-387/98 ; *JDI* 2001.710 note Bischoff ; GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n° 130-132, 161.

195 Et hors cas de compétence exclusive d'une juridiction.

196 C. Cass. Civ. 1, 17 déc. 1985, *Sorelec*, GAJDIP n° 72 ; *Rev. Crit. DIP* 1986.537 nota H. Gaudemet Tallon.

regard de la loi française que seront appréciées dans un premier temps, la validité de cette désignation par l'indication du siège de l'arbitrage (ou comme cela semble être le cas par le choix de la loi française à la procédure d'arbitrage) puis dans un second temps la validité de la convention d'arbitrage, sa licéité et les conditions de sa mise en œuvre.

Lorsque le tribunal français est saisi alors même que le siège de l'arbitrage est étranger, en application de la jurisprudence *Sorelec*, les clauses de juridiction sont licites si le litige revêt un caractère international¹⁹⁷, et si la convention d'arbitrage indiquant un siège étranger ne fait pas échec à la compétence impérative d'une juridiction française. Dès lors, le for retiendra sa compétence en cas de litige purement interne ou en cas de compétence exclusive des juridictions françaises¹⁹⁸. Mais n'est-ce pas déjà la jurisprudence appliquée par la Chambre sociale de la Cour de cassation ? En outre, la jurisprudence française prend en considération la loi étrangère afin de ne pas priver de tout recours les litigants et analyse, lorsque cette clause est invoquée pour éluder la compétence des juridictions françaises, si cette exclusion est valable au regard de la loi du for désigné.

En outre, la clause de juridiction est un contrat et doit à ce titre répondre aux conditions de validité et d'existence des clauses contractuelles, elle est donc régie par la *lex contractus*. Dès lors, en cas de contestation de la compétence arbitrale, la juridiction sera celle du siège de celui-ci à condition que la licéité de ce choix de juridiction soit admise par la loi du tribunal désigné. Hors application du règlement de Bruxelles I, chaque État est libre de déterminer ses compétences juridictionnelles. En application de la jurisprudence *Sorelec*¹⁹⁹, la loi française déterminera la licéité de cette clause et l'existence d'une compétence concurrente d'un État étranger sera sans effet sur l'appréciation de la compétence des tribunaux du for. La licéité du choix de juridiction est admise si le litige revêt un caractère international²⁰⁰ et que ce choix ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française²⁰¹. Si la juridiction se dessaisit au profit du for élu, c'est après avoir vérifié que celui-ci admet sa compétence. Il y a donc prise en considération du droit étranger afin de ne pas priver les litigants de tout recours. Par ailleurs, la clause, comme tout contrat, doit être valable, et cette validité sera appréciée en fonction de la *lex contractus*.

561. En revanche, la seule réserve reste en matière de mesures provisoires et conservatoires, où la compétence étatique du for de l'arbitrage est plus discutable. En effet, lorsque ces mesures visent la conservation de preuves ou une saisie, la pertinence du siège de l'arbitrage se heurte à la question de l'exécution des décisions prononcées. Dès lors, il conviendrait de reconnaître une compétence de principe au regard du lieu d'exécution de la mesure provisoire. L'article 31 du règlement Bruxelles I donne compétence au tribunal saisi pour statuer sur l'opportunité d'une mesure conservatoire alors même qu'il n'est pas compétent au fond du litige. Il pourrait valablement s'appliquer en cette matière. L'article 31 ne sera applicable que si le litige répond au domaine d'application du règlement. Ainsi, dans l'arrêt *C.H.W. c. G.J.H.*, la CJUE précise expressément que cet article « *ne peut être invoqué pour faire entrer dans le champ d'application de la Convention les mesures provisoires ou conservatoires relatives à des matières qui en sont exclues* ». L'article 31 vise les États membres autres que celui compétent au fond du litige et exige l'existence d'« *un lien de rattachement réel* », laissant sous-entendre que l'exécution de cette mesure doit se dérouler

197 L'article 48 du Code de procédure civile répute non écrites les clauses qui ont pour effet direct ou indirect de déroger aux règles de compétence territoriale sauf si elle est convenue entre commerçants.

198 État ou statut personnel, immeubles, certains litiges relatifs aux droits de propriété industrielle ou lorsqu'est en cause une partie faible telle que le consommateur, les contrats d'assurance, le contrat de travail car sont alors en cause certaines lois de police.

199 C. Cass. Civ. 1, 17 déc. 1985, *Sorelec*, GAJDIP n° 72 ; *Rev. Crit. DIP* 1986.537 nota H. Gaudemet Tallon.

200 L'article 48 du Code de procédure civile répute non écrite les clauses qui ont pour effet direct ou indirect de déroger aux règles de compétence territoriale sauf si elle est convenue entre commerçants. Cet article est éludé en matière internationale.

201 État ou statut personnel, immeubles, certains litiges relatifs aux droits de propriété industrielle ou lorsqu'est en cause une partie faible telle que le consommateur, les contrats d'assurance, le contrat de travail car sont alors en cause certaines lois de police.

sur le territoire de la juridiction saisie²⁰². Appliqué à l'arbitrage, cet article permettrait de donner compétence à tout autre état. La CJUE a admis que les décisions provisoires ou conservatoires au soutien d'une procédure d'arbitrage bénéficient de l'application du règlement Bruxelles I²⁰³.

* *
*

562. L'apport majeur de la proposition *Schlosser* est d'introduire une présomption qui semble rationnelle en ce sens qu'elle diminue sensiblement les risques de *forum shopping*. Ainsi, en l'absence de précision, la juridiction exclusivement compétente en tant que juge du siège de l'arbitrage serait la juridiction compétente en vertu du règlement Bruxelles I. L'invocation dilatoire d'une convention d'arbitrage resterait sans effet tandis que son refus serait jugé de manière plus effective puisque de la compétence exclusive d'un seul ordre juridique. En conséquence, en l'absence d'indication du siège de l'arbitrage, les juridictions d'un État membre saisies conformément au règlement Bruxelles I seraient compétentes pour appliquer leurs règles procédurales relatives à l'arbitrage, ce qui rejoint la jurisprudence *West Tankers*. La précision du siège de l'arbitrage aurait dans ce cadre le même effet qu'une clause d'élection de for de procédure exclusivement compétent dans un premier temps.

Conclusion de la section 2

563. La convention d'arbitrage n'a pas d'incidence sur la compétence internationale d'un État et ne concerne qu'une répartition interne des compétences dans un ordre juridique internationalement compétent. Néanmoins, des conflits de décisions peuvent se produire dans la mesure où il existe des chefs de compétence internationale fondés sur la procédure d'arbitrage elle-même. Ainsi, le juge d'appui sera compétent, indépendamment de la compétence des juridictions françaises au regard de l'objet du litige, lorsque le siège de l'arbitrage est localisé sur le territoire français, lorsque la loi de la procédure est la loi française, en cas de choix explicite de juridiction au bénéfice du juge d'appui et enfin en cas de déni de justice.

À l'inverse d'autres droits, l'ordre juridique français n'admet pas une transposition des règles de compétence ordinaire dès lors qu'intervient une convention d'arbitrage. Cette position est fortement liée à la fiction de la délocalisation de l'arbitrage. Le déni de justice économique pouvant être constaté tant devant le juge d'appui que devant une juridiction internationalement compétente à juger du litige, un conflit de compétence peut apparaître. Or, il est possible de coordonner ces solutions en se fondant sur la convention de New York de 1958 et le règlement Bruxelles I, lorsqu'il est applicable. Néanmoins, cette dissociation des chefs de compétence est une source inutile de complication pouvant nuire à l'arbitrage et étant la cause d'un potentiel déni de justice secondaire. Dès lors, il serait possible de transposer la solution proposée par le Rapport Schlosser, à savoir d'unifier les compétences internationales en la matière.

Dès lors, les solutions seraient les suivantes : en cas de choix par les parties du siège de l'arbitrage, ce choix traduirait un choix plus global de juridiction permettant ainsi une centralisation du contentieux. En absence de désignation du siège, les juridictions compétentes devraient en principe être celles compétentes au regard de l'objet du litige ou

202 V. en ce sens GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 p. 319 et s.

203 CJUE, 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line E.A.*, aff. C-391/95, Rec. I. 7091 ; *Rev. Arb.* 1999 p. 143 note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD com.* 2000. 340, note E. Loquin ; *JDI* 1999.613 note Huet.

d'un choix de juridiction. La compétence du juge d'appui fondée sur l'application de la loi de la procédure devrait être exclue sauf à assimiler ce choix de loi à une volonté implicite de choix de juridiction.

Conclusion du chapitre 2

564. L'accès au juge des litigants se doit d'être assuré. Ce fait est entendu. Si la convention d'arbitrage devient un contrat source de déni de justice, le for responsable doit le priver d'effet. Reste qu'en cette matière, déterminer le for responsable pour statuer sur la question du déni de justice et le cas échéant pour juger du litige au fond, est problématique. En effet, une part importante de la doctrine française, suivie par la jurisprudence, proclame le caractère délocalisé de l'arbitrage et comprend la convention d'arbitrage comme traduisant la volonté des parties de détacher leur litige de tout ordre juridique. Néanmoins, nous soutenons la thèse que l'arbitrage n'est pas délocalisé, il ne flotte pas au-dessus des États ou autrement dit, et pour emprunter l'expression à Monsieur Ph. Théry, il n'est pas une procédure « *extra-terrestre* ». En revanche, le caractère international de l'arbitrage fait inéluctablement naître un conflit de juridictions puisque, comme tout litige international, l'arbitrage, dont le caractère international est sous-tendu par le litige sur lequel il porte, est multi-localisé.

Autre problème source de confusion, lorsqu'arbitrage il y a, il existe deux chefs de compétence différents : les premiers sont ceux relatifs au litige à proprement parler, les seconds sont ceux relatifs à la procédure d'arbitrage en elle-même. Pour répondre à la question directement liée à notre étude, à savoir quelle juridiction doit se saisir en principe du problème de l'impécuniosité d'une partie et le cas échéant juger du litige au fond, il convient en premier lieu de déterminer quelle influence la convention d'arbitrage peut avoir sur les compétences internationales relatives au litige.

565. Partant de l'hypothèse que la convention d'arbitrage n'est pas un choix de compétence internationale mais de compétence interne, elle ne remet pas selon nous en cause la compétence internationale d'un État. La première question sera donc de déterminer quel est le for internationalement compétent pour juger du litige. Une fois ce préalable levé, ce for appliquera les règles de compétence interne propres à l'arbitrage international et notamment la convention de New York de 1958 pour renvoyer ou non les parties devant l'arbitrage. Dès lors, et conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'insertion d'une convention d'arbitrage n'affecte pas non plus l'application du règlement Bruxelles I. Tout au plus, et aux fins d'assurer en toute hypothèse une unité des compétences entre celles relatives au litige et celles propres à la procédure d'arbitrage, nous pensons que le choix du siège de l'arbitrage devrait également être considéré comme un choix de juridiction plus globale.

566. Dès lors, l'État internationalement compétent doit juger de l'applicabilité de la convention d'arbitrage et le cas échéant la priver d'effet. Cela étant pour éviter de créer un déni de justice secondaire, il convient de déterminer également quel est le for compétent à juger du litige au fond. Si l'État qui a jugé de la caducité de la convention d'arbitrage a été saisi conformément à sa compétence internationale ordinaire, ce cas ne fait pas de difficulté. Il en va de même s'il l'a été en application du règlement Bruxelles I. En revanche, en cas de dissociation entre le siège de l'arbitrage et la compétence internationale, deux hypothèses sont à considérer. Soit on admet que le choix du siège équivaut à un choix de juridiction plus globale et dès lors, la compétence étant unifiée, le for reste compétent à juger au fond du litige. Soit la dissociation des compétences perdure entre celles relatives à la procédure d'arbitrage et celles fondées à proprement parler sur le litige. En ce cas, si la décision est prise par la juridiction compétente internationalement à juger du litige, la difficulté se résout d'elle-même. En revanche, si cette décision est prise par le for compétent au regard uniquement de

la procédure d'arbitrage, un déni de justice secondaire peut naître du fait du refus de reconnaissance de cette décision par le for en principe compétent à juger du litige. Dès lors, le for compétent au regard de la procédure serait fondé à retenir en ce cas sa compétence au fond pour éviter un second risque de déni de justice, cette fois étatique. En ce cas, le lien significatif avec le for serait la procédure avortée d'arbitrage en elle-même. Néanmoins, un mécanisme de reconnaissance permettant d'inclure une décision étatique prenant acte de la caducité de la convention d'arbitrage, envisagée non en tant que procédure mais comme tout contrat, serait de loin préférable et plus conforme à la rationalisation des chefs de compétence juridictionnelle et, partant, à la bonne administration de la justice. Cette solution ne semble pas exclue *a priori* du règlement Bruxelles I.

Conclusion du titre 2

567. L'arbitrage reste dépendant des juridictions étatiques dans son fonctionnement. Les juridictions étatiques interfèrent dans l'application du principe de compétence-compétence pour contrer ou conforter la compétence arbitrale. Ainsi, la majorité des ordres juridiques admet que la convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à la saisine des juridictions étatiques pour voir prononcer des mesures conservatoires ou provisoires. Par ailleurs, le contrôle de la compétence arbitrale reste partout de la compétence des tribunaux étatiques, seuls habilités à prendre une décision définitive sur ce point.

La juridiction étatique interfère avec la compétence reconnue à l'arbitre soit directement quant au fond du litige, soit au regard de l'appréciation de la compétence arbitrale elle-même. L'aspect juridictionnel de l'arbitrage ne permet pas *a priori* d'assurer l'accès à l'arbitrage et l'objet de la convention d'arbitrage implique pour la juridiction étatique de se saisir du litige en cas de dysfonctionnement de la justice privée.

Dans cette course de faveur des centres d'arbitrage, la France s'est dotée d'une législation appartenant à l'une des plus favorables au monde de par notamment sa conception de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Elle reste donc rétive à une possible harmonisation des compétences dans le cadre européen et d'une conception plus mesurée du principe de compétence-compétence. Cela étant, au vu des conséquences en découlant, il convient de se demander si cette faveur accordée aux centres d'arbitrage ne nuit pas *in fine* à l'institution d'arbitrage elle-même.

Dans ce cadre, une harmonisation des compétences internationales ou une rationalisation de celles-ci en matière d'arbitrage nous paraissent opportunes ainsi qu'une vision plus mesurée de la question procédurale de l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

568. Le principe de compétence-compétence est reconnu en droit international de l'arbitrage commercial. Sa conception diffère en fonction du caractère exclusif ou non de la justice arbitrale au regard de la justice étatique. En toute hypothèse, la justice étatique reste omniprésente à tout stade et n'admet pas que l'arbitre puisse, de manière définitive et exclusive, déclarer le litige dépendant de la justice arbitrale ou de la justice étatique.

La justice arbitrale et celle étatique doivent être envisagées comme complémentaires et non exclusives l'une de l'autre. Partant, le principe de compétence-compétence dans son aspect négatif pourrait valablement se restreindre au droit pour l'arbitre de ne pas surseoir à statuer sans signifier un dessaisissement des juridictions étatiques, cette solution permettrait d'admettre plus facilement la saisine des magistrats dans l'hypothèse où celle de l'arbitre s'avère impossible.

569. Le point de départ de la réflexion était de trouver un régime équilibré, et, partant, une sanction proportionnée, assurant à la fois l'accès au juge et pérennisant le développement de l'arbitrage. Il est apparu que l'effet négatif du principe de compétence-compétence, tel que conçu en France, n'a aucun rôle majeur à jouer dans ce développement, voire lui nuit. Il transforme l'arbitrage en une justice forcée sans considération de la volonté commune des parties et de l'opportunité de la procédure, ce qui, bien que contestable, n'est pas illégal. En revanche, lorsqu'une partie est en situation d'impécuniosité, il crée une situation de déni de justice dont l'État français est responsable. Dès lors, le contrôle de toute contestation sérieuse nous semble donc justifié et nécessaire.

Partant, l'adoption d'un principe plus mesuré de l'effet négatif du principe de compétence-compétence consistant en une absence d'obligation pour l'arbitre de surseoir à statuer et n'ôtant pas toute compétence à la juridiction étatique pour se prononcer sur la compétence arbitrale semble plus efficace. Une telle position n'est pas synonyme de « mort de l'arbitrage », menace que certains auteurs pourraient être tentés de brandir. Si la France est un marché de l'arbitrage en développement, il en va de même d'autres États qui ne partagent pourtant pas notre vision ultra-libérale de la matière.

Il est nécessaire de tenir compte que l'arbitrage est face à un phénomène de marché concurrentiel. Il convient de prendre en compte un aspect important du problème à savoir que les places d'arbitrage s'affrontent pour attirer le plus d'affaires possible devant leurs arbitres, centres d'arbitrage. Certes, mais cela étant, si l'on peut aisément concevoir qu'il existe un marché de l'arbitrage comme il existe un marché des matières premières, ce constat pose la délicate question du lien qu'il convient d'admettre entre la concurrence législative et économique des centres d'arbitrage et l'intérêt étatique à la bonne administration de sa justice. En effet, si le marché de l'arbitrage n'est pas en tant que tel un marché spécifique, il le devient par les liens qu'il entretient avec la justice étatique.

570. Que les justiciables du commerce puissent avoir le choix entre un service public de la justice et un service privé paraît bénéfique. Qu'ils soient contraints de se rendre devant le service privé nous paraît en revanche contestable dès lors que cette obligation remet en cause leur droit d'accès au juge et, qu'en principe, ce recours à la justice privée dépend de son consentement. En effet, la privation de cette possibilité dépasse largement le simple cadre du litige opposant deux contractants et touche à la question fondamentale du droit d'accès au juge dans notre société et de son rôle politique et social. Se dirige-t-on vers un marché du droit où l'arbitrage aurait le monopole des litiges du commerce international ?

La convention d'arbitrage, comme le contrat d'arbitre, sont des contrats. Le but des contrats est de « réaliser un gain réciproque pour les deux parties »¹. Cette stratégie du gagnant-gagnant est supposée être mieux garantie sans intervention de l'État, ce qui se traduit, en droit français, par le concept de l'autonomie de la volonté, qui présuppose qu'une « personne humaine ne peut s'obliger que par sa propre volonté »². De ce principe en découle quatre juridiques : celui de la liberté contractuelle, du consensualisme, de la force obligatoire du contrat et de l'effet relatif du contrat³. La liberté contractuelle est donc de mise, certes, mais elle se heurte aux limites de l'ordre public, car si « d'une manière générale, le bien-être de tous avance par la liberté de chacun de conclure les conventions qui lui procurent des gains, cet avantage présuppose néanmoins un cadre de conditions générales en dehors duquel la liberté individuelle risque d'interférer avec le bien-être de tous. [L'ordre public] constitue une limite générale à la liberté contractuelle »⁴.

Au regard de l'analyse économique de la situation juridique ainsi créée, il est courant d'évoquer les intérêts cruciaux du commerce international à voir les litiges tranchés par la voie de l'arbitrage. Mais, si intérêts économiques il y a, ce n'est pas à voir trancher les litiges spécifiquement par l'arbitrage mais de les voir trancher de manière efficace. Or, si l'arbitrage ne peut répondre à cette demande, les intérêts en jeu commandent de trouver une solution alternative pour assurer la pérennité du commerce international.

571. Nier le caractère délocalisé de l'arbitrage est-ce le mettre à mal ? Probablement non. Il s'agit de prendre acte d'un fait, à savoir la multitude de juridictions potentiellement

1 MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Méthode droit, Dalloz, 2 éd. Thémis, 2008 p. 362.

2 MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Méthode droit, Dalloz, 2 éd. Thémis, 2008 p. 363.

3 V. pour une analyse économique plus détaillée : MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Méthode droit, Dalloz, 2 éd. Thémis, 2008 p. 364 et s. spéc. 371 et s.

4 MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Méthode droit, Dalloz, 2 éd. Thémis, 2008 p. 424-425.

compétentes à juger du litige, fait certes regrettable, mais inhérent à tout litige de caractère international. Chaque État est libre de retenir sa compétence et nul autre ne peut en juger. Est-ce un handicap pour l'arbitrage ? Cela va de soi. Mais plutôt que de nier le problème et de mettre les parties dans la situation inconfortable de ne pas savoir à quel for se vouer, il nous semble de meilleure justice de prendre acte de ce problème et d'essayer de le résoudre autant que faire se peut.

Dans cet objectif, il nous paraît clair que l'insertion d'une convention d'arbitrage ne remet pas en cause la compétence internationale d'un État. Cet État est le for de référence pour admettre ou non une telle procédure selon ses règles de compétence interne et de procédure. Néanmoins, le choix de siège de l'arbitrage peut traduire valablement un choix premier de juridiction permettant ainsi d'unifier la compétence internationale dans tous les cas entre ce qui a trait à la procédure d'arbitrage elle-même et ce qui a trait au litige. Dès lors, afin de développer les centres d'arbitrage européens tout en préservant le droit au juge, il nous semble indispensable d'admettre que le règlement Bruxelles I doit être intégralement appliqué nonobstant l'existence d'une convention d'arbitrage. De la sorte, l'État, juge de la compétence arbitrale et responsable du déni de justice, serait désigné soit en application des règles de compétence ordinaire soit conformément à la volonté des parties. Nier le caractère multi-localisé de l'arbitrage ne permet ni de développer sereinement cette institution ni de lutter efficacement contre les problèmes de mise en œuvre de cette institution consistant notamment à l'impécuniosité d'une partie.

572. Il découle de ce qui précède que l'État français sera responsable d'une situation de déni de justice lorsque les tribunaux du for se reconnaissent compétents sur le fondement des règles de compétence ordinaire établies au regard du litige ou des parties, soit en application du règlement Bruxelles I, soit en application des règles du Code de procédure civil français. Mais les juridictions françaises seront également compétentes lorsque les parties ont choisi le siège de l'arbitrage sur le territoire français, ce choix pouvant valablement s'analyser comme un choix de juridiction. Dans ce cas, il appartiendra à nos juridictions de vérifier la possibilité financière d'une partie d'avoir accès au juge arbitral et de conclure, à défaut de pouvoir mettre en œuvre cette procédure par la conclusion d'un contrat d'arbitre, qu'il y a lieu de juger du litige au fond.

Conclusion de la partie 1

« Que serait l'État de droit sans un système d'aide juridictionnelle ? Quelle serait la signification même d'un État de droit si les plus démunis ne pouvaient défendre leurs droits devant une juridiction indépendante et impartiale ? »¹

573. Le droit d'accéder au juge est un droit non seulement fondamental mais général. Il s'applique à toute instance et toute partie. Il est consacré tant en application des principes constitutionnels français qu'en application de la CESDH. Or, le droit au juge implique le droit d'être entendu au fond et donc le droit au jugement. Ce droit impose une obligation positive à la charge des États de lever tous les obstacles matériels et notamment financiers ne permettant pas aux justiciables d'accéder à la justice librement. Dès lors, le déni de justice est reconnu et condamné tant en application de la jurisprudence de la CEDH que de la jurisprudence française. Le droit fondamental d'accéder à la justice doit être préservé, y compris dans le cadre d'un arbitrage international qui ne saurait donc y faire exception. La partie faible est alors envisagée comme celle impécunieuse c'est-à-dire lorsque ses ressources sont disproportionnées par rapport aux frais de justice.

574. Le droit français, empreint d'un principe de gratuité d'accès au juge, n'hésite pas à priver d'effet une décision étrangère sur le fondement du déni de justice économique, et condamne fermement l'impossibilité d'accéder au juge étatique ou à l'arbitre dans différents domaines. Toutes ces solutions sont admises parce qu'elles viennent au soutien de l'arbitre, à son secours. Elles permettent sa mise en œuvre. Cela étant, rien n'est prévu en cas de déni de justice économique mettant en jeu une convention d'arbitrage. Pourquoi cette position ? Par dogmatisme sûrement. En effet, il n'existe *a priori* aucune solution ne permettant dans cette hypothèse de sauvegarder l'arbitrage. *« Justice privée faite pour et, dans une très large mesure aujourd'hui, par les intervenants professionnels du commerce international, l'arbitrage international semble a priori assez étranger aux parties présumées faibles [...]. On pourrait même considérer qu'il y a une certaine antinomie entre l'arbitrage, mode privilégié de règlement de leurs litiges par des opérateurs rompus au commerce international, et les parties faibles, qui ne font pas partie de ce landerneau. Cette croyance pourrait être renforcée par le constat que la protection de la partie faible face à l'arbitrage semble être en France une vieille citadelle quasi imprenable. [...] Pourtant, comment l'arbitrage, aujourd'hui déclaré justice de droit commun du commerce international, privilégiée par les opérateurs professionnels, pourrait-il éviter de rencontrer sur sa route les parties faibles impliquées dans un tel commerce ? »².*

Les restrictions d'ordre procédural de l'action en justice ne doivent pas, en application de l'article 6 de la CESDH, constituer des entraves illégitimes à ce droit. C'est ainsi qu'un justiciable ne peut se trouver dans la situation où il est dans l'impossibilité matérielle ou juridique de saisir une juridiction pour voir son litige tranché. En cas d'impécuniosité, le fait de permettre la saisine des juridictions étatiques ne devrait pas être considéré comme une volonté de nuire à l'arbitrage mais au contraire comme une volonté de lui adjoindre un régime équilibré, responsabilisant les parties au contrat. À trop vouloir protéger une institution, l'histoire du droit, y compris l'histoire de l'arbitrage, démontre de manière systématique

¹ BOUGRAB (J.), L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ?, *AJDA* 2001 p. 1016.

² SERAGLINI (Ch.), Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre, *Gaz. Pal.*, 15 décembre 2007 n° 349, p. 5.

qu'on finit inéluctablement par lui nuire.

575. Dans le cadre d'une étude du principe de compétence-compétence confronté à l'impécuniosité d'une partie, les conflits de juridictions et les questions de procédure doivent être analysés, au regard du principe de compétence-compétence. Or, la conception du principe de compétence-compétence fluctue en fonction de la place réservée à la justice arbitrale, du rôle qui lui est dévolu et donc son caractère exclusif ou non au regard de la justice étatique. En toute hypothèse, la justice étatique reste présente et ne renonce pas à son pouvoir juridictionnel. Elle établit l'arbitrage et lui donne compétence et pouvoir juridictionnel au regard du litige qui lui est soumis.

La justice arbitrale et la justice étatique doivent être envisagées comme complémentaires et non exclusives l'une de l'autre. Les deux sont assimilables au niveau fonctionnel mais la dette de justice reste de la responsabilité de l'État. Le paradoxe de l'arbitrage international est d'être cependant un mécanisme ayant pour objet la résolution de litiges du commerce international et d'être dans la dépendance des législations nationales qui peuvent intervenir à tous les stades de l'instance. « *L'arbitre est un juge, certes privé, mais il tranche, il juge. Cependant, s'il détient la balance de la justice, il n'en a pas le glaive, de telle sorte que ses décisions ne seront exécutoires que si le juge étatique compétent le décide. Ainsi soumise au contrôle du juge, la sentence arbitrale s'intègre dans l'ordre juridictionnel [...] les très larges pouvoirs dont dispose l'arbitre, en particulier dans notre droit ne l'exonèrent pas du contrôle du juge* »³.

L'impécuniosité d'une partie, source de déni de justice, crée un problème d'accès à l'arbitrage. Ces problèmes de constitution du tribunal arbitral sont de la compétence du juge d'appui notamment en cas de risque de déni de justice. Les juridictions étatiques sont omniprésentes à tout stade de l'instance, alors pourquoi ne pas admettre qu'il convient de prendre en considération les hypothèses où la convention d'arbitrage s'avère inapplicable et donc le procès impossible ? Dès lors que, en application de l'article 6 § 1 de la CESDH, un État laissant se produire une situation de déni de justice économique viole directement la Convention, l'effet négatif français du principe de compétence-compétence en ce qu'il renvoie sans analyse les parties à l'arbitrage, est illégal. L'État doit apporter la preuve de la possibilité d'accéder au juge pour un litigant et, pour ce faire, doit analyser toute contestation sérieuse relative au droit au juge.

576. L'effet négatif du principe de compétence-compétence, par son automatisme, est source d'un déni de justice économique pourtant prohibé tant par le droit interne qu'international et, à ce titre, doit être écarté. Cet effet semble ignoré en droit français. Cette ignorance résulte d'une crainte affichée de nuire à l'arbitrage et au commerce international en général. L'idée est que si « *le juge français aime l'arbitre comme tous ceux qui sont aimés, l'arbitre aime être aimé* »⁴ et les centres d'arbitrages se développent dans un contexte de compétitivité législative favorable. Cela étant, l'arbitrage ne serait pas affaibli par l'introduction d'un régime équilibré. Ce qui semble en cause est en réalité la compétitivité des centres d'arbitrage dans la compétition législative mondiale. L'objet de cette protection n'est pas l'arbitrage en tant qu'institution mais les intérêts financiers des centres et des arbitres.

Incontestablement, le droit français ne fait aucune place en matière d'arbitrage international au déni de justice, dès lors que l'admettre pourrait dans certains cas conduire à une incompétence de l'arbitre. Quand bien même la clause d'arbitrage serait déclarée applicable et valable au regard du litige, il est certain qu'elle ne constitue pas un renoncement à l'accès à la justice. Dès lors, son impossibilité de mise en œuvre ne pourrait rester sans

3 LAZAREFF (S.), Le juge et l'arbitre, *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2008 n° 349 à 351, *Cah. Arb.*, n° 2008/4, p. 3.

4 LAZAREFF (S.), De l'amour du juge, *Gaz. Pal.*, 22 octobre 2005 n° 295 p. 3.

sanction. En effet, le principe même de gratuité de la justice semble inconciliable avec la compétence de principe de l'arbitre. L'arbitrage est une justice onéreuse, il a un coût souvent substantiel.

S'il faut entendre la notion de juge de droit commun comme correspondant à celle de juge naturel, il convient d'admettre que le caractère conventionnel de l'arbitrage a, en droit français, laissé place à son caractère légal et de ce fait, entre en confrontation avec le principe de gratuité de la justice. En effet, dès lors que le mécanisme légal impose d'avoir recours à l'arbitrage de façon presque systématique, la solution ne peut plus valablement être fondée sur le respect de la parole donnée. Ainsi, le droit français contemporain, à l'image du droit révolutionnaire, semble avoir institutionnalisé l'arbitrage de manière excessive. La doctrine la plus autorisée en la matière justifie précisément cette solution et l'état du droit au nom du respect de la parole donnée et de la force contractuelle des engagements.

Nous ne souscrivons pas à cette analyse car, à ce stade de la procédure, la question de la compétence arbitrale n'est pas fondée sur la convention d'arbitrage en tant que telle mais sur la loi. L'effet du principe de compétence-compétence est légal, c'est une question purement procédurale qui ne concerne pas la force des engagements contractuels mais une répartition des compétences dans un ordre juridique considéré. Une partie renvoyée à l'arbitrage ne l'est pas sur le fondement contractuel. Par hypothèse, aucune juridiction n'a encore statué sur la validité, l'existence ou l'applicabilité de cette clause au litige. On ne peut donc invoquer qu'avec artifice le « respect de la parole donnée ». Seule la loi française contrevient au droit fondamental d'accéder au juge, principe qui lui est supérieur, elle doit donc être écartée.

Par ailleurs, un tel comportement idéologique nuit *in fine* à l'institution que l'on entend protéger, à savoir l'arbitrage, en déresponsabilisant de ce fait les parties qui peuvent se servir de l'arbitrage comme d'une arme de harcèlement procédural efficace. Cette justice devrait se résoudre à devenir un moyen de discrimination juridictionnelle permettant à une partie de pouvoir librement violer ses engagements contractuels sans craindre la moindre possibilité de recours de son cocontractant. En application du droit fondamental d'accéder au juge, « *Un équilibre est souhaitable entre le mécanisme prioritaire de l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile et le risque raisonnable d'absence de compétence arbitrale. Mais est-ce bien la voie que l'on prend ?* »⁵. La réponse doit probablement être négative. Le droit français de l'arbitrage international ne semble pas à la recherche d'un équilibre législatif mais vise à assurer le développement de l'arbitrage. En conséquence, tout est renvoyé à l'arbitre, y compris, ce qui n'est pas sans ironie, le fait de statuer sur l'impossibilité effective de mise en œuvre de la clause.

En d'autres termes, c'est à l'arbitre qu'il revient de statuer sur l'inapplicabilité de la clause, sur l'impossibilité de sa propre saisine. Or, cette inapplicabilité de la clause crée une situation de blocage de la responsabilité de l'état. Le juge d'appui doit s'assurer de la possibilité de constitution d'un tribunal arbitral et, à défaut, admettre qu'il n'y pas lieu à arbitrage.

577. Néanmoins, l'État français n'est pas responsable de tous les arbitrages boiteux et pour déterminer les hypothèses dans lesquelles les juridictions françaises doivent se saisir de cette question, il convient de relocaliser l'arbitrage. Or, la convention d'arbitrage ne saurait avoir d'incidence sur la compétence internationale des États et donc sur leur responsabilité au regard du droit d'accès à la justice. En effet, l'arbitrage relevant des procédures internes, la compétence internationale d'un État reste inchangée ; seul le mode de résolution du litige sera modifié en application des règles de compétence interne de cet État.

Néanmoins, il existe en matière d'arbitrage un particularisme : les compétences

5 FADLALLAH (I), *Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ?* *Gaz. Pal.*, 06 juin 2002 n° 157, p. 26.

internationales relatives au fond du litige et celles relatives à la procédure d'arbitrage peuvent être dissociées. Or, le déni de justice international peut être constaté devant ces deux fors. Il convient donc de coordonner les décisions prises. Une situation pose difficulté : celle dans laquelle le juge d'appui considère qu'il n'y a pas lieu à arbitrage non pour défaut de convention d'arbitrage mais au regard de son impossibilité de mise en œuvre. Si cette décision n'est pas reconnue, il apparaît alors un déni de justice secondaire lié cette fois au refus de juger d'un for étranger. En ce cas, le for du juge d'appui devrait logiquement retenir sa compétence au fond, le siège de l'arbitrage pouvant être considéré comme un lien suffisant.

Reste qu'une meilleure gestion des compétences internationales en la matière serait souhaitable et le Rapport Schlosser, très favorable à l'arbitrage, permettrait dans le cadre européen de lutter efficacement contre les risques de déni secondaires. À défaut d'inclusion de l'arbitrage dans le Règlement ou en dehors du cadre de son application, n'est-il pas envisageable de conclure que le choix du siège d'arbitrage par les parties serait un choix de juridiction plus global ? Ainsi, la compétence au fond et celle au regard de la procédure seraient unifiées : en l'absence de précision, elle reviendrait à l'une des juridictions se reconnaissant internationalement compétente, en cas d'indication du siège, le for serait globalement compétent. Cette solution remettant en cause le caractère délocalisé de l'arbitrage n'en reste pas moins conforme aux intérêts du commerce international.

PARTIE 2 : L'INCIDENCE DU DROIT FONDAMENTAL D'ACCÉDER À LA JUSTICE SUR LE CARACTÈRE CONTRACTUEL DE L'ARBITRAGE

578. Les juridictions françaises peuvent être confrontées au déni de justice économique d'un litigant dans deux hypothèses : soit sur le fondement des compétences au regard du litige, soit lors de la saisine du juge d'appui afin d'aider à la constitution du tribunal arbitral. Comme préalablement établi, l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne saurait jouer en ce cas puisqu'il renvoie les parties automatiquement à l'arbitrage sans égard envers sa possibilité de mise en œuvre. En conséquence, il est contraire au droit au juge. Dès lors, que faire ?

En principe, en application de la convention de New York de 1958 où, si l'on délaisse le caractère manifeste du droit français, les parties doivent être renvoyées à l'arbitrage, sauf nullité ou inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Or, pour apprécier la nullité ou l'applicabilité de la convention d'arbitrage, encore faut-il étudier au préalable le cadre contractuel dans lequel elle s'insère et les pouvoirs et compétences respectifs du juge et de l'arbitre. En effet, la clause compromissoire doit s'analyser comme une promesse de contracter un contrat d'arbitre. Or, la question du paiement des honoraires, question centrale au regard de l'impécuniosité d'une partie, est de la compétence des juridictions étatiques. Une fois ce préalable levé, quelle doit être la réaction de l'ordre juridique français lorsqu'un contrat d'arbitre ne peut se former ?

579. Le contrat d'arbitre est un cocontrat de louage d'ouvrage, contrat consensuel conclu à titre onéreux. Il est en effet rare qu'un arbitre officie gratuitement, bien qu'en théorie rien ne s'y oppose. En conséquence, la rémunération de l'arbitre et le paiement de la provision peuvent rendre impossible la formation ou l'exécution du contrat d'arbitre. L'accès à la justice est donc paralysé. Or, le contrat d'arbitre touchant au pouvoir juridictionnel de l'arbitre, relève de la compétence juridictionnelle des juridictions étatiques, notamment au sujet des honoraires, de leur fixation, révision ou paiement. Cependant, il existe incontestablement un lien d'interdépendance entre le contrat d'arbitre et la convention d'arbitrage. Ce lien implique que l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre ait une incidence sur la convention d'arbitrage.

Le libre accès au juge et au droit au jugement sont des libertés fondamentales qui mettent à la charge de l'État une obligation positive. La prohibition du déni de justice est une composante indispensable de l'état de droit car il est l'instrument de l'effectivité du droit. En conséquence, l'ordre juridique français pourrait voir engager sa responsabilité, tant en droit interne qu'en droit international public s'il laissait cette situation d'impécuniosité sans solution. En effet, lorsque l'arbitre refuse de donner son consentement au contrat d'arbitre, le tribunal arbitral n'est pas saisi et les parties ne peuvent saisir la juridiction étatique pour traiter du fond du litige. Les situations de déni de justice sont admises en droit français, tant en cas de conflits de juridictions classiques qu'en matière d'arbitrage international.

L'impécuniosité d'un litigant peut créer une situation de déni de justice lorsque l'arbitre refuse la conclusion du contrat d'arbitre et que les juridictions étatiques se déclarent, sans examen, incompétentes à en juger. Prendre cette situation en compte n'est pas nuire à l'arbitrage puisque, par hypothèse, il n'y a pas d'arbitrage possible. La réflexion n'est donc pas contre l'arbitrage ou ne tend pas à « *sa mort* » mais bien au contraire elle vise à conforter sa légitimité. La juridiction étatique se doit alors d'intervenir pour permettre la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage ou constater cette impossibilité¹.

¹ La jurisprudence française, raisonnant sans cesse par règles matérielles *in favorem* et traduisant de la sorte une position nationaliste exacerbée, ne finit-elle pas par discréditer cette institution ? Cette jurisprudence est au surplus isolée en droit comparé. En outre, l'arbitrage

580. Il paraît fondé de considérer que l'impécuniosité d'une des parties correspond à un cas d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage devant, par là même, entraîner la compétence des juridictions étatiques. Cette inapplicabilité est de la compétence du juge d'appui, puisque celui-ci peut être valablement saisi dès lors qu'il existe un risque de déni de justice. Dans le cadre spécifique de la faiblesse entendue comme une situation d'impécuniosité, cette situation, qui peut exister dès l'origine du contrat ou apparaître lors du développement des relations contractuelles, se manifeste lors de la mise en œuvre de la convention d'arbitrage. En conséquence, lorsque ce n'est pas son existence ou sa validité qui est mise en cause mais les conditions de sa mise en œuvre, l'intervention du juge d'appui est de la plus haute importance. En effet, c'est à lui que reviendra la charge d'aider à la constitution du tribunal arbitral et, le cas échéant, d'en constater l'inapplicabilité. Il convient donc d'apprécier la possibilité de substitution par le contrôle de la contestation sérieuse par le juge d'appui en cas d'inapplicabilité de la clause.

Plus fondamentalement, la question reste de savoir si l'effet négatif du principe implique de reconnaître à l'arbitre une compétence exclusive et prioritaire ou si l'effectivité de l'arbitrage serait préservée par une conception plus nuancée permettant à l'arbitre de ne pas surseoir à statuer lorsqu'une juridiction étatique est saisie du problème de sa compétence. Lorsque le contrat d'arbitre ne peut se former ou que l'arbitrage ne peut avoir lieu en respectant les normes du procès équitable, l'État est responsable pour déni de justice. En effet, l'État ne doit pas permettre de donner effet à une telle situation qui serait internationalement illicite. Dès lors il convient d'analyser l'incidence sur la convention d'arbitrage de l'impécuniosité d'un litigant (Titre 1).

581. En toute hypothèse, et pour garantir l'accès au droit et donc l'état de droit, il convient d'assurer l'accès à la justice tout en assurant la pérennité de l'arbitrage. Dès lors que la formation du contrat d'arbitre équivaut à une privation du droit au juge, les liens unissant la clause compromissoire avec le contrat d'arbitre imposent de considérer que celle-ci se trouve privée d'objet. Dans ce cas, elle doit être déclarée inapplicable et caduque.

Cependant, en se fondant sur la nature de cocontrat du contrat d'arbitre, d'autres solutions plus respectueuses de la volonté des parties et de l'arbitrage pourraient être envisagées en analysant la responsabilité des parties en cas d'impécuniosité. En effet, le problème de l'impécuniosité d'une partie, source de déni de justice, se pose dans l'hypothèse où la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage est établie. En effet, à défaut de volonté commune, il serait vain de renvoyer les parties à l'arbitrage. Dès lors, la sanction de la caducité de la clause paraît radicale et il convient de se demander s'il n'est pas possible de mettre en œuvre la responsabilité contractuelle qui lie les parties.

En effet, l'accès au juge arbitral découle de la mise en œuvre d'un ensemble contractuel complexe comprenant la clause compromissoire, avant contrat par lequel les parties s'engagent à se rendre devant un tribunal arbitral, le contrat d'arbitre, cocontrat liant les litigants d'une part et les arbitres de l'autre, et éventuellement le contrat d'organisation de l'arbitrage entre le centre d'arbitrage et les litigants. Cependant, le lien contractuel le plus intéressant afin de préserver l'accès à la justice arbitrale semble être le contrat/devoir de collaboration, liant les parties afin d'organiser leurs rapports en tant que parties communes dans le cadre du contrat d'arbitre, dont la conclusion implicite ou expresse découle nécessairement de la conclusion de la convention d'arbitrage. Or, ce contrat ou devoir de collaboration renforcé, implique un certain comportement des parties permettant de préserver l'arbitrage, y compris lorsqu'une partie allègue son impécuniosité. En effet, un manquement à l'obligation de collaboration qui lie les litigants permettra de préserver l'arbitrage en

condamnant la partie forte à des dommages et intérêts. Mais, il paraît également nécessaire de réfléchir sur les sanctions pouvant et devant être prononcées à l'égard d'une partie qui invoquerait à tort une situation d'impécuniosité à des fins dilatoires ou frauduleuses. En effet, si une partie contestant le recours à la procédure d'arbitrage n'est pas nécessairement de mauvaise foi, il est possible qu'elle invoque un déni de justice afin de se délier d'une obligation contractuelle qu'elle a consentie librement. Une telle attitude doit être prise en compte pour s'assurer de l'équilibre nécessaire au bon développement de l'institution d'arbitrage (Titre 2).

Titre 1 : Les effets de l'impécuniosité sur la convention d'arbitrage

582. Il convient d'analyser le mécanisme contractuel aboutissant au déni de justice. Le problème de l'impécuniosité comme source de déni de justice naît de l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre. Le renvoi des parties devant l'arbitre ne doit pas être étudié sans prendre en compte le contrat d'arbitre, contrat qui investit ce dernier de la mission de juge. Dans ce cadre, les deux notions de compétence et d'investiture sont fondamentales. La notion de compétence vient au soutien de l'arbitrage et permet à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence. Encore faut-il qu'il en ait accepté la mission pour être investi, c'est l'objet du contrat d'arbitre. Il convient donc de définir au préalable les notions de compétence et d'investiture qui seront à la base de notre réflexion et de les attribuer à chacun des contrats en présence.

L'investiture¹ est « l'action de conférer à quelqu'un une fonction ou un titre par élection ou nomination ; par extension, celle de conférer une mission ou une charge par convention »². En arbitrage, traditionnellement, il s'agit du pouvoir donné à l'arbitre de prendre une décision ayant autorité de la chose jugée, concernant la validité de la convention d'arbitrage. Néanmoins, cette analyse doit être nuancée. La notion d'investiture concernant le contrat d'arbitre, comme l'a démontré Monsieur Th. Clay dans sa thèse³, la convention d'arbitrage est insuffisante à justifier le principe de compétence-compétence dans le cas d'une décision de l'arbitre rejetant la compétence. L'investiture de l'arbitre n'est pas liée à la validité de la convention d'arbitrage, à tout le moins dans un premier temps.

La notion d'investiture doit donc s'analyser en deux temps : dans un premier temps, l'arbitre est investi par l'effet conjugué du principe de compétence-compétence et du contrat d'arbitre, du pouvoir juridictionnel et de la compétence de statuer sur sa compétence à juger du fond du litige. En effet, chronologiquement, l'arbitre est investi par le contrat d'arbitre de la *jurisdictio*, qui lui permet de se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage, sur sa compétence à juger du litige. Dans un second temps, une fois ce préalable levé, si l'arbitre considère que la convention d'arbitrage n'est pas valable, il décline sa compétence et cette sentence a autorité de chose jugée *per se*. Cette sentence d'incompétence n'a de valeur juridique qu'à condition d'admettre que l'arbitre est investi par le contrat d'arbitre de par l'effet que la loi donne à la convention d'arbitrage. Dans le cas contraire, où il retient sa compétence, sa *jurisdictio* et cette compétence s'étendront au litige qui lui est soumis. Cela étant, cette compétence seconde, établie au regard de la convention d'arbitrage, pourra être contestée dans un second temps devant la juridiction étatique. Dès lors, on pourrait transposer la notion d'investiture en la définissant comme « l'attribution de la compétence arbitrale à une personne précise »⁴.

Ainsi, l'investiture concerne l'arbitre et son pouvoir juridictionnel, à l'exclusion de la convention d'arbitrage, relative, quant à elle, au litige et à sa compétence. Comme le précise Monsieur M. De Boissésou, « la compétence n'est pas l'investiture (...) l'investiture est l'acte fondateur du pouvoir juridictionnel conféré à une juridiction »⁵, en l'occurrence le pouvoir juridictionnel est légalement reconnu à l'arbitre dès l'existence au sein d'un contrat d'une convention d'arbitrage.

583. Dès lors, le contrat d'arbitre institue l'arbitre sur le seul fondement d'une convention

1 Du latin *investire* signifiant revêtir.

2 CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8^e éd. 2000.

3 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2.

4 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 166 p. 140.

5 V. DE BOISSESON (M.), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Préf. P. Bellet. GLN Joly, 1990 n° 113 : cependant, l'auteur rattache l'investiture à la convention d'arbitrage.

d'arbitrage alléguée. Cet effet de la convention d'arbitrage découle de la loi française, qui impose donc la formation du contrat d'arbitre pour apprécier de la compétence au fond. Dans un second temps, et lorsqu'il est saisi, l'arbitre statuera sur le point de savoir si le litige qui lui est soumis relève ou non de sa compétence⁶. Son pouvoir juridictionnel primaire découle donc du contrat d'arbitre et relève de la loi.

La convention d'arbitrage, contrat dans le contrat, fait naître des obligations réciproques et similaires à la charge des parties, à savoir le droit d'exiger en cas de litige que celui-ci soit tranché par la juridiction arbitrale et l'obligation de ne pas recourir à la juridiction étatique. L'objet de l'obligation de la convention d'arbitrage est une obligation de contracter un contrat d'arbitre lorsqu'un litige naît. Les parties à la convention d'arbitrage souscrivent donc deux obligations : une obligation de faire, celle de contracter, et une obligation de ne pas faire, avoir recours au juge étatique. Ces deux obligations découlent de l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

584. La dissociation entre compétence et investiture arbitrale est souvent niée car elle risque, dans l'esprit de la doctrine largement majoritaire, de nuire à l'arbitrage en juridictionnalisant davantage encore cette institution. Ainsi, H. Motulsky écrivait à ce propos qu' « *il y a des controverses possibles et d'autres qui ne devraient pas exister, parce que l'une des thèses est a priori insoutenable* »⁷. Néanmoins, et peu importe dans un premier temps les effets sur l'arbitrage, il convient d'admettre qu'il existe une dissociation entre compétence et investiture comme en témoignent les termes de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile⁸, qui parle de compétence ou incompétence au sujet de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, et donc de la convention d'arbitrage. Il s'agit clairement d'une répartition des litiges opérée au sein de l'ordre juridique français, d'une règle procédurale interne. La question de l'investiture arbitrale est donc de la responsabilité du tribunal internationalement compétent qui doit, en cas d'impossibilité d'investiture, priver la convention d'arbitrage d'effet en la déclarant inapplicable.

585. Dans le cadre de notre étude, lorsqu'une partie se trouve dans une situation d'impécuniosité, la formation du contrat d'arbitre est donc bloquée, paralysée, la convention d'arbitrage ne peut être exécutée. L'arbitre n'est pas investi. Cette situation factuelle, associée au dessaisissement des juridictions étatiques sans examen, aboutit à dénier tout accès à la justice aux citoyens.

L'impécuniosité d'une partie s'apprécie en comparant le montant des honoraires du contrat d'arbitre et les moyens financiers d'une partie, il convient donc d'étudier les deux contrats constituant la source du pouvoir juridictionnel et de la compétence arbitrale, à savoir le contrat d'arbitre et la convention d'arbitrage. L'impécuniosité impose de s'interroger sur le pouvoir au sujet des honoraires des juges et arbitres pour apprécier la conséquence contractuelle d'une impossibilité de formation du contrat d'arbitre. Or, l'effet négatif du

6 S'il retient sa compétence au vu de la convention d'arbitrage, le litige fera l'objet d'une sentence au fond, à défaut, l'arbitre délivrera une sentence d'incompétence. La question de la compétence se dédouble donc : l'arbitre est en premier lieu reconnu compétent pour juger de sa compétence par l'effet du principe de compétence-compétence, le contrat d'arbitre l'investira de cette mission. Puis, dans un second temps, il se reconnaîtra compétent au regard du litige, compétence qui pourra être discutée, mais dans un troisième temps, devant les juridictions étatiques.

7 MOTULSKY (H.), Le respect de la clause compromissoire, *Rev. Arb.* 1955 n°1 p. 13.

8 Devenu art. 1448 : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* ». La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence. « *Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite* ».

Art. 1449 : « *L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire. Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage* ».

principe de compétence-compétence en droit français aboutit à une solution paradoxale : à force de vouloir protéger les centres d'arbitrage au nom de la protection du commerce international, certains justiciables se voient dénier tout droit d'accès à la justice, non parce qu'ils refuseraient *ipso facto* de se soumettre à la justice arbitrale, mais parce qu'ils ne peuvent en assumer le coût.

La compétence des juridictions étatiques fondée sur le chef subsidiaire du déni de justice étant une solution nécessaire, il convient d'en envisager également l'incidence sur la validité de la convention d'arbitrage. En effet, il apparaît que lorsque le contrat d'arbitre ne peut valablement se former, cette impossibilité prive de cause la convention d'arbitrage qui deviendrait caduque. Or, la caducité se définit comme « *l'état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur* »⁹. Dès lors, il convient de démontrer que la convention d'arbitrage perd sa pleine efficacité si l'impécuniosité d'une partie ne permet pas la formation du contrat d'arbitre¹⁰.

L'arbitrage a une nature hybride : juridictionnelle et contractuelle. Justice contractuelle, le déni de justice économique se traduit donc tant au niveau processuel qu'au niveau contractuel. En effet, l'impossibilité de paiement des honoraires, source de déni de justice, est constitutive d'un cas d'inapplicabilité *de facto* de la convention d'arbitrage et entraîne donc sa caducité.

586. Il convient donc d'analyser dans un premier temps l'aspect processuel du déni de justice économique, qui s'analyse comme un cas d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage (Chapitre 1) et de définir dans un second temps les conséquences contractuelles de l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre sur la validité de la convention d'arbitrage (Chapitre 2).

9 CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8 éd. 2000.

10 Bien que volontairement détachée du droit commun des contrats, la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune règle déterminée. La jurisprudence établit son régime par le procédé des règles matérielles impératives. Cela étant, en l'absence de dispositions établies par la jurisprudence sur ce point, rien n'empêche de raisonner sur le fondement du droit commun des contrats pour analyser quelle devrait être en droit des contrats l'incidence d'une impossibilité de formation du contrat d'arbitre. Pour ce faire, il convient dans un second temps de déterminer le lien contractuel qui unit la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre. L'originalité de la situation tient au caractère d'avant-contrat de la convention d'arbitrage qui impose la conclusion d'un contrat second, le contrat d'arbitre. Or, l'unicité de cause qui lie ces contrats implique de conclure à leur indivisibilité. L'un sans l'autre ils n'ont aucun intérêt. Dès lors, l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre entraîne la caducité de la convention d'arbitrage.

Chapitre 1 : Inapplicabilité de la convention d'arbitrage

587. Le contrat d'arbitre et la convention d'arbitrage sont les deux conventions permettant qu'un litige puisse être soumis à l'arbitrage. Elles sont nécessaires à la réalisation de la justice arbitrale. Il s'agit de deux contrats indispensables, le premier investissant l'arbitre du pouvoir de juger et le second délimitant et octroyant contractuellement la compétence arbitrale. En effet, la convention d'arbitrage, contrat dans le contrat, délimite la compétence de l'arbitre au regard des personnes et du litige. Quant au contrat d'arbitre, il investit l'arbitre du pouvoir de juge, du fait d'une permission légale et de la volonté des parties : litigants et arbitres.

Un litige ne pourra être soumis effectivement à l'arbitrage et jugé au fond que lorsqu'il existe une convention d'arbitrage et un contrat d'arbitre. Cela étant, seul le contrat d'arbitre est nécessaire dans un premier temps, à l'exclusion de la convention d'arbitrage qui concerne l'appréciation de la compétence à juger du fond du litige. Mais, si la convention d'arbitrage n'existe pas, si elle est nulle, l'arbitre rendra en principe une sentence d'incompétence et l'instance arbitrale prendra fin et, avec elle, le contrat d'arbitre. Pour que le droit au juge soit satisfait, lorsqu'une convention d'arbitrage s'applique au litige, il est donc nécessaire que puisse se former entre les litigants et les arbitres un contrat d'arbitre.

588. En effet, le contrat d'arbitre est le fondement du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, par l'intermédiaire de l'effet de la loi du lieu d'exécution de la sentence. Alors que la justice étatique repose sur le contrat social, le juge agissant dès lors au nom de la collectivité, l'arbitre agit, quant à lui, en son nom, sur une base doublement contractuelle. Entre les parties et l'arbitre se noue donc une convention dénommée « *le contrat d'arbitre* »¹ qui investit l'arbitre. La convention d'arbitrage concerne la compétence, le contrat d'arbitre permet de résoudre le problème de l'investiture arbitrale.

Le droit romain avait théorisé l'arbitrage au travers du contrat d'arbitre². En France, comme le note Monsieur Th. Clay, c'est sous la plume de Boncenne et Bourbeau, que ce contrat a été la première fois mis en lumière. La jurisprudence ne consacra son existence que fort tardivement³, puis n'eut de cesse de s'y référer. Le rôle fondamental du contrat d'arbitre a été mis en lumière dans la thèse de Monsieur Th. Clay.

L'étude du contrat d'arbitre est donc nécessaire pour appréhender le mécanisme juridique permettant à un homme de s'élever au rang de juge tout autant que la convention d'arbitrage. C'est d'ailleurs l'impossibilité de formation de ce contrat, du fait de l'impécuniosité, qui paralyse l'accès au juge. Bien que la convention d'arbitrage soit importante, puisqu'elle délimite la compétence arbitrale, le déni de justice est centré autour de l'impossibilité de formation ou d'exécution du contrat d'arbitre et il est, à ce titre, au centre de notre problématique. C'est parce que l'effet négatif ne permet pas, en France, d'analyser la possibilité de formation du contrat d'arbitre et implique un renvoi systématique à l'arbitrage qu'il est illégal comme ne garantissant pas le droit au juge. Il convient donc d'analyser quelle doit être la réaction procédurale du droit français en cas d'impécuniosité d'une partie ne permettant pas la conclusion du contrat d'arbitre.

589. Parfois contestée, la reconnaissance du contrat d'arbitre implique d'admettre une dissociation entre compétence et investiture. L'investiture, directement liée au contrat

1 Terme emprunté à CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2.

2 *Le Digeste* 4, 8 « *de receptis qui arbitrium receperunt* », référence in Th. Clay, *L'arbitre*, Thèse Paris II.

3 Outre quelques décisions isolées voir : CA Paris, 22 mai 1991, *Rev. Arb.* 1996.476 (2 esp) obs. Ph. Fouchard ; CA Paris, (1 ch. C.), 19 déc. 1996, *Société Qualiconsult et autres c. Groupe Lincoln*, *Rev. Arb.* 1998.121 note Ch. Jarrosson ; CA Reims (ord. 1^{er} Prés.), 16 décembre 1999, *Société Adidas c. André Fresco et Société Ventex*, *Rev. Arb.* 2000. 316 note Th. Clay.

d'arbitre, ne peut relever de la compétence arbitrale⁴. En effet, l'arbitre étant partie au contrat d'arbitre, il ne peut être juge et partie. L'octroi du pouvoir juridictionnel étant de la compétence exclusive des États, l'arbitrage ne saurait avoir lieu sans l'intermédiaire ou plus exactement l'appui légal d'au moins l'un d'entre eux. Dès lors la question des honoraires devrait lui échapper (Section 1).

L'impécuniosité semble correspondre à un cas d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Ainsi, l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage ayant pour cause l'impécuniosité d'un litigant, doit être constatée par le juge d'appui. Elle revient en fait au constat de son échec dans la mise en œuvre de la procédure arbitrale et plus généralement dans sa mission. Surtout, elle implique de répondre à une question simple en apparence : qu'est-on en droit de demander à un litigant pour assurer son accès à la justice ? À compter de quand les frais d'accès au juge, au regard des biens et revenus du litigant, compromettent cet accès ? Il apparaît évident que les honoraires et frais d'arbitrage n'ont pas à être modifiés du fait de cette impécuniosité, les arbitres et centres d'arbitrage n'ayant pas à supporter le poids de l'impécuniosité d'un litigant. Par ailleurs, du fait de la nature de justice privée de l'arbitrage, les arbitres n'ont aucunement l'obligation d'accepter de conclure un contrat d'arbitre qui ne correspondrait pas à leurs attentes en matière de rémunération. Dès lors, l'impécuniosité devient un cas d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, traduisant l'échec de sa mission d'aide à la constitution du tribunal arbitral par le juge d'appui (Section 2).

Section 1 : De la compétence et de l'investiture arbitrale au regard des honoraires

590. L'indépendance des arbitres au regard des États pose la question fondamentale de la source de leur compétence et de leur pouvoir juridictionnel. L'arbitre, qui détient ses pouvoirs d'une convention privée, relève du droit des contrats mais exerce une activité juridictionnelle. L'arbitrage a donc une nature hybride : contractuelle et juridictionnelle. Doit-on faire prévaloir l'origine de l'arbitrage ou sa finalité ? À première vue, le principe de compétence-compétence fait prévaloir l'aspect juridictionnel. Cependant, l'arbitre étant réputé comme n'ayant pas de for, le principe de compétence-compétence amène à s'interroger sur la source du pouvoir reconnu à ce juge privé : s'agit-il de la loi du for étatique, d'une règle matérielle de droit international privé ou de la *lex mercatoria* ? À cet égard, la possibilité pour l'arbitre de se déclarer incompétent illustre parfaitement que celui-ci est investi par la loi de la compétence de statuer sur sa compétence et confirme la localisation de l'arbitrage international. À défaut, comment admettre qu'une personne prenne une décision d'incompétence ayant force de chose jugée sur le fondement d'une convention d'arbitrage, par hypothèse inapplicable en l'occurrence ? Plus fondamentalement, l'arbitre doit se voir reconnaître un pouvoir juridictionnel, il doit être investi.

591. Afin d'analyser les conséquences procédurales de l'impécuniosité, il convient donc de définir strictement les notions de compétence et d'investiture pour les rattacher aux deux contrats qui y sont relatifs, à savoir, pour l'investiture, le contrat d'arbitre et, pour la compétence, la convention d'arbitrage (§1). Une fois ce préalable levé, et la répartition des compétences arbitrales et étatiques définie, il convient d'approfondir les problèmes pouvant résulter d'une impossibilité de formation ou d'exécution du contrat d'arbitre ayant pour origine le paiement des honoraires, pour analyser leur traitement en jurisprudence (§2).

⁴ Le nouvel article 1465 du Code de procédure civile aux termes duquel « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* » consacre l'effet positif du principe de compétence-compétence et ne saurait donc être interprété comme permettant à l'arbitre d'être juge et partie au regard du contrat d'arbitre. Il s'entend du pouvoir légal octroyé à l'arbitre de définir les limites de son investiture c'est-à-dire sa compétence au regard de la convention d'arbitrage.

§1- Notion et source de la compétence et de l'investiture de l'arbitre

592. Le principe de compétence-compétence permet à un arbitre, dont la compétence au regard du litige n'est pas établie, de trancher la question litigieuse de sa compétence. Il convient donc de s'interroger sur la source de ce pouvoir et sur la règle permettant d'apprécier cette compétence. Une impossibilité logique empêchait de considérer l'arbitre compétent sur sa propre compétence, *a fortiori* de se déclarer incompétent. Permettant de sortir de ce « *cercle vicieux* »⁵, l'aspect positif du principe de compétence-compétence a été créé afin de centraliser le contentieux en étendant la compétence d'attribution et en reconnaissant le pouvoir juridictionnel des arbitres aux fins d'éviter les manœuvres dilatoires des parties. L'arbitre s'est donc vu reconnaître la compétence, et partant, le pouvoir juridictionnel, pour statuer sur sa propre compétence au regard du litige, en fonction de la convention d'arbitrage. Cela étant, encore faut-il que celui-ci soit investi, ce qui est l'objet du contrat d'arbitre. Il convient de délimiter strictement les notions de pouvoir juridictionnel et de compétence au regard du contrat d'arbitre.

593. De nombreux auteurs nient la distinction entre l'investiture de l'arbitre et sa compétence pour se prononcer sur la question de sa compétence. Si la notion de compétence au sein de l'arbitrage vise l'étendue et l'existence de la convention d'arbitrage, l'investiture est l'action de conférer à quelqu'un une fonction. Du fait du principe de compétence-compétence, l'arbitre est d'une part investi du pouvoir juridictionnel et d'autre part, de la compétence à juger de sa compétence. Bien que niée par une part de la doctrine française (1), la distinction entre les deux impose de refuser à l'arbitre tout pourvoir juridictionnel et, partant, toute compétence à juger des questions relatives au contrat d'arbitre, source contractuelle de son investiture. La question de l'investiture est celle du contrat d'arbitre, non celle de la convention d'arbitrage. Il ne paraît donc pas opportun ni fondé de reconnaître un principe de « *compétence-investiture* » (2).

A - Négation de la dissociation entre compétence et investiture arbitrale

594. Un nombre important d'auteurs refuse la distinction entre compétence et investiture⁶. Ils nient l'existence d'une question propre à l'investiture, partant du postulat qu'il serait néfaste pour l'arbitrage d'admettre la solution inverse. Dans cette conception, l'investiture n'est qu'une partie de la compétence. Ils s'appuient notamment sur l'arrêt *Buck* de la cour d'appel de Paris⁷, qui consacre la thèse de la dissolution de l'investiture dans la compétence⁸. Ainsi, l'invalidité ou l'inexistence de la convention d'arbitrage, de même que le défaut de compétence de l'arbitre, constituent une absence d'investiture.

Cette analyse, valable au regard du litige, n'en reste pas moins critiquable au regard de la décision même de compétence arbitrale et contredit l'effet positif du principe de compétence-compétence. Car, même en l'absence de convention d'arbitrage, l'arbitre est investi pour constater son incompétence par l'effet légal du for internationalement compétent. L'arbitre est légalement investi par le principe de compétence-compétence et le contrat d'arbitre, il a donc une compétence première pour statuer sur sa compétence, sans support nécessaire d'une convention d'arbitrage. Sa sentence relative à sa compétence aura dès lors

5 GOLDMAN (B.), Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international, 11ème colloque des Instituts d'Études judiciaires, Dijon, 6-8 oct. 1977, *Rev. Arb.* 1980.323.

6 Pour une étude détaillée voir : CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 123 et s.

7 CA Paris, 22 janvier 1957, *Buck*, *D.* 1957.566 ; *JCP* 1957.II.10165 précisant que ces notions se confondent « pratiquement ».

8 De même l'article 1466 anc. du Code de procédure civile « *si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture* ».

autorité de chose jugée. En conséquence, il faut conclure que, sauf à renier l'aspect positif du principe de compétence-compétence, l'arbitre est investi, indépendamment de sa compétence au regard du litige.

595. Cela étant, pour un premier courant doctrinal⁹, cette distinction entre investiture et compétence serait exclue, comme portant en elle des risques pour l'arbitrage, le but étant d'assurer la compétence de l'arbitre sur ces deux points (investiture et compétence)¹⁰. En effet, admettre une dissociation entre compétence et investiture implique, en principe, de reconnaître la compétence juridictionnelle étatique au regard de l'investiture, c'est-à-dire quant à la formation et la validité du contrat d'arbitre. Cet argument ne semble pas déterminant pour rejeter la distinction compétence-investiture car la négation de cette distinction ne repose que sur l'effet présumé de celle-ci et non sur la réalité de son existence.

596. Pour un second courant¹¹, cette distinction, si elle est admissible, serait en revanche dénuée d'intérêt¹², soulignant qu'il est possible d'être investi sans être compétent mais que la réciproque n'est pas vraie : on ne saurait être compétent sans être investi. Pour cette doctrine, compétence et investiture découlant ensemble du même *instrumentum*, à savoir la convention d'arbitrage, leur confusion serait en pratique nécessaire, du fait de leur unicité de source, la convention d'arbitrage¹³. Mais, de par l'effet du principe de compétence-compétence, donc de la loi, l'arbitre est investi et compétent pour la question relative à sa compétence. Il est compétent à juger de sa compétence même en cas de défaut de compétence arbitrale à juger du litige au fond. Il se trouve donc investi de cette question alors même que son investiture et sa compétence au regard du litige qui lui est soumis ne sont pas encore établies ou sont inexistantes. À cet égard, c'est justement cette question qui lui est soumise de par l'effet positif du principe de compétence-compétence. L'effet positif du principe lui octroie la compétence sur la question de sa compétence alors que l'effet négatif assure une répartition des compétences sur ce point entre les juridictions du for de la procédure et l'arbitre.

597. Si l'arbitre retient sa compétence, il sera considéré comme investi pour juger du litige sous réserve d'un contrôle étatique à ce sujet. En effet, le droit français n'impose pas à l'arbitre de rendre une sentence intermédiaire relative à sa compétence. Néanmoins, lors du contrôle de la sentence, le juge contrôlera l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, donc sa compétence au regard du litige. Le contrôle de la compétence n'aura cependant pas d'incidence sur l'investiture de l'arbitre à juger de sa compétence. Compétence au regard du litige et investiture pour statuer sur cette question sont donc bien dissociées.

* * *

*

598. La distinction entre les notions de compétence et d'investiture arbitrale est souvent niée. Cette position doctrinale provient essentiellement soit de la crainte des conséquences pouvant en résulter soit, à l'inverse, de son absence présumée d'utilité. Pour ces auteurs, l'absence de compétence emporterait une absence d'investiture. L'ensemble de ces courants

9 V. notamment : ROBERT (J.), L'arbitre est-il compétent pour statuer sur la validité de la clause compromissoire ?, note sous com. 6 oct. 1953 (*Courtiou*) S.1954.I.149.

10 C. Cass. Civ. 2, 8 avril 1999, *Société Soulier et autres*, *Rev. Soc.* 2000.278 note J. Moury : qui considère que l'investiture procède de la convention d'arbitrage.

11 Courant représenté par : GOLDMAN (B.), Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun. *Jurisclasseur Procédure civile*, Fasc. 1062-1 (1992) n° 21.

12 Telle est la position de : GOLDMAN (B.), Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun. *Jurisclasseur Procédure civile*, Fasc. 1062-1 (1992) n° 21.

13 Conception qui est consacrée dans : CA Paris, 22 janvier 1957, *Buck*, *D.* 1957.566 ; *J.C.P.* 1957.II.10165.

doctrinaux rattache la notion d'investiture à la convention d'arbitrage.

B- Absence de compétence de l'arbitre sur son investiture et contrat d'arbitre

599. Compétence et investiture ne sont pas synonymes¹⁴. L'arbitre n'a aucune compétence sur son investiture d'une part, et peut être investi alors même qu'il n'est pas compétent pour juger du litige, d'autre part. La simple décision d'incompétence témoigne de cette distinction entre compétence au regard du litige et investiture pour statuer dans un premier temps sur cette question (1). En revanche, l'arbitre ne bénéficiant pas d'une investiture permanente et ne rendant la justice ni en tant que mandataire ni comme représentant de l'État ou du peuple français, il ne peut se voir reconnaître un quelconque pouvoir juridictionnel pour apprécier, sanctionner ou juger tout litige ou problème de formation relatif au contrat d'arbitre (2).

1)- Compétence de l'arbitre relative à sa compétence indépendamment de sa compétence au fond

600. L'autorité de la chose jugée est, selon la définition proposée par Madame M.-A. Frison-Roche¹⁵, « un mécanisme qui interdit aux parties ayant participé à une instance ayant abouti à une décision, de saisir de nouveau les tribunaux pour obtenir une autre solution sur la même question ». On enseigne que la chose jugée a deux effets : un positif (« la chose jugée est tenue pour vérité ») et un effet négatif (extinction du droit d'action sur le même litige)¹⁶. Ce qui justifie cet effet est la considération sociale de la stabilité des situations juridiques, vertu sociale qui fut mise en lumière par l'arrêt de la chambre civile du 7 mars 1855¹⁷.

L'autorité de la chose jugée au regard des sentences arbitrales est affirmée à l'article 1476 anc. du Code de procédure civile¹⁸. La plupart des droits confèrent l'autorité de la chose jugée à la sentence, indépendamment de toute procédure *d'exequatur*¹⁹. Seule la force exécutoire est conditionnée au contrôle étatique. Mais, si l'autorité de la chose jugée est généralement reconnue en droit positif, elle a suscité certaines réserves théoriques en matière d'arbitrage²⁰. En effet, la décision de l'arbitre relative à sa compétence est, dans tout système, soumise au contrôle étatique. Or, subordonner la reconnaissance d'une décision à la vérification de sa coïncidence exacte avec le résultat de l'application des règles du for saisi, n'est-ce pas lui dénier toute valeur normative ?

601. On pourrait conclure, comme Monsieur P. Mayer, que l'arbitre n'a pas le pouvoir juridictionnel de prendre une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée au regard de sa compétence²¹. Cependant, l'effet positif de l'autorité de chose jugée est la force de vérité

14 En faveur de cette distinction, on note que l'arbitre peut être investi alors qu'il n'est pas compétent au regard du litige. C'est d'ailleurs l'effet principal du principe de compétence-compétence.

15 FRISON-ROCHE (M.-A.), Généralités sur le principe du contradictoire en droit processuel, Thèse Paris 2, 1988 n°52.

16 Pour certains auteurs, cependant, l'effet positif n'étant que la conséquence de l'effet négatif, l'autorité de la chose jugée n'aurait qu'un seul effet, l'effet négatif, position consacrée par la Haute juridiction (HERON (J.), Localisation de l'autorité de la chose jugée ou l'autorité positive de la chose jugée, in nouveaux juges nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger Perrot, Dalloz 1996 p. 131).

17 C. Cass. Civ., 7 mars 1855, *Quertier D.* 1855.I.81: « l'ordre social aurait à souffrir d'un antagonisme ».

18 Applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1500 anc. du même Code.

19 C'est le cas de l'article 1476 anc. Code de procédure civile qui s'applique aux sentences rendues dans un arbitrage international en vertu de l'article 1500 anc. : la sentence acquiert cette autorité « dès qu'elle est rendue ». L'art. 1703 C.J.B. reconnaît l'autorité de la sentence dès sa notification. Plusieurs droits préfèrent cependant substituer l'adjectif « obligatoire » à l'expression « d'autorité de la chose jugée » (notamment l'*Arbitration Act* 1996 qui recourt à la même terminologie que l'article 35 de la loi-type CNUDCI distinguant la reconnaissance de l'exécution forcée, la première reposant sur le caractère obligatoire entre les parties.).

20 TGI Lyon 25 janv. 1994, *Rev. Arb.* 1994 p. 525 note M.-C. Rondeau- Rivier, qui lui dénie la qualification de « décision de justice » au motif qu'elle n'émane pas d'une autorité judiciaire étatique.

21 En revanche, cette remarque ne s'oppose pas à reconnaître à l'arbitre le pouvoir de déclarer mal fondée la contestation de sa compétence

légale qu'elle confère à la décision²², en d'autres termes elle signifie que ce qui est jugé est en principe irréversible et ne peut être remis en cause. Cet effet, pour être admis, n'implique pas, tant qu'un recours est possible, que la décision soit irrévocable. La chose jugée existe dès le prononcé du jugement à titre provisoire. En conséquence, le contrôle de la compétence de l'arbitre n'exclut pas en tant que telle l'autorité de chose jugée.

602. Cependant, la décision de celui-ci, ou, plus exactement, la décision relative à sa compétence, reste contrôlée par le juge de *l'exequatur* chaque fois que l'exécution est recherchée, même en l'absence de contestation. En effet, si le principe de compétence-compétence octroie la compétence et l'investiture à l'arbitre pour rendre une sentence relative à sa compétence, le for exercera son contrôle sur cette décision.

Il est important de dissocier deux choses, d'une part, la compétence et l'investiture de l'arbitre à juger de sa compétence, et d'autre part, le contrôle du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, qui ne vise que la compétence arbitrale au regard du litige et des parties. La compétence et l'investiture relatives à la décision sur sa compétence restent acquises et ne seront pas remises en cause par la décision étatique. En conséquence, la sentence relative à la compétence, que cette sentence soit intermédiaire ou que la décision soit incorporée dans la sentence finale, reste acquise. La sentence n'a, en revanche, qu'une force d'autorité de chose jugée relative, c'est-à-dire entre les parties, ce qui n'empêche pas de lui conférer, dans le cadre d'une exception d'incompétence, l'autorité de la chose jugée reconnue à la sentence arbitrale. Ceci permet de lier les tribunaux étatiques, à l'exception de l'autorité de recours.

603. Ainsi, la Cour de cassation qualifie la sentence arbitrale de « *décision de justice* »²³. « *Cette extension ne choque pas. Pour ce qui est de la chose jugée, la justice arbitrale ne se distingue en rien de la justice étatique, et l'on sait notamment que, dans les mêmes conditions qu'un jugement ordinaire, la sentence arbitrale a autorité de chose jugée dès qu'elle est rendue (art. 1476 c. pr. civ.)* »²⁴. La sentence arbitrale est donc une décision de justice, mais qui n'est pas exécutable de plein droit²⁵. Dès lors, les tribunaux devront accueillir l'exception d'arbitrage lorsque l'arbitre s'est reconnu compétent.

À l'inverse, lorsque l'arbitre rend une sanction d'incompétence, les juridictions étatiques devraient admettre de recouvrer leur compétence au fond du litige. Par l'effet de cette décision d'incompétence, et sous réserve d'un éventuel recours à ce sujet, la convention d'arbitrage devrait être considérée comme inapplicable au litige²⁶. Dès lors, lorsqu'un second

afin de conclure qu'il doit rendre une sentence au fond. On qualifie alors la décision de l'arbitre de « *simple constatation* » ou d'« *intimation* ».

22 Exprimée par l'adage latin : *Res judicata pro veritate habetur* : la chose jugée est tenue pour vraie.

23 C. Cass. Civ. Ire, 29 juin 2007, (2 arrêts), n° 05-18.053, n° 1021 FP-P+B+I, et 06-13.293, et n° 1022 FP-P+B+I, *Société Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*, Bull. civ. I, n° 250 et 251 ; *Rev. Arb.* 2007. 507, rapport J.-P. Ancel et note E. Gaillard ; *JDI* 2007. 1236, note Th. Clay ; *D.* 2007. AJ. 1969, obs. X. Delpéch ; *JCP G* 2006. I. 216, § 7, obs. C. Seraglini ; *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 21-22 nov. 2007. 3, obs. S. Lazareff, et p. 14, note P. Pinsolle ; *RTD com.* 2007. 682, obs. E. Loquin ; *D.* 2008 p. 1429, L. Degos ; *D.* 2008 p. 180 Th. Clay ; *Dalloz actualité* du 4 juillet 2007 ; V. frais d'arbitrage égal : Cass. 2e civ. 12 oct. 2006, Bull. civ. II, n° 270 ; *D.* 2006. IR. 2627 et Pan. 3027, obs. Clay ; Cela étant, le terme ne recouvre pas exactement la qualification interne. En effet, la sentence arbitrale n'est pas exécutoire de droit. En principe, l'*exequatur* de la sentence lui confère force exécutoire au sein de l'ordre juridique donné. Néanmoins, la sentence arbitrale a bien l'autorité de chose jugée comme l'illustre un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 28 mai 2008 sur la question. Un franchisé saisit un tribunal arbitral. Débouté en partie de sa demande il saisit un second tribunal arbitral. Cette sentence fut annulée et la juridiction de renvoi devait statuer sur cette demande de dommages et intérêts. Le franchiseur oppose une fin de non-recevoir tirée de la chose jugée par la première sentence. La cour d'appel écarta la fin de non-recevoir au motif que l'arbitre premier saisi n'avait « *pas statué sur une demande de dommages-intérêts pour violation de l'article 6 du contrat de franchise* ». La Cour de cassation censure cette décision, au motif qu'il « *incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause* ». V aussi C. Cass. Ass. Plén., 7 juillet 2006 n° 04-10.672, Bull. civ. Ass. plén. n° 8 ; *RTD civ.* 2006.825 note Perrot ; *D.* 2006.2135 note Weiller : il « *incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* ».

24 PERROT (R.), Autorité de la chose jugée : sa relativité et le principe de concentration (Civ. Ire, 28 mai 2008, pourvoi n° 07-13.266 ; *D.* 2008. AJ. 1629, note X. Delpéch ; *JCP* 2008, act. n° 411, note Béguin), *RTD civ.* 2008 p. 551.

25 Tant que le délai de recours n'est pas échu ou que le juge étatique n'a pas statué sur celui-ci, la sentence n'a pas force exécutoire mais a autorité de chose jugée.

26 Dans l'hypothèse où la sentence a été rendue dans un pays différent de celui du juge saisi, la convention de New York est applicable. Cette décision peut être qualifiée de sentence au sens de la convention dès lors qu'elle lie les parties. Réciproquement, cette sentence sera

tribunal arbitral est saisi, si on admet que la décision de l'arbitre sur sa propre compétence a autorité de chose jugée, le second arbitre saisi sera lié par la décision du premier si cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours devant les juridictions étatiques pour éviter toute contrariété de sentences. Dans l'hypothèse inverse, suite à une décision étatique infirmant la sentence d'incompétence de l'arbitre, celui-ci est-il libre d'apprécier lui-même une seconde fois sa compétence ou doit-il se conformer à la décision étatique ? Afin d'éviter un cercle vicieux, il convient de considérer que la validité de la convention d'arbitrage se trouve désormais établie au regard de cet ordre juridique.

604. Au regard de l'autorité de chose jugée, on observe que les droits nationaux restent divisés, concernant l'hypothèse où l'arbitre se déclare incompetent²⁷. Sur le plan théorique, selon Monsieur P. Mayer, accorder une quelconque autorité à la déclaration d'incompétence faite par une personne désignée comme arbitre, est absurde. En effet, cette personne considère elle-même qu'elle ne bénéficie d'aucun pouvoir de juger. Il serait donc contradictoire d'admettre qu'elle puisse prendre une décision juridictionnelle, étant donné qu'elle n'exprime qu'une opinion dénuée de toute autorité. Selon cette analyse, il ne serait dès lors pas nécessaire de prévoir parmi les causes de refus *d'exequatur* ou d'annulation de la sentence, le cas de la décision d'incompétence de l'arbitre lorsqu'elle est non fondée.

Sur le plan pratique, dénier toute valeur juridique à cette décision entraîne un cercle vicieux dans lequel le demandeur peut renouveler sa demande aussi longtemps qu'un arbitre ne s'est pas reconnu compétent. C'est pourquoi les législations ou la jurisprudence de différents systèmes ont admis la possibilité d'un tel contrôle. Il est normal que la décision d'incompétence acquière, *per se*, un poids important dans le contexte de l'exception d'arbitrage. Celle-ci ne devrait pas pouvoir être invoquée, à nouveau, dans le cas d'une procédure au fond devant un juge étatique, qui devra tenir compte du précédent arbitral pour assurer une cohérence procédurale.

Sur le plan théorique, l'autorité d'une décision d'incompétence est justifiée à condition de considérer que l'investiture de l'arbitre sur cette question a pour fondement le contrat d'arbitre et le principe de compétence-compétence, non la convention d'arbitrage. La compétence à juger de sa compétence lui est octroyée par le principe de compétence-compétence, son fondement légal permet de reconnaître l'autorité de chose jugée à une décision d'incompétence²⁸. En cas de sentence d'incompétence, il convient donc de considérer qu'elle a autorité de chose jugée et qu'elle met fin au contrat d'arbitre, le tribunal arbitral ayant rempli sa mission. Elle devrait, par ricochet, atteindre la convention d'arbitrage au regard du motif d'incompétence²⁹.

En France, l'autorité de chose jugée de la sentence arbitrale est affirmée par le Code de procédure civile. Cette autorité s'attache de même aux sentences intermédiaires relatives à la compétence, peu importe l'éventualité d'un contrôle juridictionnel. Véritable décision de justice, la sentence arbitrale ne sera pourtant exécutée de plein droit que par son intégration dans l'ordre juridique. Le droit français, comme la plupart des droits, admet la possibilité d'un recours en cas de décision d'incompétence arbitrale³⁰ et consacre la distinction entre

opposable aux juridictions étatiques étrangères lorsqu'elle remplit les conditions de reconnaissance des articles III et suivants de la convention. En conséquence, lorsque les arbitres se sont déclarés incompetents, le juge étatique devra écarter l'exception d'arbitrage.

27 Si l'Angleterre, la Belgique, les États Unis, la Suède et la Suisse prévoient ce contrôle, l'Allemagne et les Pays-Bas l'excluent, de même que la loi type CNUDCI.

28 En effet, l'arbitre se voit investi de la mission de prendre, dans un premier temps, une décision juridictionnelle sur sa compétence ;

29 *Ratione materiae, ratione personae*, inexistence, inapplicabilité, non validité.

30 Si cette décision d'incompétence met fin à la compétence arbitrale, qu'en est-il de la convention d'arbitrage ? La question fondamentale est alors celle de savoir à quel moment les parties vont retrouver leur liberté d'action devant les juridictions étatiques. Vont-elles pouvoir saisir les juridictions étatiques pour juger au fond de l'affaire ou pour contester cette décision d'incompétence ? En d'autres termes, quelle est l'autorité de cette décision ?

Lors des travaux préparatoires de la CNUDCI, le contrôle des tribunaux sur la compétence des arbitres avait soulevé de nombreux problèmes. Ce fut l'un des points les plus controversés de l'élaboration de la loi-type. Celle-ci ne retient que le contrôle étatique dans l'hypothèse de décision de compétence de l'arbitre. La loi-type n'envisage pas le cas de décision d'incompétence par l'arbitre. Dès lors, dans

compétence relative à la compétence et compétence au fond³¹.

* *
*

605. Rattachées à deux contrats distincts, les notions de compétence et d'investiture doivent être soigneusement distinguées. Les litiges relatifs à l'investiture de l'arbitre relèvent de la compétence des juridictions étatiques. L'arbitre, partie au contrat d'arbitre, ne peut, en théorie comme en pratique, être juge et partie. L'arbitre n'a pas de pouvoir juridictionnel au regard du contrat d'arbitre, qui reste de la compétence exclusive des juridictions étatiques.

2)- Négation de la compétence de l'arbitre sur son investiture : de l'exclusion d'un principe de compétence-investiture

606. Convention d'arbitre et contrat d'arbitre sont deux contrats distincts. C'est parce que l'arbitre est investi par le contrat d'arbitre qu'il peut statuer sur sa compétence au regard de la convention d'arbitrage. L'effet indirect du principe de compétence-compétence, en ce qu'il octroie l'investiture et la compétence à l'arbitre pour juger de sa compétence, même en l'absence de convention d'arbitrage, est donc d'imposer aux parties la conclusion du contrat d'arbitre. Dès lors, le contrat d'arbitre devient, dans cette perspective, un contrat légal obligatoire pour assurer l'accès au juge. Il est en effet une condition du droit d'accès au juge, dès lors qu'une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage et donc qu'une question de compétence arbitrale se pose. Cette distinction de la compétence et de l'investiture n'est rejetée que par crainte de ses conséquences. Néanmoins, le pouvoir de juger de l'arbitre dépendant non de la convention d'arbitrage mais de la conclusion et de la validité du contrat d'arbitre, il ne peut être juge de son investiture en tant que juge, l'effet positif du principe de compétence-compétence lui octroyant cette compétence uniquement au regard du litige et des parties, et non du contrat qui l'institue au rang de juge. Admettre cette séparation risque de juridictionnaliser l'arbitrage en introduisant une compétence étatique de principe pour toute question relative à l'investiture arbitrale.

607. Une part de la doctrine admet néanmoins la distinction compétence-investiture en lui donnant des conséquences pratiques. Ainsi, pour certains auteurs, notamment Bardin³², l'arbitre ne peut statuer sur son investiture car il ne peut être juge et partie sur cette question³³. Il est donc admis, en doctrine comme en jurisprudence, que l'arbitre ne saurait fixer unilatéralement ses honoraires par exemple. Admettre l'inverse « *serait totalement*

l'hypothèse où l'arbitre se déclare incompetent, l'arbitrage prend fin. L'article 1052 al.5 du WBR prévoit que, dans l'hypothèse d'une décision d'incompétence de l'arbitre, le tribunal ordinaire est compétent pour trancher le litige ; n'étant pas compétent, l'arbitre n'a pu rendre une sentence contre laquelle un recours serait ouvert. A l'opposé, la loi suisse article 190 (2) b) admet expressément ce contrôle, de même que l'article 67 de l'*Arbitration Act* de 1996 anglais, ou l'article 1697.3 du Code judiciaire Belge. Dans l'hypothèse d'une déclaration d'incompétence, l'article 2-11 du règlement CCI offre la possibilité à la Cour de la CCI de remplacer les arbitres. Par ailleurs, la décision d'incompétence de l'arbitre, mettant fin à l'instance mais pas à la convention d'arbitrage, il semble opportun d'admettre un recours contre cette décision afin de vider le contentieux. Certains systèmes juridiques prévoient expressément un recours devant les juridictions étatiques dans l'hypothèse d'une décision d'incompétence de l'arbitre (Art. 190.2 (b) LDIP suisse, art. 1967.3 CJ Belge, art. 67 de l'arbitration act de 1996 anglais). La jurisprudence française, devant une lacune législative, a admis ce recours en annulation en se fondant sur l'article 1502-3° du Code de procédure civile. Elle l'a admis à différentes reprises, au regard d'une des personnes atraites à la procédure, d'un des points litigieux ou encore suite à la renonciation à l'arbitrage de la demanderesse déduite de la saisine des tribunaux étatiques. Le second problème est l'hypothèse d'un conflit négatif de compétence lorsqu'une sentence d'incompétence est infirmée ou lorsque celle-ci n'a pas d'incidence sur la convention d'arbitrage.

31 Pour une analyse du contrôle d'une sentence d'incompétence : V. RACINE (J.B.), l'affaire Abela ou les Vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale, *Gaz. Pal. Spéc. Arb.*, n° 2009/2, 17-18 juillet 2009 p.13 spéc. p.19 pour les conséquences sur l'instance arbitrale de la décision de compétence arbitrale suite à une sentence d'incompétence.

32 Cf. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*. Domat-Montchrestien, t. 1, 5 éd. 1930, p. 406.

33 Cette thèse a reçu un écho fort en jurisprudence comme l'illustre l'arrêt *Courtieu* (C. Cass. com., 6 octobre 1953 *Courtieu S.* 1954, 1, 149 note J. Robert, *D.* 1954, jurisp p. 25).

aberrant »³⁴. De même, et de manière totalement logique, il semble difficile d'admettre la compétence arbitrale lors d'une difficulté relative à la formation du contrat d'arbitre, puisqu'à ce stade n'ayant pas la qualité de juge, il ne peut intervenir. En effet, ce qui investit une personne de la qualité de juge ou, plus précisément, d'arbitre, est le contrat d'arbitre. En l'absence de contrat d'arbitre, l'arbitre n'a pas de pouvoir juridictionnel car il n'est pas une institution permanente. De plus, l'arbitre est l'une des deux parties au contrat d'arbitre. Il ne peut donc valablement juger des conséquences d'une inexécution de ce contrat et n'est d'aucun secours au regard de sa formation. Dès lors, la question est celle de savoir si, pour que le principe de compétence-compétence soit effectif, il est nécessaire d'y inclure la question de l'investiture.

608. Monsieur Th. Clay, qui admet cette dissociation compétence-investiture, développe son analyse pour consacrer un « *principe de compétence-investiture* » qui réserverait à l'arbitre les questions relatives à son investiture, et ce afin de préserver l'arbitrage. Selon Monsieur Th. Clay³⁵, la compétence arbitrale repose sur l'idée de champ d'application, l'investiture visant la validité de l'acte qui contient la délimitation du litige. La notion d'investiture est donc entièrement centrée sur la compétence relative au litige et non sur l'appréciation primaire de la compétence au regard du litige. Pour l'auteur, il existe donc deux notions distinctes, la compétence et l'investiture, la première se rapportant à la convention d'arbitrage et la seconde au contrat d'arbitre, fondant deux principes autonomes, celui de compétence-compétence et celui de compétence-investiture. Dès lors, un arbitre incompetent ne pourrait être investi. Néanmoins, cette analyse nous semble devoir être nuancée³⁶.

609. Selon Monsieur Th. Clay, il existerait, à côté du principe de compétence-compétence, un principe de « *compétence-investiture* »³⁷. Si l'auteur admet cette dissociation en ces termes : « *La contestation de l'investiture judiciaire et arbitrale, revient dans les deux cas, à la contestation de l'acte créateur du tribunal compétent. [...] l'acte qui investit l'arbitre n'est pas la convention d'arbitrage : c'est le contrat d'arbitre* »³⁸, il poursuit son raisonnement en constatant que si le juge ne peut statuer sur son investiture, l'arbitre a ce pouvoir. La notion d'investiture n'aurait donc pas le même contenu dans ces deux hypothèses³⁹.

Si Monsieur Th. Clay considère que l'arbitre est compétent pour juger de sa compétence et de son investiture, c'est parce que « *les questions afférentes à l'investiture de l'arbitre* » sont intégrées naturellement dans les pouvoirs du juge. À défaut, « *s'il fallait s'en remettre à l'autorité d'accompagnement pour tous les litiges qui relèveraient de l'investiture de l'arbitre, cela constituerait à nouveau un encouragement à la chicane [...] il y a donc une nécessité pratique à donner à l'arbitre le pouvoir pour décider non seulement s'il est compétent relativement à la convention d'arbitrage, mais aussi s'il est valablement investi* »⁴⁰.

Son raisonnement est donc fondé sur la volonté affirmée d'éviter tout recours devant les juridictions étatiques sur la question d'investiture. Or, l'auteur rattache la notion de compétence à la convention d'arbitrage et celle d'investiture au contrat d'arbitre. Considérant

34 Ch. JARROSSON, note sous C. Cass. Civ. 2, 28 octobre 1987, *SARL Bureau Qualitas*, *Rev. Arb.* 1988. 149 note Ch. Jarrosson ; V. cependant pour une décision isolée considérant que l'effet négatif s'applique également à une contestation de la validité du contrat d'arbitre lui-même et prive le juge étatique de sa compétence dès lors que le tribunal arbitral est saisi : CA Paris, 6 janvier 2011, *NEFTGAZ*, n° 10/20243.

35 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2.

36 À cet égard, pour la plupart des auteurs qui admettent la distinction entre compétence et investiture, il serait impossible d'admettre que l'arbitre puisse se voir reconnaître un quelconque pouvoir sur ce sujet.

37 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 135 et S. p. 123.

38 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 156 p. 135.

39 V. OPPETIT (B.), Justice étatique et justice arbitrale, in *Mélanges Pierre Bellet*. Litec, p. 415. publié in « théorie de l'arbitrage, PUF, coll. Droit éthique, société, 1998 p. 32.

40 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 175 p. 145.

que les questions relatives à l'investiture découlent du contrat d'arbitre, il admet donc, en l'occurrence, que l'arbitre soit à la fois juge et partie à l'égard du contrat sur lequel est assis son pouvoir de juger. En effet, le contrat d'arbitre est un contrat auquel l'arbitre est partie, alors qu'au regard de la convention d'arbitrage, il est un tiers.

Le problème théorique est donc différent : le contrat d'arbitre portant directement sur l'investiture d'un juge privé, admettre que l'arbitre est compétent sur l'investiture, c'est admettre qu'il est compétent pour juger de la validité de l'acte qui l'institue en tant que juge. Ce principe de compétence-investiture lui permettrait donc de juger de toute contestation relative au contrat d'arbitre, et, partant, les questions relatives à sa formation ou à son exécution, telles que les honoraires, sont de la compétence arbitrale et non étatique. Pour justifier cette analyse, l'auteur considère que le droit des contrats ne peut s'appliquer sans déformation, sans métamorphose dirons-nous, car le contrat d'arbitre relève de la mission juridictionnelle de l'arbitre et ne se réduit pas à sa simple composante contractuelle. La composante juridictionnelle de l'arbitrage permettrait, dans cette conception, de faire fi des principes élémentaires du droit des contrats. Pourtant, comme le relève lui-même l'auteur, « *c'est précisément parce que l'arbitre est contractuellement investi que se pose la question de sa compétence juridictionnelle sur son investiture* »⁴¹.

610. Dans l'analyse de Monsieur Th. Clay, l'arbitrage est totalement détaché de toute référence à la compétence juridictionnelle d'un ordre juridique national, il est délocalisé. Tout son raisonnement est donc fondé sur la nécessité pratique d'inclure la question de l'investiture dans la compétence arbitrale pour éviter le recours aux juridictions étatiques et, partant, une nationalisation de l'arbitrage. Or, nous rejoignons l'analyse de Monsieur P. Mayer, selon laquelle, si « *l'arbitrage international est [...] délocalisé* »⁴², il s'agit en réalité d'une multi-localisation. L'arbitrage n'est pas a-national. Il est dans la dépendance d'un ou plusieurs ordres juridiques et n'est multi-localisé qu'à la mesure du litige qui le sous-tend.

En conséquence, si l'arbitre n'est pas un délégué de l'État, son pouvoir, son investiture, au regard de sa compétence comme au regard du litige, ont pour origine la loi, elle seule pouvant donner effet à la volonté des parties et préexistant à la convention d'arbitrage. Si l'arbitrage n'est pas une justice déléguée, il ne peut avoir de force juridique sans le soutien d'au moins un ordre juridique qui le reconnaît compétent et investi d'une question juridique. L'arbitrage est une justice parallèle et complémentaire de la justice étatique, l'arbitre rendant la justice en tant que particulier. Ainsi, c'est la loi qui impose aux parties en litige de former un contrat d'arbitre si celles-ci veulent avoir recours à la justice en présence d'une convention d'arbitrage apparemment valable et applicable *ratione materiae* et *ratione personae*. C'est encore la loi qui permet de considérer que ce contrat investit l'arbitre qui, dans un premier temps, se cantonne à la question de sa compétence.

Dans ces conditions, il paraît anormal que l'arbitre puisse se voir reconnaître une quelconque compétence à l'égard du contrat d'arbitre, contrat ayant pour objet son investiture personnelle. En effet, l'arbitre ne doit pas être reconnu compétent quant au contrat d'arbitre car il en est l'une des parties et que la détermination du pouvoir de juge relève de la compétence internationale des États. Cette analyse est confortée au sujet des honoraires où la jurisprudence refuse de consacrer à l'arbitre une quelconque compétence.

611. Même en admettant qu'un principe de compétence-investiture puisse être consacré, qu'en serait-il dans l'hypothèse où le problème concerne la formation du contrat d'arbitre, cas du déni de justice économique ? En l'absence de contrat d'arbitre, l'arbitre n'est ni investi ni désigné contractuellement. Certes le principe de compétence-compétence, confère à

41 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 181 p. 149.

42 MAYER (P.), L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence, *RCADI*, 1989, V, t 217 p. 319.

l'arbitrage le pouvoir juridictionnel de trancher les questions relatives à sa compétence. Encore faut-il qu'un arbitre accepte cette mission. Dès lors comment pourrait-il intervenir au stade de sa formation ? Comment pourrait-il intervenir sur son investiture ? Seul un magistrat détenant son pouvoir juridictionnel de manière permanente peut se voir reconnaître cette compétence. L'admission de ce principe de compétence-investiture ne permet donc pas de résoudre les problèmes relatifs à la formation du contrat d'arbitre ni ceux de son exécution sauf en admettant une dérogation au principe, pourtant essentiel, que nul ne peut être juge et partie. L'arbitre non encore désigné ne peut donc statuer sur son investiture.

* *
*

612. Le contrat d'arbitre est un contrat dérivé, c'est-à-dire qu'il constitue la suite, et non l'accessoire d'une situation litigieuse, éventuellement de la convention d'arbitrage. Il est conclu entre les parties en litige et l'arbitre. Le statut de l'arbitre, fondement contractuel de son pouvoir juridictionnel, a pour origine l'effet du principe de compétence-compétence, dès lors qu'il existe, en apparence, une convention d'arbitrage et une opposition des litigants. Une fois ce pouvoir juridictionnel admis, il doit être attribué à un individu qui doit l'accepter. Lorsqu'il accepte le contrat d'arbitre, il devient l'arbitre du litige, la base de son pouvoir juridictionnel est donc légale et contractuelle. Ce n'est qu'à ce stade que l'arbitre se voit investi d'un pouvoir juridictionnel.

Les problèmes liés aux conditions de formation de ce contrat mettent en évidence la dissociation entre investiture et compétence. Le principe de compétence-investiture n'est d'aucun secours mais a une incidence en ce qu'il dénierait dans cette hypothèse tout pouvoir au juge étatique avant une décision arbitrale. Il paraît correct de se rallier à l'idée que le juge étatique doit se voir reconnaître une compétence à ce sujet comme en témoignent les problèmes de formation du contrat d'arbitre, notamment au regard des honoraires. À ce titre, la législation française admet l'intervention du juge étatique dès lors qu'un problème intervient au stade de la formation du contrat d'arbitre ou de constitution du tribunal arbitral. Le principe de compétence-investiture est donc rejeté bien que la distinction entre compétence et investiture soit admise en droit français.

§2- Délimitation des notions d'investiture et de compétence interne

613. Certains auteurs, comme *Bartin*⁴³, partant de l'idée que le pouvoir de juger est une expression de puissance publique, relevant à ce titre du monopole de l'État, considéraient les arbitres comme des délégués exerçant la mission de juger en vertu d'une délégation de la loi. Mais, cette position a été contestée notamment par Monsieur P. Mayer⁴⁴. D'une part, la fonction de juger est incompatible avec un lien de délégation⁴⁵. D'autre part, le monopole de l'État s'exerce au regard du pouvoir de contrainte non de celui de juger.

En droit français, la jurisprudence et la législation conçoivent la justice étatique et la justice arbitrale comme exclusives l'une de l'autre, notamment des décisions relatives au déclinatoire de compétence. Un tel déclinatoire fait au profit d'une juridiction arbitrale n'est valable qu'à titre principal⁴⁶. Une partie invoquant la compétence étatique ne peut soulever

⁴³ BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, Domat-Montchrestien, t.1, 5^e éd, 1930 n° 164.

⁴⁴ MAYER (P.), L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence, *RCADI*, 1989, V, t 217 p. 319 n° 32 et 78.

⁴⁵ CA Paris, 14 oct. 1977, *SARL Primor*, D. 1978.298 note J. Robert: «L'arbitre tient son pouvoir de juger du seul consentement des parties, sans aucune délégation de l'autorité publique»: C. Cass. Civ. 1, 18 novembre 1986, *SEEE*, *JDI* 1987 p. 125 note E. Gaillard ; *Rev. Arb.* 1987.149 note P. Delvolvé : ils « ne tiennent leurs pouvoirs que de la volonté des parties et non de la puissance publique ».

⁴⁶ V. CADIER (L.), L'application de l'article 75 du NCPC, note sous Paris 23 juin 1993 (*Société Euro Disney*), *Rev. Arb.* 1994. 151 p. 162 ;

une exception d'arbitrage par la suite⁴⁷.

Cela étant, l'arbitrage a vocation à s'insérer au sein de l'ordre juridique français lorsque la sentence est destinée à y recevoir exécution. Si l'arbitre n'est pas un délégataire de l'État, son pouvoir a pour origine la loi, pouvant seule donner effet à la volonté des parties, car préexistante à la convention d'arbitrage. Dans le domaine de l'arbitrage, il semble impossible de parler d'investiture arbitrale tant que l'arbitre n'a pas été désigné ni saisi de la demande et qu'il a accepté sa mission. Par ailleurs, en l'absence de décision définitive relative à la convention d'arbitrage, l'arbitre ne peut être dit compétent ou incompétent au regard du litige. L'arbitre incompétent « *n'est en rien assimilable à un juge incompétent ; car si le second reste toujours un juge, l'arbitre, lui, ne possède cette qualité que dans la mesure où les parties la lui ont valablement conférée* »⁴⁸. Les questions de compétence et d'investiture de l'arbitre sont donc fortement liées au regard du litige.

614. Si le juge bénéficie d'une « investiture subjective », l'arbitre reçoit, de par l'effet de la convention d'arbitrage, une habilitation ponctuelle (*i.e.* une investiture), il ne possède pas de façon indifférenciée la qualité de juge. Ainsi, l'arbitre est bénéficiaire de la compétence juridictionnelle de trancher le litige lorsque deux conditions sont réunies : il doit exister une convention d'arbitrage valablement conclue qui lui confère sa compétence au regard des parties et du litige, le tribunal arbitral doit être saisi par l'une des parties et composé régulièrement, et en conséquence, un contrat d'arbitre doit avoir été conclu afin de lui attribuer son investiture juridictionnelle. Dès lors, le litige peut relever de la compétence arbitrale alors même que l'arbitre n'a pas valablement été investi et, à l'inverse, l'arbitre peut être investi alors même qu'il n'a pas de compétence juridictionnelle au regard du litige.

615. Ce constat ne permettrait pas à l'arbitre d'être compétent sur sa compétence au regard du litige puisque la question qui lui est soumise est celle de savoir s'il l'est et, qu'à défaut d'une telle compétence, il ne saurait être considéré comme investi du pouvoir de juger au fond. La question de la source de ce pouvoir juridictionnel de statuer sur la compétence se pose avec acuité. Il ressort clairement que l'effet du principe de compétence-compétence octroie à l'arbitre la compétence de statuer sur la question de sa compétence.

616. Cette compétence de juger de sa compétence est donc attribuée à l'arbitre au regard d'un litige qui, en principe, devrait être soumis aux juridictions étatiques à qui, en application du droit français, on impose de se dessaisir. Le principe de compétence-compétence est donc une règle de répartition de droit interne entre juridictions également compétentes au regard d'un litige défini : juridiction arbitrale ou juridiction étatique. En droit comparé, l'arbitre est souvent reconnu comme compétent au regard de sa compétence de manière concomitante à la saisine éventuelle d'une juridiction étatique et devra le cas échéant s'y conformer. Cette concomitance n'ôte en rien la répartition des compétences au regard du litige au sein de l'ordre juridique considéré mais nuance la règle relative à la compétence elle-même.

617. L'appréciation de cette compétence au regard du litige et des parties sera jugée au regard de la convention d'arbitrage, la compétence de l'arbitre au regard de sa compétence étant en revanche établie par l'effet positif du principe de compétence-compétence. Or, les notions de compétence interne et internationale doivent être distinguées. Tout comme l'objet du litige qui le sous-tend, l'arbitrage est multi-localisé non délocalisé. La première des questions est donc de déterminer les ordres juridiques étatiques aptes à juger du litige, c'est la

Cass civ. 2, 17 janv. 1996, *Société Euro Disney*, *Rev. Arb.* 1996.620 note L. Cadiet.

47 C. Cass. Civ. 2, 11 mars 1999, *Société Project XJ 2000*, *Rev. Arb.* 1999.853 (2 esp.) obs. J. Pellerin.

48 MOTULSKY (H.), Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale, *JCP* 1957, I p. 1383.

question de la compétence internationale. Ce n'est que dans un second temps que la question de la compétence arbitrale à juger du litige se pose au regard de la compétence interne. Si, en pratique, la première phase de raisonnement n'implique pas un recours nécessaire aux juridictions étatiques, la seconde phase, lorsqu'elle est sujette à débat, impose de déterminer la compétence internationale des juridictions étatiques. Les questions de compétence internationale et de compétence interne des juridictions étatiques ou arbitrales sont donc distinctes.

Quant au contrat d'arbitre, il s'agit d'un contrat entre les litigants et le tribunal arbitral permettant d'investir certains arbitres en particulier du droit de juger le litige conformément à la compétence que leur octroie la convention d'arbitrage, et dans un premier temps de juger de sa compétence conformément à l'effet du principe de compétence-compétence. Le principe de compétence-compétence octroie le pouvoir juridictionnel aux arbitres indépendamment de leur compétence à juger de celle-ci conformément à la convention d'arbitrage, pouvoir juridictionnel dans l'étroite dépendance de la formation du contrat d'arbitre et des ordres juridiques nationaux. Dès lors, en cas de déni de justice, ce sont les États internationalement compétents qui, du fait de leurs règles de compétence interne, seront internationalement responsables.

L'appréciation par l'arbitre de sa compétence au fond est une question de compétence interne relevant du for internationalement compétent qui peut être confiée de manière prioritaire à l'arbitre (A), l'investiture, qui relève tant de la loi que de la volonté des parties au contrat d'arbitre, reste de la compétence exclusive du for internationalement compétent (B).

A- Détermination de la compétence et de l'investiture arbitrale en application des règles de compétence interne

618. Le terme de compétence est polymorphe et controversé⁴⁹. Cela étant, il peut valablement être transposé en matière d'arbitrage international à condition d'être strictement défini. En droit international public, le terme de compétence étatique vise la compétence normative de l'État, qui comprend celle d'édicter une législation et de prendre des décisions juridictionnelles⁵⁰. Fonction de rattachement à l'ordre international, la notion de compétence

49 Monsieur P. de Vareilles-Sommières (DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.)), *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé, droit international public et droit international privé*, thèse Paris I, t. 257 LGDJ) développe l'idée selon laquelle les règles de compétence internationale des tribunaux appartiennent aux compétences normatives de l'État, l'objet du droit international privé n'est pas les rapports de droit privé entre sujets de droit mais les normes elles-mêmes. Dès lors, un jugement possède un caractère normatif. Selon la doctrine légaliste, le jugement ne serait « *qu'un acte tendant purement et simplement à appliquer la loi, sans rien y retrancher, ni y ajouter* » traduisant la crainte révolutionnaire du gouvernement des juges en tendant à voir le magistrat comme « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* ». La doctrine majoritaire voit dans la décision judiciaire un acte normatif car la fonction normative ne dépend pas de la structure mais de son éventuel rôle ou plus précisément « *du pouvoir de son auteur dans la détermination de son contenu* ». Monsieur P. de Vareilles-Sommières soutient que les règles de conflits de lois et de conflits de juridictions sont des règles sur la régularité des normes de droit privé et partant, des « *règles sur l'activité normative de leur auteur [Or.] la notion d'activité de l'État est en réalité indissociable de la notion d'activité de ses organes [...] La conduite normative de l'État n'est donc que la conduite normative d'individus imputée à l'État au nom duquel ils se prononcent* » (n°113 et 114 p. 81). Les règles de conflits de juridictions sont aussi des règles de compétence. En effet, selon l'auteur, dans la doctrine publiciste le terme de compétence revêt deux acceptations. Dans un sens élargi, « *la règle de compétence apparaît [...] comme toute règle sur l'activité normative ou matérielle d'un agent juridique [...] Dans cette acception large [...] compétence et pouvoir s'identifient [...] appliquée à l'activité normative [...] cette notion large de la compétence peut se définir comme « le pouvoir légal de faire des actes juridiques » [...] le règlement de la compétence apparaît comme une réglementation des pouvoirs de l'organe ou de l'agent normateur* » (n° 119 à 121 p. 84-85). Il s'agit, selon l'auteur, de la traduction de la doctrine organiciste en matière de compétence. Au sens restrictif, le terme de compétence ne concerne pas la régularité de la norme globalement mais uniquement sa source, son « *origine* » et non son contenu. Dès lors, intervient l'idée de répartition entre les organes. Cela étant, selon Monsieur P. de Vareilles-Sommières « *si le dépassement, par un agent, de sa compétence est toujours l'usurpation, par cet agent, d'un pouvoir qui, par hypothèse, ne lui appartient pas, il ne s'agit pas nécessairement de l'usurpation d'un pouvoir qui a été attribué à autrui [...] Plus qu'à l'idée de répartition entre organes, c'est à l'idée de désignation d'un (ou plusieurs) organe(s) que la notion de compétence, au sens strict, paraît se rattacher* » (n° 125 et 126 p. 87-88). La notion de compétence au sens strict correspond selon l'auteur à la « *titularité du pouvoir* » car elle ne vise que l'origine de l'acte.

50 Ainsi, par compétence, on entend la compétence entre États, c'est-à-dire la répartition entre eux des compétences même si, *in fine*, les destinataires sont les personnes privées. En général, la compétence étatique vise l'activité normative de l'état notamment et surtout, il est reconnu que chaque état est exclusivement compétent pour déterminer les modalités de ses juridictions. « *Envisagée de manière générale, la compétence est essentiellement une notion fonctionnelle, qui permet, lorsque plusieurs organes sont investis d'un pouvoir identique, de désigner celui qui va l'exercer concrètement* »: THERY (PH.), *Compétence*, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture*

occupe dans l'ordre interne une fonction de répartition lorsque plusieurs juridictions ont vocation à traiter du litige dans le même ordre juridictionnel.

619. Afin de départager les juridictions, le droit français fixe donc des critères territoriaux ou matériels. Certes, l'incompétence d'un juge n'affecte pas son pouvoir juridictionnel puisque celui-ci bénéficie d'une permanence, à la différence de l'arbitre, qui ne détient ce pouvoir que de manière temporaire, mais comme le souligne Monsieur Ph. Théry, « *la règle de compétence [ne sert] qu'à choisir le tribunal qui décidera sur le bien-fondé de sa prétention* »⁵¹. La compétence revêt donc deux aspects : le caractère de concurrence et l'exclusivité, plus ou moins relative cependant en droit privé⁵². Or, le principe de compétence-compétence établit cette répartition. Il s'agit bien d'une répartition des compétences dans l'ordre interne français qui doit être adaptée en cas de déni de justice. Cette répartition s'effectue entre les juridictions étatiques du for et un juge privé dans les cas légalement admis. En aucun cas, les règles de compétence interne ne déterminent les compétences éventuelles des juridictions étrangères⁵³.

En définitive, ce qui distingue les règles de compétence interne et de compétence internationale est que « *les premières déterminent une répartition des compétences entre plusieurs groupes de juridictions ; la seconde concerne le seul groupe des juridictions françaises, car la France n'a pas le pouvoir d'attribuer ou de dénier compétence aux ordres juridictionnels étrangers ; aucune répartition des litiges n'est donc opérée entre les divers États. D'autre part, la compétence internationale n'est pas attribuée *ratione materiae*, mais *ratione loci* (en général) ou *ratione personae* (compétence particulière fondée sur la nationalité des parties)* »⁵⁴. En ce sens, Monsieur Ph. Théry juge que la « *compétence règle les rapports entre les différentes juridictions en répartissant entre elles les litiges à partir de critères variés. La notion n'a lieu d'être évoquée que si l'on se trouve en présence de juridictions distinctes* »⁵⁵.

Monsieur P. Mayer définit la compétence interne comme « *une qualité reconnue à une personne, plus précisément à une autorité ou à un organe. On dit qu'un tribunal, qu'un ministre sont compétents (ou incompétents). On ne dit pas qu'un jugement, qu'un arrêté*

juridique, Lamy, PUF, Quadrige, Dicos poche, 1 éd., 2003 p.247 ; Ainsi, dans le cadre strict du droit international privé, la compétence vise tant le conflit de juridictions, c'est-à-dire la compétence directe des juridictions du for, que la reconnaissance des décisions étrangères, c'est-à-dire la compétence indirecte de celles-ci. Pour Monsieur P. Mayer la notion de compétence internationale directe n'est « *pas la compétence que l'État se reconnaît à lui-même pour édicter des jugements [mais, les règles de compétence directe] constituent seulement l'indication qu'il donne par avance, à l'intention des tribunaux d'une part, des justiciables d'autre part, des cas dans lesquels il acceptera de juger* (MAYER (P.), Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, *Rev. Crit. DIP* 1979, p. 1 spéc. p. 13-14) ». Il s'agit donc de l'usage unilatéral de la compétence qui est internationalement reconnue à l'État qui délimite la compétence de ses tribunaux. « *De fait [...] le tribunal doit se demander s'il a le pouvoir de statuer : eu égard à sa situation sur le territoire français (compétence territoriale), à son appartenance à tel groupe de juridictions françaises (compétence d'attribution), et enfin au fait qu'il rend la justice au nom de la souveraineté française (compétence internationale). [...] Si l'État ne peut délimiter sa propre compétence, il peut en revanche délimiter la compétence de ses organes, parce que ceux-ci sont sous sa dépendance [...] Malgré tout, et même du point de vue des organes étatiques, les règles dites de « compétence » internationale ne sont pas de véritables règles de compétence. Elles tendent à restreindre à certains litiges le pouvoir de juridictions des tribunaux de l'État qui les édictent, mais sans que soit en vue de les attribuer aux tribunaux d'autres États* (MAYER (P.), Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, *Rev. Crit. DIP* 1979, p. 14) ».

51 THERY (PH.), Compétence, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, Quadrige, Dicos poche, 1 éd., 2003 p.247 spéc. 250.

52 C'est ainsi que pour départager deux juridictions également saisies et assurer l'exclusivité de l'une d'elles, les règles de litispendance sont instaurées. Avec les questions préjudicielles, elles « *constituent des compléments nécessaires au bon fonctionnement des règles de compétences* » THERY (PH.), Compétence, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, Quadrige, Dicos poche, 1 éd., 2003 p. 247 spéc. 250.

53 Il ne s'agit pas de règles de compétence internationale. En effet, les règles de droit international privé relatives à la compétence sont des règles de rattachement qui visent à désigner dans quelles hypothèses les juridictions du for se reconnaîtront compétentes ou non. En effet, en application du droit international public, chaque État est libre d'établir ses propres règles de compétence. Si les compétences restent concurrentes, elles ne revêtent pas en revanche de caractère exclusif en dehors bien entendu de traités internationaux relatifs à la répartition des compétences internationales.

54 MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat, Montchrestien, 10 éd. 2010 p. 202.

55 THERY (PH.), A la recherche du juge de l'*exequatur* : de l'intérêt de distinguer compétence et procédure... (Civ. 1re, 9 déc. 2003, *Noga* Bull. civ. I, n° 250 ; D. 2004.1055, note Weiszberg ; *JCP* 2004.éd.G.II.10029, note approbative Mahinga ; *Rev. Arb.* 2004.337, note Bollée), *RTD civ.* 2004 p. 547.

*ministériel sont compétents (ou incompétents). La compétence définit ce que peut faire l'autorité ou l'organe. Telle activité est de sa compétence : cela signifie qu'il peut – éventuellement- l'accomplir »*⁵⁶. Selon l'auteur, il convient de distinguer soigneusement cette notion de celle de pouvoir en ce que la notion de compétence suppose une pluralité d'organes et de la répartition des pouvoirs entre ceux-ci.

620. Les règles relatives à la compétence interne, objet de règles subalternes au regard du pouvoir juridictionnel, permettent « *le fonctionnement de l'organisation judiciaire, en répartissant les litiges entre les différentes juridictions* » qui composent l'organisation judiciaire⁵⁷. La compétence interne est une qualité attribuée par la loi afin de désigner entre plusieurs organes également compétents celui qui *in fine* exercera concrètement cette compétence. Ainsi, si on prend l'expression pouvoir juridictionnel dans un sens élargi, on entend « *le fait d'être habilité à prononcer une décision mettant fin à un litige* ».

Ainsi, Monsieur Ph. Théry définit le pouvoir juridictionnel comme « *celui qui a été conféré au juge -en général- de trancher les litiges en appliquant le droit* »⁵⁸. L'auteur distingue le pouvoir juridictionnel objectif, qui désigne les litiges susceptibles de solution juridictionnelle, du pouvoir juridictionnel subjectif, qui désigne le pouvoir reconnu par l'État. Selon lui, « *l'arbitrage illustre la notion de pouvoir juridictionnel à l'état natif* »⁵⁹. Cependant, l'auteur rejette l'idée de compétence interne entre un juge et une personne privée en ce sens qu'il ne peut, selon lui, y avoir de concurrence. Selon l'auteur, « *la notion de compétence n'est pertinente que si, pour un différend, les parties ont le choix de saisir la juridiction ou de recourir à l'arbitrage* »⁶⁰. En arbitrage, la notion de compétence n'apparaîtrait, selon lui, que sous son aspect « *négatif et résiduel* ». Lorsque l'arbitre statue hors champ de sa compétence, c'est-à-dire en dehors de ce que prévoit la convention d'arbitrage, il n'a plus de pouvoir juridictionnel au regard du litige. La question serait celle de savoir si l'arbitre a ou non le pouvoir juridictionnel, la qualité de juge au regard d'un ordre juridique considéré.

621. La notion de compétence précise si un pouvoir appartient ou non à un organe alors que la compétence internationale directe précise si, dans un cas précis, les juridictions nationales sont habilitées à statuer. Selon P. Mayer, « *elle n'implique pas nécessairement une distribution des activités entre les divers organes sans cumul ni lacune* »⁶¹. En matière d'arbitrage, il est donc tout à fait possible d'adapter cette notion de compétence. La loi octroie aux parties le droit de choisir un mode alternatif de résolution de leur litige. La convention d'arbitrage opère donc une répartition des compétences entre la juridiction étatique normalement compétente et l'arbitre contractuellement compétent.

En matière d'arbitrage, l'État est habilité, c'est-à-dire compétent internationalement, par le droit international public, à régir cette matière et les litiges pouvant lui être soumis. La compétence arbitrale appartient aux règles de compétence interne directe. Or, en cette matière, l'État octroie ce pouvoir aux parties, qui fixent dans la convention d'arbitrage la compétence arbitrale. Cette liberté contractuelle est encadrée quant aux matières, certaines ne peuvent être soumises à l'arbitre telles que le droit de la famille, et quant aux personnes, du moins en principe, de par l'effet relatif des conventions.

56 MAYER (P.), Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, *Rev. Crit. DIP* 1979, p. 10.

57 THERY (Ph.), *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, Thèse dactyl, Paris II, sous la direction de R. Perrot, dact. Soutenue en nov. 1981, p. 13.

58 THERY (Ph.), Compétence, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, Quadrige, Dicos poche, 1 éd., 2003 p.247 spéc. p. 248.

59 THERY (Ph.), Compétence, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, Quadrige, Dicos poche, 1 éd., 2003 p.247 spéc. p. 248.

60 THERY (Ph.), Compétence, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, Quadrige, Dicos poche, 1 éd., 2003 p.247 spéc. p. 249.

61 MAYER (P.), Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, *Rev. Crit. DIP* 1979 p. 11.

Appliquée à l'arbitrage, l'idée qui ressort de toutes les définitions de la notion de compétence interne est celle de concurrence entre plusieurs organes dotés de prérogatives juridiques identiques⁶². L'arbitre ne sera donc en principe compétent que si au moins l'un des ordres juridiques dont il dépend, d'une part reconnaît sa compétence interne au regard du litige, et d'autre part lui confère l'investiture de juger du litige.

622. En effet, quoique distinctes, les notions de compétence et de pouvoir juridictionnel sont étroitement liées puisque l'absence de compétence entraîne une absence de pouvoir juridictionnel au regard du litige. Cela étant, les notions objective et subjective de pouvoir juridictionnel se rejoignent en ce sens que le litige ne sera justiciable qu'à la condition que l'État le consente. Un même litige peut-être soumis soit à la juridiction étatique soit arbitrale par la conclusion d'une convention d'arbitrage et les règles de compétence interne propres à l'arbitrage international répartissent les litiges entre magistrats et arbitres. Il s'opère donc bien une répartition entre deux juridictions concurrentes à propos d'un même litige. L'arbitre se voit octroyer le pouvoir juridictionnel de juger de sa compétence et du litige : la compétence arbitrale peut être reconnue par un ordre juridique sans que celui-ci admette la validité de l'investiture arbitrale.

623. Au regard de sa compétence juridictionnelle, la distinction entre investiture et compétence relative à sa compétence est donc claire. Au regard du litige, l'État permet à l'arbitre de statuer sur le litige et donc lui octroie le pouvoir juridictionnel de le faire en ce sens qu'il lui permet de résoudre définitivement un litige dans les conditions légalement définies et reste garant de la validité de son investiture. Ainsi, la loi donne effet à une répartition des compétences fondée sur la volonté des parties. Le choix entre deux juridictions également compétentes dépend donc de la convention d'arbitrage elle-même au sein d'un for internationalement compétent⁶³.

624. S'agissant d'une question de procédure, comme le souligne Monsieur P. Mayer, « *les tribunaux, organes étatiques auxquels a été confié le service public français de la justice, sont liés par la loi dont ils tiennent leurs pouvoirs, et qui leur impose la façon dont ils doivent se comporter, c'est-à-dire procéder* »⁶⁴. En effet, compétent internationalement pour statuer sur le fond du litige, le for saisi est seul compétent pour déterminer dans quelle mesure il investit l'arbitre de cette mission. En conséquence, en présence d'une convention d'arbitrage, les tribunaux français vont se déclarer compétents ou incompétents sur le seul fondement des règles de procédure françaises, que l'arbitrage soit interne ou international⁶⁵. Dès lors que la question soulevée est de nature procédurale et vise donc la répartition des compétences internes à un for considéré, le respect de la *lex fori* s'impose donc à l'exclusion de toute autre loi.

Ainsi, lorsque l'arbitrage est interne, la compétence internationale des juridictions étatiques ne fait pas l'objet de débat, seule la compétence interne devra être définie. Une fois la sentence rendue, lorsque celle-ci est interne à un État étranger, elle fera, à ce titre, l'objet d'un traitement procédural identique à celui d'une décision étrangère. En droit français, en présence d'un arbitrage interne à l'ordre juridique français, l'article 1458 anc. (dev. art. 1448)

62 V. en ce sens : THERY (PH.), Compétence, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, Quadriga, Dicos poche, 1 éd., 2003 p. 247.

63 Cette distinction entre compétence internationale et compétence interne, seule à même de permettre l'admission conceptuelle de la qualification du principe de compétence-compétence en une règle de procédure interne, ressort distinctement en matière d'arbitrage interne.

64 MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat, Montchrestien, 10 éd. 2010 p. 371.

65 Le principe de compétence-compétence est une permission légale de ne pas surseoir à statuer et une règle de compétence interne dont le champ d'application est délimité. Il ne dépend pas de la loi applicable au contrat d'arbitrage mais de la juridiction internationalement compétente. Il s'agit de déterminer si l'arbitre bénéficie de la reconnaissance légale d'un pouvoir juridictionnel et de la compétence qui en découle.

du Code de procédure civile impose aux juridictions étatiques de se dessaisir. L'article 1458 anc. du Code de procédure civile a vocation à recevoir application à deux conditions : que l'arbitrage soit qualifié d'interne et que la procédure arbitrale se déroule au sein de l'ordre juridique français. Lorsque l'arbitrage est interne, c'est-à-dire qu'il se déroule dans le cadre d'un litige de droit interne sans élément d'extranéité, l'article 1458 anc. du Code de procédure civile a vocation à s'appliquer.

Lorsque celui-ci est international, c'est-à-dire qu'il met en cause les intérêts du commerce international, c'est la règle matérielle française du principe de compétence-compétence qui a vocation à recevoir application⁶⁶. Le caractère international de l'arbitrage dépend d'un critère économique établi en fonction de l'objet du litige uniquement, « *la nationalité des parties en cause, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage, ainsi que le lieu de l'arbitrage étant [...] indifférents* »⁶⁷.

En conséquence, la compétence internationale des juridictions françaises n'est pas affectée par la qualification de l'arbitrage en arbitrage interne ou international. Cette qualification d'arbitrage interne ou international conditionne les règles applicables de compétence interne. Dès lors, seules les règles d'arbitrage interne reçoivent application lorsque l'arbitrage est qualifié d'interne⁶⁸. Le droit français organise donc cette question de répartition des compétences. En ce sens, l'article 1458 anc. du Code de procédure civile (dev. art. 1448 nouv.) impose au juge de « *se déclarer incompétent* ».

En conséquence, l'effet d'une convention d'arbitrage est donc de priver le tribunal étatique de sa compétence. On peut valablement parler de compétence de l'arbitre. Monsieur P. Mayer justifie l'application de ce principe par la fonction juridictionnelle de l'arbitre. La compétence arbitrale est secondaire. La convention d'arbitrage est un contrat, et comme tout contrat elle est régie par une loi. Son objet porte sur un litige qui est de la compétence de différents for, reconnaissant à son égard (*i.e.* du litige) leur compétence internationale. L'un de ces for peut valablement permettre aux parties de choisir la voie arbitrale pour régler leur différend et donc permettre aux parties d'effectuer une répartition contractuelle des compétences des organes concurrents. La convention d'arbitrage est une clause de répartition contractuelle de compétence interne⁶⁹.

66 L'article 1492 du Code de procédure civile dispose qu' « *est international l'arbitrage qui met en cause les intérêt du commerce international* ».

67 CA Paris, 5 avril 1990, *Rev. Arb.* 1992 p. 110 note H. Synvet; C. Cass. Civ.1^{re}, 26 janvier 2011 n° 09-10.198 *INSERM*, (n° 71 FS-P+B+I), *D.* 2011 p. 312 note X. Delpech, Critère de l'arbitrage international : définition économique, *D.* 2011 p. 312 : « *selon l'article 1492 du Code de procédure civile, est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international, que l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre 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* ».

68 Encore faut-il déterminer si le litige entre dans son champ d'application territoriale. Or, l'application de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile n'est admise que dans l'hypothèse d'un arbitrage interne français, c'est-à-dire lorsque la procédure arbitrale se déroule sur le territoire français. Son champ d'application territoriale est ainsi strictement limité aux arbitrages internes à l'ordre juridique français et ne saurait recevoir application en cas d'arbitrage interne à un ordre juridique étranger qui ne dépend d'aucune règle de procédure française. Ainsi, le Chapitre 2 du titre V du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage qui ne peut être qualifié d'interne, vise « *les sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international* » alors que les recours contre les sentences rendues en France dans le cadre de l'arbitrage interne sont soumis à un régime propre. Hormis dans le cadre d'un recours contre une sentence, assimilée en l'occurrence à une décision étrangère interne, un arbitrage interne étranger est donc hors champ des règles de procédure interne françaises. L'application territoriale des règles est donc strictement définie. En conséquence, lorsque dans le cadre d'un litige soumis aux juridictions françaises, la procédure d'arbitrage n'entre pas dans le champ d'application de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile, seules les règles ordinaires de compétence ont vocation à recevoir application. Il ne saurait être donné effet à une règle de procédure étrangère devant les juridictions françaises. Les juridictions françaises sont donc seules compétentes à l'exclusion de celles arbitrales dès lors que l'arbitrage ne peut pas être qualifié d'interne à l'ordre juridique français. Rien ne permet en droit français, de conclure à l'application du principe de compétence-compétence dans l'hypothèse d'un arbitrage interne à un ordre juridique étranger. En ce cas, si l'arbitrage dont il est question est de nature interne à un ordre juridique étranger, l'article 1458 anc. du Code de procédure civile est sans application, la question n'étant pas incluse dans son champ d'application. La distinction entre compétence internationale et compétence interne apparaît donc nettement. Dès lors, lorsque l'État se reconnaît compétent internationalement au regard d'un litige, libre à lui de définir ses propres règles de compétence interne. Il peut valablement permettre aux parties d'octroyer la compétence à un arbitre par contrat (*i.e.* convention d'arbitrage), arbitre qui tient son pouvoir juridictionnel du for internationalement compétent. L'idée maîtresse de la notion de compétence interne est celle de la répartition des pouvoirs entre différents juges. *Contra* : Pour une application du principe de compétence-compétence français à un arbitrage interne étranger V. C. Cass. Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n° 10-15.968, *Bull. civ.*

69 Le droit organise donc une répartition dans le fonctionnement de l'organisation judiciaire, en répartissant les litiges entre les différentes

625. Dans le cadre d'un arbitrage international et de la question de l'impécuniosité, dans un premier temps, il convient de définir la compétence internationale des juridictions françaises, et une fois celle-ci acquise, il convient d'étudier si une règle spécifique de procédure est applicable. Ces deux étapes du raisonnement sont illustrées dans la jurisprudence *West Tankers* de la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour interdit à un État d'interférer dans l'appréciation de la compétence internationale d'un autre par application de ses règles de procédure internes et d'imposer à une juridiction étrangère son dessaisissement⁷⁰. Dès lors, en cas de contestation de la compétence arbitrale, « *la sauvegarde de la procédure arbitrale ne dépendra alors plus que du droit du for étatique saisi* »⁷¹.

626. En conséquence, de deux choses l'une : soit les juridictions françaises se reconnaissent incompetentes en application des règles de compétence internationale du for et, en ce cas, la juridiction peut valablement renvoyer les parties à mieux se pourvoir, soit les juridictions françaises acceptent leur saisine. Dans la première hypothèse, la juridiction étrangère sera dès lors libre d'appliquer ses règles de procédure interne notamment au regard d'un arbitrage interne et de renvoyer les parties devant l'arbitre. Dans la seconde hypothèse, elle doit appliquer strictement les règles processuelles françaises à l'exclusion des règles processuelles étrangères. Le cas échéant, lorsqu'elles retiennent leur compétence internationale, les juridictions françaises doivent s'assurer de l'investiture de l'arbitre en tant que juge du litige. Or, l'investiture de l'arbitre découle de la conclusion d'un contrat d'arbitre conclu du fait de l'existence d'une convention d'arbitrage au sein d'une obligation principale⁷².

Le contrat d'arbitre est de la compétence des juridictions étatiques en ce qu'il investit l'arbitre du pouvoir de juger. Or, le déni de justice économique dû à l'impécuniosité d'un litigant touche directement à l'investiture de l'arbitre. En effet, l'impécuniosité empêche la formation ou la bonne exécution du contrat d'arbitre. Or, l'ensemble du litige concerne donc la question de l'investiture arbitrale. Elle a trait à sa qualité de juge et ne concerne en rien le litige. Elle est donc de la compétence des juridictions étatiques et non arbitrales qui sont donc responsables de cette situation de déni de justice mais également les seules aptes à y remédier. Ainsi, il existe un partage de compétences entre magistrats et arbitres.

L'adage « *nul ne peut être juge et partie* » (*Nemo iudex in re sua*), est le corollaire du principe selon lequel « *nul n'a le droit de faire à soi-même justice* ». Cette règle relève du

juridictions étatiques ou arbitrales, en l'occurrence, par l'intermédiaire de la volonté des parties. La convention d'arbitrage fixera les limites de la compétence arbitrale *ratione materiae* et *ratione personae*, sous réserve bien entendu des conditions d'arbitrabilité. En désignant l'arbitre comme juge de sa compétence, il établit une compétence directe de l'arbitre sur la question de sa compétence et lui octroie donc un pouvoir juridictionnel indépendant d'une volonté commune des parties.

70 LOQUIN (E.), Un jugement étranger rendu en violation d'une clause compromissoire peut-il être reconnu en France pour application de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ?, *RTD com.* 2002 p. 47.

71 AUDIT (B.), note concernant la décision de la CJUE du 10 fév. 2009 *West Tankers*, *JDI* n° 4/2009, 1281 n° 9.

72 Mais la validité ou l'applicabilité au litige de la convention d'arbitrage n'est pas, dans un premier temps, une condition de validité du contrat d'arbitre donc du pouvoir juridictionnel de celui-ci. L'ordre juridique français, en reconnaissant et en consacrant le principe de compétence-compétence, octroie à l'arbitre ce pouvoir juridictionnel de juger de sa compétence y compris lorsque celui-ci n'a pas pour support une convention d'arbitrage. Ce n'est que parce qu'un ordre juridique admet cette répartition des compétences que l'arbitre peut valablement rendre une sentence d'incompétence au regard du litige qui lui est soumis. L'admission de la possibilité pour l'arbitre de rendre une sentence d'incompétence met en évidence que son pouvoir juridictionnel n'est pas un effet de la convention d'arbitrage mais bien du contrat d'arbitre, par admission légale généralisée. En effet, l'arbitre peut se déclarer incompetent pour défaut de convention d'arbitrage, ou inapplicabilité de celle-ci *ratione materiae* ou *ratione personae*. Monsieur A. Dimolitsa souligne qu'une décision d'incompétence fondée sur la nullité de la convention d'arbitrage est admissible si l'on accepte que le fondement du principe de compétence-compétence ne soit pas la convention des parties mais la permission légale généralisée provenant de tous les ordres juridiques (DIMOLITSA (A.), *Autonomie et kompetenz-kompetenz*, *Rev. Arb.* 1998, p. 305). Plus précisément, il semble correct de se rallier à l'idée que c'est le contrat d'arbitre qui investit l'arbitre du pouvoir juridictionnel pour statuer sur sa compétence, contrat ayant pour fondement premier la loi et secondaire, la volonté des parties. Poursuivant cette analyse, il faut admettre que l'arbitre a le statut de juge avant la décision relative « *à sa compétence au regard du litige*. L'effet du principe de compétence-compétence est alors un effet processuel. Dès lors, ce fondement légal conféré à la convention d'arbitrage induit une obligation de contracter à la charge des litigants. Le contrat d'arbitre, source du pouvoir juridictionnel de l'arbitre permettrait alors à l'arbitre de se reconnaître incompetent au regard d'une convention d'arbitrage ayant eu pour effet premier de l'investir de cette mission. Une fois la sentence d'incompétence rendue, l'arbitre se voit donc dessaisi et ne peut statuer sur le fond du litige par application de la sentence d'incompétence. Cette solution, découlant du pouvoir juridictionnel reconnu à l'arbitre, devrait dès lors avoir une conséquence au regard de la validité voire de l'existence de la convention d'arbitrage ».

droit naturel, il en va de l'équité et de l'impartialité du procès. « *La formulation de ce principe traduit le passage de la justice privée à la justice publique, en impartissant à celui qui allègue une atteinte à ses droits de s'adresser aux autorités publiques pour réclamer justice, le faisant passer du statut de justicier à celui de partie à son propre litige [...] La dissociation de celui qui rend la justice et de celui à qui justice est rendue est aujourd'hui consubstantielle à l'idée de justice* »⁷³. Ainsi, dans l'arrêt du 28 octobre 1987⁷⁴, la cour d'appel⁷⁵ avait précédemment précisé que « *le respect de leur mission par les arbitres suppose que ceux-ci tranchent le litige, tout le litige, mais rien que le litige* », toutes questions relatives au contrat d'arbitre, donc à l'investiture, sont exclues de la compétence arbitrale.

* *

*

627. La notion de compétence est polymorphe. Elle recouvre des sens différents en droit international privé où elle occupe une fonction de rattachement à l'ordre juridique français, en droit international public où elle vise la compétence normative de l'État, et, en droit interne où elle opère une répartition entre des juridictions de l'État compétentes internationalement. Le principe de compétence-compétence renvoie à la compétence interne et établit qui de l'arbitre ou du magistrat est compétent à juger du litige. En outre, il octroie à l'arbitre le pouvoir juridictionnel de statuer sur sa compétence dès la formation du contrat d'arbitre et indépendamment de la validité de la convention d'arbitrage. Dès lors, la compétence de l'arbitre sera déterminée en application des règles de compétence interne de l'État internationalement compétent.

B- Application de la répartition des compétences au regard du contrat d'arbitre valablement formé

628. Selon H. Motulsky, « *ce sont souvent les problèmes des plus pratiques qui postulent le recours aux concepts fondamentaux* »⁷⁶. Or, si la reddition de la justice n'est pas par nature onéreuse, la question des honoraires préoccupe les praticiens de l'arbitrage, les parties au litige et les arbitres. Elle est l'objet de litiges devant les juridictions étatiques. Ainsi, en cas de conflit, c'est au juge étatique, seul compétent, qu'il revient de trancher en matière de contrat d'arbitre. Seul le juge peut donc statuer sur le montant ou la révision des honoraires. En effet, cette question est relative au contrat d'arbitre et, en conséquence, n'est pas de la compétence de la juridiction arbitrale.

Considérant que le contrat d'arbitre type est un contrat à titre onéreux dans la plupart des cas et synallagmatique, deux hypothèses se posent concernant notre sujet : soit le contrat d'arbitre ne se forme pas, hypothèse la plus fréquente (en effet, il est courant que la saisine de l'arbitre soit conditionnée au versement d'une provision), soit il se forme mais l'arbitre peut exercer son droit de rétention sur la sentence en cas de non-paiement des honoraires et/ou poursuivre la responsabilité d'une partie qui se refuse au paiement de ceux-ci. En cas d'impécuniosité de l'une des parties, ce problème est donc de première importance. La compétence au sujet des honoraires est en principe attribuée aux juridictions étatiques ainsi que la question éventuelle de leur révision.

73 BUSSY (F.), Nul ne peut être juge et partie, *D.* 2004 p. 1745.

74 CA Paris, 28 octobre 1987, *Rev. Arb.* 1988.149 note Ch. Jarrosson : l'une des parties avait en charge la totalité des frais et honoraires d'arbitrage par un accord transactionnel entre les litigants constaté dans la sentence.

75 CA Paris, 1 ch. Civ., 23 sept. 1994, *Société Hôtelière de montagne c. époux d'Amade et autres*; *RTD com.* 1995.396, obs. J-CI Dubarry et E Loquin ; *Rev. Arb.* 1996.393 obs. PH. Fouchard.

76 MOTULSKY (H.), *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*. Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, t.2, Préf. Cl. Reymond, Dalloz éd. 1974 p. 44.

629. La cour d'appel de Paris⁷⁷, dans l'arrêt *Société Hôtelière de Montagne c. époux d'Amade et autres* du 23 septembre 1994, décide que « les arbitres, en raison de leur fonction juridictionnelle, ont, sauf clause contraire de la convention d'arbitrage, le pouvoir de statuer sur les dépens, car la fixation des frais entraînés par la procédure et la répartition de leur charge constituent un accessoire du litige. L'objet du litige pouvant porter sur la répartition des honoraires des arbitres et des frais d'arbitrage, si la convention d'arbitrage prévoit que les frais seront supportés par les parties selon les modalités prévues par les arbitres dans leur sentence, et si chaque partie a sollicité la condamnation de son adversaire aux dépens, doit être rejeté le recours en annulation de la sentence en ce qu'il porte sur la répartition de la charge des honoraires entre les parties ». « la fixation du montant de leurs honoraires ne fait pas partie de l'objet du litige, mais relève du contrat d'arbitre, contrat synallagmatique qui oblige les parties à payer des honoraires aux arbitres et les arbitres à rendre une sentence tranchant le litige qui oppose les parties. Dès lors, la fixation dans la sentence du montant de ces honoraires n'a pas de valeur juridique et ne peut faire l'objet du recours en annulation. La contestation de ce montant relève de la juridiction de droit commun, dans le cadre d'une action opposant aux arbitres la partie à la charge de laquelle les frais d'arbitrage ont été mis ».

De même, la cour d'appel de Paris, le 19 décembre 1996, dans l'arrêt *Société Qualiconsult et autres c. Groupe Lincoln*⁷⁸ précise que « Les arbitres en raison de la fonction juridictionnelle dont ils sont investis ont, sauf clause contraire de la convention d'arbitrage, le pouvoir de statuer sur les dépens ; en effet, la fixation des frais entraînés par la procédure et la répartition de leur charge constituent un accessoire du litige. L'objet du litige peut porter notamment sur la répartition des honoraires des arbitres et des frais d'arbitrage. En revanche, la fixation du montant des honoraires des arbitres ne fait pas partie de l'objet du litige ; cette fixation relève du contrat d'arbitre [...], la fixation du montant des honoraires des arbitres, dans la sentence ou dans une décision préliminaire, n'a pas de valeur juridique et ne peut faire l'objet d'un recours en annulation ; la contestation du montant de ces honoraires relève de la juridiction de droit commun, dans le cadre d'une action opposant la partie à la charge de laquelle les frais d'arbitrage ont été mis, aux arbitres ».

630. Il résulte de cette jurisprudence que sont incluses dans la mission des arbitres la fixation du montant des dépens et leur répartition comme accessoire au litige, de même que la répartition des frais et honoraires des arbitres si la convention d'arbitrage le prévoit. Sur ces sujets, un recours en annulation est ouvert. En revanche, est exclue de la compétence arbitrale la détermination du montant de ces honoraires, car en ce cas, les parties sont les litigants et l'arbitre lui-même⁷⁹. Ce point qui concerne donc le contrat d'arbitre relève du droit commun de la compétence juridictionnelle et ne fait pas partie de l'objet de la convention d'arbitrage, de la compétence arbitrale. Néanmoins, et contrairement à ce qu'avance la cour, la fixation des honoraires par l'arbitre n'est pas dépourvue de toute valeur juridique même si elle n'entre pas dans l'objet du litige qui est soumis à l'arbitrage. En effet, celle-ci peut faire l'objet d'une contractualisation lorsqu'elle est acceptée par les litigants.

77 C. Cass. Civ. 2, 10 oct. 1990, *Société Bureau Qualitas et autres c. J. Viet et autres*, D.1990.239 ; Rev. Arb. 1996 p. 393 ; CA Paris, 1 ch. Civ., 23 sept. 1994, *Société Hôtelière de montagne c. époux d'Amade et autres* ; RTD com. 1995.396, obs. J-CI Dubarry et E Loquin ; Rev. Arb. 1996.393 obs. PH. Fouchard n° 325 .

78 CA Paris, (1 ch. C.), 19 déc. 1996, *Société Qualiconsult et autres c. Groupe Lincoln*, Rev. Arb. 1998.121 note Ch. Jarrosson.

79 V. CA Reims (ord. 1 er Prés.), 16 décembre 1999, *Société Adidas c. André Fresco et Société Ventex*, Rev. Arb. 2000. 316 note Th. Clay : « L'arbitre est libre de poursuivre chacune des sociétés en paiement de ses honoraires sur le fondement d'un lien personnel qui le lie avec elles et diffèrent de celui qu'elles ont entre elles. L'arbitre n'acquiert pas la qualité d'auxiliaire de justice en raison de sa nomination par un juge qui ne lui confie en réalité aucune mission de nature judiciaire ; la procédure de taxation prévue par l'article 719 du Code de procédure civile pour les auxiliaires de justice ne peut donc s'appliquer aux arbitres ». L'arbitre ne parvenant pas à recouvrer ses honoraires avait saisi le tribunal de grande instance de Troyes. Outre que le tribunal n'était pas compétent, celui-ci assimila l'arbitre à un auxiliaire de justice. Le président de la cour d'appel de Reims a censuré cette décision.

631. Concernant la répartition des honoraires, rien ne s'oppose à la compétence de l'arbitre car celle-ci ne modifie pas le montant de sa créance, ni, en règle générale, le recouvrement de celle-ci qui est, le plus souvent, régie par l'exigence d'une provision préalable. Tout litige peut donner lieu à une ventilation inégalitaire des frais de justice. Cependant, concernant la rémunération de l'arbitre, il est d'usage, et en tout état de cause, déontologique, qu'aucun engagement séparé des litigants n'intervienne avec un arbitre. Ainsi, chaque arbitre obtient de chacune des parties sa rémunération.

Si le montant des honoraires n'a pas été préalablement fixé, leur répartition par l'arbitre est plus problématique. En effet, deux solutions sont envisageables : soit l'arbitre procède à une répartition anticipée par proportion, soit celui-ci peut, par la suite, procéder à un complément de sa sentence à la triple condition qu'une partie le sollicite, que le délai soit respecté et que le tribunal arbitral puisse être reconstitué à l'identique. À défaut, le juge étatique devrait se voir reconnaître la compétence d'y procéder lui-même.

632. L'arrêt de la cour d'appel de Paris, en date du 23 sept. 1994, distingue la question de la répartition, en considérant que « *l'objet du litige peut porter notamment sur la répartition des honoraires des arbitres et les frais de l'arbitrage* »⁸⁰, et celle de la contestation du montant des honoraires par l'une des parties. Sur ce second point, l'arrêt énonce que « *la fixation des honoraires des arbitres ne fait pas partie de l'objet du litige et qu'elle relève du contrat d'arbitrage, différent de celui qui lie les parties et qui fixe l'objet du litige* »⁸¹. La Cour de cassation a jugé que viole l'article 1351 du Code civil, l'arrêt qui déclare irrecevable l'action en contestation d'honoraires dirigée par l'une des parties en litige contre les arbitres⁸². Concernant l'objet de l'obligation au paiement des honoraires, le droit à rémunération de l'arbitre étant d'origine contractuelle, l'arbitre ne peut fixer unilatéralement le montant de celle-ci ni modifier son importance. Il faut un commun accord entre les litigants et les arbitres.

* *
*
*
*

633. L'arbitre, partie au contrat, ne peut connaître des litiges relatifs à la fixation du montant des honoraires. Cette question est exclue de l'objet du litige qui se rattache à la convention d'arbitrage. Les honoraires, quant à eux, ont trait au contrat d'arbitre et relèvent donc de la juridiction étatique que le litige soit relatif à leur fixation ou à leur révision.

* *
*
*

634. En définitive, l'arbitre international est un juge qui s'intègre dans l'ordre juridique pertinent. Les règles de compétence du for, entendues comme les règles de répartition des pouvoirs entre juridictions, lui confèrent la mission juridictionnelle de juger de sa compétence. Ce fait se traduit par l'octroi par l'article 1458 anc. du Code de procédure civile d'une compétence exclusive et prioritaire accordée à l'arbitre. Son pouvoir juridictionnel, entendu comme le pouvoir de juger, n'a pas pour source un contrat mais la ou les lois

80 L'arrêt énonce que « *les arbitres, en raison de la fonction juridictionnelle dont ils sont investis, ont, sauf clause contraire de la convention d'arbitrage, le pouvoir de statuer sur les dépens, la fixation des frais entraînés, la répartition de leur charge constituant un accessoire du litige qu'il convient de fixer* ». V aussi sur le principe : LOQUIN (E.), Étendue de la compétence, *Jurisclasseur Procédure civile*, fasc. 1032spéc. n° 22.

81 CA Paris, 1 ch. Civ., 23 sept. 1994, *Société Hôtelière de montagne c. époux d'Amade et autres*; *RTD com.* 1995.396, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. Arb.* 1996.393 obs. Ph. Fouchard.

82 C. Cass. Civ. 2, 28 octobre 1987, *SARL Bureau Qualitas*, *Rev. Arb.* 1988. 149 note Ch. Jarrosson.

pertinentes, par l'intermédiaire du principe de compétence-compétence. Il s'agit donc d'une règle matérielle interne de répartition des compétences qui octroie à l'arbitre la *jurisdictio*. Le pouvoir de l'arbitre de se déclarer incompetent illustre, à lui seul, le fondement légal de son pouvoir juridictionnel, matérialisé par le contrat d'arbitre qui officialise sa mission.

Il apparaît clairement que la question de la compétence au fond du litige et celle de l'investiture pour statuer sur celle-ci sont deux questions distinctes. Or, la question des honoraires relève de la compétence étatique. Si la fixation de leur montant peut être susceptible d'abus, source de responsabilité des arbitres, ce problème reste néanmoins extérieur au déni de justice économique et n'est pas source de solution.

635. Cocontrat, le contrat d'arbitre ne se forme valablement que lorsque l'ensemble des parties au contrat ont valablement donné leur consentement. Ce n'est qu'à compter de sa formation que l'arbitre se voit valablement investi. Si la notion de compétence se rattache directement à la convention d'arbitrage, celle d'investiture renvoie au contrat d'arbitre. Le contrat d'arbitre investit l'arbitre du pouvoir juridictionnel de juger de sa compétence puis éventuellement du litige. Rattaché au concept d'investiture, tout litige relatif au contrat d'arbitre relève de la compétence étatique.

Conclusion de la section 1

636. Le contrat d'arbitre est un cocontrat de louage d'ouvrage dont l'objet est de mettre fin à un litige opposant des parties. Par nature gratuit, en pratique, celui-ci est exclusivement conclu à titre onéreux. Le problème de la rémunération de l'arbitre et du paiement de la provision se pose donc avec acuité au moment de la formation ou de l'exécution du contrat d'arbitre. Ce contrat se rattache à la notion d'investiture. Ainsi, les litiges concernant sa validité ou son exécution relèvent de la compétence juridictionnelle des juridictions étatiques. Le Code de procédure civile français dispose que les arbitres sont « *investis* » par les parties d'un « *pouvoir juridictionnel* »⁸³. Le pouvoir juridictionnel se définit comme le « *pouvoir général de statuer qui, découlant de la souveraineté, a été conféré par l'État aux tribunaux* ». Il convient d'admettre que l'arbitre est investi du pouvoir juridictionnel de statuer sur sa compétence par la loi et par la conclusion du contrat d'arbitre. La notion est ainsi transposable à l'arbitre, à condition d'accepter que la question de son investiture se restreigne, dans un premier temps, à la question de sa compétence.

637. L'arbitre ne peut être juge et partie. En conséquence, il en va de même au sujet des honoraires, de leur fixation, révision ou paiement. Quant aux arbitres, certains cours d'arbitrage semblent adopter une solution nuancée qui, fondée sur le droit d'accès à la justice, reconnaît le droit pour les parties à un arbitrage devenu impossible en pratique, d'avoir recours aux juges étatiques pour juger au fond du litige. L'arbitre est en effet habilité, par une règle de procédure interne et la conclusion du contrat d'arbitre, à prononcer une sentence mettant fin, sous réserve de recours éventuel, à la question de sa compétence au regard du litige. Son investiture dépend donc entièrement de la conclusion éventuelle d'un contrat d'arbitre. C'est sur cette base contractuelle que lui sera octroyée la qualité de juge. Dès lors, seuls les tribunaux internationalement compétents peuvent valablement interférer au sujet des honoraires et, le cas échéant, trouver une solution rationnelle au regard du déni de justice économique ou, à défaut, constater l'échec de la mission de l'arbitre.

83 Article 1466 anc. Code de procédure civile.

Section 2 : Du constat d'échec du juge d'appui dans sa mission d'aide à la constitution du tribunal arbitral

638. Dans le cadre du déni de justice, la question des honoraires et de leur paiement intervient avant toute investiture arbitrale et empêche donc la formation du contrat d'arbitre du fait de l'exigence d'une provision. En conséquence, la convention d'arbitre se trouve, de fait, inapplicable. Mais, l'inapplicabilité peut recouvrir différentes conceptions. Il ne paraît pas incongru de l'envisager dans un sens littéral comme signifiant une impossibilité pratique de mise en œuvre de la convention d'arbitrage. Dès lors, si le juge d'appui ne peut remplir sa mission et constituer un tribunal arbitral apte à répondre de manière contradictoire et dans le respect des droits de la défense à la question litigieuse, ne convient-t-il pas d'en conclure qu'il s'agit d'une contestation sérieuse sur l'applicabilité de la clause pouvant induire la compétence des juridictions étatiques à juger du fond du litige conformément aux règles de compétence ordinaire ?

639. L'inapplicabilité doit être constatée par le juge dès lors qu'il existe une impossibilité de mise en œuvre de la convention d'arbitrage du fait de l'impécuniosité d'un litigant (§1). Cette impossibilité entraînant un déni de justice potentiel, il doit donc être pris en compte devant les juridictions étatiques pour retenir leur compétence, à savoir le juge d'appui. L'inapplicabilité de la clause compromissoire résulte en fait de l'échec dans sa mission d'aide à la constitution du tribunal arbitral du juge d'appui (§2).

§1- Inapplicabilité d'un contrat ou de son caractère inapplicable...

640. Lorsqu'une partie invoque une impossibilité de formation ou d'exécution du contrat d'arbitre faute de moyens financiers, la notion d'inapplicabilité apparaît, et avec elle celle d'impécuniosité. Il convient donc d'analyser la notion d'inapplicabilité qui ne peut cependant pas se définir de manière objective puisqu'elle implique une appréciation de fait dans le cadre du droit d'accéder au juge, et renvoie à « *ce qui est inapplicable* » ou « *insusceptible d'application* ». Elle se doit donc d'être de la compétence du juge chargé de venir au secours du tribunal arbitral, le juge d'appui. Dès lors, l'impossibilité de formation ou d'exécution du contrat d'arbitre est un cas d'inapplicabilité procédurale de la convention d'arbitrage (A) qui doit aboutir, en l'absence de règle apte à garantir le respect du droit général et fondamental d'accéder au juge, à la compétence des juridictions étatiques. Reste à définir ce que recouvre cette inapplicabilité dans le cas spécifique de l'impécuniosité d'un litigant (B).

A- De l'inutilité de la notion abstraite d'inapplicabilité

641. En application du droit interne, la notion d'inapplicabilité se doit d'être définie. Elle recouvre deux sens : celui d'inexistence, admis par la jurisprudence française, et celui d'impossibilité d'application⁸⁴. Ce second sens, en théorie admissible, se heurte en pratique au caractère manifeste de l'inapplicabilité exigée par le droit français. Cependant, dès lors qu'il existe un risque de déni de justice, le juge doit approfondir l'analyse de l'inapplicabilité. Sachant que le caractère manifeste impose le dessaisissement du juge au profit de l'arbitre, on aboutit à la solution paradoxale d'imposer aux parties de contracter un contrat d'arbitre pour savoir s'il y a ou non une inexistence tant factuelle que juridique d'une clause

84 V. pour la synthèse de la jurisprudence : CACHARD (O.), Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, *Rev. Arb.* 2006 p.893

compromissoire ou une impossibilité de mise en œuvre.

642. Aux yeux de certains auteurs, la notion d'inapplicabilité révèle « *l'ancienne méfiance pour l'arbitrage* »⁸⁵. Rien ne devrait aller à l'encontre du principe de compétence-compétence, ni la nullité de la clause ni son application impossible. Leur vœu paraît avoir été réalisé par la Cour de cassation puisque la jurisprudence française a donné à la notion d'inapplicabilité une signification particulière qui, conjuguée avec son caractère manifeste, la rend parfaitement inutile puisque fondée non sur sa possibilité de mise en œuvre, d'applicabilité oserons-nous dire, mais sur la volonté des parties à la voir applicable, ce qui recouvre la notion de validité voire d'existence.

La notion d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage a été introduite par une décision *Société Quarto Children's books*⁸⁶ de la première chambre civile, en date du 6 octobre 2001, dans l'hypothèse d'une clause insérée dans les conditions générales d'une partie, alors que le contrat avait été conclu sous l'empire de conditions générales antérieures⁸⁷. Dans les décisions *Prodim* et *Andhika Lines*⁸⁸ et *Andhika Chartering*⁸⁹, *Société Champion supermarché France c. Société Recape*⁹⁰, la haute juridiction retient l'inapplicabilité de la clause en cas d'inexistence de celle-ci, ou en vertu du principe de l'effet relatif des contrats. Mais elle se doit d'être manifeste et, dans l'arrêt *Navire Tag Heuer*⁹¹, la Cour interdit aux juges du fond de « *procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage* ».

Cette notion jurisprudentielle d'inapplicabilité a été consacrée par le nouvel article 1448 du Code de procédure civile. Elle existe aussi au sein de la convention de New York de 1958 mais son caractère manifeste n'est en revanche pas requis. Selon Monsieur E. Loquin, l'inapplicabilité manifeste « *peut résulter, soit d'une malfaçon affectant la clause compromissoire et interdisant sa mise en œuvre, soit d'une indifférence objective de la clause compromissoire à l'égard du contrat litigieux. [...] L'inapplicabilité résulte de l'impossibilité de mettre en œuvre la clause et recoupe le cas de la clause insuffisante prévue par l'article 1444 du nouveau Code de procédure civile, laquelle interdit au juge d'appui sa mise en œuvre. Son caractère manifeste apparaît dès lors qu'aucune interprétation de la volonté des parties, pertinente ou non, peu importe, ne peut être soutenue pour permettre à la clause d'être applicable. Le tribunal arbitral retrouve sa compétence pour apprécier sa compétence dès le moment où l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage n'est plus incontestable, car un doute existe, lequel ne peut être levé que par une interprétation de la volonté des parties ou une analyse approfondie des données factuelles du litige. Le doute, aussi ténu soit-il, contrarie l'appréciation du caractère manifeste de l'inapplicabilité et ne peut être levé prima facie. [...] L'incertitude sur la compétence des arbitres profite au tribunal arbitral qui devra lever celle-ci. On relèvera à cette occasion que la nullité manifeste de la convention d'arbitrage pourrait résulter du constat que la clause d'arbitrage révèle une rupture d'égalité entre les parties* »⁹².

85 J.-B. Racine, *Rev. Arb.* 2005. 687 ; qui prône la disparition de ces exceptions au principe de compétence-compétence : Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international, Communication à la Journée d'hommage et d'études en l'honneur de Philippe Fouchard, *Rev. Arb.* 2005.305 s., n° 60 s.

86 C. Cass. Civ. 1, 16 octobre 2001, *Société Quarto Children's books*, *Rev. Arb.* 2002.919, *Rev. Crit. DIP* 2002.555 note F. Fault Seseke.

87 Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, *Société Bureau Véritas c. Mme Aaliste et autres*, Bull. civ. I, p. 91, n° 112 ; *RTD com.* 2005 p. 486 note E. Loquin ; *Rev. Arb.* 2004.851.

88 C. Cass. Com, 13 juin 2006, *Société Prodim c. Société Gemodis*, *Rev. Arb.* 2006.955 ; *Rev. Arb.* 2006.893 note O. Cachard.

89 C. Cass. Civ.1, 11 juillet 2006, n° 03-19.838, *Société Andhika Lines (Andhika Chartering) c. Société Alcan Rubber et Chemical*, D. 2006, IR p. 2273, *Rev. Arb.* 2006.870, *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 128, Fabienne Jault-Seseke ; *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin ; *Rev. Arb.* 2006.979. *JDI* n° 1 2007.4 comm. Sana-Chaillé de Néré (S.).

90 C. Cass. Civ.1, 4 juillet 2006, n° 05-11.591, *Société Champion supermarché France (CSF) c. Société Recape*, *Rev. Arb.* 2006 p. 959 note X. Train.

91 C. Cass. Civ.1, 7 juin 2006, *Copropriété Maritimes Jules Vernes et autres c. ABS et autres (Navire Tag Heuer)*, n° 03-12.034 (n° 937 FS-P+B+I), D. 2006 p. 1701, *Rev. Arb.* 2006.945 note E. Gaillard.

92 LOQUIN (E.), Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, *RTD com.* 2006 p. 764 (V. référence citées).

643. En droit français, outre les conventions d'arbitrage pathologiques, la notion vise donc l'étendue du domaine de la convention d'arbitrage. Ainsi, la notion de convention d'arbitrage pathologique inclut celle de l'indétermination du centre d'arbitrage compétent. Cette pathologie était par exemple « *impuissante [...] à effacer la volonté de recourir à l'arbitrage* »⁹³. C'est à l'arbitre de se prononcer certes, mais quel arbitre ? Le juge d'appui doit-il se reconnaître compétent pour procéder à ce choix à défaut d'accord des parties ? À défaut, n'est-il pas opportun de conclure à une paralysie de la procédure arbitrale devenant du fait même de la rédaction de la clause, inapplicable ? L'inapplicabilité de la convention d'arbitrage semble être comprise par la Cour de cassation non comme l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, entendue comme une impossibilité pratique de la mettre en œuvre, mais comme devant être caractérisée par une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage.

Cependant, dans un rapport contractuel où il n'existe aucune convention d'arbitrage, celle-ci ne devrait pas être qualifiée d'inapplicable mais d'inexistante en vertu du principe de l'effet relatif des contrats si elle ne concerne pas les parties ou si elle a été conclue à l'égard d'un contrat ou rapport contractuel différent de celui qui fait l'objet du litige. Entre les parties, il ne s'agit pas d'une inexistence juridique, mais factuelle. Il n'y a pas de convention d'arbitrage entre elles ou au regard du litige qui les lie.

Néanmoins, un auteur soutient que « *La règle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage a une utilité. Elle permet de déjouer les manœuvres de plus en plus fréquentes de plaideurs, qui, pour paralyser une instance devant le juge judiciaire, n'hésitent pas à opposer des clauses compromissaires manifestement sans rapport avec le litige* »⁹⁴. Il nous semble que dans ce cas précis il ne s'agit donc pas d'inapplicabilité mais d'inexistence de fait. Or, était-il nécessaire de préciser que lorsqu'il n'y a pas de convention d'arbitrage, il n'y a pas de volonté de recourir à l'arbitrage et donc pas d'arbitrage ?

644. Si, selon certains, « *La notion d'inapplicabilité manifeste, avec son caractère factuel et concret, est probablement mieux adaptée à la mise à l'écart des clauses pathologiques - il suffit de constater qu'elles ne peuvent manifestement pas être mises en œuvre en pratique* »⁹⁵, c'est justement son caractère factuel et concret qui implique une étude plus approfondie que celle de l'apparence, qui lui ôte tout intérêt lorsqu'on exige qu'elle soit manifeste. Or, à l'exception des clauses dites pathologiques, il n'est prévu aucune clause de sauvegarde dans l'hypothèse d'une inapplicabilité d'une clause valable et applicable aux parties au regard du litige. Dès lors, comment concevoir la notion d'inapplicabilité du fait de l'impécuniosité d'un contractant ?

645. En effet, cette inapplicabilité de fait n'étant par hypothèse jamais manifeste, elle relève donc, en application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, de l'arbitre. Cependant, la convention d'arbitrage étant inapplicable car le contrat d'arbitre ne peut se former, le droit français aboutit donc à renvoyer la question devant un juge qui ne sera jamais compétent pour juger de son impossible saisine. Le cercle vicieux auquel aboutit cette solution est patent en pratique dès lors que l'inapplicabilité manifeste se combine avec le principe de compétence-compétence.

646. En théorie, la notion d'inapplicabilité ne s'assimile pas à celle d'inexistence mais

93 Pourvoi sur renvoi après cassation : C. Cass. Civ. 1ère, 4 juin 2009, n° 08-13.983, *Société Ineos* ; D. 2009.2959.

94 LOQUIN (E.), L'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire (Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, Bull. civ. I, p. 91, n° 112, *Société Bureau Véritas c. Mme Aaliste et autres*), *RTD com.* 2005 p. 486.

95 THERY (PH.), Inapplicabilité de la convention d'arbitrage : variations sur vouloir et pouvoir..., (Civ. 1re, 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 62, D. 2007.734, obs. X. Delpech), *RTD civ.* 2008 p. 151.

renvoie à la mise en œuvre d'un contrat. Rien n'empêche cette seconde interprétation. Le caractère manifeste de l'inapplicabilité flirte avec l'illégalité puisqu'entraînant un déni de justice, elle est source de responsabilité de l'État. Dès lors, en cas d'inapplicabilité, le juge étatique ne devrait se dessaisir de l'affaire sans examen de toute contestation sérieuse à ce sujet. L'arbitrage n'est-il pas une justice voulue par les litigants, au moins à un moment, comme effective ?

647. Un constat s'impose : face à des montages contractuels, la complexité factuelle et/ou juridique emporte l'évidence et le juge se dessaisit. Tout le problème n'est donc pas la notion d'inapplicabilité mais le caractère manifeste qui doit lui être impartit en application du principe de compétence-compétence. L'impécuniosité interdit que ce contrôle d'inapplicabilité soit *prima facie*.

Le principe de compétence-compétence ayant pour justification et fondement le principe d'efficacité de l'arbitrage, c'est donc ce même principe d'efficacité qui doit fonder l'interprétation des limites au principe de compétence-compétence. La notion d'applicabilité doit donc être interprétée de manière concrète et non juridique, comme étant une inapplicabilité de la clause, ce qui revient à se demander si la convention d'arbitrage est ou non applicable⁹⁶. « *Sur le plan des principes, il est difficile d'imaginer que l'arbitrage puisse fonctionner sans l'appui des ordres juridictionnels étatiques. Le recours à l'arbitrage ne peut se concevoir sans le soutien des règles juridiques nationales : il n'est admis que dans la mesure où une règle juridique permet aux parties de compromettre. Vouloir, afin notamment de faire de Paris une grande place d'arbitrage, rendre les règles étatiques les moins contraignantes possibles est en soi louable, mais cela ne signifie pas que l'on puisse s'en passer : de la même façon qu'il existe des règles de validité et de licéité de la clause compromissoire, il est indispensable de fixer les règles relatives à l'extension et à la transmission de la clause. Or, lorsque le juge étatique est saisi le premier du litige relatif à l'application de la clause compromissoire, la règle prior tempore devrait lui permettre d'appliquer (au besoin, après les avoir définies) ces règles [...]. Enfin, il est possible qu'à trop vouloir favoriser l'arbitrage, on suscite une certaine méfiance à son égard. L'importance du contentieux élevé devant la Cour de cassation démontre que l'application du principe compétence-compétence n'est pas sans poser de sérieuses difficultés* »⁹⁷.

* *
*

648. La notion d'inapplicabilité peut recouvrir différents sens. La notion est admise en droit français de manière abstraite puisqu'elle correspond au cas où la convention d'arbitrage est inapplicable au litige, c'est-à-dire soit qu'elle n'existe pas, soit qu'elle ne vise pas le litige en question ou les parties au litige. En revanche, en ce que le droit français exige que l'inapplicabilité soit manifeste, elle ne saurait revêtir un sens concret à savoir celui de contrat inapplicable. Cette conception impose une analyse factuelle rendue impossible par l'exigence de son caractère manifeste.

96 Pour une analyse en ce sens V. THERY (PH.), Inapplicabilité de la convention d'arbitrage : variations sur vouloir et pouvoir..., (Civ. 1re, 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 62, D. 2007.734, obs. X. Delpéch), *RTD civ.* 2008 p. 151: « *Summum jus, summa injuria... Avec d'autres (Ch. Séragnini, JCP G 2006. I. 187, n° 11), « on peut s'interroger sur la pertinence d'une conception aussi radicale de l'effet négatif du principe de compétence-compétence » qui finit par se retourner contre les parties, renvoyées à des procédures inutiles. Que dira-t-on des procédures impossibles ?* ».

97 JAULT-SESEKE (F.), Du contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, à propos de Cour de cassation (1re Ch. civ.). - 25 avril, 23 mai et 11 juillet 2006 (3 arrêts, *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin), *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 128.

B- L'inapplicabilité factuelle entendue comme l'inefficacité de la convention d'arbitrage

649. L'inapplicabilité recouvre deux sens. Dans sa première acception, l'applicabilité est entendue comme le champ d'application de la convention d'arbitrage, dans son acception d'inexistence factuelle, et dans un second sens, comme une impossibilité d'application pouvant provenir d'une clause compromissoire inapte à permettre un règlement des litiges satisfaisant ou comme ne pouvant être mise en œuvre.

650. En jurisprudence, l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage n'est pas en principe entendue comme une impossibilité de mise en œuvre concrète de la clause compromissoire mais comme une absence de convention d'arbitrage. Cela étant, lorsque l'inapplicabilité se réfère à la clause pathologique ne permettant aucune mise en œuvre effective, elle recouvre en réalité la seconde acception. La notion d'inapplicabilité doit donc être interprétée de manière concrète et non abstraite et revient à analyser si la convention d'arbitrage est ou non applicable, c'est-à-dire si elle peut être mise en œuvre⁹⁸.

Le projet de réforme du Comité français de l'arbitrage consacre l'extension de la notion d'inapplicabilité manifeste ainsi que le nouvel article 1148 du Code de procédure civile⁹⁹. La notion d'inapplicabilité ne doit pas être réduite à un problème de composition du tribunal arbitral ou à une inexistence de la clause. Elle peut valablement viser les cas d'impossibilité de constitution du tribunal arbitral. En effet, en ce cas, la convention d'arbitrage ne peut réaliser son objet et est en soi inapplicable.

651. Ainsi, dans un litige à propos d'un contrat international de vente opposant deux sociétés, après expertise, l'objet de la vente a été déclaré impropre à son utilisation normale et l'acheteur a donc demandé réparation de son préjudice. Saisie de cette demande, la cour d'appel a refusé de décliner sa compétence au regard de l'existence au sein du contrat d'une convention d'arbitrage. La cour avait considéré que le refus du défendeur de recourir à l'arbitrage constituait une renonciation au profit du demandeur, libre alors de saisir les juridictions étatiques. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a décidé que « *la cour d'appel a constaté que la société Lesieur avait tenté en vain de mettre en œuvre la procédure d'arbitrage prévue par les conventions, sans avoir pu obtenir que soit désigné, dans les conditions et délai contractuellement fixés, l'arbitre qu'il appartenait à la société Daras ou au comité africain de l'arachide de choisir ; qu'elle a ainsi, hors toute dénaturation et abstraction faite de tous autres motifs surabondants, justifié légalement la compétence du tribunal de commerce ; que les moyens pris en leurs diverses branches ne sont pas fondés* »¹⁰⁰.

Dans une certaine mesure, la Cour de cassation admet donc que l'inapplicabilité de la clause s'entende par l'impossibilité de mise en œuvre pratique de la clause compromissoire. Elle se traduit devant les juridictions françaises comme une rédaction inadéquate de la clause, désignant deux centres d'arbitrages par exemple. L'exemple est parlant. Ce qui rend, en l'occurrence, la convention d'arbitrage inapplicable de manière manifeste, tient au fait d'une impossibilité pour chacun des centres de se saisir du litige pour savoir s'il est ou non compétent. En effet, rien ne permet de déterminer lequel des deux a été contractuellement désigné. Pourtant, l'intention d'avoir recours à l'arbitrage est manifeste. Une impossibilité de saisine rend donc la convention d'arbitrage inapplicable. C'est dans cette logique que la Cour de cassation considère, en sens inverse, qu'en cas de désignation simultanée dans un même contrat d'une clause attributive de juridiction et d'une clause d'arbitrage, la seconde n'est pas

98 V. pour une analyse en ce sens : THERY (PH.), Inapplicabilité de la convention d'arbitrage : variations sur vouloir et pouvoir..., (Civ. Ire, 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 62, D. 2007.734, obs. X. Delpéch), RTD civ. 2008 p. 151.

99 V. le texte Rev. Arb. 2006, 499, spéc. art. 1497.

100 C. Cass. Com., 22 février 1983 n° 78-13.153, 78.14.373 Bull. n° 71.

nécessairement manifestement inapplicable ou nulle. En effet, en ce cas, la saisine d'un centre d'arbitrage et la constitution d'un tribunal arbitral apte à juger de sa compétence et, partant, du litige, reste possible.

652. Reste à circonscrire la notion d'inapplicabilité dans ce cadre. En effet, l'inapplicabilité entendue comme une impossibilité de mise en œuvre de la convention d'arbitrage peut revêtir un sens plus ou moins large. *In fine*, ce cas peut se rattacher à l'inapplicabilité entendue comme une malfaçon de la convention d'arbitrage, une impossibilité de mise en œuvre. Or, l'absence de possibilité de mise en œuvre est reconnue par la jurisprudence française et correspond, en partie, à l'hypothèse d'insuffisance de la convention d'arbitrage visée par l'article 1444 anc. du Code de procédure civile. La convention d'arbitrage doit être rompue lorsqu'elle s'avère juridiquement et économiquement inefficace. Cette notion d'inefficacité recouvre en droit de l'arbitrage exactement le concept d'inapplicabilité et, de prime abord, la notion de partie impécunieuse renvoie à cette question car elle constitue l'un des aspects de cette inapplicabilité. Dès lors, l'impécuniosité et le droit d'accès à la justice imposent de s'interroger sur l'opportunité de laisser perdurer un contrat économiquement nocif.

653. Au regard de la CESDH, une justice de qualité doit se conformer notamment aux principes de l'article 6 de la même Convention dont le droit à un procès équitable et donc à un accès effectif au juge est le principal aspect¹⁰¹. Le recours effectif au juge doit donc être absolument préservé, ce qui ne semble pas être le cas en l'état de la jurisprudence française. « *Il faut aujourd'hui être très audacieux ou très aventurier pour saisir le juge judiciaire malgré une convention d'arbitrage* »¹⁰², ou, dirons-nous plutôt, malgré l'invocation par la partie adverse d'une exception d'arbitrage. En toute hypothèse, la convention d'arbitrage doit être privée d'effet lorsque sa mise en œuvre s'avère vaine ou sans intérêt. Or, tel n'est pas l'état de la jurisprudence française. La compétence étatique pour juger du litige au fond n'a donc pas lieu d'être, sous peine de violer le principe de compétence-compétence¹⁰³.

654. Dès lors, la notion d'inapplicabilité renvoie à celle d'inefficacité de la convention d'arbitrage. Cette convention est inefficace et ne saurait garantir le droit au juge dès lors qu'elle ne permet pas d'aboutir à un jugement. Or, l'impécuniosité d'une partie peut empêcher la formation du contrat d'arbitre lorsqu'une provision est demandée au stade initial de la procédure ou provoquer une rétentio de sentence ou une absence de jugement lorsqu'elle intervient à un stade ultérieur. Dans tous les cas, le droit d'accès au juge est compromis puisque dans le premier la formation du contrat d'arbitre est paralysée et dans le second, l'impossibilité d'exécution dudit contrat n'aboutissant pas à un jugement, il n'y satisfait pas non plus. Dès lors, dans ces deux hypothèses, le juge étatique qui est redevable envers le justiciable du droit effectif d'accès au juge, doit priver d'effet une convention d'arbitrage jugée dans ces hypothèses inefficace.

* *
*

655. Le lien processuel entre contrat d'arbitre et convention d'arbitrage impose en principe de déclarer la convention d'arbitrage inapplicable afin d'assurer l'accès au juge et donc l'état de droit. Cela étant, lorsque la volonté d'avoir accès à l'arbitrage est avérée, cette sanction

101 V. en ce sens : JEAN (J.-P.), PAULIAT (H.), L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité, *D.* 2005 p. 598.

102 CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, octobre 2008 - décembre 2009, *D.* 2009 p. 2959.

103 C. Cass. Civ.1re, 20 févr. 2007, n° 06-14.107 (n° 228 FS-P+B+I) Bull. civ. I, n° 62, *D.* 2007.734, obs. X. Delpech; *RTD civ.* 2008 p. 151 Ph. Thery; *Rev. Arb.* 2007.775 note F.-X. Train.

nous semble disproportionnée ou plus exactement inadaptée. En effet, la prohibition du déni de justice impose d'analyser la possibilité pour les parties d'avoir accès à la justice et l'État doit en assurer cet accès. Si le contrat d'arbitre ne peut se former ou si son objet ne peut être atteint (i.e. jugement mettant un terme au litige), il est donc normal d'en conclure à la compétence des juridictions étatiques afin d'en assurer l'effectivité. Dans tous les cas, pour permettre l'accès à la justice il convient de trouver un moyen permettant d'assurer la formation du contrat d'arbitre. Or, le problème étant celui de l'impécuniosité, celui-ci peut être traité en amont ou en aval.

§2- L'impécuniosité au sens d'inapplicabilité : un comparatif de la compétence souveraine des juges du fond

656. La notion de l'impécuniosité emporte le constat de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. L'inapplicabilité relève d'une acception spécifique en matière de frais de justice (A) qui, lorsqu'elle est constatée par le juge d'appui, est un constat d'échec, à savoir celui de constituer le tribunal arbitral dans le respect des normes du procès équitable (B).

A- L'impécuniosité appliquée aux frais de justice

657. Notre hypothèse, en pratique fréquente, n'est que trop peu prise en compte par la doctrine. Quant à la jurisprudence, il n'existe à notre connaissance qu'une seule décision de la première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 28 janvier 2003¹⁰⁴. L'argument du défaut de moyens financiers était soulevé par une partie. Cependant, la Cour de cassation se contenta de déclarer, après s'être retranchée derrière le pouvoir souverain des juges du fond, que le moyen était irrecevable comme étant nouveau et mélangé de fait et de droit. Quant à la cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 14 avril 2005¹⁰⁵, face à la question de l'impécuniosité d'une des parties, elle a statué en ces termes : « *les griefs formulés [...] relèvent de leurs relations mutuelles et sont étrangers à la qualification de la décision du tribunal arbitral* ». La question du déni de justice économique incite au contraire à s'appesantir sur le droit d'accès au juge. Si elle ne concerne pas la fixation des honoraires mais leur répartition entre les litigants, il n'en reste pas moins qu'elle a un impact sur le droit au procès équitable, et donc sur la reconnaissance d'une sentence en France. Reste donc à définir ce que n'est pas l'impécuniosité (1) et ce qu'elle est (2).

1)- Ce que ne recouvre pas l'impécuniosité

658. L'impécuniosité source de déni de justice n'est pas un cas de force majeure ni un abus dans la fixation du prix. Bien qu'elle se rapproche de notions telles que l'insolvabilité ou la cessation de paiement, elle s'en distingue nécessairement (a). De même, doivent être exclues les différentes notions qui interviennent lors de la formation de la convention d'arbitrage (b).

104 C. Cass. Civ.1, 28 janvier 2003, *Nègre c. Vivendi*, *Rev. Arb.* 2003.1337 obs. C. Legros ; *Rev. Crit. DIP* 2003.641 note F. Jault-Seske ; *JDI* 2003.473 note Ph. Kahn ; *RTD com.* 2001.57 obs. E. Loquin.

105 CA Paris, 14 avril 2005, *Stebler c. Société La Croissanterie*, *Gaz. Pal. Spéc. Arbitrage*, vendredi 21, samedi 22 oct. 2005 n°295 Rec. III, p. 359 ; *RTD com.* 2006 p. 308 Éric Loquin : concernant un arbitrage soumis au règlement de la Fédération de la Franchise. En l'espèce, le liquidateur de la société demanderesse, n'ayant pu payer la provision sur frais nécessaire à l'examen au second degré de la sentence, voit la sentence déclarée définitive. La cour d'appel est saisie d'un recours en annulation.

a)- Exclusion des notions voisines

659. L'abus dans la fixation du prix n'a pas été défini par la Cour de cassation mais n'est pas la cause de l'impécuniosité. Selon Monsieur Ch. Jamin¹⁰⁶, l'abus serait une notion théorique impossible à déterminer en matière de fixation de prix. Cependant, l'abus s'appréhende en pratique par son effet, c'est-à-dire l'impossibilité pour le débiteur d'assumer ce prix. Serait-il opportun de sanctionner en amont l'abus dans la fixation du prix du contrat d'arbitre, c'est-à-dire au stade de sa formation¹⁰⁷ ? Nous ne le pensons pas pour plusieurs raisons.

Concernant la fixation du montant des honoraires du contrat d'arbitre, la jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 1er décembre 1995¹⁰⁸ affirme que la détermination du prix n'est plus une condition de validité du contrat mais une modalité de son exécution. En conséquence, la sanction de l'indétermination du prix n'est plus la nullité mais la résiliation du contrat ou l'indemnisation d'une partie¹⁰⁹.

Transposée au contrat d'arbitre, il découle de la jurisprudence française qu'une partie peut fixer abusivement le prix, non au regard de la rémunération ou des frais d'arbitrage eux-mêmes, mais en considération de l'impossibilité pour un litigant d'en assumer le coût¹¹⁰. Différentes hypothèses apparaissent alors au regard du contrat d'arbitre : soit les parties s'accordent sur le prix lors de la conclusion du contrat d'arbitre, l'accord liant alors les parties du fait de la force obligatoire des conventions¹¹¹, soit les parties s'entendent sur le principe de la rémunération mais n'en fixent pas le montant, soit encore les parties n'ont rien prévu dans le contrat, un accord des parties sur le prix étant alors nécessaire.

660. Cette solution est-elle adaptée au contrat d'arbitre ? Si on se réfère à la solution retenue dans l'hypothèse du contrat d'entreprise, celle-ci est admissible. En effet, la Cour de cassation¹¹² considère qu'« un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément du contrat de louage d'ouvrage, en sorte qu'en l'absence d'un tel accord, il appartient au juge du fond de fixer la rémunération, compte tenu des éléments de la cause ». Ainsi, le tribunal de grande instance de Paris¹¹³, le 25 novembre 1999, dans l'arrêt *B. c. Société Lipha SA*, est saisi par trois arbitres ayant rendu une sentence le 21 juin 1996. En l'espèce, la partie devant régler les honoraires refusait de s'exécuter. Il décide que : « Si

106 JAMIN (Ch.), Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives, *JCP* 1996. I. 3959.

107V. pour un avis favorable à un élargissement de cette sanction en droit commun : AUBERT DE VINCELLES (C.), Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, *D.* 2006 p. 2629.

108SIMLER (Ph.), La détermination du prix : nouveaux enjeux, *Dalloz*, 1997 p. 75 et GAJC, t. 2, 11 éd. Dalloz, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette n° 151-154 : Ass. Plén. 1 décembre 1995 (4 arrêts).

109 En exigeant la fixation d'un prix dès la conclusion du contrat, la jurisprudence antérieure entendait protéger la partie en situation de faiblesse, voire de dépendance économique. Avec les arrêts de 1995, la Haute cour a opéré un revirement de jurisprudence extrêmement important : d'une part, elle décide que « l'article 1129 n' (est) pas applicable à la détermination du prix », d'autre part que « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ».

110 Or, dans l'hypothèse où le premier contrat ne prévoit rien sur le prix, il n'existe aucun accord entre les parties ni sur le principe d'une rémunération ni sur ses modalités. Le prix nécessite un accord entre les parties et si tel n'est pas le cas, le juge devra fixer le prix. Cette hypothèse implique d'admettre que le juge puisse se substituer aux parties. Or, la Cour de cassation ne lui accorde pas ce pouvoir. Cette solution doit donc être exclue au regard du contrat d'arbitre. Si en revanche, le premier contrat en prévoit les modalités, le rôle du juge est alors de vérifier que la fixation du prix n'est pas abusive. Dans les deux cas, le juge intervient désormais lors de l'exécution du contrat et non lors de sa formation. En conséquence, ce sont les règles de la responsabilité contractuelle qui doivent recevoir application et non celles de la formation du contrat. La Haute juridiction se réserve le droit de contrôler les décisions des juges du fond en ayant recours à la notion d'abus. Mais, comme le souligne nombre d'auteurs, c'est l'abus dans la fixation du prix qui est sanctionné non le prix abusif. En conséquence, cette notion fait référence à la loyauté, à la communauté d'intérêts qui doivent être respectées : le prix doit pouvoir être assumé par le cocontractant sans mettre en péril son activité, sans entraîner sa ruine. La sanction est la résiliation, qui consiste en une résolution judiciaire sans rétroactivité. Il est mis fin à la relation contractuelle pour l'avenir. Quant à l'indemnisation, elle permet de rétablir un équilibre.

111 Tel est le cas par exemple lorsque la convention d'arbitrage renvoie à un arbitrage institutionnel comportant des barèmes de rémunérations.

112 C.Cass. Com., 29 janvier 1991, *JCP* 1991.II.21751 obs. L. Leveneur.

113 TGI Paris, 25 nov. 1999, *B. c. Société Lipha SA*, *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer.

l'exequatur de la sentence n'a pas eu pour effet de conférer une valeur définitive à la fixation d'honoraires opérée par les arbitres, il apparaît que le travail particulièrement efficace fourni par les intéressés, qui ont eu notamment le mérite d'œuvrer avec une grande célérité et de mettre très rapidement un terme à un différend, mérite indiscutablement d'être rémunéré à hauteur de ce qui est légitimement réclamé ». Le juge apprécie la qualité du travail pour fixer le montant des honoraires. Il se voit donc reconnaître le pouvoir de réviser les honoraires en cas d'abus. Néanmoins, l'abus, en l'occurrence, prend la forme d'une disproportion entre la prestation fournie et le prix demandé, et non entre le montant du prix et les capacités financières d'une partie. Cette solution est rationnelle puisqu'un arbitre qui n'est pas lié par la convention d'arbitrage reste libre de déterminer le montant de sa rémunération. Or, en cas de déni de justice, seule cette seconde hypothèse importe, le recours à la révision des honoraires est donc hors propos.

661. En effet, le déni de justice économique ne provient pas d'un abus dans la fixation du prix mais d'une impossibilité pour l'une des parties d'y pourvoir, que cette impossibilité se manifeste lors de la conclusion du contrat d'arbitre ou en présence d'une rétention de sentence. En conséquence, en droit commun des obligations, rien n'oblige l'arbitre ou le litigant à contracter si cette partie n'en a pas les moyens financiers. Le problème est en l'occurrence tout autre, et se détache du droit commun au regard de l'objet du contrat, qui est d'assurer et d'aménager un accès à la justice.

Par ailleurs, le prix, probablement justifié en pratique au regard de la mission accomplie et de la compétence des arbitres, n'est pas en soi abusif. En outre et enfin, l'arbitre n'aura aucun intérêt à contracter et ne peut se voir contraindre de le faire. En somme, cette solution est à exclure. L'impécuniosité ici prise en compte ne résulte pas d'un abus dans la fixation du prix des prestations arbitrales¹¹⁴. Dès lors, il n'y a aucune raison de réduire les honoraires des arbitres, tiers à la convention d'arbitrage au regard de la situation d'impécuniosité d'une des parties.

662. Le caractère excessif de la rémunération arbitrale ne peut être pris en compte qu'au regard des prestations fournies, avec certaines limites. S'il est certain que la réduction des honoraires des arbitres peut induire une absence de disproportion et donc d'impécuniosité, cette voie ne sera pas explorée. La première raison est qu'elle ne correspond pas à strictement parler à une situation de déni de justice mais à une fixation abusive des honoraires des arbitres ou, bien que non abusive, à une volonté de leur part de réduire ces honoraires pour faciliter l'accès à la justice arbitrale. D'autre part, pour être appréciée comme étant abusive ou disproportionnée au regard de la *lex fori*, cette rémunération doit être comparée au travail fourni par les arbitres, ce qui implique que par hypothèse, le tribunal arbitral ait pu être constitué. Il n'est pas question, au sujet de l'impécuniosité d'un litigant, de réduire la rémunération des arbitres, puisque tiers à la clause d'arbitrage, ils n'ont aucune obligation de contracter et de plus, cette rémunération n'a pas de rapport avec les moyens des litigants mais avec la qualité de la prestation fournie.

663. La possibilité de mise en œuvre de la convention d'arbitrage au regard des frais engendrés par le contrat d'arbitre ne saurait donc dépendre des arbitres, tiers au premier contrat. Cependant, pour aboutir à une solution plus équilibrée que la caducité pure et simple de la convention d'arbitrage, en cas de déni de justice économique, il convient donc de se référer au droit commun de la responsabilité contractuelle appliqué à la convention

114 V. concernant le prix abusif : notamment : AUBERT DE VINCELLES (C.), Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, *D.* 2006 p. 2629 ; GAUTIER (P.-Y.), Pas de contestation possible des honoraires, fussent-ils excessifs, déterminés après l'exécution de la prestation, *RTD civ.* 2004 p. 114 ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ?, *D.* 2002 p. 1974.

d'arbitrage. En effet, le contrat d'arbitrage étant par hypothèse un contrat, il convient d'envisager la responsabilité éventuelle des différentes parties sous cet angle. Cependant, il ne faut pas omettre à ce stade du raisonnement que la convention d'arbitrage a aussi une nature juridictionnelle et donc envisager la sanction de l'abus d'action en justice.

664. L'impécuniosité n'est pas non plus un cas de force majeure. Il a été justement relevé que l'« admission de l'« irrésistibilité économique » entraîne la confusion des solutions dans la mesure où, en pareil cas, l'exécution n'est pas impossible, mais seulement plus onéreuse. Rien ne distingue cette inexécution fortuite de l'inexécution volontaire et la théorie des risques devient alors une simple variété de résolution judiciaire »¹¹⁵. L'irrésistibilité économique est une source potentielle d'insécurité juridique. En tout état de cause, le recours à la force majeure pour caractériser l'impécuniosité est juridiquement inapproprié. La force majeure viserait la convention d'arbitrage prise isolément et non le contrat d'arbitre, objet de l'obligation de la convention d'arbitrage. Pour autant, la convention d'arbitrage doit pouvoir être privée d'effet en considération de la non-formation du contrat d'arbitre ou non-conformité au procès équitable dans son exécution.

665. Cette notion d'impécuniosité se distingue de l'insolvabilité ou de la cessation de paiement qui sont des notions juridiques objectives, quantifiables.

La cessation des paiements est une notion désignant une situation financière, d'abord définie par la jurisprudence puis consacrée légalement à l'article L 631-1 du Code de commerce comme l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. L'analyse de l'impécuniosité doit être plus concrète et être déterminée au cas par cas en fonction de l'ensemble des ressources du litigant. En outre, des ressources non disponibles peuvent permettre d'assurer l'accès au juge.

Elle se distingue également de l'insolvabilité. Ainsi, « une personne solvable peut être en cessation des paiements si ses actifs ne sont pas suffisamment liquides pour lui permettre de faire face aux échéances de ses dettes ; réciproquement, un insolvable n'est pas en cessation des paiements si ses dettes ne sont pas exigibles ou s'il dispose, pour y faire face, d'une réserve de crédit n'ayant pas de caractère artificiel en raison des perspectives d'évolution de sa situation »¹¹⁶. Une personne impécunieuse est une personne qui ne dispose pas de fonds suffisants pour faire face à la procédure arbitrale en demande ou en défense à un instant donné. Cette notion, à l'inverse des premières, ne peut se définir par des éléments objectifs car tout dépend du litige, des sommes en jeu et de la situation financière de la personne lorsqu'elle a besoin d'avoir recours à ce mode juridictionnel ainsi que du choix de l'organisation arbitrale : *ad hoc* ou institutionnelle. Cette notion n'intervient pas au stade de la formation mais au stade de l'exécution de la convention d'arbitrage.

666. L'inapplicabilité dans le cadre de l'impécuniosité ne peut être constatée que par le juge étatique et suite à un examen approfondi de la clause dans le cadre de sa mise en œuvre. La convention d'arbitrage ne pouvant s'analyser comme une renonciation à la justice, sa mise en œuvre reste encadrée par les États. Or, lorsque l'inapplicabilité aboutit à une non formation du contrat d'arbitre ou à sa non-exécution, et ce peu importe la cause, le renvoi des parties devant l'arbitre est constitutif d'un déni de justice. En conséquence, elle exige un contrôle concret et effectif du droit d'accès au juge.

115 LE GAC-PECH (S.), *Rompre son contrat*, RTD civ. 2005 p. 223 n°8.

116 PETEL (Ph.), *Procédures collectives*, Dalloz cours, 5 éd. 2006 p. 36 n° 74.

b)- Exclusion des notions intervenant lors de la formation du contrat

667. Contrairement au droit français, si certains droits ont intégré l'impécuniosité ou la notion de disproportion économique dans le régime de l'arbitrage¹¹⁷, celle-ci intervient le plus souvent lors de la formation de la clause. Ainsi, le droit américain consacre la théorie de l'*unconscionability*. Cette théorie, proche de celle de la violence, tend à l'annulation de la clause d'arbitrage pour cause d'iniquité excessive dans l'application de la clause ou du contrat. Cette théorie est notamment invoquée par les parties se prévalant d'une position d'infériorité économique.

Ainsi, à titre d'exemple, on peut citer l'affaire *Gutierrez v. Academy Corporation*¹¹⁸, où Monsieur le juge Kent retient que lorsqu'une partie à un contrat soulève la question de l'*unconscionability* d'une convention d'arbitrage, il convient au juge étatique en théorie d'en juger. Cela étant, en l'occurrence, la salariée soulevait la question de l'*unconscionability* de l'intégralité du contrat qu'elle avait signé en état d'infériorité économique¹¹⁹. Dès lors, et selon la jurisprudence *Rojas v. TK Communications*¹²⁰, la règle de compétence-compétence devait s'appliquer. En effet, en application de cette jurisprudence, si le contrat est attaqué globalement la compétence revient aux juridictions arbitrales alors que si la demande ne concerne que la convention d'arbitrage elle-même, elle revient aux juridictions étatiques. La théorie de l'*unconscionability* intervient en principe au stade de la négociation contractuelle, c'est-à-dire lorsqu'une partie impose une telle clause à son cocontractant. Dès lors, pour voir s'appliquer cette théorie, le déséquilibre doit nécessairement exister lors de la conclusion de la convention d'arbitrage.

Néanmoins, dans l'affaire *Teleserve System*¹²¹, les frais de procédure pour l'arbitrage C.C.I., jugés excessifs au regard du montant du litige, rendent la clause d'arbitrage *unconscionable and unenforceable* (i.e. inapplicable) ou *commercially unreasonable* (i.e. commercialement déraisonnable) au regard du droit de l'État de New York¹²².

668. La notion de disproportion économique est reconnue en droit français. Outre en matière d'accès à la justice, comme en témoigne la jurisprudence *Pordéa*, on retrouve cette notion en droit bancaire et en droit du cautionnement. En matière de cautionnement ou de droit du financement, la proportionnalité de l'engagement de la caution avec ses biens et revenus est consacrée¹²³.

L'article L 313-10 du Code de la consommation¹²⁴, en matière de crédit à la

117 La théorie de l'*unconscionability*, en droit américain par exemple, concilie le respect de l'autonomie avec la protection des parties en situation de faiblesse. MAISONNEUVE, Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'*unconscionability*, *Rev. Arb.* 2005 p. 102.

118 US District Court for the Southern District of Texas, Galveston division, *Gutierrez v. Academy corporation*, 30 juin 1997, 967 F. Supp. 945 (S.D. Tex. 1997); Gary LE BORN, *International commercial arbitration: commentary and materials*, Wolters Kluwer Law International, 2001, p.217 et s.

119 En l'espèce, une salariée avait signé une convention d'arbitrage au sein de son contrat de travail. Elle intente un procès envers son employeur au regard de la validité de l'ensemble du contrat en invoquant qu'elle a été contrainte à signer le contrat tout de suite sans consultation. Or, elle invoque une asymétrie entre les contractants. La Cour décide que c'est à l'arbitre d'évaluer les circonstances dans lesquelles ont été signé ce contrat.

120 United States Court of Appeals, Fifth Circuit, July 11, 1996, *Rojas v. TK Communications, Inc.*, 87 F.3d 745, 749 (5th Cir. 1996) cf. Gary le Born, *International commercial arbitration : commentary and materials*, Wolters Kluwer Law International, 2001, p.217 spéc. p. 218

121 *Teleserve System, Inc. and MCI Telecomm. Corp.*, 659 N.Y.S.2d 659 (N.Y. App. 1997) 11, 18,22 ; Y. DERAÏNS, E. A. SCHWARTZ, *A guide to the ICC rules of arbitration*, Kluwer Law International, 2005 p. 350 et Gary LE BORN, *International commercial arbitration: commentary and materials*, Wolters Kluwer Law International, 2001, p.223 : dans cette affaire (de vente d'ordinateurs), le coût excessif de l'arbitrage par rapport à l'importance du litige (4.000 Dollars) devant la CCI rend le recours à la CCI inapplicable. Cette décision renvoie au caractère jugé déraisonnable d'une obligation contractuelle non à son impossibilité de financement.

122 Y. DERAÏNS, E. A. SCHWARTZ, *A guide to the ICC rules of arbitration*, Kluwer Law International, 2005 p. 350 : les auteurs assimilent l'impécuniosité à la notion d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage de l'article II 3 de la convention de New York. Tel est le cas si le litigant ne peut valablement commencer la procédure sans les moyens financiers pour en assurer la charge.

123 V. notamment : ATIAS (Ch.), Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation, L'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable, *D.* 2003 p. 262.

124 V. notamment : AYNES (L.), La caution peut opposer la disproportion de son engagement dans le délai de deux ans à compter de la demande d'exécution du cautionnement, *D.* 2001 p. 698 ; GRIGNON-DERENNE (F.X.), A propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant, *D.* 2001 p. 1382 ; WACONGNE (M.), L'inefficacité de l'engagement excessif, ou la

consommation et immobilier, introduit une exigence de proportionnalité entre les facultés financières de la caution au moment de la conclusion du contrat de cautionnement et le montant de son engagement. Concernant le sort des cautions en cas d'endettements immobiliers, le législateur a donc mis en place des traitements curatifs¹²⁵. Cette protection est entièrement fondée sur l'analyse des capacités économiques de la caution au regard de l'engagement qu'elle souscrit. Si lors de la conclusion de l'acte, la caution se trouvait en situation d'impécuniosité quant à son engagement, c'est-à-dire si celui-ci était disproportionné, le créancier ne pourrait s'en prévaloir. La Cour de cassation, par l'arrêt *Macron*¹²⁶, avait elle aussi utilisé cette notion en engageant la responsabilité du créancier pour manquement à son obligation de contracter de bonne foi¹²⁷. Ainsi, les dommages et intérêts viennent en compensation, dans la mesure du préjudice subi, c'est-à-dire la disproportion, avec la dette de la caution¹²⁸. Cependant, l'arrêt *Nahoum*¹²⁹ avait restreint cette obligation de ne pas contracter¹³⁰. En effet, le principe de proportionnalité relevait alors de l'obligation d'information sur des faits ignorés par la caution sur ses propres revenus, patrimoine ou faculté de remboursement raisonnablement prévisible¹³¹. Comme le relève Madame M. Wacongne, « Une règle semble se dessiner en jurisprudence selon laquelle le contrat [...] est manifestement excessif lorsqu'il oblige [le contractant] à se départir chaque mois d'une somme excédant 30 % de ses revenus disponibles »¹³².

Cela étant, même en cette matière, cette obligation de proportionnalité peut paraître incongrue si elle est envisagée comme une condition de validité de l'engagement puisqu'elle reviendrait à faire peser sur le cocontractant une obligation de ne pas contracter. Or, qui mieux que le contractant est à même de juger du caractère disproportionné de son engagement ? L'article L341-4 du Code de la consommation étend le principe de proportionnalité à tout contrat de cautionnement conclu par une personne physique au profit d'un créancier professionnel. Comme le souligne Monsieur D. Mazeau, il s'agit là d'une « Curieuse disposition à la vérité qui lie l'efficacité du cautionnement à une condition d'ordre pécuniaire, à savoir la solvabilité de la caution, et qui contraint l'établissement de crédit à s'informer sur l'état du patrimoine de celle-ci »¹³³. Il s'agit en réalité de la mise en œuvre du principe de proportionnalité qui ne manque pas de poser des problèmes. En matière de cautionnement, il ressort de la jurisprudence que la disproportion financière résulte donc d'une comparaison mathématique entre le prix de l'engagement, sa valeur, et l'ensemble des capacités économiques et financières au moment de la conclusion du contrat¹³⁴.

669. Le caractère financier disproportionné apparaît également en droit du crédit où les établissements peuvent voir engager leur responsabilité en cas de prêt excessif au regard de la faculté de remboursement du client. Là encore, la disproportion s'apprécie en comparant d'un côté le montant du prêt ainsi consenti et de l'autre les facultés du débiteur pour assumer

protection de la caution par le droit de la consommation, *D.* 1997 p. 515.

125 V. MAZEAUD (D.), L'endettement des acquéreurs, *Revue de droit immobilier* 1995 p. 641 spéc. n° 35 et s. ; voir aussi : WACONGNE (M.), L'inefficacité de l'engagement excessif, ou la protection de la caution par le droit de la consommation, *D.* 1997 p. 515.

126 C. Cass. Com. 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188, *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; CROCQ (P.), Le cautionnement disproportionné et les juges du fond : résistance et précisions, *RTD civ.* 1998 p. 421.

127 V. notamment sur l'incidence de la bonne foi sur le cautionnement : CASEY (J.), De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat, *D.* 1998 p. 208.

128 AYNES (L.), Sanction du cautionnement disproportionné, *D.* 2004 p. 2707.

129 C. Cass. Com. 8 oct 2002, n° 00-11.913, *D.* 2003 p. 414.

130 Sur les suites de cette jurisprudence V. CROCQ (P.), Cautionnement : le retour jurisprudentiel et législatif de la proportionnalité, *RTD civ.* 2004 p. 124.

131 La jurisprudence *Macron* et *Nahoum* aurait eu vocation à s'appliquer aux cautionnements souscrits par une personne physique au profit d'un créancier non professionnel. Cependant, la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 13 nov. 2007 (B 236) a précisé que les créanciers non professionnels ne commettent pas une faute en faisant souscrire un cautionnement prétendument disproportionné ou excessif.

132 WACONGNE (M.), L'inefficacité de l'engagement excessif, ou la protection de la caution par le droit de la consommation, *D.* 1997 p. 515.

133 V. MAZEAUD (D.), L'endettement des acquéreurs, *Revue de droit immobilier* 1995 p. 641 spéc. n° 37.

134 V. GRIGNON-DERENNE (F.X.), A propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant, *D.* 2001 p. 1382 spéc. n° 4 et s.

financièrement un tel contrat. Cette disproportion s'apprécie au regard du « *taux d'endettement* » qualifié en jurisprudence comme insupportable.

Cela étant, ce qui est reproché n'est pas la conclusion du contrat en tant qu'exercice de la liberté contractuelle mais l'absence d'information ou de mise en garde du contractant. La responsabilité est de nature contractuelle mais il s'agit plus de sanctionner une dissymétrie d'information entre contractants qu'une dissymétrie entre les ressources du contractant et l'opération envisagée¹³⁵. Depuis trois arrêts de la première chambre civile en date du 12 juillet 2005, une distinction a été introduite entre emprunteurs profanes et avertis¹³⁶. Au regard des seuls emprunteurs profanes, il semble que l'obligation de mise en garde confine à l'obligation de ne pas contracter. Dès lors, la banque voit sa responsabilité engagée si, nonobstant les capacités financières insuffisantes de son cocontractant, elle lui accorde le crédit demandé. Néanmoins, la position actuelle de la Cour de cassation ne va pas jusqu'à imposer une obligation de ne pas contracter mais se réduit à une obligation d'information renforcée sur la pertinence de l'opération projetée. Il s'agit donc, non pas de sanctionner la disproportion, mais de s'assurer que l'emprunteur a contracté en connaissance de cette disproportion¹³⁷.

670. Ces notions d'impécuniosité, en ce qu'elles interviennent lors de la formation de la convention d'arbitrage, sont à exclure puisque le déni de justice doit s'apprécier lors de la saisine du juge arbitral et non lors de l'engagement des parties à y avoir recours. En effet, tout interprétation inverse reviendrait à considérer qu'en l'absence d'impécuniosité constatée lors de la conclusion de la convention d'arbitrage, celle-ci pourrait valablement contrevenir au droit au juge. De même, si lors de la conclusion de la convention une partie n'a pas les ressources pour y satisfaire, rien n'indique que le moment venu elle ne les aura pas. Par ailleurs, comme nous le verrons par la suite, le déni de justice résulte davantage d'un problème de répartition des frais entre litigants que de leur montant.

* * *

671. L'impécuniosité n'est pas un abus dans la fixation du prix puisque le prix n'est pas nécessairement abusif. De même, la notion d'irrestibilité économique est fuyante et ne correspond pas au critère du déni de justice. Si la violence économique peut être reconnue pour annuler certaines clauses compromissaires, cette notion ne permet pas de garantir l'accès au juge puisque cette violence économique ne s'apprécie qu'au stade de la formation de la convention d'arbitrage et n'est d'aucun secours lors de sa mise en œuvre, il en est de même de la notion d'impécuniosité reconnue dans les autres branches du droit des contrats en France. Quant aux notions objectives d'insolvabilité ou de cessation de paiement, elles ne permettent pas de s'assurer de l'accès effectif au juge par leur caractère objectif. *In fine*, l'impécuniosité est une notion concrète qui ne peut se définir mathématiquement car on ne connaît aucune des deux variables et qui s'apprécie lors de sa mise en œuvre, non lors de la conclusion de la convention d'arbitrage.

135 V. FRANÇOIS (J.), La responsabilité des établissements de crédit en raison de l'octroi d'un prêt excessif à un particulier, *D.* 2006 p. 1618
FRANÇOIS (J.), La responsabilité des établissements de crédit en raison de l'octroi d'un prêt excessif à un particulier, *D.* 2006 p. 1618.

136 C. Cass. Civ.1, 12 juillet 2005, n° 03-10.770, *G...* c. *Crédit Lyonnais*, C. Cass. Civ. 1, 12 juillet 2005 n° 02-13.155 *Epx S...* c. *BNP Paribas*, et n° 03-10.921 *Epx J...* c. *BNP Paribas*, *JCP E* 2005, n° 38, note D. Legeais ; *D.* 2006.1618 note J. François.

137 FRANÇOIS (J.), La responsabilité des établissements de crédit en raison de l'octroi d'un prêt excessif à un particulier, *D.* 2006 p. 1618 ; PASQUALINI (F.), Responsabilité du banquier, *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2005 (2010) section 2, Octroi de crédits ; JOURDAIN (P.), Le devoir de mise en garde du banquier dispensateur d'un crédit excessif, *RTD civ.* 2007 p. 779 à propos de Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, *Forest c. CRCAM Centre-Est*, n° 05-21.104, P+B+ R+I, *Fusco c. Union bancaire du Nord*, n° 06-11.673, P+B+R+I, *D.* 2007. 2081, note S. Piedelièvre et 1950, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP* 2007. II. 10146, note A. Gourio.

2)- Ce que recouvre le concept d'impécuniosité : une disproportion *in concreto* lors de l'exécution du contrat

672. Le concept de disproportion est admis en droit français et résulte d'un comparatif qu'il appartient au juge étatique de constater. Celui-ci doit répondre à la question : qu'est-on en droit d'attendre d'un litigant pour assurer son accès au juge ? Doit-on tolérer dans l'ordre juridique français, qu'il lui soit nécessaire de vendre une partie de son patrimoine ou de sa société ? Dans quelle mesure peut-on considérer que le coût d'un procès au regard des revenus d'un litigant constitue une entrave insurmontable à son droit d'accès à la justice ? C'est au juge d'appui de contrôler l'impossibilité de mise en œuvre de la convention d'arbitrage et donc de déterminer si la situation constitue un déni de justice économique et de prononcer l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage.

673. Dans l'hypothèse stricte du déni de justice économique, l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage résulte d'une impossibilité de formation du contrat d'arbitre ou de son exécution, contrat avec lequel la convention d'arbitrage forme un ensemble indivisible en ce qu'ils organisent tous deux l'accès à la justice arbitrale. Partant du principe qu'« *Au moment de la survenance d'un litige, la partie faible pourra être rapidement découragée d'intenter une action au regard des coûts que la procédure risque de générer : à la rémunération de son conseil et des arbitres, pourront s'ajouter, le cas échéant, les frais de l'institution d'arbitrage en cas d'arbitrage institutionnel, des frais de déplacement, etc. [...]. Sans même aller aussi loin dans la suspicion à l'égard des professionnels qui chercheraient à se soustraire à toute plainte potentielle, on peut néanmoins craindre un certain découragement de la partie faible pour faire valoir ses droits face au coût d'un arbitrage international [...]. La partie faible risquerait alors d'être systématiquement privée des garanties que lui offre la justice étatique, et que peut difficilement lui offrir l'arbitrage international, en termes d'accessibilité, de faible coût, de proximité, ou de bénéfice de dispositions impératives protectrices. Pourtant, les magistrats français ne semblent pas avoir tiré toutes les conséquences de ce constat et s'orientent vers un régime protecteur de la partie faible face à l'arbitrage international* »¹³⁸.

674. Il convient donc de déterminer les éléments pris en compte pour déterminer le plus précisément possible l'hypothèse d'impécuniosité, source d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. La situation financière du litigant doit être analysée¹³⁹. Ne devraient être pris en compte, dans le cadre du déni de justice économique et pour les personnes physiques, que leurs revenus annuels disponibles c'est-à-dire, nets des charges nécessaires à la vie courante (loyers, aliments), leurs propriétés immobilières et mobilières, et leurs placements. En

138 SERAGLINI (Ch.), Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre, *Gaz. Pal.*, 15 décembre 2007 n° 349, p. 5 : cela étant, l'auteur n'envisage la partie faible uniquement de manière objective à travers les notions de consommateur, assuré ou travailleur excluant *ab initio* de sa réflexion la situation d'impécuniosité.

139 A propos de la protection juridictionnelle effective et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux : V. CJUE, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft*, C-279/09 Rapport annuel CJUE 2010 p. 11 ; Disponible sur le site de la Cour : « *Le principe de protection juridictionnelle effective, tel que consacré à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il n'est pas exclu qu'il soit invoqué par des personnes morales et que l'aide octroyée en application de ce principe peut couvrir, notamment, la dispense du paiement de l'avance des frais de procédure et/ou l'assistance d'un avocat. Il incombe à cet égard au juge national de vérifier si les conditions d'octroi de l'aide judiciaire constituent une limitation du droit d'accès aux tribunaux qui porte atteinte à ce droit dans sa substance même, si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Dans le cadre de cette appréciation, le juge national peut prendre en considération l'objet du litige, les chances raisonnables de succès du demandeur, la gravité de l'enjeu pour celui-ci, la complexité du droit et de la procédure applicables ainsi que la capacité de ce demandeur à défendre effectivement sa cause. Pour apprécier la proportionnalité, le juge national peut également tenir compte de l'importance des frais de procédure devant être avancés et du caractère insurmontable ou non de l'obstacle qu'ils constituent éventuellement pour l'accès à la justice. S'agissant plus spécialement des personnes morales, le juge national peut tenir compte de la situation de celles-ci. Ainsi, il peut prendre en considération, notamment, la forme et le but lucratif ou non de la personne morale en cause ainsi que la capacité financière de ses associés ou actionnaires et la possibilité, pour ceux-ci, de se procurer les sommes nécessaires à l'introduction de l'action en justice* ».

application de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'impécuniosité d'une partie constitue une violation de l'article 6 de la Convention lorsqu'elle est manifeste.

Cependant, dans les affaires *Bakan c. Turquie*¹⁴⁰, *Ait-Mouhoub c. France*¹⁴¹, *Kreuz c. Pologne*¹⁴², *Eyüp Akdeniz c. Turquie*¹⁴³, si la Cour européenne rappelle que le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et implique une réglementation de l'État, l'impécuniosité ne peut donc être un motif inconditionnel de déni de justice¹⁴⁴. Dès lors, sur le principe, une limitation de l'accès au juge de nature financière n'est pas en soi condamnable si elle est proportionnelle au but légitime qu'elle poursuit, à savoir la bonne administration de la justice.

675. La Cour européenne prend en compte des éléments statistiques, à savoir le revenu minimum de la population au moment de la demande¹⁴⁵. L'impécuniosité est appréciée « à la lumière des circonstances particulières d'une affaire donnée »¹⁴⁶ en comparant, d'une part, les frais de procédure exigés avec d'autre part, le salaire minimum mensuel en vigueur à l'époque pour vérifier dans quelle mesure ces frais « représentat[en]t une somme considérable pour les requérants »¹⁴⁷ ou « une charge excessive pour les requérants »¹⁴⁸. La Cour relève que cette appréciation doit « tenir compte de la situation financière réelle des intéressés »¹⁴⁹. L'appréciation est donc *in concreto*¹⁵⁰ et actuelle.

140 CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99 : les requérants invoquaient l'atteinte à l'article 6 de la CEDH au regard du montant élevé des frais de procédure à payer devant les juridictions administratives. La demande d'aide juridictionnelle avait été rejeté par les juridictions turques aux motifs d'une part, qu'à ce stade « eu égard aux éléments de preuve présentés devant lui, l'action était mal fondée » et que la « requérante ne pouvait pas prétendre à l'impossibilité de payer les frais de procédure dans la mesure où elle était représentée par un avocat », représentation gratuite cependant. Le tribunal déclara l'action non-introduite pour non-paiement des frais de procédure. En effet, en droit administratif turc, il ressort de l'arrêt que le paiement des frais de procédure est un préalable nécessaire pour que l'action soit considérée comme introduite, un peu comme en matière de procédure d'arbitrage en fin de compte. Une dispense étant accordée si le requérant bénéficie de l'aide juridictionnelle qui est octroyée sous deux conditions cumulatives, à savoir, d'une part l'impécuniosité et, d'autre part, le bien-fondé de la demande. C'est au demandeur d'établir la preuve de son impécuniosité.

141 CEDH, 28 octobre 1998, *Ait-Mouhoub c. France*, Rec. 1998-VIII, n° 96, p. 3214 ; D. 1999, somm. comm. p. 268, obs. Jean-François Renucci ; CHERRIER (J.-L.), Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n° 226.

142 CEDH, 19 juin 2001, *Kreuz c. Pologne*, n° 28249/95, § 60, CEDH 2001-VI, JCP 2001. I. 342, n° 11, obs. Sudre.

143 CEDH, Deuxième section, 2 février 2010, *Eyüp Akdeniz c. Turquie*, n° 11011/05.

144 Dès lors, l'État a le choix des moyens à mettre en œuvre pour garantir le respect de l'article 6 de la Convention. Toutefois, « Une limitation de l'accès au tribunal ne saurait restreindre l'accès ouvert à un justiciable d'une manière ou à un point tels que son droit d'accès à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même. Elle ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Bellet c. France*, arrêt du 4 décembre 1995, série A n° 333-B, p. 41, § 31) 144 ». Or, la Cour admet que « La limitation en question peut être de caractère financier (*Kreuz*, précité, § 54). La Cour n'a jamais écarté que les intérêts d'une bonne administration de la justice puissent justifier d'imposer une restriction financière à l'accès d'une personne à un tribunal (*Tolstoy-Miloslavsky c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 juillet 1995, série A n° 316-B, p. 80-81, §§ 61 et suivants). L'exigence de payer aux juridictions civiles des frais afférents aux demandes dont elles ont à connaître ne saurait passer pour une restriction au droit d'accès à un tribunal incompatible en soi avec l'article 6 § 1 de la Convention (*Kreuz*, précité, § 60) » (Point 66 de l'arrêt CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99).

145 Point 42 de l'arrêt CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99.

146 Dans ce cadre, la Cour précise que « le montant des frais, apprécié à la lumière des circonstances particulières d'une affaire donnée, y compris la solvabilité du requérant et la phase de la procédure à laquelle la restriction en question est imposée, sont des facteurs à prendre en compte pour déterminer si l'intéressé a bénéficié de son droit d'accès et si sa cause a été « [...] entendue par un tribunal » (*Kreuz*, précité, § 60, *Weissman et autres c. Roumanie*, n° 63945/00, § 37, CEDH 2006-... (extraits), et *Iorga c. Roumanie*, n° 4227/02, § 39, 25 janvier 2007) » / Point 68 de l'arrêt CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99. Elle analyse donc au regard de l'article 6 de la Convention, d'une part la solvabilité du requérant et d'autre part, le stade de la procédure. Or, en l'espèce, les frais étaient requis *ab initio* et, à défaut de paiement, la requête était considérée comme non-introduite. La Cour relève donc que la restriction est intervenue au stade initial de la procédure.

147 Point 70 de l'arrêt CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99.

148 Point 71 de l'arrêt CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99.

149 Point 73 de l'arrêt CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99.

150 En outre, « la Cour rappelle que dans l'affaire *Aerts*, elle a conclu à une violation de l'article 6 § 1 après avoir souligné qu'« en rejetant la demande [d'assistance judiciaire] au motif que la prétention ne paraissait pas actuellement juste, le bureau d'assistance judiciaire a porté atteinte à la substance même du droit [du requérant] à un tribunal » (*Aerts c. Belgique*, arrêt du 30 juillet 1998, Recueil 1998-V, p. 1964-1965, § 60). Postérieurement, le législateur belge a modifié la loi relative à l'assistance judiciaire et dorénavant seules les demandes manifestement mal fondées sont rejetées (voir *Debeffe c. Belgique* (déc.), n° 64612/01, 9 juillet 2002) » : Point 75 de l'arrêt CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99. Or, la Cour considère comme arbitraire le droit turc sur ce point au motif que le rejet de l'aide juridictionnelle par les autorités n'est susceptible d'aucun recours et revêt à ce titre un caractère définitif dès lors « le rejet de la demande d'aide judiciaire a totalement privé les requérants de la possibilité de faire entendre leur cause par un tribunal. Au vu de ces éléments, et notamment du fait que la restriction est intervenue au stade initial de la procédure, la Cour estime que l'État n'a pas satisfait à ses obligations de réglementer le droit d'accès à un tribunal d'une manière conforme aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention et qu'il a ainsi outrepassé la marge d'appréciation dont il dispose en la matière ». La violation de l'article 6 est constituée.

676. Dans l'affaire *Eyüp Akdeniz c. Turquie*¹⁵¹ de 2010, les frais « *représentaient une somme considérable pour le requérant qui était chômeur du fait de sa maladie et ne disposait d'aucune ressource. [...] la Cour estime que le montant des frais de procédure représentait une charge excessive pour le requérant* »¹⁵². En 2008, dans l'affaire *Serin c. Turquie*¹⁵³, la CEDH compare les frais exigés avec le montant de la pension de retraite du requérant pour juger si il y a ou non disproportion en tenant compte du fait que celui-ci est locataire de son appartement. On voit donc que l'analyse est extrêmement concrète et finalement casuistique.

Dans cette affaire, comme dans les premières du reste, la CEDH note qu'en tant que tel les frais de justice ne sont en rien excessifs. Le problème n'est pas là, il s'agit davantage d'une question de comparaison entre le montant des frais et les moyens du requérant¹⁵⁴. « *La précarité de la situation du requérant constitue donc un élément décisif de l'examen de la limitation apportée à son droit d'accès au tribunal. La Cour reconnaît que les États ont sans nul doute le souci légitime de n'allouer des deniers publics au titre de l'aide judiciaire qu'aux demandeurs effectivement indigents. Toutefois, elle estime que l'attestation d'impécuniosité suffit à témoigner de la situation matérielle du requérant* »¹⁵⁵. Il est nécessaire de procéder à un examen effectif et concret de la situation du plaidant.

677. En outre, dans l'affaire antérieure *Pakelli c. Allemagne*¹⁵⁶, la violation de l'article 6 est constituée par l'absence de preuve contraire rapportée par l'Allemagne, ce qui implique que la preuve de la non-impécuniosité pèse sur l'État et le fait que l'impécuniosité intervienne en première instance semble être un élément décisif de la jurisprudence de la Cour en ce qu'elle prive le « *requérant de la possibilité de faire entendre sa cause par un tribunal. [...] Au vu de ces éléments, la Cour considère que le requérant n'a pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif au tribunal administratif. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la*

151 CEDH, Deuxième section, 2 février 2010, *Eyüp Akdeniz c. Turquie*, n° 11011/05.

152 CEDH, Deuxième section, 2 février 2010, *Eyüp Akdeniz c. Turquie*, n° 11011/05 point 27.

153 CEDH, 18 novembre 2008, *Serin c. Turquie*, Req. n° 18404/04 ; V. également CEDH, 8 décembre 2009, *Osman Yilmaz c. Turquie*, Req. n° 18896/05 : il s'agit cette fois de l'impécuniosité d'un litigant au regard de l'exécution d'une décision de justice : point n° 40 : « *A cet égard, la Cour réitère que le montant des frais, apprécié à la lumière des circonstances particulières d'une affaire donnée, y compris la solvabilité d'un requérant et la phase de la procédure à laquelle la restriction en question est imposée, sont des facteurs à prendre en compte pour déterminer si l'intéressé a bénéficié de son droit d'accès et si sa cause a été entendue par un tribunal (Kreuz c. Pologne, n° 28249/95, § 60, CEDH 2001-VI)* ». Et point n° 41 « *En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que la charge financière des frais de décision n'a pas été imposée au requérant mais qu'elle a été imposée, par une décision du tribunal du travail, aux parties assignées par lui. Au vu du jugement définitif et obligatoire rendu en faveur de l'intéressé, force est également d'admettre que son action aux fins d'obtenir l'exécution de ce jugement était bien fondée. Dès lors, la Cour estime que l'obligation mise à la charge du requérant de payer, dans le cadre de la procédure d'exécution, les frais de décision afférents à la procédure devant les juridictions du travail, en lieu et place des défendeurs, afin qu'il obtienne l'exécution de la décision, constitue indéniablement une restriction de nature purement financière à son droit d'obtenir l'exécution du jugement litigieux. Dès lors, elle doit faire l'objet d'un examen particulièrement rigoureux du point de vue des intérêts de la justice (Podbielski et PPU Polpure c. Pologne, n° 39199/98, § 65, 26 juillet 2005)* » ; enfin V. également CEDH, 20 mai 2008, *Ciğerhun Öner c. Turquie*, Req. n° 33612/03). La Cour rappelle qu'elle « *n'a jamais écarté que les intérêts d'une bonne administration de la justice puissent justifier d'imposer une restriction financière à l'accès d'une personne à un tribunal (Tolstoy-Miloslavsky c. Royaume-Uni, 13 juillet 1995, §§ 61 et suivants, série A n° 316-B). L'exigence de payer aux juridictions civiles des frais afférents aux demandes dont elles ont à connaître ne saurait passer pour une restriction au droit d'accès à un tribunal incompatible en soi avec l'article 6 § 1 de la Convention. Toutefois, le montant des frais, apprécié à la lumière des circonstances particulières d'une affaire donnée, y compris la solvabilité du requérant et la phase de la procédure à laquelle la restriction en question est imposée, sont des facteurs à prendre en compte pour déterminer si l'intéressé a bénéficié de son droit d'accès et si sa cause a été [...] entendue par un tribunal* » (Kreuz, précité, § 60, Weissman et autres c. Roumanie, n° 63945/00, § 37, CEDH 2006-... (Extraits), et Iorga c. Roumanie, n° 4227/02, § 39, 25 janvier 2007).» (point 31).

154 CEDH, 18 novembre 2008, *Serin c. Turquie*, Req. n° 18404/04, point 32.

155 CEDH, 18 novembre 2008, *Serin c. Turquie*, Req. n° 18404/04, point 34.

156 CEDH, 25 avril 1983, *Pakelli c. Allemagne*, n° 8398/78, Série A, n° 69 ; Berger, n° 114 ; CHERRIER (J.-L.), Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, éd. 2003-2004, Litec, n° 939 : Les juridictions allemandes avaient rejeté sa demande en violation selon le requérant de l'article 6 § 3 de la CEDH. La Cour rappelle qu'« *un "accusé" qui ne veut se défendre lui-même doit pouvoir recourir aux services d'un défenseur de son choix ; s'il n'a pas les moyens d'en rémunérer un, la Convention lui reconnaît le droit à l'assistance gratuite d'un avocat d'office lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ». Or, pour apprécier l'absence de moyens financiers, le gouvernement allemand avait estimé que le requérant avait lui-même affirmé avoir des ressources suffisantes et qu'en outre, il aurait bénéficié du trafic de drogue auquel il se livrait en sus des revenus de son commerce turc. Mais la Commission relève que le gouvernement ne peut apporter aucune preuve de cette solvabilité et avait rejeté la proposition de production du certificat d'indigence. CEDH, *Pakelli c. Allemagne, Requête n° 8398/78, du 25 avril 1983 point 31* ; Si la décision allemande était justifiée en droit sur d'autres motifs, la Cour relève cependant que si les éléments fournis par le requérant, à savoir une déclaration fiscale turque, « *ne suffisent [...] pas à prouver de manière absolue l'impécuniosité du requérant à l'époque, [...] compte tenu de l'offre de preuve présentée par lui à la Cour fédérale de Justice, et en l'absence d'indications nettes en sens contraire, ils conduisent à considérer comme réalisée la première des deux conditions de l'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c)* » (point 34).

Convention »¹⁵⁷.

678. Appliquée à l'arbitrage, la notion d'impécuniosité renvoie à celle de charge excessive pour avoir accès à la justice. Cette notion, pour entraîner une violation du droit d'accès au tribunal, est appréciée en fonction du stade de l'instance. Or, en matière d'arbitrage, induisant une inapplicabilité de la convention d'arbitrage, elle intervient au stade primaire de l'accès au droit. Le contrat d'arbitre ne peut se former ou s'exécuter de manière à donner lieu à un jugement au fond, l'accès au juge est donc atteint dans sa substance même.

L'impécuniosité n'appelle pas la recherche de critères objectifs permettant de déterminer ce qui est ou non acceptable mais implique une analyse factuelle précise de la situation économique du demandeur, de ses ressources, au regard des frais qui lui sont demandés afin de déterminer s'ils constituent à son égard une charge excessive. Le juge étatique appréciera souverainement cette disproportion mais la charge de la preuve pèse sur lui sous le contrôle de la CEDH. C'est à lui de définir à partir de quand le prix de l'arbitrage est un frein à l'accès au droit et à la justice. Cette analyse ne peut donc résulter que d'une analyse approfondie et concrète de la situation de la partie impécunieuse ou prétendant l'être.

* *
*

679. La notion d'impécuniosité renvoie au concept de disproportion entre deux données. Cette notion de disproportion est reconnue et sanctionnée en droit français dans différents domaines. En application du droit au juge, la CEDH prend également cette notion pour apprécier la possibilité d'accès au juge. Dès lors, en arbitrage comme ailleurs, l'accès au juge sera considéré comme compromis si le requérant possède des ressources insuffisantes au regard du coût de la procédure d'arbitrage. Dans cette analyse, le montant des frais d'arbitrage n'est en soi ni abusif ni excessif, le problème n'est pas là. Mais, bien que raisonnables, les frais peuvent constituer un obstacle à l'accès au juge qui sera apprécié *in concreto* par le juge.

B- Compétence du juge étatique ou l'aide à la constitution du tribunal arbitral : un constat d'échec

680. L'inapplicabilité de la convention d'arbitrage crée une situation de déni de justice du fait de l'impossibilité de constitution du tribunal arbitral ou de son fonctionnement. Dès lors, le justiciable se trouve devant deux choix : soit saisir une juridiction française au fond du litige afin de voir juger la convention d'arbitrage inapplicable pour cause de déni de justice, soit saisir le juge d'appui aux mêmes fins. Cependant, l'inapplicabilité factuelle part du postulat que la volonté d'avoir recours à l'arbitrage est réelle mais impossible à mettre en œuvre. En conséquence, la juridiction compétente, celle à saisir en premier lieu, est celle du juge d'appui. En effet, c'est à lui qu'il revient en droit français de l'arbitrage international de porter assistance à la constitution du tribunal arbitral. Le litigant devra donc avoir recours au juge d'appui en se fondant sur les chefs de compétence propres à sa mission d'aide à la constitution du tribunal arbitral et plus généralement au bon déroulement de la procédure arbitrale (1). Ce n'est qu'une fois l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage éventuellement constatée par ce juge d'appui, ou son inefficacité, que le litigant pourra dans un second temps saisir le juge étatique en application des chefs de compétence ordinaire. Or, invoquer le déni

157 CEDH, 18 novembre 2008, *Serin c. Turquie*, Req. n° 18404/04 point 35 à point 37 Disponible sur le site de la Cour en version française et anglaise.

de justice économique pour fonder la compétence du juge d'appui ne signifie pas nécessairement une absence de volonté de recourir à la procédure d'arbitrage. Dès lors, une fois constatées l'impécuniosité et la volonté de recourir à l'arbitrage, il appartiendra au juge d'appui de tout mettre en œuvre pour mener à bien sa mission dans le respect des normes du procès équitable ou de constater son échec et de renvoyer les parties devant les juridictions étatiques (2).

1)- Compétence du juge d'appui en cas de déni de justice économique

681. En France, le « juge d'appui » a pour mission l'aide à la constitution du tribunal arbitral, donc de manière directe l'aide à la formation et à l'exécution du contrat d'arbitre (a). L'impécuniosité renvoie au concept d'applicabilité *de facto* de la convention d'arbitrage et la conclusion et la bonne exécution du contrat d'arbitre. Or, ces contrats sont la condition *sine qua non* de l'accès à la justice arbitrale, le juge d'appui doit vérifier que celui-ci peut être valablement formé et exécuté conformément aux normes du procès équitable (b).

a)- Compétence du juge d'appui conformément à sa mission

682. Le droit d'accès au juge a comme fondement principal l'égalité des citoyens devant la loi et la justice. Or, la constitution de 1958 proclame cette égalité devant la loi¹⁵⁸. « *Le principe d'égalité constitue l'un des plus grands acquis du droit français post-révolutionnaire* ». A l'inégalité prédéterminée, la Révolution oppose au contraire *l'égalité de tous*, élevée au rang de principe, occupant depuis lors une place essentielle au sein des normes fondamentales du droit français. De grands auteurs, comme Alexis de Tocqueville, ont pu écrire que « *les français attachaient au principe d'égalité plus de prix qu'à la liberté* »¹⁵⁹. Si l'égalité dont il s'agit est une égalité de droit et non une égalité économique, et donc de fait, cette égalité en droit présuppose un égal accès au juge sous peine de faire de ce principe une lettre morte. L'égalité devant la loi recouvre tant les droits substantiels que les droits procéduraux et s'applique indifféremment aux personnes de nationalité française ou étrangère. « *Par suite, l'égalité devant la justice garantit à tous les justiciables, français mais aussi étrangers, un égal accès et un égal traitement devant les tribunaux* »¹⁶⁰.

683. L'appréciation judiciaire de l'impécuniosité est indispensable et ne peut résulter de critères objectifs ou d'une application stricte du concept d'égalité de droit. Or, cette mission relève du juge d'appui puisqu'il lui appartient d'apporter son aide à la constitution du tribunal arbitral et à sa bonne exécution. Le juge d'appui, juge au soutien de la justice arbitrale, doit donc avoir une place centrale. C'est devant lui que sera invoquée la notion d'inapplicabilité de la clause au sens impécuniosité, dès lors différentes solutions pourront s'offrir à lui, certaines permettant de « sauver l'arbitrage », d'autres constatant son ineffectivité. Le juge d'appui, « *chevalier blanc du tribunal arbitral* »¹⁶¹, voit ses compétences sans cesse s'accroître sous l'influence de la Haute juridiction¹⁶². Sa compétence en matière d'arbitrage international est

158 RENOUX (Th. S.), Le droit au juge naturel, droit fondamental, *RTD civ.* 1993 p. 33 : « *En d'autres termes, en droit français, le droit au juge naturel formulé par les articles 16 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme du 26 août 1789 ne seraient qu'une illustration - ou si l'on préfère, un fondement indirect - d'un principe plus général applicable à l'égard de toute règle de droit : le principe d'égalité devant la loi* ».

159 RENOUX (Th. S.), Le droit au juge naturel, droit fondamental, *RTD civ.* 1993 p. 33.

160 RENOUX (Th. S.), Le droit au juge naturel, droit fondamental, *RTD civ.* 1993 p. 33.

161 CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, juin 2006 - octobre 2007, *D.* 2008 p. 180.

162 C. Cass. Civ.1., 1 février 2005, *État d'Israël c. NIOC*, n° 01-13.742, *Bull. civ.* I, n° 53 ; *Rev. Arb.* 2005. 692 note H. Muir Watt ; *D.* 3 novembre 2005, n°39/7224 p. 2697 note S. Hotte ; *RTD com.* 2005. 266, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 2006. 140, note Th. Clay, *D.* 2005, pan. 3054, obs. Th. Clay, *JCP* 2005. I. 134, § 4, obs. J. Béguin ; *D.* 2005. 2727, note S. Hotte.

définie. Avec le décret en date du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, le rôle du juge d'appui s'est vu renforcé¹⁶³.

684. L'article 1505 nouveau du Code de procédure civile¹⁶⁴ consacre définitivement la notion de juge d'appui et les solutions jurisprudentielles. Comme le relèvent Messieurs E. Gaillard et P. de Lapasse « *les compétences du juge d'appui en matière d'arbitrage international sont accrues dans le nouveau décret, puisqu'il peut, comme par le passé, intervenir en matière de difficulté de constitution du tribunal arbitral, mais également en matière de prorogation du délai d'arbitrage, ainsi qu'en cas de contestation relative à l'abstention, l'empêchement, la démission ou la récusation de l'arbitre. Cet accroissement des compétences du juge d'appui témoigne de l'efficacité de ses interventions, efficacité qui participe à l'attractivité de la place de Paris* »¹⁶⁵.

Depuis la jurisprudence *La Belle Créole*¹⁶⁶, le juge d'appui peut intervenir même postérieurement à la constitution proprement dite du tribunal arbitral, donc pour veiller à l'exécution de la mission par celui-ci. Concernant la mission du juge d'appui et les règles de constitution du tribunal arbitral, le nouvel article 1506 du Code de procédure civile renvoie à l'application du nouvel article 1451, relatif à la règle d'imparité de constitution du tribunal arbitral, et le nouvel article 1455, qui permet au juge d'appui de refuser de constituer un tribunal arbitral s'il constate que la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable¹⁶⁷. Quant au nouvel article 1510 du Code de procédure civile, il rappelle que le tribunal arbitral doit garantir l'égalité des parties et respecter le principe du contradictoire.

685. Le juge d'appui¹⁶⁸ a pour mission, selon la Cour de cassation¹⁶⁹, « *de résoudre les difficultés de constitution du tribunal arbitral de manière à ce que cette juridiction soit investie de la confiance des parties* » sans commettre d'excès de pouvoir. Il vient au soutien de l'arbitrage en s'assurant que la constitution du tribunal arbitral est satisfaisante et conforme au droit d'accès au juge¹⁷⁰. Comme le relève Ph. Fouchard, « *la mise en place du tribunal arbitral est une suite de la convention d'arbitrage, dont elle constitue un effet* »¹⁷¹. Le juge d'appui a pour mission de veiller à cette mise en place effective et à la mise en place d'un tribunal arbitral respectueux des normes du procès équitable dans le respect de l'égalité des parties. Dès lors, en cas de problème de mise en œuvre de cette clause, « *il appartient au juge étatique, si on lui demande, d'assurer sa bonne exécution* »¹⁷². « *Loin d'apparaître comme une immixtion inacceptable de la justice publique dans le fonctionnement de la justice privée, ou une mise sous tutelle de cette dernière, elle s'analyse plutôt en une assistance, requise et accordée lorsqu'elle est nécessaire pour que la convention d'arbitrage puisse produire ses*

163 V. le Titre II dudit décret, réservé à l'arbitrage international.

164 Art. 1505 nouveau du Code de procédure civile « *En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque :*

1) *L'arbitrage se déroule en France ou*

2) *Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ou*

3) *Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ou*

4) *L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* ».

165 GAILLARD (E.), DE LAPASSE (P.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, D. 2011 p. 175 n° 36.

166 TGI Paris, ord. réf., 12 juill. 1989, et Paris 24 nov. 1989, *Rev. Arb.* 1990. 176, 1^{re} et 3^e esp., note P. Kahn.

167 Art. 1455 nouveau du Code de procédure civile : Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation.

168 Compétence non exclusive : V. LOQUIN (E.), De la nature de mandat commun de la mission du Président du tribunal de commerce désigné par les parties pour régler les difficultés de constitution d'un tribunal arbitral international présentant des liens avec la France (Paris 5 juin 2003, *J. Rose c. SA Waterfront et autres*), *RTD com.* 2003 p. 700.

169 C. Cass. Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 05-17.019, *Bull. civ. I*, n° 311 ; *D.* 2006. IR. 1840, obs. V. Avena-Robardet ; *Rev. Arb.* 2007. 463, note J. Ortscheidt ; *JCP* 2006. II. 10155, note G. Chabot ; *JCP* 2006. I. 187, § 4, obs. J. Béguin.

170 Son intervention est conditionnée à une absence de nullité ou d'inapplicabilité de la clause.

171 FOUCHARD (Ph.), Tribunal arbitral. Constitution du tribunal arbitral. Droit commun, *Jurisclasseur Arbitrage commercial international* Fasc. 1066-1 n° 1.

172 FOUCHARD (Ph.), Tribunal arbitral. Constitution du tribunal arbitral. Droit commun, *Jurisclasseur Arbitrage commercial international* Fasc. 1066-1n° 43.

pleins effets »¹⁷³.

686. Dès lors, en matière d'arbitrage international, si le juge d'appui constate l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, il doit refuser son appui et renvoyer les parties devant la juridiction étatique. Cette inapplicabilité dans le cadre du déni de justice correspond à l'hypothèse où, faute de constitution du contrat d'arbitre ou faute d'exécution de celui-ci, le droit au juge est compris de telle manière que la convention d'arbitrage doit être privée de toute efficacité.

Les problèmes de constitution et de fonctionnement du tribunal arbitral se posent lorsque la nullité de la convention d'arbitrage n'est pas établie par le juge. À défaut, le juge d'appui n'aurait pas à prêter son assistance, puisque par hypothèse il n'y a pas lieu à arbitrage. Cependant, lorsque l'inapplicabilité ou la nullité n'est pas constatée ni d'ailleurs la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage, la compétence du juge d'appui est pleine et entière. Dès lors, la paralysie de la convention d'arbitrage du fait de la non-formation ou non-exécution du contrat d'arbitre justifie son action. Certes, son action dépend également du choix de l'arbitrage. En cas d'arbitrage institutionnel, le règlement du centre et son organisation peuvent y suppléer. Néanmoins, en cas de carence, le juge d'appui recouvrira toute sa compétence. Sa mission d'aide à la constitution du tribunal arbitral ne saurait être menée à bien en cas d'inapplicabilité de fait de la convention d'arbitrage, le juge d'appui doit donc analyser cette situation pour en tirer toutes les conséquences légales.

687. En cas de volonté d'avoir recours à la procédure d'arbitrage, le juge d'appui apparaît comme le juge de la bonne exécution de la convention d'arbitrage. Or, la convention d'arbitrage ayant un objet juridictionnel, son régime est dérogatoire du droit commun en ce que l'impécuniosité doit être prise en compte pour ne pas constituer une situation de déni de justice. Dès lors, le juge d'appui doit veiller à ce que la formation et l'exécution du contrat d'arbitrage respectent les règles du droit d'accès au juge et du procès équitable.

b)- Traitement de l'impécuniosité devant le tribunal arbitral et étatique : une obligation du procès équitable et du droit d'accès au juge

688. Le problème de l'impécuniosité doit se dissocier en deux branches. D'abord, le juge d'appui peut être confronté à une non-formation du contrat d'arbitre du fait de l'impécuniosité, c'est-à-dire qu'une des parties invoque son impécuniosité et la seconde ne veut ou ne peut y suppléer. D'un autre côté, il se peut que le contrat d'arbitre soit formé à l'égard d'une seule partie et que la partie impécunieuse invoque le manquement au procès équitable, puisque ne pouvant payer sa part de frais d'arbitrage, elle se voit exclue de la procédure. En outre, il se peut également que l'impécuniosité soit source d'une rétention de sentence par le tribunal arbitral.

689. Le risque est alors soit que l'accès à la justice soit bloqué *ab initio*, soit que la sentence ne soit pas rendue, soit encore de voir prononcer une sentence par défaut dans le cas d'impécuniosité.

690. Au regard de la dernière hypothèse, l'efficacité de la sentence est une des préoccupations majeures de l'arbitre¹⁷⁴ et bien que le contrôle final de la sentence se heurte en

173 FOUCHARD (Ph.), Tribunal arbitral. Constitution du tribunal arbitral. Droit commun, *Jurisclasseur Arbitrage commercial international* Fasc. 1066-1 n° 44.

174 Il doit donc veiller à suivre le raisonnement du juge étatique, à respecter les normes du procès équitable. Certes l'arbitre peut choisir entre différents droits. C'est ainsi que la sentence CCI n°4695, en date du 13 avril 1984 (YCA, vol. XI 1986 p. 148), énonce que « l'exigence

effet à la relativité du contrôle étatique¹⁷⁵, peu importe le for saisi, une sentence rendue par défaut du fait de l'impécuniosité d'une partie serait contraire au procès équitable, et donc à l'ordre public international, dans le cadre de l'Union européenne et également des États contractants de la CESDH¹⁷⁶. Ainsi, l'article 1502 anc. du Code de procédure civile établit un catalogue de nullité¹⁷⁷ en application duquel le juge doit refuser l'*exequatur* ou infirmer la sentence si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage. Il complète ainsi les articles 1499 al. 1 et 1477 al. 2 anc. du Code de procédure civile en exigeant la production de la convention d'arbitrage, en plus de la sentence, pour demander la reconnaissance ou l'exécution de celle-ci¹⁷⁸. En outre, la chambre civile de la Cour de Cassation a estimé qu' : « aucune limitation n'est apportée au pouvoir [de la juridiction étatique] de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices [de la sentence au fond] »¹⁷⁹. La sentence ainsi rendue ne saurait recevoir effet en France car elle serait contraire au droit au juge et à un procès équitable¹⁸⁰.

Le problème doit donc être résolu à la source : est-il ou non possible de constituer un tribunal arbitral en respectant les principes fondamentaux de la procédure civile ? Lorsque la sentence fait l'objet d'une rétention, le droit au juge, induisant le droit au jugement, n'est évidemment pas satisfait. La question de la reconnaissance d'une telle sentence ne se pose pas puisque par hypothèse elle n'est pas rendue. En revanche, la question du droit au juge impose de permettre alors le recours à la justice étatique comme si le tribunal arbitral n'avait pu se constituer. Mais alors, si « Une sentence vouée à l'inexécution n'est qu'un coup d'épée dans l'eau ; elle a un coût, parfois élevé, en frais et en temps perdu pour les deux parties »¹⁸¹, et si une rétention de sentence en cas d'impécuniosité ne peut pas priver les litigants de leur droit d'accès au juge, quelle doit être la réaction du centre d'arbitrage ou du tribunal arbitral ?

de l'article 26 [du règlement CCI] n'est pas pertinente pour la question de la compétence. Il est évident que si le tribunal devait refuser d'assumer sa compétence en raison des difficultés d'exécution future dans un pays donné, alors il n'y aurait pas de sentence du tout, susceptible d'être exécutée dans un autre pays ». L'arbitre confronté à des droits divergents est en fait libre de choisir celui qu'il paraît opportun de prendre en compte. La conséquence qui en découle est que le contrôle étatique a indéniablement un caractère relatif celui-ci ne s'opérant qu'au regard des règles nationales conformément au droit de l'arbitrage et au droit des contrats.

175 Le contrôle de la compétence arbitrale vise la compétence de l'arbitre non sa sentence. Ce pouvoir juridictionnel qui lui est accordé reste envisagé comme une concession des ordres juridiques. L'arbitre peut valablement statuer sur sa compétence par une sentence distincte de celle relative au fond du litige. Cette possibilité permet un contrôle plus rapide et d'appréhender la réception de la sentence seconde. Le droit français admet qu'un recours immédiat soit ouvert. L'usage cependant qui a coutume en droit de l'arbitrage est de rendre une sentence unique. Dans les deux cas, le contrôle de la compétence ne s'exerce en France qu'au regard de l'ordre public international donc du droit du for saisi de cette question.

176 Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme, aucun État contractant ne pourra valablement reconnaître une sentence ayant fait fi de cette question. Cette reconnaissance serait une violation de l'article 6 de la Convention. L'État en serait directement responsable. En conséquence, la prohibition du déni de justice étant largement partagée en droit comparé, l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage découlant de l'impécuniosité de l'une des parties doit être prise en compte par l'arbitre. À défaut, une sentence rendue doit se voir déclarée contraire à l'ordre public international pour violation du droit d'accès au juge et du principe du contradictoire. En effet, l'arbitre ne statue en général que sous réserve du recours devant l'autorité judiciaire. En droit français, ce contrôle s'exerce exclusivement au regard des règles relevant de l'ordre public international, c'est-à-dire des règles matérielles importantes prescrites à peine de nullité de la convention d'arbitrage internationale. V. notamment : C. Cass. Civ. 1, 21 mai 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar)*, Bull. civ. I, n° 159, *RTD com.* 1998, p. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1998, p. 87, note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998, 330, obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 1997 p. 537 note E. Gaillard : « il appartient à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige »

177 Art. 1502 anc. du Code de procédure civile : « l'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

1° si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée

2° si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné

3° si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée

4° lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté

5° si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international. »

178 Le juge doit vérifier la base conventionnelle de la procédure, ce qui traduit une conception contractualiste de l'arbitrage. Selon certains auteurs, un examen au regard de la loi régissant la procédure d'arbitrage aurait l'avantage d'éviter les divergences avec le pays « d'origine » de la sentence V. BELLET (P.), MEZGER (E.), L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile, *Rev. Crit. DIP* 1981 p. 611.

179 C. Cass. Civ. 1, 6 janvier 1987, *Affaire Plateau des pyramides*, *JDI* 1987 p. 638 note Goldman.

180 Dans le cas où un centre d'arbitrage est saisi, la compétence du juge d'appui est subsidiaire. Priorité est alors laissée au centre d'arbitrage. C'est au tribunal de résoudre la question de l'impécuniosité. Encore faut-il que le règlement d'arbitrage prévoie une procédure pour ce faire. À défaut, la compétence sur cette question reviendra au juge d'appui. Dans le cas où l'une des parties invoque son impécuniosité, la sentence arbitrale relative à la compétence devra être contrôlée au plus tôt et il serait donc responsable de la part du tribunal arbitral ou du centre d'arbitrage de s'exprimer par une sentence distincte sur ce point. En effet, seule cette sentence partielle pourrait permettre de trouver une voie alternative pour assurer l'accès à la justice qu'elle soit arbitrale ou étatique.

181 MAYER (P.), L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence, *RCADI*, 1989, V, t 217 p. 319.

691. Lorsque l'impécuniosité se révèle lors de la sentence et que les arbitres exercent un droit de rétention sur celle-ci, il est loisible au tribunal arbitral de procéder à une répartition équitable des dépens, en tant qu'accessoires du litige, ainsi que des honoraires. Si l'arbitre ne peut fixer unilatéralement leur montant, qui ne relève pas de l'objet du litige, il semble qu'en application de la jurisprudence, il peut en répartir la charge, à condition cependant que la convention d'arbitrage le prévoie. Ainsi, la cour d'appel de Paris¹⁸², dans l'arrêt *Société Hôtelière de Montagne c. époux d'Amade et autres* du 23 septembre 1994, précise clairement que « *L'objet du litige pouvant porter sur la répartition des honoraires des arbitres et des frais d'arbitrage, si la convention d'arbitrage prévoit que les frais seront supportés par les parties selon les modalités prévues par les arbitres dans leur sentence* ». En ce cas, si cette répartition est source de déni de justice, elle peut faire l'objet d'un recours en annulation. Mais encore faut-il que la sentence soit rendue. En ce cas, il est clair que le tribunal arbitral qui procéderait à une rétention de sentence, alors même qu'une partie est impécunieuse, engagerait sa responsabilité. En effet, ce droit ne peut être exercé qu'à condition d'être proportionnel.

Si en revanche la convention d'arbitrage ne prévoit pas que la répartition des honoraires relève de l'objet du litige, alors la compétence quant à cette répartition relève exclusivement de la juridiction de droit commun. Cette juridiction devant alors être déterminée, s'agit-il d'une juridiction de droit commun ou du juge d'appui ? En effet, l'élargissement des prérogatives de l'arbitre induit sa compétence puisqu'il doit veiller au bon déroulement de la procédure arbitrale jusqu'à son terme. Il procédera alors à une répartition équitable des frais de justice. Cela étant, on peut aussi valablement conclure que cette compétence revient aux juridictions ordinaires en tant que juge du contrat d'arbitre.

692. Lorsque le tribunal arbitral est constitué à l'initiative d'une des parties, le tribunal peut se reconnaître compétent pour trancher la question de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage du fait de l'effet positif du principe de compétence-compétence. Mais en l'occurrence il s'agit d'une inapplicabilité juridique (*i.e.* absence de compétence arbitrale) et non factuelle qui concerne la non-formation du contrat d'arbitre à l'égard d'un des litigants pour des raisons financières¹⁸³. Cela étant, si la compétence relative au contrat d'arbitre revient aux juridictions étatiques, la mise en œuvre de la convention d'arbitrage et l'obligation de collaboration qui en découle peut relever des juridictions arbitrales. Ainsi, lorsque les parties renvoient par la convention d'arbitrage à un arbitrage institutionnel, il existe alors un principe de non-immixtion reconnu par la jurisprudence française et qui impose au juge d'appui de laisser faire le tribunal arbitral en cas de besoin¹⁸⁴. Ce principe vaut à condition qu'une solution soit effectivement prévue et apte à résoudre le problème. Or, l'unique exemple de règlement prévoyant le traitement de l'impécuniosité *ab initio* est le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe¹⁸⁵.

Témoignage de maturité et de modernité, ce Règlement envisage l'hypothèse du risque de déni de justice du fait de l'impécuniosité d'une des parties. Cette disposition a été prise pour faire face « *à une situation de blocage puisqu'une partie exige le respect de la convention d'arbitrage, mais n'est pas en mesure de le financer, alors que l'autre est prête à*

182 C. Cass. Civ. 2, 10 oct. 1990, *Société Bureau Qualitas et autres c. J. Viet et autres*, D.1990.239 ; *Rev. Arb.* 1996 p. 393 et note p. 325 Ph. Fouchard ; CA Paris, 1 ch. Civ., 23 sept. 1994, *Société Hôtelière de montagne c. époux d'Amade et autres*; *RTD com.* 1995.396, obs. J-CI Dubarry et E Loquin ; *Rev. Arb.* 1996.393 et obs. Ph. Fouchard p. 325: « *le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française* ».

183 L'arbitre n'ayant pas un véritable pouvoir de prendre une décision définitive relative à sa compétence, le juge doit statuer par lui-même. Ce contrôle porte directement sur la compétence à juger du fond du droit et non sur la décision arbitrale. La jurisprudence est fixe sur ce point. Cependant un arrêt de la CA Paris en date du 21 octobre 1983 avait considéré que les arbitres étaient souverains dans l'interprétation de la convention d'arbitrage (CA Paris, 21 octobre 1983 *Rev. Arb.* 1984 p. 98 note Chapelle).

184 TGI Paris, 18 janv. 1991, *Société Chérifienne des pétroles*, *Rev. Arb.* 1996. 503, 1re esp., note P. Fouchard.

185 V. CLAY (Th.), Présentation du nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe, *Cahiers de l'arbitrage*, 1 janvier 2011 n° 1 p. 207.

renoncer à la convention d'arbitrage, tout en étant capable d'avancer les frais d'arbitrage »¹⁸⁶. Cette seconde partie se voit invitée à choisir entre une alternative : financer l'arbitrage ou se voir attraire devant les juridictions étatiques, la convention d'arbitrage devenant alors caduque.

En dehors de l'application de ce règlement, la question de l'impécuniosité entraînant un blocage au niveau de la formation du contrat d'arbitre, la compétence devrait systématiquement revenir au juge d'appui constatant ainsi ou non sa défaillance. Le centre d'arbitrage CCI essaie, il est vrai, de restreindre au possible les frais d'arbitrage pour les « petits litiges » sans que cette notion ne soit par ailleurs définie. Cela étant, bien que la réduction des coûts et du délai d'arbitrage soit parfaitement louable et de nature à éviter la question de l'impécuniosité, le problème du déni de justice reste entier lorsqu'il se pose en application du règlement CCI.

Dès lors, le juge d'appui doit s'assurer de la possibilité de formation et d'exécution du contrat d'arbitre. Il doit donc procéder à une analyse approfondie de la situation d'impécuniosité du litigant. Pour respecter le droit d'accès au juge et les règles du procès équitable, il est donc nécessaire qu'il examine deux données : d'une part les honoraires et frais d'arbitrage à la charge de la partie impécunieuse et d'autre part, sa situation financière. Dans ce cadre, et conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, peu importe le caractère ou non excessif des frais et honoraires, seule compte l'appréciation de la charge que ceux-ci représentent pour le litigant. Dans ce cadre, la jurisprudence impose une analyse *in concreto* approfondie en prenant en compte les biens et revenus disponibles. Cette analyse est indispensable puisque la question de l'impécuniosité se pose au stade primaire de la procédure et donc constitue une atteinte au droit d'accès à la justice si d'une part elle n'est pas examinée et d'autre part est insusceptible de recours.

2)- Constat d'échec dans la mission du juge

693. Lorsque l'impécuniosité source de déni de justice est invoquée, ce qui est contesté n'est pas l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage mais sa mise en œuvre pratique. Il s'agit donc clairement soit d'un problème de constitution du tribunal arbitral, qui relève donc de la compétence du juge d'appui, soit d'un problème d'exécution du contrat d'arbitre qui relève du juge d'appui ou bien des juridictions de droit commun.

694. Lorsqu'elle intervient au premier stade de la procédure, le demandeur devra donc demander au juge d'appui de constater l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, source pour lui de déni de justice. Le juge d'appui, juge de l'exécution du contrat d'arbitrage, aura donc pour mission de mettre en œuvre ce dernier. Cela étant, s'il constate que cette mission est impossible sans mettre en péril le droit au juge, en ce cas, il devra conclure à la compétence des juridictions étatiques. À défaut, si l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage n'est pas prise en compte, la décision de renvoyer les parties devant l'arbitre correspond à un déni de justice économique, c'est-à-dire une disproportion entre le coût de l'arbitrage et les revenus d'une partie. En ce cas, il doit impérativement soit trouver une solution permettant d'assurer le déroulement d'un procès équitable, soit établir un constat d'échec dans sa mission d'aide à la constitution du tribunal arbitral. L'impécuniosité entraînant la compétence des juridictions étatiques est le constat d'un échec, celui du juge d'appui dans sa mission d'aide à la constitution du tribunal arbitral.

186 V. CLAY (Th.), Présentation du nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe, *Cahiers de l'arbitrage*, 1 janvier 2011 n° 1 p. 207.

695. Le juge d'appui doit concourir à la mise en place du tribunal arbitral dans une situation de blocage. Sachant qu'en cas d'impécuniosité d'une partie, si le règlement d'arbitrage ou le tribunal ne lui permet pas de participer à l'instance, la sentence rendue par défaut sera contraire à l'ordre public international et ne saurait, dès lors, recevoir exécution. En outre, si d'aventure l'existence de cette convention d'arbitrage venait à bloquer, à l'égard de cette partie, l'accès au juge, elle engagerait la responsabilité de l'État la laissant perdurer. Un juge d'appui saisi d'une demande d'aide à la constitution d'un tribunal arbitral ou d'accès au tribunal arbitral en cas de constitution du tribunal par la seule partie forte à laquelle il ne peut répondre, n'a d'autre alternative que de renvoyer les parties devant les juridictions étatiques pour juger au fond de l'affaire. L'inapplicabilité constatée est celle du constat d'échec du juge d'appui dans sa mission qui se doit d'être, non pas théorique et illusoire mais concrète et effective, le droit au juge devant être garanti. Or, si ce juge ne peut être arbitral, il se doit d'être étatique.

696. Il se peut cependant que les arbitres acceptent de se saisir du litige sans ce versement préalable et rendent une sentence. Si la question des honoraires se pose *a posteriori*, le droit d'accès au juge est respecté. Si en revanche, les arbitres font une rétention de sentence contre le paiement des honoraires, le droit au juge n'est pas satisfait puisqu'il induit le droit au jugement. Dès lors, ni la convention d'arbitrage ni le contrat d'arbitre n'ont permis d'y satisfaire et l'accès à la justice étatique doit être assuré.

697. La juridiction étatique sera alors saisie de la question de la répartition des frais d'arbitrage alors assimilés à des frais de justice. Au-delà de la qualification contractuelle, peut-on considérer qu'il s'agit de la répartition de frais de justice dont le juge peut répartir la charge en équité ? L'objet de l'obligation inexécutée est le paiement des honoraires des arbitres et frais d'arbitrage. Or, la justice arbitrale étant une justice privée, l'objet vise le paiement des frais de justice. Cependant, il est admis que tout litige peut donner lieu à une ventilation inégalitaire des frais de justice. Il s'agit de répartir les obligations à la charge de la partie unique que constituent les litigants.

En conséquence, il conviendrait d'admettre que le juge étatique puisse se voir reconnaître un choix en cas d'impécuniosité d'une des parties à l'arbitrage constitutive de déni de justice : soit renvoyer les parties devant les juridictions étatiques, soit établir entre elles une répartition inégalitaire des frais d'arbitrage de manière à permettre à chacune d'elles d'avoir recours au juge-arbitre.

698. Dès lors, saisi d'un problème de constitution du tribunal arbitral, le juge d'appui sera face à une alternative : soit il trouve une solution acceptable permettant l'égal accès à la justice des litigants dans le respect des règles du procès équitable, soit il déclare la convention d'arbitrage inapplicable, c'est-à-dire insusceptible d'application ou d'exécution et, dès lors, il renvoie les parties devant les juridictions étatiques. En réalité, cette seconde option revient à un constat d'échec dans sa mission : le juge d'appui n'a pu parvenir à la constitution du tribunal arbitral. La compétence des juridictions étatiques au fond de l'affaire s'impose donc pour combattre le risque de déni de justice.

* *
*

699. Le juge d'appui est dans l'obligation d'intervenir dans deux hypothèses pour aider à la constitution du tribunal arbitral. La première concerne l'impécuniosité du demandeur. En ce

cas, le contrat d'arbitre n'a pas été formé ni le contrat d'organisation avec le centre d'arbitrage. Dès lors, la compétence du juge d'appui n'est pas subsidiaire mais principale. Dans le second cas, lorsque le contrat d'organisation est formé et que le tribunal a accepté de prononcer une sentence par défaut ou de rétention de sentence, le juge d'appui doit intervenir pour vérifier, à la demande d'une partie, si cette impécuniosité n'a pas été source de déni de justice qui rendrait de fait la sentence prononcée comme contraire à l'ordre public international. Évidemment la compétence du juge d'appui n'aura lieu d'être qu'en l'absence de solution proposée par le centre d'arbitrage lui-même. Le juge d'appui se trouvera alors devant l'alternative suivante : soit renvoyer les parties devant l'arbitrage lorsqu'il constate l'absence d'impécuniosité de la partie ou qu'une solution permet l'accès à la justice des deux parties, soit le juge d'appui devra constater qu'il n'y a pas lieu à arbitrage du fait de l'impécuniosité et d'absence de solution à celle-ci, ce qui correspond en fait au constat d'échec dans l'accomplissement de sa mission.

Conclusion du chapitre 1

700. La convention d'arbitrage ne saurait conserver un quelconque intérêt si elle ne pouvait être mise en œuvre. Prendre acte du fait que l'arbitrage est impossible ne nuit pas à l'institution elle-même. Cette prise en compte permet d'éviter que l'institution soit détournée de son objectif social, à savoir l'organisation de l'accès à la justice, pour devenir une arme juridictionnelle permettant à une partie de bloquer tout droit d'accès à une autre. L'impécuniosité entraîne donc l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, notion admise en droit français, quoiqu'ayant pour l'heure un sens restrictif. Rien n'empêche de conclure que l'inapplicabilité peut correspondre à la notion factuelle d'impossibilité pratique de mise en œuvre ou, en d'autres termes, de non-applicabilité.

L'impécuniosité doit être constatée judiciairement. Elle n'est pas une notion objective répondant à des critères fixes définis au préalable mais se comprend comme une notion subjective et concrète qui renvoie au concept de disproportion entre les ressources d'un individu et les frais à sa charge pour accéder au juge.

Si ces frais sont disproportionnés, alors le déni de justice économique est constitué. Or, en absence de solution alternative ou de procédure adaptée des centres d'arbitrage, le juge d'appui n'aura dès lors pas d'autre choix que de déclarer la clause d'arbitrage caduque et de renvoyer les parties devant les juridictions étatiques. Le cas de l'impécuniosité est spécifique lorsqu'il s'applique à l'arbitrage : la volonté de recourir à l'arbitrage est établie mais il n'est pas possible dans ce cadre d'y avoir recours. La compétence du juge d'appui recouvre sa mission réelle, c'est-à-dire celle de trouver une solution pour rendre possible la saisine et la constitution du tribunal arbitral et l'exécution jusqu'à son terme de la mission arbitrale. Or, si la convention d'arbitrage est un contrat, c'est un fait entendu, devenu inutile car inapplicable, elle se doit d'être privée d'effet conformément aux principes qui lui sont supérieurs. En effet, « [d]ans une société plus raffinée et plus complexe, le lien d'obligation est devenu plus objectif, réalisant l'échange de valeurs économiques entre deux patrimoines. Des procédés de sanction plus efficaces [sont] recherchés, tendant à rétablir l'équilibre économique rompu par l'inexécution. On ne s'intéresse plus au sort du débiteur, mais à celui du contrat ; tant que l'exécution paraît possible, le contrat est maintenu ; lorsqu'elle ne l'est plus, il devra être liquidé »¹⁸⁷. Ce principe se justifie tant au regard du droit des contrats que du principe fondamental d'accès à la justice, socle de notre état de droit¹⁸⁸.

701. Le problème est plus large que celui du strict cadre du déni de justice économique, en ce qu'il touche au régime de l'arbitrage international français dans son ensemble. La notion de déni de justice économique impose de repenser l'institution, et plus spécifiquement l'aspect négatif du principe de compétence-compétence en termes équilibrés, de manière à rendre notre législation en adéquation avec l'objectif recherché, et proportionnée à celui-ci. En effet, et ce n'est un secret pour personne, l'arbitrage est une justice en pratique onéreuse, on paie son juge, on le choisit, et cet état de fait doit être pris en compte.

Si l'arbitrage est essentiel pour le commerce international c'est à la condition, et seulement à cette condition, qu'il soit apte à répondre à ses besoins. Or, lorsque l'institution se révèle inadaptée à répondre à cette exigence et entraîne une situation de blocage, les juridictions étatiques, au nom des intérêts du commerce international et du droit d'accès au juge, doivent prendre le relais. C'est une évidence. En effet, c'est cette conception

187 SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, *RTD civ.* 2000 p. 25.

188 RENOUX (Th. S.), Le droit au juge naturel, droit fondamental, *RTD civ.* 1993 p. 33 : « Depuis la Révolution, ce principe fondamental, celui du juge naturel, inspire tout notre droit judiciaire. Son énoncé, figure dans plusieurs des constitutions françaises : Constitution de 1791 (Titre III, Chapitre V, art. 4) ; Constitution de 1795 (art. 204) ; Charte constitutionnelle de 1814 (art. 62) ; Charte additionnelle de 1815 (art. 60) ; Charte de 1830 (art. 53), Constitution républicaine de 1848 (art. 53) ».

ultralibérale qui pose problème car elle amoindrit, voire ôte, tout aspect contractuel à l'arbitrage, partant du postulat que l'arbitre est le juge naturel du commerce international. Pris dans le sens d'une absence de sursis à statuer de l'arbitre, l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne présente aucun danger pour l'effectivité de l'accès au juge parce que, par hypothèse, la saisine d'une juridiction reste possible.

Chapitre 2 : Caducité de la convention d'arbitrage

702. L'accès à la justice arbitrale est conditionné par l'existence de deux contrats distincts : d'une part, la convention d'arbitrage et d'autre part, le contrat d'arbitre. Le contrat d'arbitre est un contrat nécessaire à la mise en œuvre de l'arbitrage. À défaut de contrat d'arbitre et de son exécution, il ne peut y avoir d'arbitrage. Son objet est en effet d'organiser l'instance arbitrale et de conférer le pouvoir de juger aux arbitres. Il lie d'une part les arbitres et d'autre part les litigants qui forment chacun une partie commune. L'acceptation de l'ensemble des parties est donc nécessaire à sa formation.

Il résulte de ce qui précède que le contrat d'arbitre existe dans un premier temps indépendamment de la convention d'arbitrage. En effet, la première mission qui sera impartie au tribunal arbitral sera, en application de l'effet positif du principe de compétence-compétence, de juger s'il existe ou non une convention d'arbitrage. Dans l'affirmative, le tribunal arbitral retiendra sa compétence pour juger au fond du litige. Dans la négative, le contrat d'arbitre prendra fin, il deviendra caduc faute d'objet¹. Ce contrat a donc une existence autonome qui ne dépend pas de la validité d'une convention d'arbitrage.

A la différence des magistrats, les arbitres n'ont pas le devoir d'accepter leur saisine et restent libre de conclure un contrat d'arbitre dans les conditions contractuelles qui leur conviennent, souvent cependant conditionnées dans leurs modalités par l'adhésion à un règlement d'arbitrage. En outre, en application du droit des contrats, ils peuvent exercer un droit de rétention sur la sentence lorsque ceux-ci ne sont pas payés.

703. À côté du contrat d'arbitre, il peut exister une convention d'arbitrage. Bien que son existence ne conditionne en rien la validité du contrat d'arbitre dans un premier temps, elle sera le fondement de sa compétence à juger au-delà de la compétence, à savoir au fond du litige. Son objet est donc de prévoir le recours à la justice arbitrale entre des parties et au regard d'un objet strictement défini.

Son existence n'est pas autonome puisque, pour réaliser son objet, un contrat d'arbitre doit nécessairement se former. Elle a pour cause la volonté des parties d'avoir recours à la justice arbitrale. Or, l'investiture de l'arbitre peut être paralysée pour des raisons pécuniaires, c'est-à-dire l'impécuniosité de l'un ou l'autre des litigants. Il en est de même en cas de rétention de la sentence, puisque la rétention de la sentence ne satisfait pas au droit au juge.

704. Cette question est souvent déniée en pratique du fait de l'incidence que pourrait comporter sa résolution pour l'arbitrage. Permettre à une partie d'invoquer l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre sur le fondement de l'impécuniosité serait ouvrir potentiellement un nouveau moyen dilatoire, et par là même, serait contraire au principe d'extrême faveur dont bénéficie l'arbitrage en droit français. Néanmoins, admettre la compétence des juridictions concernant l'investiture de l'arbitre et étudier les problèmes relatifs à la formation du contrat d'arbitre pourraient permettre d'aboutir à un droit de l'arbitrage plus équilibré et responsabilisant pour les parties. À défaut, l'arbitrage pourrait périr du fait de ses excès.

Admettre le recours étatique lorsque le droit d'accès à la justice de certains citoyens est compromis, et donc admettre dans certains cas la compétence des juridictions étatiques, est fondamental. Rien n'empêche de prévoir des mécanismes permettant de sanctionner la partie invoquant l'impossibilité de formation ou d'exécution du contrat d'arbitre dans un second temps, si ce moyen était abusif. Ne pas prendre acte de l'impécuniosité ne peut que nuire à l'arbitrage, en détournant celui-ci de son objectif premier à savoir la reddition de la justice,

¹ La caducité implique une non-rétroactivité de ses effets.

pour en faire un moyen de pression financière d'une partie sur une autre, contraire à l'essence même de toute justice y compris arbitrale. En toute hypothèse, cette situation est illégale en ce qu'elle contrevient au droit au juge.

705. Il convient d'analyser les conséquences contractuelles au regard de la convention d'arbitrage d'une impossibilité de formation ou d'exécution du contrat d'arbitre. Source de déni de justice, elle se doit d'être prise en compte en droit français car nonobstant son aspect contractuel, elle conditionne l'accès à la justice dans sa composante juridictionnelle. Le lien qui unit la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre incite à conclure que l'impossibilité de formation ou d'exécution du contrat d'arbitre entraîne la caducité de la convention d'arbitrage qui se trouve alors privée de cause. En effet, la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre forment un ensemble contractuel indivisible. L'existence de l'un n'a d'intérêt qu'en considération de la possibilité d'existence de l'autre. Ces contrats sont interdépendants en ce sens que la convention d'arbitrage ne peut avoir d'effet sans le relai du contrat d'arbitre, et un contrat d'arbitre conclu sans le support d'une convention d'arbitrage deviendra caduc de ce fait. Ils sont tous deux nécessaires à la réalisation de leur objet commun, à savoir l'accès à la justice arbitrale. Dès lors, comme il est admis en droit français, la non-formation ou non-exécution de l'un entraînera la caducité de l'autre (section 2). Au préalable, il convient d'étudier ces deux contrats d'un type particulier (section 1).

Section 1 : Analyse des contrats organisant l'accès à la justice arbitrale

706. Il paraît nécessaire d'approfondir la distinction entre le contrat d'arbitre (§1), fondement du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, et la compétence de celui-ci au regard du fond du litige sur lequel porte la convention d'arbitrage (§2) afin de définir plus précisément la notion de contrat d'arbitre, sa nature et son régime pour analyser la question délicate de la formation ou de l'exécution du contrat d'arbitre paralysée par les honoraires².

§1 - Du contrat d'arbitre

707. Le contrat d'arbitre est un contrat innommé et à ce titre il est soumis au droit commun. Comme tout contrat, les conditions de l'article 1108 du Code civil doivent donc être respectées, et, parmi elles, le consentement. Le contrat d'arbitre se forme donc par la rencontre de l'offre et de l'acceptation³, personnelle et irrévocable⁴, qui peut être tacite. Le contrat d'arbitre est un contrat consensuel, aucun texte n'impose des règles de forme. Le silence de la loi se traduit par la possibilité de formation du contrat sans *instrumentum*. Sa validité, tout comme les conditions de sa formation, répondent donc du droit commun. Par ailleurs, le contrat d'arbitre a pour effet de lier les litigants à l'arbitre. Il s'agit d'un contrat *intuitu personae*⁵.

Source de l'investiture de l'arbitre, le contrat d'arbitre lui permet d'être juge de sa compétence au regard du litige mais non au regard de son investiture pour juger de sa compétence. En effet, partie au contrat d'arbitre, l'arbitre n'a pas de compétence juridictionnelle à son sujet, nonobstant les termes ambigus du nouvel article 1465 du Code de

2 Pour une confusion entre convention d'arbitrage et contrat d'arbitre V. notamment : VIDAL (D.), Droit français de l'arbitrage commercial international, éd. Gualino 2004 p. 101 et s.

3 CA Paris, 14 nov. 1991, *consorts Legrand*, *Rev. Arb.* 1994.545 (2 esp.) obs. Ph. Fouchard.

4 CA Paris, 14 nov. 1991, *consorts Legrand*, *Rev. Arb.* 1994.545 (2 esp.) obs. Ph. Fouchard: «cette acceptation doit résulter d'une manifestation de volonté personnelle et irrévocable».

5 Trib. civ. Lille 12 juill. 1957, *Vanhoucke*, *Rev. Arb.* 1957.135 : le choix de l'arbitre est d'une « importance particulière ». Dans le choix de l'arbitre, les caractéristiques personnelles de ce dernier sont en effet fondamentales et déterminantes, elles constituent le critère déterminant.

procédure civile qui vise l'appréciation de sa compétence au regard du litige.

Il convient d'envisager plus précisément la qualification du contrat d'arbitre (A) et la loi applicable à ce contrat (B). En effet, sans formation du contrat d'arbitre ou bonne exécution, l'arbitrage ne saurait avoir lieu.

A- Qualification et régime du contrat d'arbitre

708. La qualification du contrat d'arbitre s'est révélée problématique. Sa qualification en contrat de mandat a fait l'objet de vifs débats depuis le XIX^{ème} s. À partir de la jurisprudence *Ury*⁶, le contrat d'arbitre a été défini comme « *un contrat spécifique [investissant] l'arbitre du pouvoir de trancher le litige en le laissant accéder à la fonction de juge – exclusive par nature [...] de toute notion de mandat*⁷ ». Il s'agit d'un contrat de prestation de service qui se rapproche du mandat, mais sans représentation de la part de l'arbitre. Le contrat d'arbitre, ou contrat d'investissement, peut être défini comme le contrat ayant pour objet de désigner un arbitre, ou plusieurs, afin de trancher un litige qui oppose des litigants.

Il confère à une personne la mission d'arbitre, la mission de juge. En effet, si le magistrat est un juge étatique et bénéficie d'une investiture subjective liée à sa fonction, qui lui confère une certaine permanence, l'arbitre, lui, doit être désigné à l'occasion de chaque litige et est investi uniquement pour y répondre. Son investiture revêt donc un caractère temporaire et délimité. L'arbitre est un juge privé désigné contractuellement par les litigants dont il doit trancher le litige, il a des droits et est débiteur d'obligations contractuelles personnelles. Il est à la fois un juge et un contractant.

Si l'objet du contrat d'arbitre est la mission juridictionnelle qui lui est confiée, la qualité de l'arbitre est en revanche celle d'un simple contractant au regard du contrat d'arbitre. La spécificité de l'objet du contrat d'arbitre n'interfère pas dans la qualité de contractant de l'arbitre et ne lui confère pas au sujet dudit contrat la qualité de juge⁸. Le contrat d'arbitre est un cocontrat qui rassemble en une partie plurale les litigants et en une autre partie les arbitres. Il s'agit d'un contrat de prestation de service par nature gratuit (1) ayant un régime spécifique au regard des obligations des parties au contrat (2).

1)- Un cocontrat de prestation de service par nature gratuit

709. Le contrat d'arbitre est un cocontrat⁹. En effet, ce contrat lie deux parties communes : d'un côté les litigants et de l'autre les arbitres (a). Par ce contrat, les arbitres s'engagent à trancher le litige au fond, il s'agit donc d'un contrat de prestation de service qui peut être conclu à titre gratuit ou onéreux (b).

a)- Un cocontrat

710. Le contrat d'arbitre peut valablement recevoir la qualification de cocontrat. En effet, il se caractérise par la pluralité de contractants au sein du contrat. Il s'agit d'une organisation contractuelle de l'exécution par plusieurs personnes d'une même opération, caractérisée par

6 C Cass. Civ. 2, 13 avril 1972, *Ury*, B. 91, *Rev. Arb* 1975.235 note E. Loquin.

7 CA Paris, 22 mai 1991, *Rev. Arb*. 1996.476 (2 esp) obs. Ph. Fouchard p. 325 ; ou encore V. C. Cass. Civ. 2, 3 juillet 1996, *Rev. Arb*. 1996.405 note Ph. Fouchard : « *l'arbitre n'est pas lié à la partie qui l'a désigné par un contrat de mandat* ».

8 Nul, en effet, ne peut être juge et partie.

9 Pour une analyse du lien contractuel entre les arbitres et les litigants : V. HASCHER (D.), Arbitrage du commerce international, *Répertoire international*, Dalloz, 2005 n°105 et s.

l'adjonction de contractants placés sur un même plan. La partie plurale est engagée contractuellement avec un contractant commun qui peut, lui aussi, être une partie plurale. Or, l'acte conjonctif peut s'entendre de deux manières. D'une part, il peut être défini comme un « *acte dans lequel plusieurs personnes sont rassemblées, lors de sa formation ou postérieurement, au sein d'une même partie, c'est-à-dire par un même intérêt, défini par rapport à l'objet de l'acte* »¹⁰ ou, d'autre part, comme s'assimilant à un ensemble contractuel. En l'occurrence, la première définition semble pertinente au sujet du contrat d'arbitre.

L'arbitre se doit d'être engagé de la même manière à l'égard de chacun des litigants qui forment une partie unique au contrat d'arbitre. Ainsi la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 13 avril 1972¹¹, précisait que le contrat d'arbitre est un « *acte unique, commun à la volonté des parties* ». Néanmoins, conjoint pour les litigants, le contrat d'arbitre pourrait lier chacun des arbitres séparément¹².

711. Le fait que le contrat d'arbitre se constitue successivement par l'adjonction de contractants n'exclut pas cette qualification car chaque contractant, litigant ou arbitre, va permettre l'exécution d'une même opération contractuelle. Il s'agit donc d'un partage d'une même prestation, la reddition d'une sentence, entre plusieurs codébiteurs, les arbitres, et plusieurs cocréanciers, les litigants. Il s'agit en conséquence d'un acte juridique unique liant l'ensemble des parties au contrat d'arbitre, ce qui correspond à la définition du contrat de l'article 1101 du Code civil qui envisage le cas où « *une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres* ». Cette unicité de prestation n'empêche en rien une multiplicité de *negocia* et donc de rencontres de volontés. Chaque contractant doit accepter le contrat et peut le faire en des termes différents des autres. Cette multiplicité n'exclut pas non plus l'existence d'une communauté d'intérêts qui permet d'envisager la responsabilité d'une partie plurale envers son cocontractant.

b)- Un contrat de louage d'ouvrage gratuit ou onéreux

712. Le contrat d'arbitre se rapproche d'un contrat de louage d'ouvrage, plus exactement d'un contrat d'entreprise qui se définit comme « *la convention par laquelle une personne s'oblige contre rémunération à exécuter un travail de façon indépendante et sans représenter son cocontractant* »¹³. L'objet du contrat d'entreprise peut valablement être l'exécution d'une prestation intellectuelle. L'idée de représentation est expressément exclue de la qualification ce qui distingue le contrat d'entreprise du mandat. Or, l'arbitre n'est ni le représentant des parties, ni celui de l'État. Il exerce une obligation contractuellement définie et déclarée licite par l'État, à savoir trancher un litige opposant les litigants dans les matières arbitrables. Le contrat d'arbitre se rapproche donc du contrat d'entreprise ou d'un contrat de service gratuit.

713. Concernant le caractère onéreux et synallagmatique dudit contrat, un contrat est à titre onéreux lorsque chaque cocontractant fournit quelque chose en vue d'une contrepartie, alors qu'un contrat est à titre gratuit lorsque l'une des parties s'engage sans attendre une contrepartie de son cocontractant. Si certains contrats sont par nature à titre onéreux ou à titre gratuit, d'autres sont gratuits ou onéreux en fonction de la volonté des parties à l'acte. Tel est le cas notamment du louage d'ouvrage et du contrat d'arbitre. Le contrat d'entreprise est un

10 CABRILLAC (R.), *L'acte conjonctif en droit privé français*. Préf. P. Catacl. LGDJ. Coll. bibliothèque de droit privé, T.213, 1990 n° 319 : trois critères cumulatifs permettent de caractériser selon l'auteur un acte conjonctif : unicité de partie, unicité d'acte et pluralité de participants (n° 44- 229).

11 C. Cass. Civ. 2, 13 avril 1972, *Ury*, B. 91, *Rev. Arb* 1975.235 note E. Loquin ; V. LALIVE (P.), Les problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international, *Rec. Cours La Haye* 1967.I.565 p.785.

12 TGI Paris (ord. Réf.), 15 fév. 1995, *SA Industrial Export*, *Rev. Arb*. 1996.503 note Ph. Fouchard : sur la mission personnelle des arbitres.

13 C. Cass. Civ. 1, 19 fév. 1968, *Bull civ I*, n°69.

contrat réputé être conclu à titre onéreux. À défaut de prix, il ne s'agirait plus d'un contrat d'entreprise mais d'un contrat de service gratuit. Élément fondamental du contrat d'entreprise, le prix n'a néanmoins pas besoin d'être déterminé au stade de la conclusion du contrat. Le contrat d'entreprise est donc un contrat synallagmatique à titre onéreux dont le montant de la contrepartie pécuniaire peut être déterminé une fois la prestation principale réalisée.

714. Au regard du contrat d'arbitre, face à l'observation de la pratique, la question est alors de savoir s'il existe une présomption d'onérosité ou de gratuité. Cette interrogation reste pour l'heure discutée. Monsieur Th. Clay¹⁴ considère que le contrat d'arbitre est par nature gratuit du fait de son objet juridictionnel. À défaut d'indication de prix, le contrat sera donc présumé conclu à titre gratuit. Déterminer la nature gratuite ou onéreuse du contrat a une grande importance car en pratique, le contrat d'arbitre peut ne pas faire l'objet d'un *instrumentum*. Dès lors, il convient de se référer au mécanisme de la présomption. La présomption repose sur le *plerumque fit*, c'est-à-dire sur le fait d'induire du fait connu un fait inconnu¹⁵. On privilégie dans le raisonnement inductif soit un élément d'ordre quantitatif (*i.e.* nombre de contrats d'arbitres conclus à titre onéreux), soit qualitatif (*i.e.* l'objet du contrat est la reddition de la justice). Si l'objet du contrat implique de considérer le contrat d'arbitre comme un contrat par nature gratuit, l'observation de la pratique tend à faire présumer l'onérosité. Ainsi, dès lors que l'arbitrage est institutionnel, la référence au règlement d'arbitrage du centre, et partant à la grille d'honoraires, fait du contrat d'arbitre un contrat à titre onéreux.

715. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 13 décembre 2001, *P. c. X.*¹⁶ considéra que « *Le contrat d'arbitre ou le contrat d'investiture, qui prend effet dès l'acceptation par l'arbitre de sa désignation, est un contrat sui generis aux termes duquel les obligations des parties à l'égard de l'arbitre sont aussi d'ordre pécuniaire* ». Selon la Cour, « *le droit aux honoraires des arbitres trouvant sa source dans le travail de l'arbitre, ils lui sont dus même si une sentence n'a pu être rendue, dès l'instant où le travail de l'arbitre a été certain et qu'il n'y a point de négligence de sa part dans le fait que l'arbitrage n'a pu être terminé par une sentence, la rémunération de l'arbitre pouvant être réduite en fonction des diligences accomplies et même supprimée si sa responsabilité civile de droit commun est engagée* ». La source de l'obligation de paiement des honoraires de l'arbitre est donc contractuelle. L'arrêt semble considérer le contrat d'arbitre comme un contrat onéreux. Cela étant, si le contrat d'arbitre était conclu à titre gratuit, il ne perdrait pas sa qualification. Contrairement à ce qu'affirme la cour d'appel, l'arbitre n'est pas nécessairement en droit d'obtenir des litigants une rémunération.

Le caractère onéreux du contrat d'arbitre ne semble pas, pour l'heure, devoir être considéré comme un élément essentiel dudit contrat. En effet, si le travail de l'arbitre est le plus souvent la cause de son droit à honoraires contractuellement prévus, ce n'est pas la cause efficiente. Rien n'empêche un arbitre d'officier gratuitement, le contrat d'arbitre n'en perdrait pas sa qualification.

716. Ainsi, dans le silence du contrat d'arbitre ou dans l'absence d'un *instrumentum*, on ne peut conclure ni à l'exclusion ni à l'inclusion de ce droit à rémunération. Il est nécessaire d'interpréter la volonté des contractants en l'absence de présomption d'onérosité. En revanche, si le contrat d'arbitre a expressément prévu une rémunération, celle-ci s'imposera aux parties.

14 À propos de : CA Paris, 13 déc. 2001, *A. Perrin c. T. Benne et autres* (P. c. X), *RTD com.* 2002.282 obs. Loquin; *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer. *D.*2003.2476 note Th. Clay ; V. CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 862.

15 V. art. 1349 du C. civ.

16 Th. Clay, CA Paris (1 ch. C.), 13 décembre 2001, *P. c. X.*, *D.* 2003.2476.

717. Concernant enfin le caractère synallagmatique, au titre de l'article 1102 du Code civil, « *le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ». Il crée des obligations réciproques et interdépendantes. À l'inverse, dans un contrat unilatéral, au titre de l'article 1103 du Code civil, il n'y a pas de réciprocité. Néanmoins, un contrat unilatéral par nature peut devenir synallagmatique lorsque des obligations réciproques naissent par stipulation volontaire des parties à l'acte. Le contrat d'arbitre, lorsqu'il est conclu à titre onéreux, est nécessairement un contrat synallagmatique : en échange de la prestation des arbitres, les litigants s'engagent à les rémunérer et à participer au bon déroulement de l'instance. Si le contrat est conclu à titre gratuit, il sera alors unilatéral même si certaines obligations sont à la charge des litigants car elles ne sont pas la contrepartie de celles mise à la charge des arbitres. Dans l'immense majorité des hypothèses, le contrat sera donc en pratique synallagmatique et onéreux. En outre, l'arbitre demande fréquemment une provision préalable pour frais et honoraires pour s'assurer de leur versement¹⁷.

Le problème de la rémunération se conçoit donc fréquemment en amont de l'instance avant l'investiture de l'arbitre. Le risque de blocage est donc patent : l'arbitre refuse de se saisir si l'une des parties ne peut en assurer la charge financière, il refuse de contracter. La formation du contrat d'arbitre est donc bloquée pour une raison pécuniaire et partant, l'accès à la justice est compromis. Néanmoins, le risque de déni de justice peut être latent si le contrat d'arbitre est formé alors même qu'une partie ne peut y subvenir.

2)- Obligations des parties au contrat d'arbitre

718. Au titre de l'article 1126 du Code civil, « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* », à savoir la prestation due par le débiteur. L'obligation qui caractérise le contrat d'arbitre est celle que doit effectuer l'arbitre : celui-ci s'engage à trancher un différend et, par là même, à rendre la justice. Sa rétribution éventuelle n'est en rien un élément de qualification du contrat. L'objet du contrat d'arbitre est la reddition de la justice, sa nature est donc civile¹⁸. L'objet du contrat d'arbitre est la conduite de l'instance arbitrale, devant aboutir en principe à une sentence. En contrepartie, les litigants, quand cela est contractuellement prévu, rétribuent l'arbitre et participent au bon déroulement de l'instance (a). Sa nature de cocontrat a, en revanche, une incidence sur son régime et sur les conditions de sa formation (b).

a)- Une sentence contre rémunération

719. Au sujet des obligations réciproques des parties au contrat, la cour d'appel de Paris, le 19 décembre 1996, dans l'arrêt *Société Qualiconsult et autres c. Groupe Lincoln*¹⁹, distingue clairement ce qui entre dans la fonction juridictionnelle des arbitres et ce qui en est exclu. Elle distingue d'un côté les litigants et de l'autre les arbitres en fixant leurs obligations respectives. Dans cet arrêt, la cour semble considérer que dans le cadre du contrat d'arbitre, les litigants forment une seule partie. Il est vrai que les arrangements séparés doivent être proscrits pour

17 REYMOND (Cl.), Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et de sa répartition, in *Études de procédure et d'arbitrage. Mélanges Jean François Poudret*. Faculté de droit de Lausanne 1999 p. 495.

18 V. notamment : Trib. Civ. Lille 20 fév. 1946 *Cochon*, RTD civ. 1947.220 obs. crit. H. Vizios ; TGI Lille 20 fév. 1946 D. 1946.208 : « *quel que soit l'objet du compromis, la mission des arbitres, ainsi que la convention intervenue entre eux et les parties présentent toujours un caractère civil* ».

19 CA Paris, (1 ch. C.), 19 déc. 1996, *Société Qualiconsult et autres c. Groupe Lincoln*, Rev. Arb. 1998.121 note Ch. Jarrosson.

des raisons éthiques comme constituant « *une rupture d'égalité entre les parties, contraire à l'ordre public* »²⁰. La cour donne d'importantes précisions sur le contrat d'arbitre qui est « *différent de celui qui lie les parties et qui fixe l'objet du litige. Les obligations de ce contrat sont les suivantes : le paiement des honoraires aux arbitres constitue l'obligation des parties en litige, rendre une sentence tranchant le litige constitue l'objet de l'obligation des arbitres* ». Cet arrêt met en avant la distinction entre contrat d'arbitre et convention d'arbitrage, en précisant que les arbitres sont des contractants du premier d'une part, et d'autre part, en envisageant l'ensemble des parties comme formant deux ensembles uniques, l'un composé des litigants, l'autre des arbitres.

720. Ainsi, l'objet de l'obligation, ce à quoi le débiteur est tenu, est exigé pour que la convention soit valablement conclue. Au regard de l'arbitre, il s'agit d'exécuter une prestation, il doit effectuer certains actes, certaines prestations, mais ne s'engage pas à un résultat. L'obligation de l'arbitre, proche de celle du loueur d'ouvrage, est en effet une obligation de moyen et non de résultat, il s'engage à tout mettre en œuvre pour parvenir à une sentence mettant un terme au litige.

721. Pour les parties, lorsque les honoraires sont contractuellement stipulés, l'objet de leur obligation est de faciliter l'exécution de la prestation et de payer le prix de l'instance et les honoraires²¹. En effet, à l'instar du maître d'ouvrage qui, de par son attitude, rend l'exécution de la prestation difficile voire impossible, le litigant récalcitrant commet une faute contractuelle et, à ce titre, engage sa responsabilité. Sa seconde obligation consiste à payer la prestation, lorsque cette obligation est contractuellement prévue. En principe, celle-ci s'effectue à la livraison de la sentence, mais rien n'empêche que des acomptes ou des provisions soient versés en cours d'exécution, ce qui, en matière d'arbitrage, constitue la pratique la plus répandue.

Dans l'immense majorité des hypothèses, la cause de l'obligation est pour l'arbitre de recevoir l'investiture et d'être rémunéré, et pour les parties, d'obtenir une sentence²². C'est pourquoi la cour d'appel de Paris considère que l'obligation principale des parties est le paiement des honoraires (*in solidum*)²³ : l'arbitre peut donc, conformément à l'exception d'inexécution, exercer un droit de rétention sur la sentence. Cependant, l'arbitre engage aussi sa responsabilité contractuelle en s'abstenant de manière injustifiée, en violant les devoirs de sa fonction de juge. En conséquence, en cas de risque de déni de justice ayant pour origine l'impécuniosité d'une partie, il lui appartient de se déclarer incompétent s'il ne parvient pas à trouver une solution adéquate.

b)- Obligations à la charge des litigants, partie plurale

722. Dans le cadre d'un cocontrat, l'existence d'une partie plurale n'empêche pas l'autonomie de chaque engagement des litigants. Les obligations de chaque membre de la

20 V. *International Bar Association*, *Rev. Arb.* 1988.337.

21 CA Paris, 1 ch. Civ., 23 sept. 1994, *Société Hôtelière de montagne c. époux d'Amade et autres*; *RTD com.* 1995.396, obs. J-CI Dubarry et E Loquin ; *Rev. Arb.* 1996.393 et obs. Ph. Fouchard p. 325 : « *les obligations de ce contrat, synallagmatique, sont les suivantes : le paiement des honoraires aux arbitres constitue l'objet de l'obligation des parties en litige, rendre une sentence tranchant le litige qui oppose les parties constitue l'objet de l'obligation des arbitres* ».

22 Si le contrat d'arbitre est un contrat par nature gratuit, celui-ci en pratique est généralement à titre onéreux et les arbitres n'accepteront d'officier qu'en contre-partie d'une rémunération.

23 CA Paris, 13 déc. 2001, *A. Perrin c. T. Benne et autres* (P. c. X.), *RTD com.* 2002.282 obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer. D.2003.2476 note Th. Clay ; V. aussi : CA Paris, (1 ch. C.), 19 déc. 1996, *Société Qualiconsult et autres c. Groupe Lincoln*, *Rev. Arb.* 1998.121 note Ch. Jarrosson, le contrat d'arbitre est « *différent de celui qui lie les parties et fixe l'objet du litige* » ; CA Reims (ord. 1^{er} Prés.), 16 décembre 1999, *Société Adidas c. André Fresco et Société Ventex*, *Rev. Arb.* 2000. 316 note Th. Clay : les parties ont avec l'arbitre un « *lien personnel différent de celui (qui les lie)* ».

partie plurale sont autonomes bien que dépendantes du contrat qui les lie avec le cocontractant commun, en l'occurrence l'arbitre ou les arbitres. En conséquence, leur régime et leur sanction relèvent du régime des contrats spéciaux, en l'espèce du droit commun des contrats ou du contrat d'entreprise par analogie.

723. Si un cocontrat reste soumis au droit des obligations car la qualification de partie plurale ne modifie pas le régime juridique de l'acte, cette qualification aura une incidence au regard de la formation du contrat et ses effets. Concernant le moment de formation du contrat d'arbitre, deux solutions sont envisageables. Si l'on considère qu'il existe un contrat d'arbitre unique pour l'ensemble des arbitres, celui-ci sera formé à un moment unique. En revanche dans l'hypothèse de pluralité de contrats d'arbitre, la formation de ceux-ci s'étale dans le temps. Dans cette hypothèse, Monsieur Th. Clay considère qu'il « *existe une condition supplémentaire à la formation du contrat d'arbitre : il ne suffit pas que l'arbitre ait accepté sa mission, encore faut-il qu'il puisse l'accomplir* »²⁴.

724. Nous rejoignons cette analyse. En conséquence, il existerait dans cette hypothèse une condition suspensive à la formation du contrat d'arbitre, à savoir que le tribunal arbitral puisse effectivement être saisi du litige et mener sa mission à son terme. Admettre l'existence de cette condition suspensive fait prendre effet au contrat d'arbitre au même instant et, conformément au règle du procès équitable et du droit au juge, impose aux arbitres de vérifier l'efficacité de leur mission.

725. Cette analyse est confirmée par la première chambre civile de la Cour de cassation²⁵, dans un arrêt en date du 25 avril 2006, *Société CSF c. Société Chays frères et autres*, qui considère que « *L'instance arbitrale n'est en cours qu'à partir du moment où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission* ». En conséquence, si la qualification de cocontrat n'implique pas l'unicité d'*instrumentum* ni leur simultanéité, il importe en revanche que chaque partie ait donné son consentement, à défaut les consentements des autres deviendraient caducs, le contrat d'arbitre ne serait pas formé. Dès lors, le contrat d'arbitre peut se former soit en un acte unique soit par une multiplicité d'*instrumentum* successifs. Chaque contrat est autonome mais reste interdépendant des autres en ce sens qu'ils participent tous à la réalisation d'une prestation contractuelle unique. Or, lorsqu'au sein d'une partie plurale, le consentement de l'un des cocontractants n'a d'intérêt qu'en considération de l'autre consentement, si l'un des membres de la partie plurale refuse de donner son consentement, ceux préalablement donnés doivent s'effacer, ils deviennent caducs. En ce cas, chaque *negotia* est subordonné à la conclusion des autres.

726. Tel est le cas du contrat d'arbitre au regard des litigants et des arbitres. Dès lors, qu'un des arbitres ou l'un des litigants n'a pas donné son consentement, le contrat d'arbitre n'est pas valablement formé si le refus du litigant est justifié par son impécuniosité. En conséquence, lorsqu'une partie ne peut ou ne veut payer la provision requise, le consentement de l'arbitre faisant défaut, le contrat d'arbitre n'est pas formé. Dès lors, la question de la solidarité quant au paiement des honoraires ne devrait pouvoir se poser que dans l'hypothèse où les arbitres accepteraient leur saisine sans paiement préalable d'une provision ou avec un paiement partiel. Dans le cas où l'arbitre accepte sa mission sans provision ou dans l'hypothèse d'un arbitrage institutionnel induisant la contractualisation des honoraires (et partant leur

24 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 513.

25 C. Cass Civ 1, 25 avril 2006, *Société CSF c. Société Chays frères et autres*, *Rev. Arb.* 2007. 79 note J. El Ahdab ; *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 128, Fabienne Jault-Seseke ; *RTD com.* 2006.764, obs. E. Loquin : En l'espèce la question est celle de la compétence du juge des référés pour ordonner une mesure d'expertise sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (ordonnance de référé).

acceptation par les parties), la répartition de leur paiement peut poser problème.

727. Les membres de la partie plurale peuvent organiser leur relation avec leur cocontractant de façon solidaire ou conjointe. En tout état de cause, le comportement de l'un des litigants a nécessairement des conséquences juridiques sur l'autre. En l'absence de convention entre les litigants ce serait donc au droit commun des contrats de recevoir application dans les rapports entre litigants ou entre arbitres.

728. Au regard du paiement des honoraires lorsque le contrat d'arbitre a été formé, la jurisprudence s'oriente vers l'obligation solidaire des parties au contrat. Ainsi, le tribunal de grande instance de Sens²⁶, le 28 avril 2000, dans une décision *X. et D. c. P.*, était saisi par deux des trois arbitres souhaitant la condamnation solidaire des litigants au paiement des honoraires. Le tribunal décide que « *les travaux des arbitres ont été effectués dans l'intérêt et par la seule volonté des parties, du seul fait du contrat d'arbitrage qui lie à la fois les parties entre elles et les parties avec leurs arbitres ; il ne peut s'agir que d'une obligation solidaire, dès lors que le contrat d'arbitre qui lie les parties litigantes aux arbitres s'analyse comme un mandat d'intérêt commun* »²⁷. La cour d'appel de Paris considère, par ailleurs, dans un arrêt confirmatif du 13 décembre 2001, *P. c. X.*²⁸, que « *outre le remboursement des frais qu'il a engagés, l'arbitre, dont la mission est exécutée dans l'intérêt commun des litigants, est en droit d'obtenir d'eux une rémunération qu'ils ont, en l'attente d'une décision sur la répartition définitive des honoraires, l'obligation solidaire de lui payer* ».

729. L'arrêt semble circonscrire la solidarité au paiement des honoraires dus une fois l'exécution de la mission arbitrale accomplie. Or, selon l'article 1202 du Code civil, « *la solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée* ». Une part de la doctrine considère néanmoins que le contrat d'arbitre bénéficie de la présomption de solidarité nonobstant le silence de la loi. Si, en l'absence de disposition contraire, il conviendrait de considérer que les colitigants sont conjointement engagés, chacun devant réaliser sa propre prestation au profit du cocontractant commun : le tribunal arbitral²⁹, lorsque le contrat d'arbitre ne distingue pas ce à quoi chaque litigant s'engage personnellement, il en résulte une solidarité entre eux. En effet, il est dès lors impossible de distinguer les contours de la prestation respective de chaque litigant. Dans cette hypothèse, chacun des colitigants répondrait de la dette envers les arbitres entièrement, même si *in fine* la contribution à la dette est répartie³⁰.

730. Dès lors, que la demande de paiement d'honoraires soit préalable ou consécutive à l'instance arbitrale, l'ensemble des honoraires peut, en application de cette jurisprudence, être demandé à l'un des litigants, à charge pour lui de se retourner, dans un second temps, contre son codébiteur³¹. Dès lors, la solidarité des parties impose à l'une d'elles de payer l'ensemble

26 TGI, Paris, 25 nov. 1999, *B. c. Société Lipha SA*, *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer ; TGI Sens, 28 avril 2000, *X. et D. c. P.*, *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer ; CA Paris, 13 déc. 2001, *A. Perrin c. T. Benne et autres* (P. c. X.), *RTD com.* 2002.282 obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer. D.2003.2476 note Th. Clay.

27 Néanmoins, la qualification de mandat est contestée et contestable, l'arbitre n'étant pas le représentant des parties.

28 CA Paris, 13 déc. 2001, *A. Perrin c. T. Benne et autres* (P. c. X.), *RTD com.* 2002.282 obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer. D.2003.2476 note Th. Clay.

29 En effet, la solidarité ne se présume pas en application de l'article 1102 du Code civil.

30 En pratique on observe cependant que la jurisprudence qualifie de solidaire cette obligation au paiement lorsqu'elle intervient postérieurement à l'instance arbitrale et de conjointe lorsque l'obligation de paiement est envisagée au stade pré-arbitral. Dès lors, l'unification de la qualification retenue serait préférable.

31 Néanmoins, au regard de la répartition du paiement des honoraires, en pratique cette solution n'est pas sans poser de problème puisque chaque litigant choisit unilatéralement un arbitre, les litigants sont conjointement engagés dans chacun des contrats d'arbitre opérant la désignation de ceux-ci, à défaut, l'indépendance des arbitres serait compromise. Chaque arbitre peut contracter des obligations différentes au regard des litigants. Ainsi, les honoraires peuvent se différencier, la mission du président du tribunal n'est pas la même que celle des autres arbitres V ; au sujet de la différenciation des honoraires : JARROSSON (Ch.), Fixation des honoraires de l'arbitre dans la sentence elle-même et bénéfice de l'autorité de la chose jugée, note sous C. Cass. 2^e civ., 28 oct. 1987, *Rev. Arb.* 1988. 149 et JARROSSON (Ch.), Remarques sur le

des honoraires si les arbitres en font la demande, y compris ceux de l'arbitre choisi par la partie adverse. Il n'y a donc pas lieu à rétention de la sentence sauf si l'impécuniosité concerne les deux parties.

* *
*

731. En définitive, le contrat d'arbitre est un contrat qui s'apparente au contrat de louage d'ouvrage. Il reçoit la qualification de cocontrat car il lie deux parties plures : d'une part les litigants et, d'autre part, les arbitres. Cette qualification n'empêche en rien une pluralité de *negotia* mais a une incidence sur le moment de formation du contrat : sa validité est subordonnée à l'accord de volonté de chacune des parties au contrat.

Le contrat d'arbitre peut être gratuit ou onéreux en fonction de la volonté des parties. Son objet, de nature civile, implique de présumer, en l'absence de prévision des parties, que le contrat est conclu à titre gratuit. Cela étant, cette présomption ne reflète pas la pratique, où l'on observe que l'ensemble des contrats d'arbitre sont conclus à titre onéreux. Nonobstant certains arrêts, la qualification d'obligation conjointe semble la plus pertinente au regard de l'obligation de paiement des honoraires et/ ou des provisions requises dans le cadre de la procédure arbitrale.

Les règlements des centres d'arbitrage prévoient la constitution du tribunal arbitral une fois la provision payée, dans le cadre d'un arbitrage ad hoc ou en l'absence de telles dispositions au sein d'un règlement d'arbitrage, l'arbitre exigera au préalable le paiement d'une provision pour donner son consentement au contrat d'arbitre. Dans toutes ces hypothèses, le contrat d'arbitre ne sera pas formé. Cette situation de fait aboutit à un déni de justice lorsque les honoraires sont à l'origine du refus de contracter des arbitres, surtout elle prive de cause la convention d'arbitrage. En effet, nul ne peut contraindre des arbitres à officier gratuitement. En tout état de cause, la justice exercée hors cadre étatique a un coût élevé, indépendamment des honoraires. Les frais d'arbitrage peuvent se révéler importants pour un litigant. Néanmoins, le paiement des honoraires ne devrait pas aboutir à une rétention de la sentence par les arbitres lorsque l'impécuniosité ne concerne qu'une partie, puisque les litigants sont solidairement responsables de leur paiement.

B- Loi applicable au contrat d'arbitre

732. Lorsque sa formation ou son exécution posent problème il convient de définir la loi applicable afin d'y remédier. Le contrat d'arbitre étant un contrat, le principe d'autonomie devrait recevoir application. Ainsi, les parties pourraient choisir librement la loi applicable au contrat d'arbitre. La volonté des parties fera office de rattachement. En l'absence de choix, il convient donc de déterminer la loi objectivement applicable. Or, lorsqu'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne est saisie d'une question relative au contrat d'arbitre elle doit, comme tout contrat, déterminer la loi applicable en fonction du règlement Rome I n° 593/2008 du 17 juin 2008. En effet, la liste limitative d'exclusion du règlement ne vise en aucun cas le contrat d'arbitre qui lui est donc soumis.

733. En application de ce Règlement, les parties peuvent valablement choisir la loi applicable à leur convention (article 3) et, en l'absence de choix des parties, l'article 4 a vocation à recevoir application. Dans le cadre du Règlement, le dépeçage par le juge du

contrat d'arbitrage, à propos de l'irrecevabilité du contrat en annulation pour contester les honoraires des arbitres, note sous Paris 19 déc. 1996, *Rev. Arb.* 1998.121.

contrat n'est plus admis. Dès lors, la loi déterminée en application de l'article 4 s'appliquera à l'ensemble du contrat.

Parmi les contrats nommés de l'article 4.1, nulle trace du contrat d'arbitre. Cependant, le contrat d'arbitre devrait recevoir la qualification de contrat de prestation de service. Le contractant qui fournit la prestation caractéristique est le tribunal arbitral, à savoir l'ensemble des arbitres, puisque c'est la reddition de la justice qui emporte la qualification du contrat. La difficulté provient du fait qu'il s'agit en l'occurrence d'une partie plurale. On pourrait dès lors envisager de prendre en compte soit le siège de la chambre d'arbitrage, soit le siège de l'arbitrage lui-même. En l'absence de précision contraire, le domicile du tribunal devrait correspondre au siège de l'arbitrage. En effet, en application de l'article 19 du Règlement, la résidence habituelle se définit pour une personne physique comme étant son établissement principal, et pour une personne morale comme le lieu de son administration centrale. Cette solution est préférable puisque le centre d'arbitrage n'est pas partie au contrat d'arbitre.

734. Le juge pourra décider, en application de l'article 4 § 3 du règlement Rome I, s'il « *résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, [que] la loi de cet autre pays s'applique* ». Cette clause d'exception aura cependant vocation à ne jouer que très exceptionnellement, les liens plus étroits devant être manifestes. Néanmoins, le considérant n° 20 du règlement Rome I précise que l'article 4 § 3 vise « *l'existence de liens étroits avec un ou plusieurs contrats* ». Or, il paraît clair que cette clause d'exception vise les ensembles contractuels tels que contrat d'arbitre et convention d'arbitrage. Dans un esprit de cohérence et afin de respecter l'ensemble contractuel que forment contrat d'arbitre et convention d'arbitrage, voire contrat principal, une loi unique serait opportune.

Néanmoins, concourant ensemble à un objectif commun, les contrats de cet ensemble sont fondamentalement différents quant à leur nature. Alors que la convention d'arbitrage vise à octroyer compétence aux arbitres, le contrat d'arbitre les investit du pouvoir juridictionnel. La convention d'arbitrage est donc davantage une clause de procédure, et entretient des liens forts avec l'État normalement compétent en l'absence de convention d'arbitrage. Le contrat d'arbitre instaure un tribunal et a vocation à respecter une certaine procédure avec, au besoin, recours aux juridictions locales pour suppléer son absence d'*imperium*. Il entretient donc des liens avec l'État du siège de l'arbitrage. En conséquence, les lois régissant le contrat d'arbitrage et le contrat d'arbitre doivent être établies séparément sans recourir à la clause d'exception de l'article 4 § 3. En l'absence de choix de loi, la loi applicable sera donc celle du siège de l'arbitrage.

* * *

*

735. En conséquence, si le contrat d'arbitre est par nature un contrat unilatéral à titre gratuit, cette qualification n'empêche en rien d'admettre que, par l'effet de la volonté des parties, ce contrat devienne à titre onéreux lorsque la rémunération de l'arbitre a été contractuellement prévue. Cette qualification sera en pratique celle retenue puisque, par hypothèse, rares sont les arbitres qui officient gratuitement. En conséquence, en théorie, que le contrat soit à titre gratuit ou onéreux, le problème du paiement serait un problème d'exécution et non de formation du contrat d'arbitre. En effet, l'objet des litigants, à savoir le paiement des honoraires, n'est pas objectivement impossible. En conséquence, par application pure du droit des obligations, l'impécuniosité en tant que telle et abstraitement envisagée, n'empêcherait en rien l'exécution de la formation du contrat d'arbitre. Cela étant, en pratique, lorsqu'une partie est dans l'impossibilité de fournir une provision, l'arbitre refusera la mission

qui lui est confiée et le contrat d'arbitre ne sera pas formé. La question devient celle de la formation et non de l'exécution dans le cas d'un déni de justice. Par hypothèse, la question de l'impécuniosité se posera lors de la formation du contrat d'arbitre.

736. Le contrat d'arbitre investit le ou les arbitres du pouvoir juridictionnel de par l'effet de la loi et de la volonté commune des parties. Il reçoit la qualification de contrat de service à titre gratuit, bien qu'il convient de noter qu'en pratique, les parties précisent que celui-ci sera exécuté à titre onéreux. S'agissant d'un cocontrat, sa formation définitive dépend de l'acceptation de toutes les parties présentes. Dès lors, s'il l'une des parties refuse de conclure le contrat, notamment en l'absence de paiement d'une provision, le consentement des autres parties devient caduc et le tribunal arbitral n'est pas constitué. Comme tout contrat, le contrat d'arbitre est soumis à une loi pour déterminer ses conditions de formation et d'exécution. En l'absence d'exclusion du règlement Rome I, il convient de conclure que le contrat d'arbitre, en l'absence de choix de loi des parties, sera soumis à la loi du siège de l'arbitrage, conçue comme celle du lieu du domicile du prestataire.

§2- De la convention d'arbitrage

737. La convention d'arbitrage est un contrat par lequel les parties à un contrat principal se sont engagées à faire trancher leur litige par des arbitres, et non par des juridictions étatiques. L'objet de ce contrat est donc l'organisation de l'accès à la justice. Pierre angulaire du droit de l'arbitrage, elle remplit différentes fonctions, la plus importante d'entre elles étant d'apporter la preuve du consentement des parties à l'arbitrage. En l'absence d'un tel consentement, il ne peut y avoir d'arbitrage en principe et en théorie. La convention d'arbitrage constitue la source de la compétence du tribunal arbitral au regard du litige qui lui est soumis, la délimitation de sa compétence pour juger du litige au fond. Sur la base de la convention d'arbitrage, la compétence du tribunal arbitral peut être contestée dans son principe ou dans son étendue. Dès lors, la convention d'arbitrage peut se définir comme « *la convention par laquelle deux ou plusieurs parties s'engagent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres les litiges [...] à naître entre elles* »³². Il s'agit d'un contrat qui, ayant un objet processuel, reçoit un régime spécifique du fait de la reconnaissance d'un principe de séparabilité et d'un principe de validité en droit français.

738. La convention d'arbitrage est un contrat. Matériellement, elle se manifeste le plus souvent par une clause insérée au sein de l'*instrumentum* d'un contrat principal ou dans les documents y afférant. Il est donc commun de dire que la convention d'arbitrage est un contrat dans le contrat. En droit français, elle fait l'objet d'un régime et d'une force spécifique empreints d'un *lex forisme* revendiqué. En effet, la convention d'arbitrage bénéficie du principe de séparabilité au regard du contrat principal et d'un principe de validité, deux règles matérielles françaises appliquées sans détour par la méthode conflictualiste, donc sans recherche de la loi applicable au contrat. Ainsi, présumée valable, la convention d'arbitrage n'est que rarement remise en cause devant les tribunaux français. De fait, au regard des conditions de validité de la convention d'arbitrage et des conditions d'exécution, la jurisprudence se montre libérale, et le principe du consensualisme domine³³.

En matière internationale, qui sera l'objet de cette présente étude, la convention

32 BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 p. 863.

33 L'exemple le plus symptomatique dans ce domaine concerne l'admission des clauses par référence voir notamment : CA Paris, 27 juin 2002, *Société Comecin c. Société Theobroma*, *Rev. Arb.* 2003 n° 2 p. 427 note C. Legros; *Rev. Crit. DIP* 2002 p. 522 ; *Rev. Arb.* 2001 p. 765 note Cohen.

d'arbitrage, indépendante du contrat principal³⁴, l'est aussi de toute loi étatique³⁵. Elle est valable en droit de la consommation³⁶, car en toute hypothèse, en matière internationale, le principe de validité joue « *sans condition de commercialité* »³⁷.

739. La convention d'arbitrage bénéficie donc en droit français du principe de validité (B) et de séparabilité (A), règles matérielles issues de la jurisprudence française.

A- Principe de séparabilité ou d'autonomie au sens restreint

740. La convention d'arbitrage est une clause d'un contrat principal visant à écarter le traitement judiciaire du différend opposant les contractants³⁸. Elle n'est pas une clause interdisant l'exercice d'action en justice qui est prohibé comme étant contraire au droit fondamental d'accès à la justice³⁹. L'objet de la convention d'arbitrage est de soustraire à l'autorité judiciaire la connaissance du litige pour le soumettre à une tierce personne investie d'un pouvoir de juger, de la *jurisdictio*. L'article 1442 anc. du Code de procédure civile la définit comme « *la convention par laquelle les parties à un contrat s'engageant à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat* »⁴⁰. Il ne s'agit donc pas d'une simple clause mais d'une convention ayant pour *instrumentum* un contrat principal. Si elle est généralement conclue au sein d'un contrat principal, elle peut valablement faire l'objet d'un *instrumentum* distinct. Ce caractère contractuel a été définitivement consacré par la réforme introduite par le décret du 13 janvier 2011 qui unifie les notions de clause compromissoire et compromis d'arbitrage.

741. En droit français, la convention d'arbitrage a un régime dominé par le principe d'indépendance au regard du contrat principal. Ce principe de séparabilité a été consacré en droit français par la Cour de cassation en 1963 par l'arrêt *Gosset*⁴¹. La conséquence est que la convention d'arbitrage ne peut être affectée par la nullité, la résolution ou la résiliation du contrat principal. La règle matérielle française dans son sens étroit est donc que la convention d'arbitrage demeure en vigueur y compris en cas d'inexistence du contrat principal⁴². Le

34 V. pour une jurisprudence récente: C. Cass. Civ.1, 11 juillet 2006, n° 03-19.838, *Société Andhika Lines (Andhika Chartering) c. Société Alcan Rubber et Chemical*, D. 2006, IR p. 2273, *Rev. Arb.* 2006.870, *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 128 obs. Fabienne Jault-Seske ; *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin ; *Rev Arb* 2006.979 ; *JDI* n1 2007.4 comm. Sana- Chaillé de Néré (S.) ; C. Cass. Civ.1, 17 janvier 2006, *Rev. Arb.* 2006.284.

35 V. Cass. Ire civ., 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*, Bull. civ. I, n° 95 p. 77 ; *RTD com.* 2004 p. 443 Éric Loquin ; *Rev. Arb.* 2005. 959, note C. Seraglini ; *JCP E* 2004, p. 1640, note Chabot ; PANOU (Ch.), *Le consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Préf. V. Heuzé, Tome 32 BIRJS éd. 2011 n° 250 in fine : « *son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* » ; C. Cass. Civ.1, 7 juin 2006, *Copropriété Maritimes Jules Vernes et autres c. ABS et autres (Navire Tag Heuer)*, n° 03-12.034 (n° 937 FS-P+B+I), D. 2006 p. 1701, *Rev. Arb.* 2006.945 note E. Gaillard.

36 C. Cass. Civ. 1, 21 mai 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar)*, Bull. civ. I, n° 159, *RTD com.* 1998, p. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1998, p. 87, note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998, 330, obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 1997 p. 537 note E. Gaillard

37 Cass. Civ. 1, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *M. Zanzi c. J. de Coninck et autres*, *Rev. Arb.* 1999 p. 260 s. note Ph. Fouchard ; D. 1999.31 ; *RTD com.* 1999.380 note E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1999.546 note D. Bureau ; D.1999.115 note Ph. Delebecque ; C. Cass. Civ.1, 30 mars 2004, *Rado*, n° 02-12.259, Bull. civ. I, n° 97 ; *Rev. Arb.* 2005. 959 note X. Boucobza ; *RTD com.* 2004 p. 447 obs. Loquin ; D. 2004, Jur. p. 2458, note I. Najjar ; *Rev. Arb.* 2005, p. 115, Ire esp., note X. Boucobza ; *JCP* 2005, I, 134, § 3, obs. C. Seraglini.

38 V. pour une définition de la convention d'arbitrage : POUURET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002 p. 121 et s.

39 BRANDAC (M.), L'action en justice, droit fondamental, in *Mélanges R. Perrot*, Dalloz 1996 p. 1.

40 Art. 1442 nouveau du Code de procédure civile : « *La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.*

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige nê soumettent celui-ci à l'arbitrage. »

41 C. Cass. Civ. 1, 7 mai 1963, *Gosset*, Bull. civ. I, n° 246 ; D. 1963, Jur. p. 545, note J. Robert ; *Rev. Crit. DIP* 1963, p. 615, note H. Motulsky.

42 C. Cass. Civ. 1, 6 déc. 1988, *Navimpex*, n° 86-14.396 B. 1988 I n° 343 p. 233 ; *Rev. Arb.* 1989 p. 641 note B. Goldman, *JDI* 1992 p. 168 note E. Loquin. Cela étant dans l'arrêt *Cassia* du 10 juillet 1990, la première chambre civile de la Cour de cassation considère que le principe d'autonomie trouve sa limite « *dans l'existence en la forme de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée* ». (C. Cass. Civ.

principe d'autonomie entendu dans le sens de séparabilité et non de validité indépendamment de toute loi applicable, se justifie par le fait que les deux contrats, contrat principal et convention d'arbitrage, n'ont pas le même objet, le second étant d'ordre processuel. Monsieur E. Loquin⁴³ fonde cette séparabilité sur le droit d'action. Selon cet auteur, la convention d'arbitrage serait un accessoire du droit d'action et non du contrat principal. En conséquence, la convention d'arbitrage existerait tant que le droit d'action existe. L'action étant indépendante du droit substantiel, la convention d'arbitrage suivrait le même régime.

Cette règle matérielle française a été reconduite par l'article 1447 nouveau du Code de procédure civile, applicable par renvoi de l'article 1506 nouveau à l'arbitrage international, qui dispose que « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite* ». L'article transpose donc la solution de l'arrêt *Gosset*, y compris dans les solutions les plus extrêmes. En effet, comme le souligne le Rapport du premier ministre relatif à la réforme, le terme « inefficacité » semble viser notamment « *son inexistence (en cas d'erreur obstacle)* »⁴⁴, solution effectivement admise par la jurisprudence française.

Cela étant, Monsieur P. Mayer relativise cette séparabilité de la convention d'arbitrage au regard du contrat principal⁴⁵. Il considère qu'il s'agit en réalité non d'un contrat distinct mais d'une clause du contrat principal, d'un élément de son régime contractuel qui ne saurait se concevoir indépendamment du contrat. En conséquence, il s'agit d'un élément, d'une clause contractuelle de celui-ci dans un rapport d'accessoire à principal.

742. Cette séparabilité est souvent admise par les ordres juridiques⁴⁶. Cependant, elle ne revêt pas nécessairement la même portée ni les mêmes conséquences⁴⁷. En France, elle vise à renforcer l'arbitrage en ne tenant compte d'aucun vice pouvant affecter le contrat principal. En revanche, aux États-Unis, la séparabilité permet traditionnellement de définir si les juridictions étatiques peuvent examiner l'existence, la validité de la convention d'arbitrage au regard du contrat principal dont elle est issue⁴⁸. Ainsi conçue, si les questions relatives à la validité du contrat principal sont de la compétence arbitrale, en revanche, celles relatives à la validité de la convention d'arbitrage elle-même sont de la compétence étatique.

Cette compétence étatique inclut la question de l'arbitrabilité du litige, et celle des

1, 10 juillet 1990, *Cassia*, *JDI* 1992 p. 168 note E. Loquin) ; Cependant V. C. Cass. Civ.1, 25 oct. 2005, *Société Omenex c. M. Hugon*, Bull. civ. I, n° 378 n° 02-13.252, *D.* 2005, IR p. 2822 ; *D.* 2006, Jur. 199, avis J. Sainte-Rose, et 2005. Pan. 3050, obs. Th. Clay; *Rev. Arb.* 2006.103 note J.-B. Racine ; *JDI* 2006. 996, note F.-X. Train ; *JCP* 2006. I. 148, § 6, obs. J. Béguin ; *D.* 2005, IR p. 2822 ; *JCP* 2005, Act. 617, et IV, 3522 : « *Qu'en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent* ».

43 LOQUIN (E.), LEGEAIS, *L'arbitrage du commerce international*, Lamy, Pratiques des contrats internationaux, Livre X, 2001, n° 102 p. 50.

44 Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO du 14 janv. 2011.

45 MAYER (P.), Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, *Rev. Arb.* 1998 p. 359.

46 V. pour une consécration du principe d'autonomie au sens restreint : Supreme Court of India, 18

B.

p. 1133 note Z. Mody.

47 Cour Suprême, *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle et al.*, 123 S.Ct 2402 (2003) - 23 juin 2003 ; *Gaz. Pal.*, 08 novembre 2003 n° 312 p. 49 note E. Ordway et B. Derains : « *la Cour rappelle que certaines questions préliminaires (« gateway questions»), telles que la validité de la clause compromissoire ou son application à un litige déterminé, relèvent du seul pouvoir judiciaire et non pas des arbitres. Elle cite ses arrêts AT & T Technologies, Inc. v. Communications Workers, 475 US 643, 649 (1986) et Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc., (Gaz. Pal. du 31 mai 2003, p. 25), dans lesquels elle a décidé qu'« en l'absence de preuve contraire claire et indiscutable », il ne saurait être présumé que les parties ont entendu soumettre aux arbitres la question de leur propre compétence. Ces questions d'« arbitrability», selon la terminologie américaine (qui ne doit pas être confondue avec la notion d'arbitrabilité au sens du droit français), recouvrent « le type de circonstances étroites où les co-contractants ont probablement envisagé qu'une question préliminaire à l'arbitrage serait décidée par une juridiction et non par les arbitres et où, par conséquent, soumettre la question préliminaire au pouvoir judiciaire évite le risque de forcer les parties à soumettre à l'arbitrage un litige contre leur souhait». En revanche, ne sont pas des questions d'« arbitrability» « les questions procédurales qui naissent du litige et portent sur son règlement final» (Howsam, 537 US 79, 83-84 (2002)). ».*

48 Le principe de compétence-compétence est en l'occurrence entendu, en cas de contestation de la compétence arbitrale, comme donnant une compétence à l'arbitre pour statuer sur le domaine d'application de la convention d'arbitrage quant aux personnes et aux matières. En revanche, la doctrine américaine traditionnelle de la séparabilité concerne l'existence même de la convention d'arbitrage ; pour une analyse du principe de séparabilité en droit américain : V. BERMANN (G. A.), Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale, in *L'arbitrage*, Arch. De Phil. Du droit, tome 52, Dalloz 2009 p. 121.

vices du consentement, dans la conclusion de la convention d'arbitrage. De même, un litigant peut invoquer le fait que la convention d'arbitrage a été conclue sous la contrainte. En conséquence, tout ce qui a trait à la validité de la convention d'arbitrage en elle-même est de la compétence étatique⁴⁹. Néanmoins, comme le relève Monsieur G.A. Bermann, certains arrêts de la *Supreme Court* ont nuancé la vision traditionnelle de ce principe et tendent à octroyer plus de compétence à l'arbitre⁵⁰.

743. En droit français, ni les vices du consentement ni toute autre cause de nullité de la convention d'arbitrage ou du contrat principal ne sont invocables devant la juridiction étatique par l'effet conjugué des principes de séparabilité, de validité et de compétence-compétence. L'exception, en cas de nullité de la convention ou d'inapplicabilité, est entendue très restrictivement, la seule réserve étant semble-t-il l'arbitrabilité avec là encore une interprétation très favorable à l'arbitrage. Ainsi, l'indépendance est parfaite. La nullité d'un des deux contrats ne saurait emporter celle de l'autre, étant entendu que la convention d'arbitrage est également présumée valable sans référence à aucune loi étatique.

744. Ce principe ne présuppose en rien la validité de la convention d'arbitrage mais vise à conférer à celle-ci une complète autonomie par rapport au contrat principal, en considérant cette convention comme un contrat distinct suivant un régime juridique propre. Dans la conception classique, on parle de séparation, d'indépendance de la convention d'arbitrage⁵¹. Souvent présenté comme le corollaire du principe d'autonomie, le principe de compétence-compétence doit cependant être soigneusement distingué de ce dernier⁵² : le principe d'autonomie fait de la clause d'arbitrage un contrat distinct de son support matériel qui est le contrat objet du litige⁵³.

* *
*

745. Le principe de séparabilité ou d'autonomie au sens restreint analyse la convention d'arbitrage comme un contrat distinct du contrat principal. Ce principe est en général admis en droit comparé. Néanmoins, il existe certaines nuances puisque, en droit américain par exemple, certains vices du contrat principal ont une nécessaire incidence sur la validité de la convention d'arbitrage. En droit français, le principe de séparabilité ne souffre d'aucune exception et la convention d'arbitrage n'est pas affectée par la nullité ou l'inexistence du contrat principal, peu importe la cause.

49 En effet, pourquoi contraindre les parties à avoir recours à l'arbitrage si aucun engagement contractuel valable ne les lie à ce sujet ?

50 BERMAN (G. A.), Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale, in *L'arbitrage*, Arch. De Phil. Du droit, tome 52, Dalloz 2009 p. 121. Spéc. p. 133

51 C. Cass. Civ. 1, 7 mai 1963, *Gosset*, Bull. civ. I, n° 246 ; D. 1963, Jur. p. 545, note J. Robert ; *Rev. Crit. DIP* 1963, p. 615, note H. Motulsky.

52 Les deux règles sont régulièrement confondues car elles concernent le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. Le principe de compétence-compétence est l'un des effets légaux d'une convention d'arbitrage. Ce principe dans son aspect positif permet à l'arbitre de poursuivre sa mission en cas de contestation relative à sa compétence au regard du présent litige. Dans son aspect négatif, il interdit aux parties de se saisir de la question de la compétence arbitrale et, partant, aux juridictions étatiques de retenir leur compétence. En conséquence, il confère à l'arbitre le pouvoir juridictionnel de trancher la question de sa propre compétence et oblige les parties à s'y soumettre dans un premier temps. Le principe d'autonomie est impuissant à justifier le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. En effet, le principe d'autonomie vise à conférer à la convention d'arbitrage une complète autonomie, par rapport au contrat principal, en considérant cette convention comme un contrat distinct suivant un régime juridique propre dénommé parfois le principe de spécialité.

53 C. Cass. Civ. 1, 7 mai 1963, *Gosset*, Bull. civ. I, n° 246 ; D. 1963, Jur. p. 545, note J. Robert ; *Rev. Crit. DIP* 1963, p. 615, note H. Motulsky.

B- Principe de validité ou d'autonomie au sens large

746. En principe, la détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage est d'importance car elle servira à l'arbitre à fixer les limites de sa compétence et aux juges à éventuellement dénier la compétence arbitrale quand celle-ci est manifestement inexistante en application de la *lex contractus*. Cela étant, une seconde loi se doit d'être prise en compte, celle de l'arbitrabilité. Il ne s'agit pas cette fois de statuer sur le contrat d'arbitrage lui-même mais de déterminer dans quelles matières et au regard de quelles personnes, ce contrat est licite. C'est en application de cette loi que sera déterminée l'arbitrabilité du litige. C'est en application de la *lex contractus* que le juge ou l'arbitre pourront statuer sur les conditions de validité de la clause d'arbitrage.

En droit français, deux règles matérielles viennent court-circuiter le mécanisme conflictuel. La première est le principe d'autonomie au sens large, en application duquel la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune loi étatique, ce qui revient à la soumettre au droit français. Le second a justement pour objet de déterminer le régime. Il s'agit du principe de validité de la convention d'arbitrage (1). Néanmoins, une réflexion peut être menée sur l'application de la loi normalement compétente (2).

1)- La règle matérielle française : un contrat valable selon aucune loi

747. La convention d'arbitrage doit, comme tout contrat, respecter des règles de formation. En matière d'arbitrage international, ce contrat est par hypothèse international. En conséquence, il convient de déterminer la loi applicable à ses conditions de formation et à son régime. Néanmoins, la jurisprudence a très rapidement admis le principe de validité de la convention d'arbitrage. Cette règle matérielle de droit français présume la clause comme valable. En France, le principe de validité s'applique à la convention d'arbitrage, à son régime. Le droit français n'envisage pas un conflit de lois en la matière mais raisonne par règle matérielle en excluant tout raisonnement conflictualiste⁵⁴ et a donc élaboré des règles substantielles spéciales destinées à régir les conditions de validité de la convention d'arbitrage⁵⁵.

Le juge français appliquera ces règles émanant de l'ordre juridique français pour analyser la validité de la convention sans procéder à une recherche de lois applicables. Cette solution a été consacrée dans l'arrêt *Dalico* par la Cour de cassation⁵⁶ qui précise qu' « en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement et par

54 C. Cass. Civ. 1, 4 juillet 1972, *Hecht*, *Rev. Crit. DIP* 1974 p. 82 note P. Level; *JCP* 1971, II, 16927 note B Goldman ; *JDI* 1972. 843, note B. Oppetit. Où le défendeur conteste la validité de la convention d'arbitrage par application du droit français, loi applicable au contrat principal. ; A propos de l'autonomie de la convention d'arbitrage : V. VIDAL (D.), *Droit français de l'arbitrage commercial international*, éd. Gualino 2004 p.147 : « le « vent de révolte » des règles matérielles soufflant sur le droit de l'arbitrage commercial international devait emporter la souveraineté étatique, et l'autonomie devait faire place à l'indépendance. C'est chose faite avec l'arrêt *Dalico* [...] Un tel principe matériel du droit international de l'arbitrage détache de toute loi étatique le corps des règles en application desquelles doit s'apprécier la validité de la clause compromissoire [...]. L'indépendance est objective et absolue » (n° 206).

55 Pour une étude de la conception française du principe de validité de la convention d'arbitrage V. ANCEL (J.-P.), *L'arbitrage international en France (Principes et système)*, in *L'arbitrage*, Arch. De Phil. Du droit, tome 52, Dalloz 2009 p.197 et s. spéc. 199 et s. l'auteur note qu'au sujet de la convention d'arbitrage « la liberté contractuelle est totale – seule compte la volonté des parties exprimée de conclure une convention d'arbitrage. La seule limite est l'ordre public international, qui peut intervenir pour invalider une convention qui heurterait les valeurs juridiques fondamentales » (p. 201). L'auteur, qui dénomme ce principe comme celui « d'autonomie-validité », le présente comme consacrant « la source contractuelle du pouvoir de l'arbitre international. L'arbitre est juge légitime des litiges du commerce international du seul fait de la volonté des contractants, qui l'institue comme tel ». Selon lui, « cette convention d'arbitrage n'est nullement - comme il a été soutenu - un « contrat sans loi ». C'est un contrat « sans loi étatique », mais qui est soumis à une loi : la volonté contractuelle » (p. 201). Dans cette logique, il est donc normal qu'elle ait en outre un « effet mobilisateur » et s'étende aux parties étant « présumées » l'avoir accepté « tacitement ».

56 C. Cass. Civ. 1, 20 déc 1993 n° 91-16.828, *Dalico*, Bull. civ. I, n° 372 ; *D.* 1994. IR. 13 ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 663 note P. Mayer; *Rev. Arb.* 1994 p. 116 note H. Gaudemet Tallon ; *JDI* 1994. 432, note Gaillard et 692, note Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1994, 260 note Ph. Fouchard; *JDI* 1994.690, note Loquin ; *RTD com.* 1994. 254, obs. Dubarry et Loquin.

référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ». Il s'agit donc clairement de l'application d'une règle d'origine française, et qui plus est, loin d'être majoritairement consacrée en droit comparé.

Seule la *lex fori* est applicable par faveur à l'arbitrage. Ainsi, la cour d'appel de Paris a affirmé dans l'arrêt *Menucci*⁵⁷ que la convention d'arbitrage « *est valable indépendamment de toute loi étatique* » en fondant sa solution sur le principe d'autonomie, puis elle a affirmé que celle-ci « *a une validité et une efficacité propre* » faisant de la convention un contrat sans loi⁵⁸ pour revenir dans un troisième temps au fondement du principe d'autonomie⁵⁹. Au regard de l'appréciation de la validité d'une convention d'arbitrage, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 8 juillet 2009⁶⁰, précise au sujet de la capacité d'engager une société que « *l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société* »⁶¹. Ce principe de validité a été clairement énoncé dans l'arrêt *Zanzi*⁶².

748. Le fondement du principe d'autonomie au sens large tel que conçu en droit français est discutable. Il semblerait induire que la convention d'arbitrage serait détachée de toute référence à une loi étatique et partant, ferait de celle-ci un contrat sans loi. En réalité, la solution consacrée permet dans un second temps d'admettre que la convention d'arbitrage est considérée comme valable en droit français, instaurant ainsi un principe de validité sous réserve des règles impératives ou d'ordre public international françaises⁶³. Outre que le contenu de cette règle matérielle française reste pour le moins incertaine, la méthode porte à discussion. La Cour semble énoncer les conditions minimum du contrôle, qui reste d'une précision impropre à garantir la prévisibilité des solutions. Ainsi, « *il est permis de s'interroger sur l'opportunité de remplacer des règles de droit précises par des concepts flous* »⁶⁴.

749. Le principe de validité de la convention d'arbitrage est donc une règle matérielle nationale qui déroge à la méthode conflictualiste en vue de voir appliquer la *lex fori*. La loi française s'applique sans considération de la loi étrangère normalement applicable de manière automatique dès lors qu'il est question d'un arbitrage international. En l'occurrence, elle consiste à dire que la convention d'arbitrage est valable. La seule limite étant celle de l'ordre public international, le droit commun des contrats n'a donc pas vocation à recevoir application.

750. La pratique relève qu'*in fine* les arbitres tendent à justifier le plus souvent leur solution et recherchent systématiquement la *lex contractus*. La Cour de cassation prend le parti d'une

57 CA Paris, 13 déc. 1975, *Rev. Crit. DIP* 1976 p. 506 note Oppetit.

58 CA Paris 20 avril 1988 *Rev. Arb.* 1988 p. 570.

59 CA Paris, 7 déc. 1994, *Jaguar, RTD com.* 1995 p. 401 obs. Bubarry et Loquin.

60 C. Cass. Civ. 1, 8 juillet 2009 n° 956 (08-16.025) *Société Soerni* ; *D.* 2009.1957 note X. Delpech ; *Rev. Crit. DIP* 2009.779 note Jault-Seseke.

61 C. Cass. Civ. 1, 8 juillet 2009 n° 956 (08-16.025) *Société Soerni* ; *D.* 2009.1957 note X. Delpech ; *Rev. Crit. DIP* 2009.779 note Jault-Seseke.

62 Cass. Civ. 1, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *M. Zanzi c. J. de Coninck et autres*, *Rev. Arb.* 1999, p. 260 s. note Ph. Fouchard ; *D.* 1999.31 ; *RTD com.* 1999.380 note E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1999.546 note D. Bureau ; *D.* 1999.115 note Delebecque.

63 V. pour une analyse du principe d'autonomie en droit comparé : POUURET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002 p. 133 et s.

64 BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 p. 875 n° 2472.

solution isolée⁶⁵. « *Le droit français revendique ici avec vigueur une compétence législative finalement quelque peu vide de contenu. En réalité plus que le culte de la volonté des parties, la solution française semble consacrer le culte de la validité nécessaire d'une convention d'arbitrage internationale* »⁶⁶. Cette solution nous semble donc devoir être rejetée « *sauf à retenir que les solutions de fond françaises [...] sont les seules dignes d'intérêts !* »⁶⁷.

2)- Recherche de la loi applicable à la convention d'arbitrage

751. « *On aurait tort de croire cependant que l'arbitrage commercial international existe dans un vide juridique. Ce serait comme suggérer que l'on n'a pas besoin de loi du contrat parce que les parties à un contrat font leur propre loi* »⁶⁸. Le contrat n'a de force obligatoire qu'à condition d'être « *légalement formé* » au titre de l'article 1134 du Code civil. Le pouvoir de la volonté n'est pas originaire mais dérivé. Comme le relèvent Messieurs B. Ancel et Y. Lequette, contracter ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit. « *Il n'est pas question de nier que la « loi contractuelle » est une loi inférieure, subordonnée à la loi étatique. Considérer le contrat comme un acte normateur ne revient pas, comme semblent le supposer certains auteurs, à l'élever au niveau de la loi de l'État, à admettre que les personnes privées ont une sorte de « blanc-seing » pour créer du droit. Tout au contraire, le normativisme aboutit à reconnaître clairement cette subordination des normes étatiques aux normes supérieures posées par l'État : les contractants n'ont le pouvoir de créer des normes que parce que, et dans la mesure où l'État le leur reconnaît* »⁶⁹.

Le contrat n'étant pas sans loi, il convient d'admettre que la convention d'arbitrage ne peut recevoir d'effet, ne peut être effective, qu'à condition d'avoir pour support une loi étatique, ou plus précisément un ordre juridique dans lequel elle peut s'insérer. Dès lors, « *on dit souvent que les parties à un contrat font leur propre loi et il est exact évidemment que, sous réserve des impératifs d'ordre public, les parties sont libres de choisir les dispositions contractuelles qui leur conviennent. Pourtant les conventions qui sont passées en vue d'avoir une existence légale (par opposition à celles qui n'ont qu'une existence sociale) créent des droits et des obligations juridiques qui ne peuvent pas exister dans le vide mais doivent trouver leur place dans un système de droit qui permet de régler des questions comme celles concernant la validité, l'application et l'interprétation des contrats et, en général, de compléter leurs dispositions expresses* »⁷⁰.

752. Il est nécessaire donc de se référer à une loi étatique. La plupart des systèmes admettent le jeu des règles de conflit dans l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage⁷¹. Contrairement à ce qu'affirme la Cour de cassation, pour admettre l'applicabilité de ce principe encore faut-il que la loi française soit applicable ou que le litige relève de la compétence française. Ainsi, cette solution du droit français n'assure ni la prévisibilité des solutions ni la sécurité juridique. La nature mixte de la convention d'arbitrage

65 V. Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*, Bull. civ. I, n° 95 p. 77 ; *RTD com.* 2004 p. 443 Éric Loquin ; *Rev. Arb.* 2005. 959, note C. Seraglini ; *JCP E* 2004, p. 1640, note Chabot ; Panou (Ch.), *Le consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Préf. V. Heuzé, Tome 32 BIRJS éd. 2011 n° 250 *in fine* : où la Cour de cassation semble donner effet à la loi choisie par les parties pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage.

66 BÉGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 p. 876 n° 2472.

67 BÉGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 p. 874 note de bas de page n° 52.

68 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994, p. 59 (à propos de la loi applicable à l'arbitrage).

69 ANCEL (P.), Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* 1999 p. 771.

70 Lord Mac Nair, ancien président de la Cour Internationale de justice, « The General principles of law Recognized by civilized Nations » (1957) 33 B.Y.I.L. 1,7 cité in Edfern et M. Hunter, *Law and practice of international commercial arbitration*, second edition, London Sweet 1 Maxwell 1991, traduction de l'anglais par E. Robine, LGDJ 1994, p. 59.

71 Pour une étude de la validité de la convention indépendamment de toute loi étatique : POUURET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002 p. 180 et pour une étude de la loi applicable à la convention d'arbitrage p. 267 et s.

rend incertaine la qualification. Si la clause est qualifiée de « *convention de procédure* », elle n'en reste pas moins une convention. Il convient de distinguer la loi applicable pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage et celle relative à l'arbitrabilité.

753. Concernant les conditions de formation de la convention d'arbitrage, la doctrine considère donc qu'il y a lieu d'appliquer la loi d'autonomie⁷². Au regard du contrôle de la validité de la convention d'arbitrage, tout dépend du contrôle étatique exercé et surtout du moment de ce contrôle. La question de la formation de la convention d'arbitrage concerne les conditions d'arbitrabilité de celle-ci mais également le respect des conditions de validité propres à tout contrat.

Ainsi, des lois différentes auront vocation à s'appliquer : la loi personnelle s'appliquera aux conditions de capacité, les questions de fond relèveront de la loi d'autonomie, tandis que les effets seront régis par la loi du ou des lieux d'exécution de la sentence. Rien n'empêche de considérer que les règles applicables à la validité de la convention d'arbitrage découlent du principe d'autonomie de la volonté, donc des règles de droit international privé en matière contractuelle. En effet, indépendamment de la séparabilité de la convention d'arbitrage, celle-ci doit recevoir la qualification de contrat. L'autonomie de la volonté doit recevoir application et, en conséquence, en l'absence de choix de loi des parties, il convient de déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage. Cette solution est en droit comparé la plus répandue⁷³.

La méthode conflictualiste est la seule à même d'assurer la prévisibilité des solutions et l'harmonisation des solutions. Ainsi, l'article IX (1) de la convention de Genève sur l'arbitrage commercial international et l'article V (1) de la convention de New York sur la reconnaissance des sentences arbitrales consacrent également cette solution conflictualiste en admettant que l'exécution ou la reconnaissance de la sentence puissent être refusées si la convention d'arbitrage « *n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue* ». À défaut de choix des parties, le critère de rattachement retenu serait donc le siège de l'arbitrage comme élément localisateur correspondant à la volonté des parties lorsque celui-ci était spécialement désigné. Cette solution paraît en revanche critiquable, lorsque le choix du siège résulte par exemple du centre d'arbitrage⁷⁴. Certains droits choisissent des critères de rattachement multiples par faveur à l'arbitrage. Tel est le cas de l'article 178 alinéa 2 de la LDIP Suisse, qui admet la validité de la convention d'arbitrage « *si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse* ».

754. Une autre solution consisterait à étendre l'application de la loi applicable au contrat principal à la convention d'arbitrage. Si ces deux contrats sont distincts, ils n'en restent pas moins fortement liés et constituent un ensemble contractuel. Ainsi, lorsque la loi applicable au contrat principal est clairement identifiée, il n'existe pas de raison objective de considérer que cette loi applicable à la convention qui contient la convention d'arbitrage soit soumise, de par la volonté des parties, à une autre loi⁷⁵. En effet, les parties n'ont pas usé de la faculté de dépeçage qui leur était offerte. En conséquence, il convient de considérer que la loi choisie régit l'ensemble contractuel que composent le contrat principal et la convention d'arbitrage⁷⁶.

72 Sur la nécessité de déterminer une loi applicable à la convention d'arbitrage : V. note sous CA Paris, 20 janvier 1987, *E.T.A.P.*, *JDI* 1987 p. 954 note Loquin.

73 BÉGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 p. 866.

74 Ce critère ne nous semble par pertinent car, en dehors d'un siège contractuellement désigné au sein de la convention d'arbitrage, il revient à soumettre les conditions de validité et les effets d'un contrat à une loi désigné postérieurement, lors de son exécution et sans nécessairement résulter d'un choix commun des parties.

75 V. en ce sens, MAYER (P.), *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, *Rev. Arb.* 1998 p. 359 spéc. p. 367 et s.

76 Cette solution est d'ailleurs admise de manière généralisée en droit comparé : V. POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de*

Le dépeçage d'un ensemble contractuel par le juge a, du fait de ses nombreux inconvénients, était rejeté par le règlement Rome I. En cas de choix des parties d'une loi propre à la convention d'arbitrage, la volonté ainsi exprimée devrait recevoir application. Dès lors, la loi française ne devrait avoir vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où celle-ci correspond à la loi applicable à la convention d'arbitrage. Ainsi, au regard des conditions de formation qui comprennent la capacité spéciale, les conditions de fond et de forme de la convention d'arbitrage, la *lex contractus* devrait recevoir application à l'exclusion de toute autre loi. La seule restriction admissible à l'application de la *lex contractus* étant en définitive la loi applicable à l'arbitrabilité du litige.

755. La convention d'arbitrage est une convention de procédure. Cependant, elle n'est pas possible en toute circonstance et a pour limite l'arbitrabilité. Il n'est pas possible de compromettre dans les « *matières qui intéressent l'ordre public* » (article 2060 du Code civil), et en application de l'article 2059 du Code civil, l'arbitrage ne peut être prévu qu'au regard de droits dont les parties ont la libre disposition. La notion d'arbitrabilité doit s'entendre comme les matières arbitrables, à savoir celles pouvant être soumises à la juridiction arbitrale. Elle recouvre aussi un second sens, à savoir de définir quelles sont les personnes pouvant recourir à l'arbitrage. Le juge examinera cette inarbitrabilité, il le fera lorsqu'il est saisi d'un litige dans lequel on invoque l'existence d'une clause d'arbitrage, lors d'une demande d'*exequatur* ou d'annulation de la sentence. La question est alors de savoir suivant quelle norme le juge décidera de l'arbitrabilité du litige.

La plupart des ordres juridiques procèdent à ce contrôle et vérifient si l'objet du litige est arbitrable selon la loi du for. La convention de Genève permet expressément le contrôle de l'arbitrabilité au regard de la loi du for. Ainsi, l'article VI 2° de la convention de Genève de 1961 énonce que le juge saisi d'un litige pourra « *ne pas reconnaître la convention d'arbitrage si, selon la loi du for, le litige n'est pas susceptible d'arbitrage* ». Ce contrôle de l'arbitrabilité du litige est donc effectué conformément à la loi française ou plus généralement à la *lex fori*. La jurisprudence ne procède pas à l'application d'une méthode conflictuelle pour privilégier l'application des règles matérielles. Ce contrôle d'arbitrabilité se rattache au contrôle de la répartition des compétences entre magistrat et arbitre. Il est opéré en référence à la loi du for saisi et n'aura d'incidence que si ce for est internationalement compétent. Cette application de la loi du for est justifiée en ce sens qu'il appartient à l'ordre saisi de procéder à la répartition des compétences selon ses propres vues. Ce contrôle sera effectué en fonction uniquement de l'ordre public ou des compétences à protéger. Ainsi, il n'est pas possible de compromettre en droit français dans les « *matières qui intéressent l'ordre public* » (article 2060 du Code civil), et en application de l'article 2059 du Code civil, l'arbitrage ne peut être prévu qu'au regard de droits dont les parties ont la libre disposition.

756. L'arbitre devra donc nécessairement se référer aux lieux d'exécution de la sentence envisageables conformément à son obligation d'efficacité⁷⁷, « *l'arbitre doit être davantage guidé par le souci de rechercher l'efficacité universelle de la sentence et, à plus long terme, de préserver l'avenir de la justice arbitrale internationale* »⁷⁸. Si l'arbitre ne se voit pas imposer une loi spécifiquement, il convient cependant de s'interroger sur le concept d'« efficacité universelle » qui semble bien réduit si cette sentence ne peut être reconnue et exécutée dans aucun ordre juridique pertinent. Est-ce « *préserver l'avenir de la justice arbitrale internationale* » que lui conseiller de statuer sur la question de l'arbitrabilité sans

l'arbitrage international, LGDJ 2002 p. 274, Cette solution est cependant contestée en France en ce que l'arbitre n'aurait pas à calquer sa compétence sur la localisation fortuite de certains actifs d'un litigant et qu'elle serait source de divergence sur le traitement de la question d'arbitrabilité.

77 BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 p. 899 n° 2503 et s.

78 BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 p. 900 n° 2505.

considération du caractère effectif, pris dans le sens d'utile, de la sentence ? En d'autres termes, une sentence vouée à l'inexécution est-elle favorable à l'arbitrage ? Il convient d'en douter. L'arbitre doit être entièrement tourné vers la volonté d'assurer l'efficacité et l'effectivité de sa sentence. A défaut l'arbitrage perdrait tout crédit.

* *
*

757. Ce principe d'autonomie immunise la clause contre le sort du contrat principal Il s'agit d'une règle matérielle de fond exclusive de la méthode conflictuelle bilatérale⁷⁹. Sa justification est d'assurer au mieux l'efficacité de la convention d'arbitrage, et ainsi de promouvoir ce mode de règlement des litiges. Cette séparabilité, nécessaire en pratique, ne semble justifiée que lorsque la cause de nullité invoquée n'est pas susceptible d'atteindre également la convention d'arbitrage. Ainsi, lorsqu'est invoqué un vice du consentement, tel que le dol par exemple, la convention d'arbitrage devrait également être déclarée nulle. Cela étant, le principe d'autonomie ainsi que le principe de compétence-compétence, aboutissent à soumettre cette question à l'arbitre. Dans cette hypothèse, l'arbitre ne saurait retenir valablement sa compétence. Néanmoins, en droit français, l'arbitre pourra fonder sa compétence sur le principe de validité de la convention d'arbitrage et sur celui d'autonomie au sens large afin d'asseoir sa compétence, fort contestable cela étant⁸⁰.

758. La convention d'arbitrage est un contrat ayant pour objet de soustraire un litige à la compétence des juridictions étatiques pour conférer cette compétence à la justice arbitrale. Contrat dans le contrat, elle organise l'accès à la justice et le traitement des situations litigieuses. Convention de procédure, elle n'est cependant pas valable en toute matière et le contrôle de l'arbitrabilité demeure selon la *lex fori*. Cela étant, en dehors du contrôle restreint de l'arbitrabilité, la convention d'arbitrage bénéficie des principes de validité et d'autonomie au sens large qui assurent l'efficacité matérielle de la convention d'arbitrage par l'intermédiaire d'un *lex forisme*. Il s'agit d'une règle matérielle de droit français exclusive de tout raisonnement conflictuel qui présume la convention valable sous réserve de l'ordre public international. Bien que la loi d'autonomie puisse recevoir application, sa validité est admise indépendamment de toute référence à une loi étatique autre que la loi française. Le principe d'autonomie et celui de validité aboutissent donc à reconnaître une efficacité redoutable à la convention d'arbitrage en droit français et ce, peu importe la localisation objective de la convention d'arbitrage, les prévisions des parties et la sécurité du commerce international.

* *
*

759. La convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre se distinguent mais relèvent *in fine* d'un même ensemble contractuel. Il convient de déterminer la loi applicable. Si l'arbitrage est multi-localisé, il ne flotte pas au-dessus des ordres juridiques qui lui octroient ce pouvoir juridictionnel sur le fondement des conflits de juridictions nationales. En effet, la convention d'arbitrage est une question de procédure et reçoit, de ce fait, un traitement national au regard de l'arbitrabilité. Convention de procédure, la clause d'arbitrage organise l'accès à la justice en soumettant la résolution d'un litige à la compétence arbitrale. En revanche les conditions de formation et les effets de la convention d'arbitrage devraient relever de la *lex contractus*.

79 Si le principe d'autonomie est une question de fond, le principe de compétence-compétence est une question de procédure. V. DAVID (R.), L'arbitrage dans le commerce international, *Economica*, 1982 n° 209 et 309.

80 V. pour une analyse en ce sens : BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 n° 2480 et s. p. 880.

Bien que détachés du contrat principal, la qualification contractuelle et le rattachement à la loi d'autonomie semblent privilégiés en droit comparé. Cette solution semble justifiée tant au regard du respect de la volonté des parties, qu'à celui de la sécurité juridique.

Néanmoins, la jurisprudence française, loin de se restreindre à un effet atténué du principe de séparabilité, consacre d'une part le principe de validité de la convention d'arbitrage et d'autre part, son absence de rattachement à une loi étatique. Ces deux principes visent à soumettre toute clause compromissoire à la loi française qui élabore une règle matérielle floue de validité de la convention d'arbitrage.

Conclusion de la section 1

760. Le contrat d'arbitre est le contrat par lequel l'arbitre est investi personnellement de la mission de juger un litige par les litigants. Ce contrat est un cocontrat de service entre d'une part, les litigants et, d'autre part, le ou les arbitres. Ce contrat est soumis à la *lex contractus* désignée par les parties en présence ou à défaut par la loi du lieu du siège de l'arbitrage en tant que lieu du domicile de la personne qui fournit la prestation caractéristique conformément au règlement Rome I. Ainsi, les questions de formation ou d'exécution dudit contrat seront régies conformément à cette loi. Concernant la convention d'arbitrage, il s'agit d'un contrat dans le contrat. Elle permet de déterminer la compétence arbitrale, c'est-à-dire les personnes et l'objet du litige qui seront soumis à la juridiction arbitrale. Il s'agit d'un contrat devant en principe être soumis à la loi d'autonomie.

Néanmoins, la jurisprudence française a retenu une solution différente puisqu'elle soumet ce contrat systématiquement à la loi française, loi se résumant en la matière à la règle matérielle de validité dont le contenu reste à déterminer. L'objectif du droit français est de contraindre les parties à soumettre leur litige à l'arbitre sans pouvoir contester la convention d'arbitrage. En effet, en application du droit français, la convention d'arbitrage étant nécessairement valable, la saisine des juridictions arbitrales est donc impérative puisque correspondant à la volonté des parties, peu importe que la volonté soit viciée ou non puisque le contrat est valable en tout état de cause. La seule limite admise reste celle de l'arbitrabilité. Présumée valable, qu'advient-il de la convention d'arbitrage lorsque celle-ci se voit privée de cause ? La convention d'arbitrage est un contrat qui développe des effets très énergiques au regard des parties.

Présumée valable indépendamment du sort du contrat qui la contient, la convention d'arbitrage implique la conclusion d'un contrat d'arbitre par lequel l'arbitre sera investi. Cet arbitre sera le premier juge de sa compétence et donc de la validité de la convention d'arbitrage. Une fois une sentence rendue à ce sujet, ce sera aux juridictions étatiques de se prononcer sur leur conception de la validité de la convention d'arbitrage. L'effet principal de cette dernière est donc de rendre compétent l'arbitre pour trancher un différend et donc de dessaisir temporairement les juridictions étatiques de ce litige. Cependant, quel est le lien juridique entre le contrat d'arbitre et la convention d'arbitre et quelle devrait être l'incidence sur la convention d'arbitrage d'une impossibilité de formation du contrat d'arbitre ?

Section 2: Des liens unissant les contrats organisant l'accès à la justice arbitrale

761. Il existe entre la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre une cause commune, celle de l'organisation de l'accès à la justice arbitrale, qui crée un lien d'indivisibilité entre ces deux contrats. L'un ou l'autre ne sauraient permettre d'obtenir le but recherché par les parties, à savoir le règlement de leur différend de manière définitive. En effet, la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre ont une cause commune : l'organisation de l'accès à la justice arbitrale. Ils forment donc un ensemble contractuel indivisible (1§). Le risque de déni de justice et donc la privation du droit d'accès au juge n'ont pas à être manifestes pour être protégés. Dès lors, l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage doit être judiciairement constatée lorsque le contrat d'arbitre ne peut se former. A défaut, tout recours à la justice serait compromis. Or, si le contrat d'arbitre ne peut se former, le lien d'indivisibilité qui le lie avec la convention d'arbitrage implique de constater la caducité de celle-ci (2§).

§1-Du lien contractuel entre deux contrats indépendants d'un ensemble contractuel

762. Convention d'arbitrage et contrat d'arbitre ayant une existence distincte sont-ils pour autant autonomes ? Ils semblent « *inextricablement liés l'un à l'autre* »⁸¹. Il convient d'étudier les liens pouvant surgir entre des contrats appartenant à un ensemble contractuel. La convention d'arbitrage semble de prime abord exister indépendamment du contrat d'arbitre. En effet, la convention d'arbitrage est valable indépendamment de la naissance d'un litige entre les parties. Elle a, de ce fait, un objet éventuel. Le problème est de comprendre si, et dans quelle mesure, il convient d'admettre en droit français que cette convention puisse rester valable quand bien même elle ne pourrait être mise en œuvre. Dans cette hypothèse, elle se trouve privée de cause, ni la formation d'un tribunal arbitral ni, partant, l'accès à la justice ne pouvant être assurés. De ce fait, d'une convention organisant le mode de recours à la justice, la convention d'arbitrage deviendrait une renonciation anticipée à la justice pour des raisons financières, ce qui est condamné par le droit français et par la Cour européenne des droits de l'Homme. Lorsqu'il aboutit à de telles conséquences, le principe de compétence-compétence dans son effet négatif devient illégal comme contraire aux normes lui étant supérieures. L'inapplicabilité doit être constatée par le juge d'appui.

Il convient de déterminer quelle sera l'incidence contractuelle de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage et en conséquence d'étudier les notions d'interdépendance et d'indivisibilité (A) pour comprendre pourquoi certains auteurs critiquent l'application de ces notions en matière d'arbitrage (B).

A- Définition et régime de l'interdépendance de contrats indivisibles

763. L'interdépendance entre deux contrats doit être établie et résulte du constat de certains liens entre contrats d'un même groupe (1) entraînant certaines conséquences au regard du régime contractuel qui les régit (2).

81 SAUSER-HALL (G.), L'arbitrage en droit international privé, Rapport à la session de Sienna de l'Institut de droit international, *Annuaire Inst. Dr. Inter.* 1952.469 p. 565.

1)- Qualification de l'interdépendance contractuelle

764. Tout contrat doit avoir une cause⁸², ce qui traduit l'importance de la volonté en droit des contrats⁸³. Elle répond à la question du pourquoi s'engage-t-on ? La notion de cause se subdivise entre la cause de l'obligation, cause objective et invariable suivant le type de contrat, et la cause du contrat, cause subjective correspondant aux motivations des contractants⁸⁴. La cause objective de la convention d'arbitrage est la conclusion d'un contrat d'arbitre, et plus largement l'organisation et l'accès à la justice arbitrale. La cause objective du contrat d'arbitre est la reddition d'une sentence mettant fin à un litige contre une éventuelle rémunération. En l'occurrence, il s'agit de la cause finale, c'est-à-dire le but ou l'objectif visé invariablement par le contractant⁸⁵. En principe, au regard de la cause objective, le juge va donc vérifier l'existence d'une contrepartie, à savoir, l'obligation du cocontractant au contrat⁸⁶. Dans la convention d'arbitrage, les deux parties ont la même obligation⁸⁷ : la conclusion du contrat d'arbitre. La cause objective est similaire ainsi que l'objet de l'obligation des parties.

765. Comme le relève Monsieur J.-M. Guéguen, « *le déséquilibre risque de faire perdre au contrat son utilité sociale, sa raison d'être. Si l'équilibre n'est pas de la nature du contrat, il est de l'essence du droit d'offrir aux contractants l'assurance d'un minimum de justice afin d'éviter les abus résultant d'un rapport de force déséquilibré* »⁸⁸. Historiquement, la volonté de protection des parties s'est traduite par l'apparition de la notion de cause du contrat. De nos jours, elle figure au nombre des conditions de validité du contrat. « *Le code civil renferme les armes nécessaires pour combattre l'injustice (objective ou subjective) dans le contrat. [...] Consciente que l'injustice peut sortir tout armée de la liberté contractuelle abandonnée aux parties, la doctrine du XXe siècle développera à nouveau l'idée de justice commutative nécessaire dans le contrat* »⁸⁹.

« *Récemment des auteurs se sont prononcés pour un renouvellement de la notion de justice au sein du contrat ; notamment, en développant l'idée de proportionnalité des prestations qui se traduit, elle aussi, par la mise en œuvre du critérium de la cause. L'idée de justice s'est déplacée. D'une appréciation objective au stade de la formation du contrat maintenant pleine et entière la règle de l'intangibilité des stipulations contractuelles, une partie de la doctrine moderne prône désormais la correction subjective du contrat au stade de son exécution. En un mot, on tend vers l'abandon indicible de l'idée d'intangibilité des stipulations au profit d'une utilisation renouvelée de la notion de justice contractuelle* »⁹⁰.

82 En application des articles 1108 et 1131 du Code civil.

83 V. LAGARDE (X.), Sur l'utilité de la théorie de la cause, *D.* 2007 p. 740 : « *Au moins pourrait-on compter qu'évidente et inutile, la théorie serait à tout le moins exacte. Las, il faut bien admettre qu'au moins en ce qui concerne l'existence de la cause, elle comporte de nombreuses approximations. Aussitôt franchie la frontière qui sépare les actes à titre onéreux des actes à titre gratuit, la conception objective s'effondre. La cause se fonde dans l'intention libérale. Et lorsque, en cette matière, elle reprend quelque consistance, c'est pour s'apparenter à un motif, soudainement élevé au rang de cause. Plus grave, depuis quelques années, il se dit que même les actes à titre onéreux sont atteints par un mouvement de subjectivisation de la cause. L'article 1131 du Code civil ne semble plus refléter l'exigence d'un équilibre abstraitement défini. L'abstraction, comme du reste l'équilibre, s'effacent progressivement ; on s'intéresse désormais à ce que les parties veulent concrètement. Tel est par exemple le cas lorsque, dans une affaire demeurée cas d'école, la cause réside dans l'intention d'une partie à un contrat de prendre appui sur ce dernier pour l'exploitation d'un commerce. Au reste, il n'est même pas certain que la cause demeure une condition de validité des contrats* ».

84 La cause objective du contrat est la cause immédiate, celle qui conduit le cocontractant à s'engager. La cause de l'engagement d'un contractant constitue l'objet de l'obligation de l'autre. La cause subjective, ou cause du contrat, vise les mobiles du contractant. La cause subjective de la convention d'arbitrage peut être variable : volonté d'échapper à la justice étatique d'un État, volonté de préserver la confidentialité, volonté de pouvoir choisir partiellement ses juges... La cause subjective permet de contrôler l'équilibre du contrat, sa rentabilité et, dans une certaine mesure, de contrôler la liberté contractuelle permettant ainsi de lutter contre certains abus contractuels.

85 La cause finale est le but au vu duquel un acte est accompli V. pour une étude approfondie sur la notion de cause : ROCHFELD (J.), *Cause, Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2005 (chap. 2 existence de la cause, section 1 : Appréciation de l'existence de la cause spéc. n° 52 et s.).

86 En effet, dans un contrat synallagmatique conclu à titre onéreux, il vérifie que les obligations sont réciproques et interdépendantes.

87 En cas d'absence de cause objective ou de cause dérisoire, la nullité est encourue.

88 GUÉGUEN (J.-M.), Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, *D.* 1999 p. 352 n°1.

89 GUEGUEN (J.-M.), Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, *D.* 1999 p. 352 n° 26.

90 GUEGUEN (J.-M.), Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, *D.* 1999 p. 352 n° 27.

766. L'unité économique d'un ensemble contractuel ne crée pas nécessairement une situation d'interdépendance juridique. Les contrats, bien que formant un tout indissociable, sont envisagés dans leur unicité. La cause apparaît comme un outil résolument séparatiste assurant une autonomie complète de leur destinée. Cependant, il est possible de rompre cette indépendance irréductible. Ainsi, la cause du contrat ou le concept d'indivisibilité viennent consolider l'unité des ensembles contractuels⁹¹. C'est principalement la notion de cause économique qui retient notre attention dans le cadre de cette étude car ce concept est le seul à même de prendre en considération l'intérêt du contrat dans sa globalité⁹². « *Lorsque au vu et au su des différents cocontractants, deux contrats sont économiquement unis à tel point que l'un puise dans l'autre sa raison d'être, l'anéantissement de l'un doit nécessairement provoquer la disparition de l'autre. Après tout, c'est bien ce qu'énonce le code de la consommation dans ses dispositions sur le crédit à la consommation (art. L. 311-21) et ce qu'a finalement décidé la Cour de cassation dans ses décisions relatives au crédit immobilier*⁹³. On ne verrait guère de raisons, dans ce cas précis, de regretter que le pragmatisme qui anime ici le droit spécial de la consommation ait contaminé le droit commun des obligations »⁹⁴.

767. « *On sait que, classiquement en jurisprudence, le juge contrôle simplement l'existence objective de la cause, sans s'attarder sur l'équivalence des prestations. Mais n'est-ce pas logique que le juge apprécie également la cohérence des obligations au regard de l'architecture globale du contrat, de son équilibre ? Le juge doit-il s'arrêter à l'illusion créée par une partie habile ? Il ne fait pas de doute que les parties peuvent ajouter à l'obligation traditionnellement présente dans ce type de contrat en « essentialisant » une obligation. De ce renforcement, la cause des obligations réciproques des parties s'en trouve précisée. Tout en maintenant une appréciation objective de la présence de la cause, le juge doit assurément tenir compte de ce que les parties ont voulu. Il se doit de veiller à ce que cette volonté première ne soit pas contredite par les parties elles-mêmes ou par l'une d'elles »*⁹⁵.

Dans le cadre d'un ensemble contractuel, le juge français accepte de contrôler l'équilibre de la convention et, « *que ce soit pour définir plus justement l'intérêt recherché, c'est-à-dire pour l'appréciation de l'existence d'une cause, ou pour déterminer les conséquences d'un lien existant entre les différents contrats, notamment en cas d'anéantissement de l'un d'eux, il convient d'étudier la cause au regard des ensembles contractuels* »⁹⁶. Des contrats sont considérés comme indépendants lorsqu'ils ne sont pas subordonnés les uns aux autres et qu'ils ont une cause distincte, autonome⁹⁷. À l'inverse, deux

91 ZELCEVIC-DUHAMEL (A.), La notion d'économie du contrat en droit privé, *JCP G* n° 9, 28 fév. 2001, I. 300 : « *dans un groupe de contrats, la contrepartie doit être appréciée en prenant en compte l'ensemble contractuel [...] La prise en compte de l'économie du contrat permet, on le voit, une analyse réaliste du contrat, en évitant des annulations qui auraient été inopportunes (n° 4)* ». L'économie du contrat a aussi été utilisée pour apprécier la cause subjective, c'est-à-dire, le motif déterminant, elle repose alors « *sur une analyse réaliste du but essentiel que les parties ont entendu atteindre. (n° 6)* ». Surtout, lorsqu'il est impossible d'atteindre le but essentiel du contrat, la notion d'économie du contrat permet de prononcer la résiliation de celui-ci. Ainsi, « *L'idée qui gouverne la jurisprudence est qu'il convient, de façon réaliste, d'aller au-delà des clauses stipulées au contrat afin de rechercher si le but essentiel en vue duquel le contrat a été conclu est atteint, pour, à défaut, anéantir ce dernier en prononçant, selon le cas, sa résiliation ou résolution* » (n° 19). De même cette notion permet d'analyser si le contrat est ou non divisible d'un autre contrat.

92 V. sur l'influence de l'anéantissement d'un contrat du groupe sur le sort du groupe lui-même : MAZEAUD (D.), Groupe de contrats : effets de l'annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement, *D.* 1998 p. 110 ; MESTRE (J.) et FAGES (B.), Cause : toujours plus !, *RTD civ.* 2007 p. 105 ; V. pour une analyse des sources de l'indivisibilité entre contrats : BACACHE (M.), Indivisibilité, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2001 (2009) n° 142 et s. : pour qui « *l'indivisibilité des contrats a toujours pour source la volonté des parties. Celle-ci n'a qu'une source unique subjective (n° 144) [...] le constat est logique dans la mesure où l'indépendance entre contrats étant le principe, l'indivisibilité ne peut résulter que d'une manifestation de volonté contraire (n° 145)* ». Cette volonté peut être implicite ou explicite et peut résulter d'un faisceau d'indices.

93 V. en ce sens : MAZEAUD (D.), Groupe de contrats: effets de l'annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement, *D.* 1998 p. 110.

94 MAZEAUD (D.), Groupe de contrats : effets de l'annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement, *D.* 1998 p. 110.

95 GUÉGUEN (J.-M.), Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, *D.* 1999 p. 352 n° 30.

96 ROCHFELD (J.), Cause, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2005 spéc. n° 81 et s.

97 C. Cass. Com., 4 avr. 1995, n° 93-20.029, Bull. civ. IV, n° 115, *D.* 1995, somm. 231, obs. L. Aynès ; C. Cass. Com., 15 juin 1999, n° 97-12.122, *D.* 2000, somm. 363, obs. D. Mazeaud.

contrats peuvent être interdépendants. Selon certains auteurs, deux éléments seraient donc à prendre en compte : l'absence de subordination et la cause commune. Mais pour caractériser le lien d'indivisibilité entre les contrats d'un ensemble contractuel, la Cour de cassation ne se restreint pas à l'analyse de la cause objective de chacun d'eux et n'impose pas l'existence cumulative d'un lien de subordination. « *L'indivisibilité intervient comme le constat et la résultante d'un lien existant entre des contrats. Celui-ci peut trouver son fondement dans la cause. C'est le cas lorsque l'intérêt d'une partie à l'un des contrats réside dans un autre accord, au su de son cocontractant* »⁹⁸.

En dehors d'une volonté clairement exprimée par les parties, le contrat sera qualifié d'interdépendant en cas de caractère accessoire, de cause commune ou identique⁹⁹. Cette cause ne pouvant être réalisée sans l'intervention de l'ensemble des contrats.

768. Lorsque l'indivisibilité¹⁰⁰ s'applique à l'ensemble contractuel, Monsieur J. Moury use du qualificatif « *d'ensemble indivisible* »¹⁰¹. L'indivisibilité vise la qualification d'un ensemble de contrats lorsqu'un contrat n'est en réalité qu'un élément non détachable de l'opération d'ensemble. Un ensemble sera indivisible lorsque l'intérêt d'un contrat tient exclusivement à la conclusion d'un autre. Pour constater cette indivisibilité, une partie de la doctrine adopte un critère subjectif¹⁰² et voit le fondement de l'indivisibilité dans la volonté des parties, manifeste ou tacite¹⁰³. La cause se voit dès lors attribuer une dimension nouvelle dans ce cadre et correspond au but commun poursuivi par l'ensemble contractuel.

À l'opposé, certains voient le critère de l'indivisibilité des ensembles contractuels dans des critères objectifs. Pour que l'indivisibilité soit retenue ce but ne doit pouvoir être atteint par une exécution partielle d'un des contrats. Comme le souligne Monsieur Moury, « *par référence à la cause impulsive et déterminante, l'indivisibilité des différents éléments d'un ensemble paraît pouvoir s'induire de ce que chacun d'eux a été envisagé par les parties comme une condition de l'existence des autres, en d'autres termes de ce que toutes les composantes de l'ensemble ont été regardées par les contractants comme autant de conditions non seulement de sa validité, mais également de son exécution* »¹⁰⁴.

769. La jurisprudence¹⁰⁵, quant à elle, semble avoir adopté une conception mixte en ce qu'elle exige, pour reconnaître cette indivisibilité, qu'il existe entre les contrats un lien économique connu des parties mais pas nécessairement accepté par elles, lien économique fondant la cause de l'ensemble contractuel¹⁰⁶. La cause, entendue comme instrument du

98 ROCHFELD (J.), Cause, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2005 spéc. n° 88.

99 MOUSSERON (J.-M.), RAYNAUD (J.), SEUBE (J.B.), *Technique contractuelle*, Mémento Francis Lefebvre, 4 éd. n° 10100 et s.

100 V. pour une définition de l'indivisibilité des contrats et leur régime : V. BACACHE (M.), Indivisibilité, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2001 (2009) n° 76 et s. et pour les contrats poursuivant le même objectif entre parties différentes V. n° 95 et s. pour les effets n° 103 et s.

101 MOURY (J.), De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.* 1994 p. 255 : « *La seule unanimité qui se puisse faire autour du concept d'indivisibilité a trait à son caractère obscur et fuyant* » (n° 1) ; « *Dans le cadre d'un groupe de contrats en revanche, une identité de cause entre les contrats annonce leur possible indivisibilité[...] Établissant une interdépendance entre les contrats, cette identité de causa remota est ainsi, plus qu'un indice, une condition nécessaire de leur indivisibilité. Mais cette condition n'est pas suffisante car l'ensemble de contrats interdépendants n'en restera pas moins divisible si « l'objectif poursuivi à travers (l'ensemble) est susceptible d'exécution partielle, celle-ci demeurant satisfaisante pour le promoteur du complexe »* (n° 15) ».

102 V. BROS (S.), Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, *D.* 2009 p. 960 et s. pour qui : « *Il est impossible d'écarter le rôle de la volonté dans les groupes de contrats. En effet, il n'existe pas de contrats objectivement interdépendants : si les contrats le sont c'est parce que les parties l'ont voulu. Certes, en l'absence de clause d'interdépendance dans les contrats, ce sont des circonstances objectives qui établiront l'interdépendance. Mais ces circonstances sont autant d'éléments de preuve de l'interdépendance et non des éléments de leur définition. Pour qu'ils soient des éléments de la définition, il faudrait qu'ils caractérisent l'opération* ».

103 MALAURIE (PH.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (PH.), Les obligations, *Deffrénois* 2005, spéc. n° 839.

104 MOURY (J.), De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.* 1994 p. 255 n°16.

105 V. Cass. Com. 15 février 2000, *D.* 2000, somm., p. 364, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages ; C. Cass. Civ. 1re, 17 juill. 1997, *D.* 1998, somm., p. 110, obs. D. Mazeaud.

106 BROS (S.), Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, *D.* 2009 p. 960 et V. C. Cass. Com., 22 janv. 2008, n° 06-18.708 et n° 06-19.610 : qui fait prévaloir l'indivisibilité subjective sur les clauses de divisibilité contractuelle, V. aussi C. Cass. Com., 4 avr. 1995, n° 93-14.585 et n° 93-15.671, *Bull. civ.* IV, n° 116, *D.* 1995, Somm. 231, obs. L. Aynès ; C. Cass. Com. 15 février 2000, *D.* 2000, somm., p. 364, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages ; MOURY (J.), De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.* 1994 p. 255 : « *Davantage qu'à celle de cause impulsive et déterminante, c'est à l'idée de condition déterminante que répond le plus exactement l'indivisibilité. Indépendamment de l'indétermination de la cause à laquelle elle vient encore ajouter, la notion de*

contrôle de l'intérêt du contrat, de son utilité, joue donc au stade de son exécution et ne limite pas son intervention à la formation, « *le lien avec l'autre contrat doit être causal et participer de l'utilité du contrat* »¹⁰⁷. Dans ce cadre, « *l'indivisibilité suggère une idée de liaison non hiérarchisée des contrats* »¹⁰⁸. En conséquence, des contrats ne sont pas considérés comme indépendants lorsqu'ils sont subordonnés les uns aux autres bien qu'ayant une qualification propre. « *Les contrats interdépendants sont placés sur un pied d'égalité, ils concourent tous de manière équivalente à la réalisation de l'opération ; aucun n'est principal ou préalable par rapport à l'autre (ou aux autres). C'est ce qui distingue les contrats interdépendants des groupes formés par les sous-contrats et leur contrat principal, de ceux constitués par un contrat accessoire et un contrat principal, et de la figure du contrat-cadre* »¹⁰⁹. Or, le contrat d'arbitre et la convention d'arbitrage ne sont pas hiérarchisés et concourent ensemble à l'aménagement de l'accès à la justice.

2)- Conséquence de l'interdépendance

770. « *Notre droit positif, si riche soit-il, offre des réponses imparfaites face aux situations d'asphyxie qui peuvent apparaître çà et là. [...] Les cocontractants [ne pouvant] de facto [...] honorer leurs obligations doivent-ils se résoudre à sombrer? Faut-il les convaincre de se résigner et de s'orienter avec docilité vers la liquidation judiciaire? N'existe-t-il aucun mécanisme, aucun outil d'ores et déjà « disponible », qui permettrait de remédier à certaines situations d'asphyxie contractuelle? [...] Une lueur d'espoir leur est sans doute offerte par un mécanisme que la doctrine étudie depuis de nombreuses années et qui pourrait connaître un essor : la caducité. En l'absence de définition légale, la caducité s'entend du mécanisme qui : «...opérant de plein droit et sans rétroactivité, [...] frappe un acte pleinement valable à sa formation [...] mais qui est ultérieurement privé d'un élément essentiel à sa validité ». Pour être valablement formé, un contrat doit impérativement présenter un objet « possible ». La règle est connue. Elle procède du bon sens : « La condition de l'objet possible est, elle aussi, intimement liée à l'idée que l'obligation doit pouvoir produire un résultat ». La perfection de l'édifice contractuel implique (bien entendu) que la condition relative au caractère « possible » de l'objet subsiste jusqu'au terme du contrat. À défaut, c'est-à-dire lorsque l'objet devient impossible (sauf à hypothéquer la survie du débiteur), par exemple par l'effet d'une crise qui bouleverse l'économie d'un contrat, une situation de blocage survient »¹¹⁰.*

En cas d'interdépendance, bien qu'ayant une qualification propre, le régime des contrats peut varier du fait de cette interdépendance contractuelle. Ainsi, la résolution de l'un peut entraîner la caducité de l'autre. En effet, la non-formation ou la nullité ou résolution d'un contrat interdépendant avec un autre prive ce second contrat de sa raison d'être. L'objectif

cause impulsive et déterminante se distingue en effet fondamentalement de l'indivisibilité en ce que, a-t-on souligné à propos de l'étendue de la nullité, à la cause correspond le but poursuivi par les parties cependant que l'indivisibilité représente le moyen pour y parvenir. Plus justement que par référence à la cause impulsive et déterminante, l'indivisibilité des différents éléments d'un ensemble paraît pouvoir s'induire de ce que chacun d'eux a été envisagé par les parties comme une condition de l'existence des autres, en d'autres termes de ce que toutes les composantes de l'ensemble ont été regardées par les contractants comme autant de conditions non seulement de sa validité, mais également de son exécution » (n° 16).

107 ROCHFELD (J.), Cause, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2005 : Chap. 2 existence de la cause, section 1 : Appréciation de l'existence de la cause spéc. n° 83.

108 IZORCHE (M.-L.), Contrats conditionnels et définitifs, *RTD com.* 1998.521 n°75 ; MOURY (J.), De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.* 1994 p. 255 : « *Présumant une équivalence - qualitative - des composantes de l'ensemble, cette interdépendance conditionne leur indivisibilité. L'on ne saurait en effet parler d'indissociabilité, strictement entendue, à propos d'éléments dont le mécanisme de rattachement ne joue qu'unilatéralement. Mais, et cette considération marque les limites de la recherche d'un critère purement objectif, le caractère interdépendant des éléments d'un même ensemble ne signifie pas qu'il y a ipso facto indivisibilité entre eux : celle-ci n'est avérée que s'il apparaît indubitablement que chacun d'eux a été envisagé par les parties comme une condition sine qua non de l'existence de tous les autres* » (n° 18).

109 BROS (S.), Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, *D.* 2009 p. 960.

110 BRETZNER (J.-D.), Table ronde caducité (ou comment faire «

n basiremèdes jurisprudentiels, Brèves réflexions sur le contrat » en temp

du neuf des avocats, du janvier 2010, n° 1, P. 487. n° 2 à 4.

visé ne pouvant être désormais atteint, ce contrat est caduc. Certaines règles communes peuvent être appliquées. C'est ainsi que comme la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre sont inextricablement liés l'un à l'autre au point qu'ils semblent indivisibles, l'impossibilité de formation ou d'exécution de l'un devrait entraîner la caducité de l'autre pour défaut de cause¹¹¹.

771. Ce mécanisme est connu en droit français où la loi exige la conclusion d'un contrat second pour donner un effet définitif au contrat premier conclu¹¹². À titre d'exemple, en droit de la consommation, il en est ainsi en cas de prêt immobilier et de la formation définitive du contrat de vente¹¹³. En droit de la consommation, le lien entre le contrat de prêt immobilier et celui de vente est établi par la condition. La conclusion du prêt serait ainsi faite sous condition résolutoire de la conclusion de la vente¹¹⁴. Cependant, selon Madame J. Rochfeld, « *si cette utilisation peut se justifier en matière de prêt, où il s'agit bien de faire dépendre la naissance ou l'effet de ce dernier de la survenance d'un événement futur et incertain, elle semble dévoyée lorsque la jurisprudence l'emploie pour masquer celle de cause* »¹¹⁵. En effet, le droit français en cette matière admet qu'un contrat premier puisse être remis en cause dans son existence même en cas de non formation d'un contrat second au regard duquel il est dépendant¹¹⁶. Liés bien que séparés, l'un comme l'autre peut exister et produire son effet séparément avec la limite inéluctable de la cause¹¹⁷.

772. Au regard de la sanction, la jurisprudence n'est pas fixe quoi qu'il ressorte une préférence certaine pour le prononcé de la caducité. Dans un premier temps favorable à la résiliation du contrat indivisible, elle a par la suite prononcé la nullité ou la caducité du contrat second en cas de nullité du premier contrat¹¹⁸. En cas de résolution ou résiliation du premier contrat, elle a prononcé soit la résiliation, soit la résolution, soit la caducité¹¹⁹. En toute logique, si le lien d'indivisibilité provient de la cause commune qui unit les contrats de

111 V. pour l'incidence de l'absence de cause : V. SIMLER (Ph.), Contrats et obligations, cause, rôle pratique, *Jurisclasser civil Code article 1131 à 1133*, Fasc. 20 (2002) spéc. n° 51 et s. pour une étude des conséquences de la disparition de la cause en cours de contrat. L'auteur distingue l'absence de cause *ab initio* et la disparition de la cause, qui sont selon lui fondamentalement différentes. La seconde ne serait aboutir au prononcé de la nullité du contrat, la validité de l'acte n'est pas en jeu (cf. jurisprudence sous n° 52). Cette disparition ne peut être que la cause de l'obligation, cause objective.

112 C Cass. Civ. 1, 13 mars 2008 n° 06-19.339, *Société Grenke* ; RDC 2008. 841, note J.-B. Seube : « *Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs sans rechercher, ainsi que l'y invitaient les conclusions de M. X..., si n'était pas de nature à caractériser l'indivisibilité entre les deux contrats la clause du contrat d'abonnement de téléphonie prévoyant que lorsque le matériel est mis à la disposition de l'utilisateur dans le cadre d'un contrat de location convenu avec un organisme de financement, la redevance due comprendra le montant des loyers mensuels revenant au bailleur et sera intégralement perçue par la société Protecnicom France qui reversera au bailleur le montant des loyers et malgré ses constatations d'où il se déduisait que la location souscrite auprès de la société Grenke location n'avait aucun sens sans les prestations d'installation du matériel contractuellement dues à l'utilisateur par la société Protecnicom France, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

113 V. C. Cass. Civ. 1re, 1er déc. 1993, n° 91-20.539, RTD civ. 1994.858 note J Mestre ; Et pour la sanction de caducité : ROCHFELD (J.), Cause, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2005 spéc. n° 86.

114 Article L. 312-12 du Code de la consommation.

115 ROCHFELD (J.), Cause, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2005 spéc. n° 87.

116 C Cass. Com., 13 février 2007 n° 05-17.407, D. 2007. AJ. 654, obs. X. Delpech, RDC 2007. 707, note D. Mazeaud, RTD civ. 2007.567, obs. B. Fages : « *les quatre contrats litigieux étaient interdépendants, dans la mesure où ils poursuivaient tous le même but et n'avaient aucun sens indépendamment les uns des autres, les prestations de maintenance et de formation ne se concevant pas sans les licences sur lesquelles elles portaient et l'acquisition de ces licences par la société Faurecia n'ayant aucune raison d'être si le contrat de mise en œuvre n'était pas exécuté* ».

117 V. pour le choix de la résiliation comme sanction contractuelle : Cass. ch. mixte 23 nov. 1990, n° 87-17.044, 86-19.396 et 88-16.883, B. n° 2, 3 et 4 ; D. 1991.121, note C. Larroumet ; C Cass. Civ. 1re, 9 mars 1964, Bull. civ. I, n° 134 (ensemble indivisible) ; pour l'anéantissement de contrats conclus entre des parties différentes C Cass. Civ. 1re, 1er oct. 1996, n° 94-18.657, Bull. civ. I, n° 332, D. 1996, IR 232.

118 V. par ex. C. Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1996, Bull. civ. I, n° 335 ; RTD civ. 1997.115, obs. J. Mestre ; Cass. 1re civ. 1er juill. 1997, n° 95-15.642, Bull. civ. I, n° 224, D. 1998.32, note L. Aynès et somm. 110, obs. D. Mazeaud : « *Attendu que, pour dire de nul effet les poursuites de saisie immobilière, et ordonner la mainlevée de l'hypothèque, la cour d'appel a jugé que le cautionnement hypothécaire, ayant été donné pour répondre à la cause unique des deux contrats, se trouve frappé de caducité ; qu'en se déterminant ainsi, alors que, l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt annulé demeurant valable, le cautionnement en considération duquel le prêt a été consenti subsiste tant que cette obligation n'est pas éteinte, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

119 V. par ex. C. Cass. Civ. 3^e, 30 oct. 2002, Bull. civ. III, n° 211 RTD com. 2003. 56, obs. B. Saintourens ; C. Cass. Com., 5 juin 2007, D. 2007. AJ. 1723, obs. X. Delpech ; RTD civ. 2007. 569, obs. B. Fages.

cet ensemble, la résiliation, nullité ou non formation du contrat second devrait priver de cause le premier contrat et dès lors entraîner la caducité de celui-ci. Ainsi comprise, la cause, fondement de l'indivisibilité¹²⁰, entraîne la caducité du contrat en cas de disparition.

773. La sanction est adaptée en ce qu'elle prend acte de la disparition ou non conclusion d'un contrat qui sert de cause à un contrat second et ne vient pas sanctionner une inexécution contractuelle. Ainsi, l'économie du contrat d'un ensemble contractuel, notion relativement récente en droit français, permet aux juridictions françaises de rendre caduc un contrat dont l'exécution, selon l'économie voulue par les parties, est devenue impossible. L'économie du contrat¹²¹ est ici comprise comme correspondant aux attentes légitimes des parties, à la cause subjective de leur engagement.

* *
*

774. Au sein d'un ensemble contractuel, chaque contrat conserve une entière autonomie juridique en principe. L'unité économique n'affecte pas cette indépendance. Néanmoins, la notion de cause permet de rompre cette indépendance en prenant en considération la notion de cause économique de l'ensemble contractuel envisagé alors comme un tout. Les contrats seront alors considérés comme interdépendants lorsque la cause de l'ensemble contractuel ne peut être atteinte sans la réalisation de chacun d'eux. Lorsqu'un ensemble de contrats est interdépendant, Monsieur J. Moury qualifie ces contrats d'indivisibles, ils forment alors un tout au sein duquel chaque contrat ne conserve son intérêt qu'en considération de la formation, la validité et l'exécution de l'autre. Si les contrats conservent une qualification et un régime propres, l'interdépendance crée des conséquences juridiques : l'impossibilité de formation ou de réalisation de l'un d'eux prive alors les autres contrats de leur raison d'être, de leur cause. Le contrat devient alors caduc.

B- Du contrat d'arbitre et de la convention d'arbitrage : deux contrats *a priori* indépendants

775. Le rejet du lien d'invisibilité entre la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre tient souvent au rejet de l'existence d'un contrat d'arbitre lui-même, ou, lorsque l'existence du contrat d'arbitre est reconnue, au rejet de la distinction entre les notions d'investiture et de compétence. Il est vrai qu'*a priori* la clause d'arbitrage a une existence propre et existe indépendamment de la conclusion éventuelle du contrat d'arbitre. Quant au contrat d'arbitre, il peut se former sur la simple allégation d'une convention d'arbitrage valablement applicable au litige. Rien n'indique, au moment de la formation du contrat d'arbitre, que la convention d'arbitrage permet à l'arbitre de se saisir du litige qui lui est soumis. En d'autres termes, de par l'effet de la loi, l'arbitre a une priorité chronologique pour statuer sur sa compétence et sur le litige quand bien même il le ferait « *sans convention d'arbitrage* ». L'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ne seront appréciées et contrôlées que lors d'un recours contre la sentence ou lors d'une demande d'*exequatur*.

De même, si les conditions relatives à la constitution du tribunal arbitral peuvent

120 V. en ce sens : BOFFA (R.), Cause, caducité, indivisibilité : un bel ensemble notionnel, *D.* 2006 p. 2656.

121 V. pour une contestation de l'utilisation en droit de la notion d'économie du contrat et son remplacement dans le cadre de groupe de contrats par la notion d'indivisibilité : MOURY (J.), Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D.* 2000 p. 382 : pour l'auteur, il s'agit « *d'une notion qui n'offre de certitude que son imprécision, emportent des solutions qui vont à y bien regarder à rebours de l'esprit de notre droit positif, et peuvent de surcroît se révéler dangereuses par l'arbitraire que nourrissent nécessairement cette imprécision et le désordre qu'elle engendre* » (n°13).

aboutir à l'annulation du contrat d'arbitre¹²², elles n'ont pas d'incidence sur la convention d'arbitrage, les litigants restant tenus par celle-ci.

Ces contrats semblent donc liés bien que séparés. L'un comme l'autre peuvent exister et produire leurs effets séparément. À première vue, choix de l'arbitre et choix de l'arbitrage sont distincts et indépendants. Dès lors, pour certains auteurs, peu importe les motifs de la disparition du contrat d'arbitre, la convention d'arbitrage ne saurait jamais en être affectée¹²³.

776. L'analyse de Monsieur Th. Clay ne consacre pas entièrement l'indépendance du contrat d'arbitre au regard de la convention d'arbitrage. Selon l'auteur, « *un contrat d'arbitre présuppose l'existence d'une convention d'arbitrage. Sans elle, il ne peut pas fonctionner car il ne saurait investir l'arbitre d'un litige qui n'est pas soumis à l'arbitrage* »¹²⁴. Néanmoins, d'une part l'obligation pour une partie de conclure un contrat d'arbitre ne se fonde pas sur l'existence de la convention mais sur l'apparence de cette existence et d'autre part, cette obligation est d'origine légale et non nécessairement contractuelle.

Le contrat d'arbitre, sans le support d'une convention d'arbitrage, existe au moins le temps de constater cette carence. Durant ce temps, l'arbitre est valablement investi pour juger de sa compétence de par le seul effet de la loi française. C'est à ce titre que l'arbitre a le pouvoir de se reconnaître incompétent et, surtout, que cette question de compétence se pose.

Monsieur Th. Clay atténue d'ailleurs son propos dans le cas d'une contestation sur l'existence de la convention d'arbitrage. À cet égard, il considère que l'arbitre « *va donc trancher la question de l'existence ou non d'une convention d'arbitrage en vertu du principe de compétence-compétence. Si la réponse est positive, le contrat d'arbitre sera effectivement né en exécution de la convention d'arbitrage et la situation est claire* »¹²⁵. Nous ne rejoignons pas cette analyse. D'une part, car considérer que le contrat d'arbitre ne serait « *né en exécution de la convention d'arbitrage* » qu'une fois la question de la compétence arbitrale résolue, c'est omettre le fait que cette décision, si elle est prioritaire, n'est pas définitive et peut faire l'objet d'une contestation devant le juge étatique. D'autre part, et surtout, car cela ôte tout fondement à la compétence de l'arbitre pour se prononcer sur cette question précise tant qu'elle n'est pas résolue. En témoigne d'ailleurs la possibilité pour l'arbitre de se déclarer incompétent. Comment admettre que l'arbitre ait un tel pouvoir juridictionnel si le contrat d'arbitre n'existe pas indépendamment de la convention d'arbitrage ? L'auteur relève que cette hypothèse serait « *l'unique cas de figure où le contrat d'arbitre est autonome puisqu'il existe indépendamment de la convention d'arbitrage, ou, plus exactement, il existe pour constater l'inexistence de la convention d'arbitrage* »¹²⁶. Pour l'auteur, la justification de l'engagement contractuel d'une partie sur le fondement d'une convention d'arbitrage inexistante ou nulle serait à rechercher dans le principe de « *compétence-investiture* ». Cependant, le fondement de la compétence arbitrale sur sa compétence est légal et ne différerait pas selon les hypothèses de compétence ou d'incompétence arbitrale.

* *

*

122 Art. 1484-2 et 1502-2 du Code de procédure civile.

123 Cependant, la convention d'arbitrage ne concerne que le litige au fond. Elle fonde la compétence du tribunal arbitral à juger du litige au fond non à juger de sa compétence à cet égard. En effet, l'effet positif du principe de compétence-compétence est seul apte à octroyer le pouvoir juridictionnel et la compétence à l'arbitre de rendre une sentence sur ce point. En France, il faut et il suffit qu'une partie invoque de manière plus ou moins fondée l'existence d'une convention d'arbitrage pour permettre de déclencher l'effet légal du principe de compétence-compétence, à savoir l'interdiction de saisir une juridiction étatique et l'obligation de contracter un contrat d'arbitre. A ce stade, il est donc indifférent ou presque que la convention d'arbitrage existe, soit valable ou concerne effectivement les litigants et la matière objet du litige. Cette solution est confortée par le principe de validité de la convention d'arbitrage. En conséquence, le contrat d'arbitre est indépendant de la convention d'arbitrage, du moins dans un premier temps.

124 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 669.

125 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 670 p. 529.

126 CLAY (Th.), *L'arbitre*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Thèse Paris II, Dalloz 2001 vol.2 n° 670 p. 529.

777. La notion de cause commune, dans le cadre d'un ensemble contractuel, est admise en jurisprudence. Ainsi, l'impossibilité de formation d'un contrat peut priver de cause un autre contrat qui lui est lié. L'ensemble est alors dit indivisible. Cette indivisibilité a pour conséquence le prononcé de la caducité du contrat qui, bien que valablement formé, se voit dépourvu de toute utilité. Cette notion d'ensemble indivisible paraît à première vue exclue en matière d'arbitrage puisque chacun des contrats composant ces ensembles peut exister indépendamment de l'autre. Il convient néanmoins de vérifier cette hypothèse en établissant les liens les unissant.

§2- De la conséquence de l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre sur la convention d'arbitrage

778. Il convient de qualifier la convention d'arbitrage. Est-elle un sous-contrat, un avant contrat ? La qualification de sous-contrat semble à exclure puisque « *Le sous-contrat désigne le contrat qui vient se greffer sur un contrat principal* »¹²⁷, définition qui induit un rapport hiérarchique entre contrat principal et sous-contrat. La convention d'arbitrage s'apparente à une promesse synallagmatique de contracter un contrat d'arbitre donc à un avant contrat. En effet, les parties s'engagent par le contrat d'arbitrage à conclure ensemble et avec un tiers, l'arbitre, le contrat d'arbitre, sans quoi la convention d'arbitrage serait sans effet¹²⁸. Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage c'est dans l'objectif d'aménager les voies de recours à la justice.

Si l'accès au juge devient impossible du fait d'une absence de formation du contrat d'arbitre, la convention d'arbitrage se voit privée de cause. L'accès à la justice est en effet la cause de l'opération juridique que constituent ensemble convention d'arbitrage et contrat d'arbitre. Il s'agit du but contractuel. L'absence de cause provient donc de l'impossibilité de réalisation de ce but. En cas d'impossibilité de formation du contrat d'arbitre, la convention d'arbitrage ne présente dès lors aucun intérêt, aucune cause. La convention d'arbitrage doit être analysée comme un avant-contrat d'un ensemble indivisible (A). En conséquence, si le contrat d'arbitre ne peut se former, la convention d'arbitrage devient caduque, ce qui rejoint le concept processuel d'inapplicabilité (B).

A- Un avant-contrat autonome d'un ensemble indivisible

779. Les deux contrats, convention d'arbitrage et contrat d'arbitre, sont de toute évidence très liés. Ce lien amène à se demander s'il est possible de s'obliger à titre principal à consentir un autre contrat. Contrat d'arbitrage et contrat d'arbitre constituent sans aucun doute un groupe de contrats¹²⁹. On distingue, à l'intérieur des groupes de contrats, les chaînes de contrats des ensembles contractuels, homogènes ou hétérogènes. Alors qu'une chaîne de contrats a pour caractéristique d'avoir le même objet, l'ensemble contractuel se définit par un ensemble de contrats ayant le même objectif.

Dans notre hypothèse, il s'agit donc d'un ensemble contractuel car le contrat d'arbitre et le contrat d'arbitrage ont le même objectif : l'organisation de l'accès à la justice, sans avoir le même objet. L'objet du contrat d'arbitre est en effet la constitution d'un tribunal arbitral alors que celui de la convention d'arbitrage est la conclusion du contrat d'arbitre dans

127 Pour certains auteurs, en matière de promesse de contrat synallagmatique, chaque contractant donnerait son consentement définitif à la conclusion du contrat d'arbitre : TERRE (F.), SIMLER (PH.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, les obligations*, 9 ed. Précis Dalloz, 2005, p. 91.

128 V. TERRE (F.), SIMLER (PH.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, les obligations*, 9 ed. Précis Dalloz, 2005, p. 197.

129 V. TESSYE (B.), *Les groupes de contrats*, Préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 139, 1975.

l'hypothèse d'un litige entre les parties à un contrat principal. Ces deux contrats ne sont pas juxtaposés, c'est-à-dire des contrats de nature différente mais portant sur le même objet et conclus l'un par rapport à l'autre.

780. On peut envisager qu'il existe une liaison accessoire-principal entre ces contrats. En effet, le contrat principal se définit comme « celui qui, par lui-même, permet d'atteindre le résultat escompté par les parties »¹³⁰. Or, si la convention d'arbitrage ne permet pas d'atteindre un résultat sans le relai du contrat d'arbitre, le contrat d'arbitre, lui, permet à l'arbitre de statuer sans la nécessaire existence de la convention d'arbitrage mais ne remplit pas par lui-même l'objectif de résolution du litige puisque sans convention d'arbitrage, l'arbitre n'aura pas de compétence au regard du litige.

En l'absence de convention d'arbitrage ou de compromis, le contrat d'arbitre n'a pas de raison d'être. Le tribunal arbitral se voit investi d'un pouvoir juridictionnel sans objet, le contrat d'arbitre doit donc s'éteindre. À défaut, le tribunal arbitral s'octroie une compétence qui lui fait défaut. Or, le paiement des honoraires ne devrait être justifié que s'ils répondent à l'exécution d'une mission confiée aux arbitres par les litigants¹³¹.

La qualification du contrat d'arbitre en contrat principal pourrait être retenue puisqu'il permet en l'état du droit positif d'obtenir une sentence avec ou sans convention d'arbitrage en cas de sentence de compétence. En effet, si une sentence intermédiaire relative à la compétence est possible, elle n'est en rien obligatoire, y compris lorsqu'une question s'élève sur cette question. En théorie cependant, la qualification d'accessoire et de principal devrait être exclue. En effet, convention d'arbitrage et contrat d'arbitre sont deux conventions également nécessaires afin de parvenir au but de cet ensemble contractuel : la reddition d'une sentence mettant fin à un litige opposant les litigants de manière effective. Or, en théorie, une sentence rendue sans convention d'arbitrage ne devrait pas pouvoir être déclarée exécutoire.

781. La convention d'arbitrage fait partie d'un ensemble contractuel complexe. En premier lieu, elle s'insère dans le cadre d'une relation contractuelle primaire ayant un objet en principe commercial. On sait qu'elle n'est pas liée à ce contrat principal puisque les principes de validité et d'autonomie lui confèrent une vigueur exceptionnelle et indépendante du contrat objet du litige. Le premier principe pose comme règle matérielle que ce contrat est valable indépendamment des principes de droit commun des contrats, le second détache totalement sa destinée de celle du contrat primaire. Cette conjugaison va jusqu'à permettre de donner effet à une convention d'arbitrage contenue dans un contrat inexistant en fait si l'une des parties avait envisagé de conclure, un jour, une convention d'arbitrage non acceptée par l'autre, par hypothèse, en l'absence de consentement.

782. Envisagée en tant qu'avant-contrat, la convention d'arbitrage serait une promesse synallagmatique ou croisée de conclure un contrat d'arbitre. En effet, les litigants s'engagent en cas de litige à conclure un contrat avec un tiers, l'arbitre. La convention d'arbitrage, prise en tant qu'avant-contrat, est donc un contrat définitif, la conclusion du contrat d'arbitre n'étant pas une condition de sa formation mais de son exécution. La convention d'arbitrage est un contrat aléatoire en ce que sa force obligatoire dépend de la naissance ou non d'un litige entre les parties signataires. Il est donc possible de retenir au sujet de la convention d'arbitrage la qualification d'avant-contrat puisque son objet est de prévoir le recours à la

130 MALAURIE (PH), AYNES (L.), *Droit civil. Les obligations*. Cujas, 10 éd. 1999.

131 Cela étant, il n'existe aucune décision à notre connaissance qui sanctionne les arbitres de s'être déclarés à tort incompetents et condamne les arbitres à reverser les honoraires obtenus sur le fondement des poursuites, pourtant injustifiées du contrat d'arbitre et donc d'un paiement indu. Dès lors, en droit positif, l'incompétence arbitrale ou tout vice affectant la constitution du tribunal arbitral et ayant une incidence sur la reconnaissance de la sentence, n'ont aucune incidence rétroactive sur le droit aux honoraires des arbitres. Les arbitres sont donc totalement libres de se reconnaître ou non incompetents, y compris abusivement. La rémunération leur est due sur le fondement du travail fourni, non sur sa pertinence juridique y compris au regard de leur compétence et ce, quand bien même une partie contesterait celle-ci de manière fondée.

justice arbitrale, ce recours étant conditionné à la formation du contrat d'arbitre. Elle peut donc être qualifiée de contrat ayant pour objet la conclusion d'un contrat futur, soit d'avant-contrat.

783. Dans le cadre de l'ensemble contractuel, la cause de la convention d'arbitrage sera la formation du contrat d'arbitre en cas de litige. Il s'agit donc d'une promesse de contracter dans l'hypothèse où un litige naîtrait entre les promettants. Si celle-ci ne peut avoir lieu, la convention d'arbitrage sera donc dépourvue de cause objective : l'accès à la justice ne pouvant avoir lieu, celle-ci est dépourvue de toute utilité. En effet, si la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre ne sont pas subordonnés l'un à l'autre, ils n'en restent pas moins constitutifs d'un ensemble contractuel concourant à la réalisation d'une opération unique¹³². Dès lors, l'impossibilité de formation ou d'exécution de l'un des contrats doit emporter anéantissement de l'autre.

784. Le contrat d'arbitre existe indépendamment de la validité ou de l'applicabilité au litige de la convention d'arbitrage. Sa conclusion ou sa validité ne lui sont donc pas subordonnées. Le contrat d'arbitre n'a aucun lien de dépendance avec la convention d'arbitrage : il doit être formé en application du principe de compétence-compétence, peu importe la convention d'arbitrage. Sa validité sera confortée en fonction de la décision relative à la compétence arbitrale. À défaut de compétence, le contrat d'arbitre s'éteint, c'est donc à ce stade que le lien d'interdépendance renaît.

En revanche, si la convention d'arbitrage existe indépendamment de la conclusion du contrat d'arbitre, l'absence de formation du contrat d'arbitre, entendue comme l'impossibilité factuelle de le conclure, doit avoir une incidence sur la convention d'arbitrage. En effet, bien que séparée du contrat d'arbitre, la convention d'arbitrage est un avant-contrat : elle n'a de sens, de cause, qu'en considération de la possibilité de formation du contrat d'arbitre. Son objet n'est pas d'interdire l'accès à la justice mais de l'organiser en obligeant les parties par avance à conclure un second contrat, le contrat d'arbitre.

Si le concept d'indivisibilité peut être subjectif¹³³, dans le cas de l'ensemble convention d'arbitrage/contrat d'arbitre, l'indivisibilité résulte de la nature des choses et revêt donc un aspect objectif. Ce caractère résulte de l'objet même de la convention d'arbitrage. Certes, l'indivisibilité ne se présume pas et peu, voire aucune convention d'arbitrage ne précise son caractère indivisible avec le contrat d'arbitre. Hors cas de stipulation expresse des parties, tout à fait exceptionnel, dans lequel les parties stipulent dans la convention d'arbitrage ce lien d'interdépendance, il convient donc de définir en quoi ces contrats sont objectivement interdépendants. Si certains critères permettent de retenir la qualification d'ensemble contractuel indivisible, aucun critère stable n'existe, ni la dissociation d'*instrumentum* entre ces contrats, ni le fait que les différentes parties qui interviennent à l'acte n'excluent la qualification d'ensemble contractuel indivisible. L'objectif économique commun, s'il se doit d'être pris en compte, n'est pas en tant que tel déterminant, mais nécessaire. En l'occurrence, il s'agit de l'accès à la justice privée. L'interdépendance doit être prouvée, en cas de doute le principe est celui de l'autonomie des contrats.

785. Or, tel semble être le cas dans le rapport convention d'arbitrage/contrat d'arbitre. La convention d'arbitrage n'a en effet aucun intérêt si elle ne peut être mise en œuvre par l'intermédiaire d'un contrat d'arbitre. La qualification d'avant-contrat nous paraît préférable et rejoint la distinction entre le compromis et la convention d'arbitrage. Le contrat d'arbitre

132 V. par exemple : C. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-15.642, Bull. civ. I, n° 224, D. 1998.32, note L. Aynès et somm. 110, obs. D. Mazeaud ; C. Cass. Com. 15 février 2000, D. 2000, somm., p. 364, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages.

133 V. en ce sens : MOURY (J.), De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, RTD civ. 1994 p. 255 spéc. n° 10 et s.

est « celui qui, par lui-même, permet d'atteindre le résultat escompté par les parties »¹³⁴, à savoir l'accès à la justice arbitrale.

Dans cette perspective, la convention d'arbitrage est un avant-contrat qui impose aux parties la conclusion du contrat d'arbitre. C'est un contrat autonome mais qui n'a d'intérêt qu'en considération de la formation du contrat second, principal. Si la convention d'arbitrage ne permet pas d'atteindre un résultat sans le relai du contrat d'arbitre, le contrat d'arbitre, lui, permet à l'arbitre de statuer sans la nécessaire existence de la convention d'arbitrage mais ne remplit pas par lui-même l'objectif de résolution du litige. Il apparaît que la convention d'arbitrage est un contrat ayant pour objet la conclusion d'un contrat second dans des hypothèses et entre des parties au préalable déterminées : le contrat d'arbitre. Dès lors, en cas d'impossibilité de formation ou d'exécution du contrat d'arbitre, elle sera dépourvue de cause.

* *
*

786. La convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre sont deux contrats autonomes ayant un régime propre. Néanmoins, ces deux contrats sont très liés et forment un ensemble contractuel. Ils concourent ensemble à la réalisation d'une cause commune, à savoir l'organisation de l'accès à la justice arbitrale. Si la convention d'arbitrage est le contrat par lequel les litigants donnent leur consentement définitif à la procédure d'arbitrage, elle est également un avant-contrat en ce qu'elle constitue une promesse de contracter un contrat futur en cas de litige : le contrat d'arbitre. Dès lors, en l'absence de possibilité de conclusion du contrat d'arbitre, la convention d'arbitrage perd sa cause et doit être déclarée caduque. De même, si le contrat d'arbitre peut être valablement formé en l'absence de convention d'arbitrage, lorsque le tribunal arbitral constate cette carence, le contrat d'arbitre s'éteint, il devient caduc car privé de cause. Dès lors, la cause de chacun des contrats de cet ensemble réside dans la conclusion, la validité et la bonne exécution de l'autre. La convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre ne conservent aucun intérêt séparément. Ils forment un ensemble contractuel indivisible.

B- Caducité de la convention d'arbitrage

787. En arbitrage comme ailleurs, « *La cause s'avère un précieux instrument de protection des attentes, ce qui ne saurait surprendre alors qu'elle constitue le principal vecteur de l'économie du contrat comme de l'obligation essentielle. Il en est ainsi depuis que le contrôle de l'absence de cause dépasse la seule cause objective, pour s'étendre à la cause subjective. Cette évolution ne pourrait être interprétée comme le révélateur d'un droit des contrats protecteur des attentes si elle ne s'accompagnait d'une évolution de la cause subjective qui, fondée initialement sur les mobiles des contractants, intègre désormais la considération de l'économie du contrat* »¹³⁵. Contrats bien qu'autonomes, indivisibles, leur régime peut varier du fait de cette indivisibilité. Ainsi, la résolution de l'une peut entraîner la caducité de l'autre¹³⁶. En effet, la non-formation, la nullité ou résolution d'un contrat interdépendant avec un autre prive ce second contrat de sa raison d'être. L'objectif visé ne pouvant être désormais atteint, ce contrat est caduc ou résilié.

134 MALAURIE (PH), AYNES (L.), *Droit civil. Les obligations*. Cujas, 10 éd. 1999.

135 LOKIEC (P.), Le droit des contrats et la protection des attentes, *D.* 2007 p. 321 ; À propos de l'arrêt de la C Cass Civ 1, 30 oct. 2008, n° 07-17.646 sur l'incidence de la disparition de la cause en cours de contrat à exécution successive et le prononcé de la caducité : V. CERMOLACCE (A.), La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement, *Rev. Lamy droit civil* n° 57 fév. 2009 p. 7.

136 Pour une analyse du sort des contrats indivisibles en cas d'anéantissement de l'un d'eux V. BACACHE (M.), Indivisibilité, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2001 (2009) spéc. n° 83 et s.

Suivant l'approche « *macro-contractuelle* », la fragilité du contrat pourrait provenir non d'une condition de l'obligation mais de l'environnement extérieur au contrat lui-même. « *Un élargissement de la perspective, une vision plus globale, permettrait alors de montrer comment un contrat, en tant que composant d'un ensemble, peut être fragilisé du fait de son appartenance à cet ensemble, qui conditionne son existence* »¹³⁷.

788. Or, si la convention d'arbitrage existe indépendamment du contrat d'arbitre, c'est à condition d'être causée¹³⁸. Les deux contrats forment un ensemble indivisible et l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre a une nécessaire incidence sur la convention d'arbitrage.

Ainsi, dans la sentence rendue le 10 août 1998 de l'affaire CCI n° 9667¹³⁹, les arbitres avaient admis la demande de résolution de la clause d'arbitrage en relevant que « *le refus de la défenderesse d'effectuer l'avance des frais qu'il lui appart[enait] de verser pour que puissent être tranchées toutes les conclusions de la demanderesse constitu[ait] la violation d'une obligation essentielle justifiant que soit résolue la clause d'arbitrage liant les parties* ». Le non-paiement par le défendeur de sa part de provision comportait, selon le Tribunal arbitral « *des conséquences capitales, puisqu'elle paralys[ait] toutes les possibilités de reconnaissance des droits de la demanderesse (par ailleurs) en difficulté financière en raison de la violation d'autres obligations contractuelles par la partie adverse* ». Cette sentence illustre l'incidence, sur la convention d'arbitrage elle-même, du non-paiement des honoraires du contrat d'arbitre.

Si la nullité de la convention d'arbitrage n'entraîne pas celle du contrat d'arbitre, elle implique de constater sa caducité. Quant à la convention d'arbitrage, elle n'a d'intérêt qu'au regard du contrat d'arbitre¹⁴⁰. Dès lors, en cas d'impossibilité de formation du contrat d'arbitre, la convention d'arbitrage perd sa cause impulsive. Elle devrait donc être déclarée caduque. Le but de cet ensemble est l'obtention d'une sentence arbitrale mettant un terme à un différend. Ce résultat ne sera atteint sans l'existence nécessaire du contrat d'arbitre. Et, à l'opposé, lorsque l'arbitre retient son incompetence en application de la clause d'arbitrage, cette décision entraîne la caducité du contrat d'arbitre. Contrat d'arbitrage et contrat d'arbitre sont donc un ensemble indivisible et interdépendant.

789. La caducité de la convention d'arbitrage est le résultat du constat d'échec du juge d'appui dans l'accomplissement de sa mission. Cette caducité correspond à la notion d'inapplicabilité de la clause, devant en principe entraîner la compétence des juridictions étatiques. « *En définitive, permettre exceptionnellement au juge de réviser la substance du contrat en cas de mauvaise foi avérée du créancier serait une victoire de l'esprit sur la lettre en matière contractuelle* »¹⁴¹ et de l'accès au droit sur une application mécanique de celui-ci. Ainsi, en cas d'impossibilité de formation du contrat d'arbitre, la seule sanction adaptée paraît être l'exécution par équivalent, la convention d'arbitrage étant caduque du fait de cette indivisibilité. En application des principes du droit européen des contrats, la dénonciation unilatérale du contrat en cas d'inexécution est l'un des remèdes du contrat lorsque celui-ci ne « *fonctionne plus* »¹⁴².

137 IZORCHE (M.-L.), Contrats conditionnels et définitifs, *RTD com.* 1998.521 n° 11.

138 En dehors d'une volonté clairement exprimée par les parties, le contrat sera qualifié d'interdépendant en cas de cause commune ou identique. Mémento Francis Lefebvre, technique contractuelle, règles communes à tous les contrats, n° 10100 et s.

139 Sentence CCI, 10 août 1998, n° 9667, *Rev. Arb.* 2002. 1009.

140 Cependant, si son existence ou sa validité n'est pas commandée par l'existence de celui-ci dans un premier temps, sa mise en œuvre en revanche implique deux éléments : l'existence d'un différend liant les parties d'une part, et d'autre part, la conclusion du contrat d'arbitre.

141 MAZEAUD (D.), La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat, (à propos de Cass. civ. 3e, 9 décembre 2009, pourvoi n° 04 -19923), *Revue des contrats*, 01 avril 2010 n° 2, P. 561.

142 LE GAC-PECH (S.), Rompre son contrat, *RTD civ.* 2005 p. 223 n°47.

790. Cette impossibilité de formation a pour cause l'impécuniosité d'une partie. Or, il s'agit d'un cas particulier où la fortune d'une partie se doit d'être prise en compte. En effet, si en principe le droit des contrats est indifférent à la situation financière d'une partie ayant valablement contracté une obligation contractuelle, l'accès au juge implique, en la matière, de s'assurer que cette situation ne constitue pas une impossibilité d'accès au juge. Dès lors, conformément à la jurisprudence de la CEDH, l'impécuniosité s'apprécie en comparant le coût du contrat d'arbitre avec la surface financière de la partie présentement faible. Cette disproportion doit s'entendre plus librement en la matière car l'objet de la convention d'arbitrage, comme du contrat d'arbitre, est l'organisation de l'accès à la justice. Étant admis qu'une renonciation préalable au droit au juge n'est pas licite, la disproportion revient à se demander ce qu'un ordre juridique est en droit d'exiger du litigant pour assurer l'accès à la justice. En conséquence, la sanction de cette disproportion pourrait être la réduction de l'acte et non son absence d'effet. Le contrat d'arbitre ne pouvant se former du fait de l'impécuniosité, au sens de disproportion, son lien avec la convention d'arbitrage impose de la déclarer caduque pour défaut de cause dans le respect du droit au juge¹⁴³.

* *

*

791. La convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre sont interdépendants car même si le contrat d'arbitre existe indépendamment de la convention d'arbitrage, il est caduc en l'absence de celle-ci. Dès lors, l'objet de l'ensemble contractuel, à savoir le règlement de leur différend par la voie arbitrale, ne peut être atteint sans le support des deux contrats. L'un sans l'autre, leur objet ne peut être atteint, et ce, peu importe la volonté exprimée des parties. Celle-ci est nécessairement implicite car la formation du contrat d'arbitre est la cause de la convention d'arbitrage et la convention d'arbitrage est la condition légale permettant à l'arbitre de retenir sa compétence au fond, la solution contraire aboutirait à faire de la convention d'arbitrage une clause de renonciation au droit d'accès au juge.

Or, « *quand l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation de l'opération, tous les contrats sont interdépendants. Cette formule souligne l'importance - qui ne peut pas être niée - des circonstances de l'exécution des contrats* »¹⁴⁴. Dès lors, l'impossibilité de formation ou d'exécution du contrat d'arbitre entraîne la caducité de la convention d'arbitrage nonobstant l'application du principe de validité du droit français.

792. « *La force obligatoire de la convention se fonde sur l'idée d'une utilité économique de la relation contractuelle et, par conséquent, d'une utilité du contrat pour le corps social. C'est donc plus le respect de la parole donnée ou l'évolution de l'engagement contractuel qui permet de déduire que telle résiliation ne contrevient pas aux droits du cocontractant, qu'elle est fondée sur un intérêt légitime* »¹⁴⁵. Cela étant, la légitimité de la rupture n'exclut pas la possibilité d'être tenu responsable de celle-ci. « *De manière plus générale, des limites doivent être trouvées pour éviter que la relation contractuelle ne devienne un « piège » pour tout contractant. L'indemnisation de la perte d'une chance de bénéficier de l'exécution d'un contrat signé n'est pas en soi critiquable, à condition de préciser ce qu'il convient d'entendre par chance. En effet, la question du dommage réparable en raison de la résiliation unilatérale d'un contrat suppose une analyse du caractère admissible ou non de la résiliation unilatérale elle-même, au regard de ce que les parties ont voulu. Il existe plusieurs degrés d'analyse du*

143 V. notamment : SAUTEL (O.), Sur la déchéance en droit privé, (contribution à la théorie de la permanence de la cause), D. 1999 p. 487.

144 BROS (S.), Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, D. 2009 p. 960.

145 LE BARS (B.), La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime, D. 2002 p. 381 n° 23.

dommage réparable suivant que la résiliation unilatérale a été envisagée ou non »¹⁴⁶.

Conclusion de la Section 2

793. Convention d'arbitrage et contrat d'arbitre sont deux contrats qui, bien que distincts, forment un ensemble contractuel et sont indivisibles. Alors que le contrat d'arbitre deviendra caduc par une invalidité voire une inexistence de la convention d'arbitrage, l'inverse se vérifie en droit français. En effet, la réalisation de l'objet de la convention d'arbitrage dépend entièrement de la conclusion du contrat d'arbitre. Si le contrat d'arbitre ne peut se former, la convention d'arbitrage ne doit-elle pas voir son existence même remise en cause ? La convention d'arbitrage n'a d'intérêt qu'au regard de la formation du contrat d'arbitre, sans lequel elle ne saurait recevoir effet et serait donc absconse. Dès lors, la convention d'arbitrage devrait être considérée comme caduque si le contrat d'arbitre ne peut valablement se former. En effet, la formation du contrat d'arbitre est une condition extrinsèque qui conditionne l'efficacité de la convention d'arbitrage. En cas d'impossibilité de formation du contrat d'arbitre, la convention d'arbitrage n'a plus de raison d'être et le principe de validité ne saurait y suppléer.

146 LE BARS (B.), La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime, *D.* 2002 p. 381 n°26.

Conclusion du chapitre 2

794. Le contrat d'arbitre est un cocontrat de louage d'ouvrage, qui est en pratique exclusivement conclu à titre onéreux. Le problème de la rémunération de l'arbitre et du paiement de la provision se pose donc avec acuité au moment de la formation ou de l'exécution du contrat d'arbitre. Ce contrat se rattachant à la notion d'investiture, les litiges concernant sa validité ou son exécution relèvent de la compétence juridictionnelle des juridictions étatiques, notamment au sujet des honoraires, de leur fixation, révision ou paiement.

Convention de procédure, la clause d'arbitrage organise l'accès à la justice en soumettant la résolution d'un litige à la compétence arbitrale. Son lien d'interdépendance avec le contrat d'arbitre implique d'admettre que l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre ait une incidence sur la convention d'arbitrage. Ainsi, l'impossibilité de paiement des honoraires des arbitres devrait entraîner la résolution de la convention d'arbitrage. En effet, lorsque l'arbitre refuse de donner son consentement au contrat d'arbitre, le tribunal arbitral n'est pas saisi et les parties ne peuvent saisir la juridiction étatique pour traiter du fond du litige.

795. Le lien qui unit la convention d'arbitrage au contrat d'arbitre, formant un ensemble contractuel indivisible, ayant de ce fait une cause commune, impose, tant au nom de la prohibition du déni de justice qu'en application du droit commun des contrats, de déclarer caduque une convention d'arbitrage ne pouvant être mise en œuvre afin d'une part, de permettre l'accès à la justice étatique des litigants et de garantir ainsi l'état de droit, et d'autre part, de mettre fin à une relation contractuelle devenue inutile, tant juridiquement qu'économiquement. L'arbitrage se trouve-t-il mis à mal par une telle sanction ? Assurément non.

L'hypothèse de départ est celle d'un blocage de cette justice privée, qui, en toute hypothèse, ne saurait jouer son rôle et être mise en œuvre. Cette solution s'impose-t-elle ? Assurément oui car l'État est responsable de l'accès au juge. Certes, l'État français ne doit pas assurer l'accès de toute personne au monde devant les juridictions françaises et le litige doit donc pouvoir être rattaché à notre territoire pour voir la responsabilité de l'État engagée.

Conclusion du titre 1

796. L'arbitrage est une justice à part entière, personne aujourd'hui ne remet en cause ce postulat. Néanmoins, il reste une justice privée et, par-là même, contractuelle. En l'absence de contrat, le recours même à l'arbitrage n'est en principe pas concevable. Dès lors, le problème de l'accès financier à la justice pose le problème de la délicate conciliation entre d'une part, les règles relatives au contrat et parmi elles à sa force obligatoire, et d'autre part, les droits fondamentaux dont l'accès au juge est le tout premier. Dès lors que l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre est due à une impécuniosité d'un litigant, la prohibition du déni de justice doit avoir une incidence sur la convention d'arbitrage. L'arbitrage, du fait de sa composante juridictionnelle, ne saurait souffrir de l'impécuniosité lorsqu'elle induit l'interdiction d'une partie à faire valoir son droit au juge. L'inapplicabilité et l'impécuniosité sont dès lors fortement liées¹.

797. Sur le plan processuel, en l'absence de solution permettant la constitution et l'exécution du contrat d'arbitre conformément aux règles du procès équitable et du droit d'accès au juge, le juge d'appui est dans l'obligation de constater l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage et de renvoyer les parties devant les juridictions étatiques.

798. Sur le plan contractuel, si la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre sont deux contrats indépendants, c'est-à-dire qu'ils répondent à des conditions de validité propres et à un régime spécifique à chacun d'eux, ils forment conjointement un ensemble contractuel indivisible du fait de leur cause commune : l'organisation de l'accès à la justice privée. Si bien que le contrat d'arbitrage devient caduc en l'absence de convention d'arbitrage valable et la convention d'arbitrage doit être déclarée caduque en cas d'impossibilité de formation du contrat d'arbitre.

799. L'arbitrage se résume en un ensemble contractuel complexe ayant un objet unique, à savoir l'accès à la justice. Son accès est prévu entre les parties avant tout litige par la conclusion d'une clause d'arbitrage. Sa mise en œuvre implique quant à elle la conclusion d'un contrat d'arbitre entre d'une part les parties au litige et d'autre part les arbitres. L'impossibilité de formation du contrat d'arbitre entraîne la caducité de la clause compromissoire faute de conserver une cause. Il existe entre le contrat d'arbitre et la convention d'arbitrage un lien d'indivisibilité reposant sur la cause commune qui les lie. L'un ou l'autre n'a aucun intérêt seul. Dès lors, l'impossibilité de formation de l'un, l'inapplicabilité de fait ou de droit ou encore la nullité ont des conséquences nécessaires sur l'autre. Tel est le cas dans l'hypothèse d'impécuniosité d'une des parties empêchant la formation du contrat d'arbitre. Dès lors, la condamnation du déni de justice et le respect du droit d'accès au juge imposent de priver d'effet une clause compromissoire qui aboutirait à bloquer tout accès au juge à un litigant et impose de prononcer la caducité de la clause compromissoire et, à tout le moins, d'infléchir l'effet négatif du principe de compétence-compétence pour s'assurer que l'accès au juge est garanti.

Néanmoins, lorsque la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage est établie, la sanction de caducité peut paraître disproportionnée ou à tout le moins inadaptée. Il convient

¹ Si l'impécuniosité vise le contrat d'arbitre et non la convention d'arbitrage, cette notion en ce qu'elle rend impossible la formation du contrat d'arbitre rejaillit sur la convention d'arbitrage qui devient d'exécution impossible. La convention d'arbitrage devient économiquement nulle car inapplicable puisque l'une des parties ne peut répondre aux prétentions d'honoraires et de frais d'une tierce personne (i.e. l'arbitre ou le centre d'arbitrage). Or, le refus de contracter de cette tierce personne rend sans cause la convention d'arbitrage puisque celle-ci ne peut recevoir effet. Cependant : Pour une analyse de l'impossibilité d'exécution comme cause d'extinction de l'obligation V. LÉGIER (G.), Contrats et obligations, Causes d'extinction des obligations (Fasc. Unique, *Jurisclasseur Civil Code article 1234* n° 31 qui note qu'en droit commun des contrats « De l'exigence d'une impossibilité absolue, il découle que la survenance de l'insolvabilité du débiteur ou la disparition d'éléments d'actifs de son patrimoine ne saurait en elle-même éteindre son obligation ».

de s'interroger sur les possibilités de préserver l'accès à l'arbitrage nonobstant l'impécuniosité d'une partie.

800. « *En effet, l'évolution de la relation contractuelle elle-même, en fonction de son contexte, du comportement du seul débiteur ou des parties, rend parfois la résiliation du contrat, ou son maintien, impossible* »². La prise en compte de cette notion d'intérêt légitime de rompre son contrat transforme celui-ci en évènement évolutif et non totalement intangible. Il permet de considérer qu'à partir d'un certain moment, forcer au maintien de la relation contractuelle n'a plus de sens et si la seconde partie refuse de donner son accord à cette rupture, il convient d'encadrer ce droit de sortir d'une relation contractuelle. « *L'intérêt légitime de résilier un contrat joue parfois un rôle protecteur de la loi des parties. Traditionnellement, bénéficie d'un droit de rompre unilatéralement la convention celui qui subit un dommage évident, direct et irréparable du fait du maintien de la relation contractuelle. La protection des intérêts du créancier suppose ainsi que son cocontractant se voie retirer sa capacité de nuisance* »³.

2 LE BARS (B.), La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime, *D.* 2002 p. 381n° 3.

3 LE BARS (B.), La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime, *D.* 2002 p. 381n° 16.

Titre 2 : Les effets de l'impécuniosité sur la responsabilité des parties à la convention d'arbitrage

801. L'aspect contractuel de l'arbitrage peut permettre d'assurer à la fois un équilibre mais également l'accès à l'arbitre. En effet, là où il y a contrat, la responsabilité contractuelle est applicable, pouvant assurer l'accès à l'arbitrage soit en sanctionnant une attitude fautive de la partie forte, soit en sanctionnant une partie prétendument faible qui invoque le déni de justice à des fins dilatoires ou qui s'abstient sans motif de participer à la procédure arbitrale. Ainsi, dans le cadre de l'exécution de la convention d'arbitrage, la nature du contrat d'arbitre incite à reconnaître l'existence d'une obligation renforcée de collaboration entre les litigants. La nature duale de l'arbitrage réapparaît à ce stade. L'accès à la justice arbitrale implique la mise en œuvre d'un ensemble contractuel complexe : la convention d'arbitrage, le règlement d'arbitrage, dont le renvoi opéré par la clause contractualise ces dispositions, le contrat d'arbitre et le plus souvent le contrat d'organisation de la procédure d'arbitrage en cas d'arbitrage institutionnel.

802. Au stade de la formation et de l'exécution du contrat d'arbitre, la nature de cocontrat du contrat d'arbitre et l'existence d'un ensemble contractuel interdépendant peuvent avoir une incidence. Le cocontrat impose des obligations spécifiques entre les membres d'une partie commune. Or, dans le cadre du contrat d'arbitre, les litigants forment une partie unique. Cette unicité impose à chacune d'elles un devoir de collaboration et de bonne foi renforcée. Ce lien de collaboration qui lie les contractants peut être l'objet d'une convention particulière incluse dans la convention d'arbitrage¹.

Ce devoir de collaboration préexiste au contrat d'arbitre en ce sens qu'il découle de la volonté commune d'avoir recours à l'arbitrage, volonté exprimée dans la convention d'arbitrage. Dès lors, le devoir de collaboration ne se restreint pas à l'exécution du contrat d'arbitre mais s'étend également à sa formation. Monsieur R. Cabrillac a mis en lumière le devoir de collaboration existant sur chacun des membres d'une partie plurale². Ce devoir de collaboration inclut la répartition des frais et honoraires entre les parties afin d'en permettre la bonne exécution. Or, dans le cas d'un déni de justice économique, l'obligation inexécutée est celle du paiement des frais de justice. Dès lors, une fois constatée l'impécuniosité d'une des parties et le non-paiement des honoraires et frais par l'autre partie, on peut envisager la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle afin de permettre l'exécution de la convention d'arbitrage.

En cas de manquement à ce devoir de collaboration, lorsque l'impécuniosité ne concerne que l'une des parties au litige, peut-on modifier la répartition contractuellement conclue ou procéder à une répartition des frais de justice équitable ? En effet, bien que contractuel, l'objet de cette obligation reste le paiement des frais de justice, or, il est admis qu'une répartition inégalitaire puisse avoir lieu à cet égard au nom de l'équité. Ce raisonnement pourrait être valablement transposé en matière d'arbitrage à condition toutefois d'admettre la qualification des frais et honoraires d'arbitrage en frais de justice dont la répartition pourrait être *ab initio* modifiée par le juge³ (Chapitre 1).

803. De la même manière, un blocage abusif de la procédure d'arbitrage devrait engager la

1 V. notamment : C. Cass. Ass. Plén., 26 janv. 2001, n° 99-15.153, D. 2001.631, RTD com. 2001.508, obs. A. Martin-Serf; C. Cass. Com., 20 mars 2001, n° 98-13.961, D. 2001.1245, obs. A. Lienhard ; C. Cass. Com., 27 mars 2001, n° 98-22.828, D.2001.1534, obs. V. Avena-Robardet; C. Cass. Com., 29 mai 2001, n° 96-18.118, D. 2002.1741, note A.-M. Luciani et 2114, obs. M.-N. Jobard-Bachelier; C. Cass. Civ.3e, 6 mars 2002, n° 01-12.751, SNC Bon Puits, Bull. civ. III, n° 54, p. 47 ; RTD civ. 2002.805 obs. Mestre et Fages.

2 V. MESTRE (J.), L'article 1101 du Code civil et la reconnaissance de la notion de contrat conjonctif, RTD civ. 1990 p. 65.

3 La mise en place d'assurance obligatoire juridictionnelle couvrant le risque d'arbitrage pourrait être une de ces voies, ou la mise en place de procédures d'arbitrage simplifiées permettant de réduire les coûts liés à la procédure.

responsabilité de la partie prétendument faible soit en ce qu'elle saisit les juridictions étatiques de manière injustifiée soit parce qu'elle refuse d'exécuter son obligation contractuellement souscrite. Afin d'encadrer la solution et d'éviter de créer un moyen dilatoire, il convient d'analyser les sanctions que le juge peut prononcer contre une partie se prévalant abusivement de sa faiblesse ou se refusant sans justification à souscrire au contrat d'arbitre (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Responsabilité de la partie forte en cas d'impécuniosité

804. Il est possible d'assurer la formation du contrat d'arbitre nonobstant l'impécuniosité d'une partie en se fondant sur le lien d'indivisibilité des contrats et surtout sur le devoir de collaboration dans l'exécution et la mise en œuvre tant de la convention d'arbitrage que du contrat d'arbitre. Des mécanismes d'assurance juridictionnelle pourraient être mis en place pour pallier le « *risque d'arbitrage* » avec les aspects positifs et négatifs que sous-tend une telle possibilité. Nous envisagerons l'accès à l'arbitrage en nous fondant uniquement sur l'aspect contractuel de celui-ci et donc sur les liens contractuels unissant les litigants. Entre les parties au litige, il existe un devoir de collaboration exprès ou tacite afin de fixer l'organisation de leurs rapports au sein du contrat d'arbitre dont ils forment l'une des parties communes. Il existe ainsi, et nécessairement, une obligation de collaboration renforcée dans le cadre de la mise en œuvre de la convention d'arbitrage.

805. La collaboration nécessaire entre les parties permet de répartir les frais d'arbitrage suivant les capacités financières des litigants. Dans cette perspective, il convient de noter que le déni de justice économique provient, non d'un abus dans la fixation du prix de l'arbitrage, mais de l'impécuniosité d'une partie donc de la répartition de ce prix entre litigants. La distinction entre l'obligation au paiement et la charge finale de celui-ci permettrait ainsi d'assurer l'accès au juge tout en préservant la volonté commune d'avoir accès à la justice arbitrale. Outre qu'elle responsabiliserait les parties, elle reposerait sur l'accès contractuel à l'arbitrage d'une part et d'autre part, permettrait de ne pas transformer cette institution en une arme juridictionnelle permettant de priver une partie de tout droit à contestation. Dès lors, elle rétablit deux aspects fondamentaux de la justice arbitrale : son caractère de justice privée et donc choisie et sa base contractuelle issue de la volonté commune des parties.

Si l'impécuniosité concerne les deux parties, en l'absence de réponse adéquate des organisations d'arbitrage ou du tribunal arbitral, le juge étatique est contraint de priver d'effet la convention d'arbitrage et de juger du litige au fond¹. La bonne foi dans l'exécution d'un contrat implique de rendre son exécution possible. Or, l'arbitrage peut être maintenu si l'impécuniosité ne concerne qu'un seul litigant car le déni de justice ne provient pas du montant des honoraires mais de leur répartition et cette répartition peut faire l'objet d'un aménagement entre les litigants. À défaut, ne doit-on pas considérer qu'il s'agit d'un manquement à l'obligation de collaboration qui les lie, une inexécution contractuelle ouvrant droit à réparation ? Il convient donc de rétablir le caractère contractuel de l'arbitrage. La convention d'arbitrage est un contrat qui peut éventuellement avoir contractualisé un règlement d'arbitrage.

806. Pour déterminer le régime contractuel applicable, il convient de déterminer la loi applicable. La qualification de contrat international de la convention d'arbitrage entraîne un conflit de lois. Or, si le droit français a choisi la voie des règles matérielles exclusives de la méthode conflictualiste, la Cour de cassation admet cependant que le choix des parties puisse contrevenir à cette solution. Dès lors, la convention d'arbitrage est rattachée à une loi : soit à la loi française, qui établit un régime vague de validité fondé sur la seule volonté des parties et qui reste donc à définir, soit sur une loi étatique lorsque les parties expriment leur volonté sur ce point. Partant donc du postulat, certes étrange au regard du droit positif, que la convention d'arbitrage est un contrat comme les autres, on peut donc envisager les obligations qu'il comporte et dont fait partie l'obligation de collaboration. Dès lors, il convient de réfléchir à la

¹ En toute hypothèse, l'impécuniosité des deux parties rend la justice arbitrale inadaptée.

possibilité de répartition des frais d'arbitrage, soit sur la base de cette obligation de collaboration, soit sur la base de leur qualification de frais de justice (Section 1).

807. En cas de manquement à cette obligation de collaboration, et afin d'entrevoir des solutions alternatives à la caducité de manière exhaustive, il convient de réfléchir sur la mise en œuvre d'une éventuelle responsabilité contractuelle ou délictuelle d'un des contractants afin de garantir l'accès à l'arbitrage (Section 2).

Section 1: Obligation de collaboration dans l'organisation de l'accès à l'arbitrage

808. Nonobstant le principe de séparabilité de toute loi applicable en droit français, la convention d'arbitrage étant un contrat, il convient de déterminer la loi applicable. Une fois ce préalable levé, il apparaît nécessaire de déterminer si en droit français il est possible de reconnaître une obligation de collaboration entre les parties et d'en déduire une répartition équitable des frais d'arbitrage entre elles. La convention d'arbitrage ne doit pas porter atteinte au droit au juge c'est une évidence. Deux axes de réflexion se dégagent. D'une part, l'ensemble contractuel qui lie les litigants implique nécessairement une obligation de collaboration renforcée qui incite à la répartition inégalitaire mais équitable des frais d'arbitrage. D'autre part, les frais d'arbitrage peuvent être qualifiés de « *frais de justice* », la question est alors de savoir si le fait qu'il s'agisse d'une justice privée ôte tout pouvoir au juge de répartir ses frais de manière équitable afin d'assurer l'accès au juge dans les meilleurs conditions.

Certes, le rattachement de la convention d'arbitrage à la *lex contractus* ne résout pas tous les problèmes de conflits de lois. En effet, en cette matière, l'objet juridictionnel et processuel de l'arbitrage impose de bien définir le domaine de la *lex contractus*. Si la *lex contractus* concerne nécessairement la validité formelle et fond du contrat, elle ne concerne pas sa licéité qui, elle, reste dans la dépendance du for de rattachement de l'arbitrage en ce qu'il appliquera sa conception de l'arbitrabilité. Reste que la *lex contractus* détermine les conditions de formation du contrat et de son exécution, donc son régime en tant que contrat. En conséquence, c'est en fonction de cette loi qu'il faudra rechercher l'éventuel devoir de coopération existant entre les litigants (§1) ainsi que les modalités d'exécution de ce devoir (§2) afin de déterminer s'il est possible d'envisager une répartition inégalitaire des frais d'arbitrage afin d'assurer la formation du contrat d'arbitre sur un fondement contractuel ou juridictionnel.

§1- Reconnaissance d'une obligation de collaboration par la lex contractus

809. En France, la recherche de la *lex contractus* applicable à la convention d'arbitrage est souvent déniée au profit de l'application de règles matérielles (A). Cependant, que l'application de la loi française résulte d'un choix de loi des parties ou de l'application systématique de règles matérielles, rien n'empêche de voir dans le contrat d'arbitrage un devoir de collaboration renforcé entre les parties au regard de son exécution, qui résulte alors soit de règles matérielles propres à l'arbitrage international soit du droit commun des contrats alors déclaré applicable (B).

A- De la *lex contractus* et de la convention d'arbitrage

810. La méthodologie française en matière d'arbitrage peut surprendre. En effet, les règles matérielles sont appliquées de manière impérative dès lors qu'une juridiction française est saisie de la question. Cette solution est bien entendue isolée en droit comparé, qui préfère une solution plus respectueuse de la volonté des parties et de la prévisibilité de la loi applicable (1). Cependant, la Cour de cassation semble faire une avancée vers une solution plus rationnelle mais qui jette le trouble sur la méthode elle-même : en effet, en admettant que des parties puissent renoncer expressément à l'application des règles matérielles françaises, elle leur dénie tout caractère d'ordre public. Bien que nous restions perplexes sur la méthode utilisée, que la Cour de cassation et le droit français continuent d'imposer des règles matérielles impératives ou que ces derniers se dirigent vers la détermination et l'application de la *lex contractus*, la reconnaissance d'un devoir de collaboration est également possible. Dans un cas ce devoir sera applicable en fonction du droit français désigné comme loi du contrat, alors que dans l'autre il sera appliqué dès lors qu'une juridiction française sera saisie du litige (2).

1)- Rattachement à la *lex contractus*

811. Le rattachement de la convention d'arbitrage à une loi est un « *champ de mine légal* »², il faudra déterminer la loi applicable à la capacité des litigants, celle relative à la convention d'arbitrage et à son exécution, celle régissant la procédure d'arbitrage elle-même, celle à laquelle est soumise le contrat principal et enfin celle relative à l'exécution et la reconnaissance de la sentence. Il convient donc d'analyser les différentes lois en application du droit comparé (a) et du droit français (b).

a)- Solutions de droit comparé et de droit conventionnel, comparaison avec le droit français

812. La question de la capacité à contracter diffère suivant les systèmes juridiques qui prennent en compte soit la nationalité du contractant soit son lieu de résidence habituelle³. Les règles de conflits de lois du for saisi sont applicables à cette question. Nous avons vu que la loi de la procédure arbitrale ou *lex arbitri*, étant une question de procédure interne, dépend de la loi du for saisi. Qu'en est-il de la convention d'arbitrage, quelle est la loi applicable ?

813. En droit international des contrats, la volonté joue donc le rôle d'élément de rattachement. La loi applicable à la convention d'arbitrage sera en général la même « *que celle qui régit les droits et obligations des parties en vertu du contrat principal* »⁴. Cette

2 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 59 et s.

3 Convention de New York article V 1 et loi –type article 36 (1) (a) renvoient à la loi applicable. Au sujet de la loi applicable à la convention d'arbitrage : V. English Court of Appeal (civil division), 20 *Company v. The Ministry Of Religious Affairs, Government Of Pakistan*, Before Lord Justice Ward Lord Justice Rix And Lord Justice Moore-Bick; *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 01 janvier 2010 n° 1, p. 159 note G. Cuniberti: « L'article 1031a(2)q(b) de l'Arbitration Act 1996 (en) de la convention de New York »

4 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994

solution est justifiée par les intérêts du commerce international puisqu'elle assure la prévisibilité des solutions et, partant, favorise la conclusion de contrats internationaux en permettant un choix de loi prévisible. Il est admis que « *L'accord sur la loi applicable est efficace* parce que la règle de conflit le prévoit : *la règle de conflit joue à l'égard de l'accord des volontés sur le choix de la loi applicable, le même rôle que l'article 1134 du Code civil à l'égard de la substance du contrat* »⁵. Dès lors, le contrat n'a de force obligatoire qu'à condition d'être « *légalement formé* » au titre de l'article 1134 du Code civil. Le pouvoir de la volonté n'est pas originaire mais dérivé. Messieurs B. Ancel et Y. Lequette soulignent que contracter, ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit.

814. Concernant les conditions de formation de la convention d'arbitrage ou de son exécution, la doctrine considère qu'il y a lieu d'appliquer la loi d'autonomie⁶. Ainsi, des lois différentes auront vocation à s'appliquer : la loi personnelle s'appliquera aux conditions de capacité, les questions de fond relèveront de la loi d'autonomie, tandis que les effets seront régis par la loi du ou des lieux d'exécution. Rien n'empêche de considérer que les règles applicables à la validité de la convention d'arbitrage découlent du principe d'autonomie de la volonté, donc des règles de droit international privé en matière contractuelle⁷.

L'autonomie de la volonté devrait recevoir application et, en conséquence, en l'absence de choix de loi des parties, il convient de déterminer la loi applicable au contrat, solution en droit comparé la plus répandue⁸. L'article IX (1) de la convention de Genève sur l'arbitrage commercial international et l'article V (1) de la convention de New York de 1958 sur la reconnaissance des sentences arbitrales consacrent également cette solution conflictualiste en admettant que l'exécution ou la reconnaissance de la sentence puissent être refusées si la convention d'arbitrage « *n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue* ». En cas de choix des parties d'une loi propre à la convention d'arbitrage, la volonté ainsi exprimée devrait recevoir application⁹. Dès lors, la loi française ne devrait avoir vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où celle-ci correspond à la loi applicable à la convention d'arbitrage.

815. Cependant, le droit français n'envisage pas un conflit de lois en la matière mais raisonne par règles matérielles en excluant tout raisonnement conflictualiste¹⁰ et a donc élaboré des règles substantielles spéciales destinées à régir les conditions de validité de la convention d'arbitrage, solution consacrée dans l'arrêt *Dalico* par la Cour de cassation¹¹. Au regard de la loi applicable à la convention d'arbitrage, la jurisprudence française peut se

p. 63.

5 MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat, Montchrestien, 10 éd. 2010 p. 540 n° 698.

6 Sur la nécessité de déterminer une loi applicable à la convention d'arbitrage : voir note sous CA Paris, 20 janvier 1987, *E.T.A.P.*, *JDI* 1987, p. 954 note Loquin.

7 Sur la loi espagnole relative à l'arbitrage : VERDERA Y TUELLS (E.), La nouvelle loi espagnole sur l'arbitrage (loi n° 60/2003 du 23 décembre 2003), *Gaz. Pal.*, 04 décembre 2004 n° 339 p. 5 : La loi applicable à la convention d'arbitrage est soit « *les règles juridiques choisies par les parties pour la régir, les règles juridiques applicables au fond du litige, ou le droit espagnol* ».

8 BEGUIN (J.), MANJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 p. 866.

9 V. POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002 p. 274 : « *les droit suisse et suédois ont expressément prévu une règle de conflits permettant de désigner le droit applicable à la convention d'arbitrage* ». « *Dans les autres États, le droit applicable à la convention d'arbitrage résulte de la jurisprudence* » (p. 275). Les auteurs indiquent que le droit suisse établit une règle de conflits de lois à coloration matérielle, le droit suédois étant la loi choisie pour le contrat principal à la convention d'arbitrage et à défaut de choix applique la même loi que celle du lieu de la procédure, il en est de même en droit allemand, italien et belge, En Angleterre, le choix de loi est reconnu, à défaut on applique la loi du siège de l'arbitrage.

10 C. Cass. Civ. 1, 4 juillet 1972, *Hecht*, *Rev. Crit. DIP* 1974 p. 82 note P. Level; *JCP* 1971, II, 16927 note B Goldman; *JDI* 1972. 843, note B. Oppetit : Où le défendeur conteste la validité de la convention d'arbitrage par application du droit français, loi applicable au contrat principal.

11 C. Cass. Civ. 1, 20 déc 1993 n° 91-16.828, *Dalico*, *Bull. civ. I*, n° 372 ; *D.* 1994. IR. 13 ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 663 note P. Mayer; *Rev. Arb.* 1994 p. 116 note H. Gaudemet Tallon ; *JDI* 1994.432, note Gaillard et 692, note Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1994.260 note Ph. Fouchard ; *JDI* 1994.690, note Loquin ; *RTD com.* 1994.254, obs. Dubarry et Loquin.

résumer par la reproduction de l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 17 décembre 1991 qui énonce qu'« *en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflit de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international* »¹². Arguant du caractère délocalisé de l'arbitrage et de la non application d'une loi étatique, les juridictions françaises appliquent en fait de manière systématique le droit français¹³.

816. En droit français, la convention d'arbitrage est proclamée « *contrat sans loi* »¹⁴. Il s'agit donc d'une règle matérielle internationale du for, en l'occurrence appliquée de manière impérative devant les juridictions françaises. Cette hypothèse n'est pas, selon Messieurs P. Mayer et V. Heuzé, « *théoriquement inconcevable* », mais signifie que « *la règle de droit international privé du for accepte de conférer elle-même aux clauses convenues un caractère obligatoire* »¹⁵. Bien que proclamé détaché de tout rattachement à une loi étatique, le contrat n'est pas sans loi puisque, pour admettre qu'il le soit, il convient de se référer à une loi étatique lui conférant une telle possibilité. Il faut et il suffit de se référer à la volonté des parties sur le droit applicable. C'est d'ailleurs ce raisonnement que traduit le règlement Rome I au regard du choix de loi applicable.

Il est donc impropre de parler de « *contrat sans loi* » ou d'affirmer qu'une convention d'arbitrage n'est soumise à aucune loi étatique puisque la validité du choix d'absence de loi résulte précisément de l'application de la loi française, même si cette loi n'a d'autre fonction que de donner effet à la « *volonté commune des parties* », affirmée ou présumée, de ne soumettre leur contrat à aucune loi étatique au fond.

817. L'application du droit français relatif au régime contractuel de la convention d'arbitrage est large puisqu'elle ne résulte pas d'un choix des parties mais d'une saisine des juridictions françaises dès lors que l'arbitrage est qualifié d'international. Or, l'arrêt *INSERM* de la Cour de cassation en date du 26 janvier 2011 revient sur la distinction entre l'arbitrage interne et international¹⁶. L'internationalité de l'arbitrage ne se définit pas en fonction de l'arbitrage lui-même. En conséquence, la nationalité des parties, litigants ou arbitres, et le siège de l'arbitrage sont notamment indifférents¹⁷. L'internationalité de l'arbitrage se détermine en fonction de l'objet du litige qui lui est soumis, bien que l'internationalité d'un litige devant les juridictions de droit commun s'entende plus restrictivement. Pour être qualifié d'international, l'objet du litige soumis à l'arbitrage doit porter sur une opération « *qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État* ». Cette notion est particulièrement extensive car il faut et il suffit que l'opération litigieuse implique potentiellement des mouvements de fonds¹⁸.

Dès lors, il existe une dissociation potentielle entre le caractère international d'un

12 CA Paris, 17 déc. 1991, *Rev. Arb.* 1993.281, note H. Synvet ; CA Paris, 7 déc. 1994, *Jaguar*, *RTD com.* 1995 p. 401 obs. Bubarry et Loquin ; V. aussi C. Cass. Civ. 1, 20 déc. 1993 n° 91-16.828, *Dalico*, *Bull. civ. I*, n° 372 ; *D.* 1994. IR. 13 ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 663 note P. Mayer ; *Rev. Arb.* 1994 p. 116 note H. Gaudemet Tallon ; *JDI* 1994. 432, note Gaillard et 692, note Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1994, 260 note Ph. Fouchard ; *JDI* 1994.690, note Loquin ; *RTD com.* 1994. 254, obs. Dubarry et Loquin.

13 BEGUIN (J.), MANJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 p. 876 n° 2472.

14 V. sur l'éviction de la méthode conflictualiste en droit de l'arbitrage international : GUEZ (PH.), *L'élection de for en droit international privé*, Thèse Paris X, Nanterre, 1992 spéc. n°277 et s.

15 MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat, Montchrestien, 10 éd. 2010 p. 544 n° 702.

16 La dissociation en droit français entre la compétence au regard du litige et la compétence en matière d'arbitrage est poussée à l'extrême puisque l'internationalité d'un litige et l'internationalité de l'arbitrage ne s'entend pas de la même manière. Dès lors un litige peut être interne à l'ordre juridique français ou à l'ordre juridique étranger mais relever de l'arbitrage international français.

17 V. notamment : C. Cass. Civ. 1re, 13 mars 2007, *Société Chefaro*, *Bull. civ. I*, n° 102, n° 04-10.970 (n° 406 FS-P+B+I) ; *Rev. Arb.* 2007. 500, note Jaeger ; *Rev. crit. DIP* 2007.455, note D. Bureau ; *D.* 2007. AJ. 949, obs. X. Delpech.

18 DELPECH (X.), Critère de l'arbitrage international : définition économique, à propos de l'arrêt rendu par Cour de cassation, 1re civ. 26 janvier 2011 n° 09-10.198 (n° 71 FS-P+B+I), *D.* 2011 p. 312.

litige, qui met en œuvre les règles de compétence internationale, et le caractère international de la convention d'arbitrage, qui déclenche l'application du droit matériel de l'arbitrage international et non du droit de l'arbitrage interne. Ainsi, un litige interne quant aux compétences juridictionnelles sera qualifié d'international quant aux règles de fond applicables. L'inverse peut également se rencontrer, puisqu'un litige peut être international quant aux compétences étatiques bien que l'objet du litige soit interne à un état¹⁹.

b)- Solution du droit français : un pas vers une solution plus rationnelle ?

818. Par un arrêt en date du 30 mars 2004²⁰, la Cour de cassation adopte une solution plus que surprenante au regard de la loi applicable à la convention d'arbitrage. En l'occurrence, une partie invoque l'application de la loi russe comme loi applicable au contrat, la législation russe étant moins permissive, s'il y a lieu de le préciser, que les règles matérielles françaises. Cette loi était celle applicable car choisie au contrat principal. Or, la haute juridiction écarte cette loi au profit des règles matérielles françaises jugées préférables. Pas de recherche de loi applicable en matière de convention d'arbitrage, la seule loi devant s'appliquer est la loi française. Bien entendu la formule reste la même, la clause ne saurait être soumise à « aucune loi étatique » (à l'exception de celle française cependant). « *Le principe d'efficacité de la clause compromissoire est ainsi fondé sur l'autonomie de cette clause par rapport aux lois susceptibles de fonder la nullité de la clause et sur sa soumission aux règles françaises qui en assurent la validité* »²¹.

819. Que la convention d'arbitrage soit autonome du contrat qui la contient peut se justifier, d'une part par sa nature particulière, convention de procédure, et d'autre part pour une raison pratique, celle de garantir la validité de la clause en cas de contestation de la validité du contrat principal qui la contient. Que cette autonomie de la convention d'arbitrage au regard du contrat qui la contient entraîne celle de la loi applicable est en revanche beaucoup plus discutable, surtout lorsque la solution se fonde sur la volonté des parties. Il paraît en effet étrange, à tout le moins très éloigné des solutions admises en matière de contrats internationaux, que le choix d'une loi applicable au contrat principal ne puisse pas valoir également pour la convention d'arbitrage ayant pour support le même *instrumentum*. En effet, en principe, si le dépeçage des parties au regard de la loi applicable est admis et licite, en l'absence de précision, le choix exprès d'une loi devrait valoir pour l'ensemble des dispositions d'un contrat, y compris lorsque celles-ci forment des ensembles dissociables et autonomes.

Or, en matière de convention d'arbitrage, la solution inverse semble s'être imposée sans réelle justification, sauf à permettre une application des règles matérielles françaises. Si le choix de loi ne précise pas que celui-ci s'étend à la convention d'arbitrage²², le droit français considère qu'il y a alors lieu d'appliquer les règles matérielles françaises, à savoir une absence de règles matérielles, par application du principe d'autonomie au regard de toute loi étatique et, sur le fondement, affirmé plus que démontré, de la volonté commune des parties²³.

19 En outre, le juge d'appui peut être saisi d'un arbitrage interne à un ordre juridique étranger ou dénué de toute compétence internationale alors même que le litige est interne à l'ordre juridique français.

20 V. LOQUIN (E.), Les parties peuvent-elles écarter l'application des règles matérielles françaises de validité de la clause compromissoire internationale en soumettant expressément la clause à une loi étatique étrangère ? (Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*) RTD com. 2004 p. 443.

21 ANCEL (J.-P.), L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, *Trav. comité fr. DIP* 1991-1992.81.

22 V. CA Paris, 25 janv. 1972, *Rev. Arb.* 1973. 158 note P. Fouchard ; C. Cass. Civ. 1, 4 juillet 1972, *Hecht*, *Rev. Crit. DIP* 1974 p. 82 note P. Level; *JCP* 1971.II.16927 note B Goldman; *JDI* 1972. 843, note B. Oppetit (permettant ainsi d'admettre la validité de la clause compromissoire qui aurait été exclue en application du droit désigné, à savoir en l'occurrence le droit français).

23 MOREAU (B.), Arbitrage international, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2009 (2011) n° 24 et s.

820. Cependant, dans l'attendu de l'arrêt en date du 30 mars 2004²⁴, la Cour de cassation ajoute que « *la Cour d'appel n'avait pas à rechercher les conséquences de la loi russe au litige, dès lors que les parties n'avaient pas soumis la validité et les effets de leur convention d'arbitrage à cette loi, ni même à aucune loi déterminée* »²⁵. On ne peut que se féliciter du respect de la « *commune volonté des parties* » enfin retrouvé. Le contrat d'arbitrage ne serait donc pas complètement exclu des règles de droit international privé !

Lorsque les parties l'expriment expressément, la *lex fori* s'évince au profit d'une solution plus internationaliste²⁶. L'application d'une loi étatique, autre que celle française, n'est donc pas exclue. Cela va de soi puisque la solution inverse serait revenue à considérer que le choix de la loi russe serait la manifestation de la commune volonté des parties de voir s'appliquer les règles matérielles françaises relatives à l'arbitrage international. Cette solution absurde ne peut donc être retenue, d'autant que le principe de validité est fondé sur la « *commune volonté des parties* ». Le principe d'autonomie a lieu de s'appliquer.

Or, au regard de cette jurisprudence, l'application impérative des règles matérielles françaises sans détour par la règle de conflit de lois applicable au contrat, paraît d'autant moins justifiée, et oserons-nous dire, justifiable.

821. Ainsi, selon Monsieur E. Loquin « *L'existence de règles matérielles internationales posées par l'ordre juridique français pour fonder la validité des clauses compromissoires est exclusive de tout usage de la méthode des conflits de lois. La règle matérielle française de validité est applicable du seul fait que l'arbitrage est international et que les effets de la convention d'arbitrage doivent être opposés dans l'ordre juridique français [...] Tel est toujours le propre des règles matérielles internationales appliquées unilatéralement par un État aux relations internationales* »²⁷. Selon lui, « *C'est toute l'unité et la rationalité de la théorie des règles matérielles qui est ainsi atteinte* ».

822. C'est sur ce point que nous ne rejoignons pas cette analyse. En effet, s'il est vrai que cette solution heurte de front le droit positif français en matière d'arbitrage international, elle semble en revanche respectueuse de la méthodologie, à tout le moins théorique, des règles matérielles. Il est admis qu'en théorie rien ne justifie d'appliquer les règles matérielles sans détour préalable par la méthode conflictuelle. Il est vrai qu'en droit français de l'arbitrage international, la jurisprudence prend le parti inverse et transforme les règles matérielles en lois d'application immédiate ayant pour champ d'application le domaine des relations internationales en matière d'arbitrage.

Néanmoins, la fonction des règles matérielles n'est pas en principe d'écarter tout conflit de lois mais de prévoir des dispositions substantielles plus adaptées à l'ordre international que ne le sont celles prévues en droit interne lorsque celui-ci est désigné comme le droit applicable. En théorie, donc, rien ne justifie cette solution peu internationaliste qui

24 V. LOQUIN (E.), Les parties peuvent-elles écarter l'application des règles matérielles françaises de validité de la clause compromissoire internationale en soumettant expressément la clause à une loi étatique étrangère ? (Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*) *RTD com.* 2004 p. 443.

25 Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*, Bull. civ. I, n° 95 p. 77 ; *RTD com.* 2004 p. 443 Éric Loquin ; *Rev. Arb.* 2005. 959, note C. Seraglini ; *JCP E* 2004, p. 1640, note Chabot ; Panou (Ch.), *Le consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Préf. V. Heuzé, Tome 32 BIRJS éd. 2011 n° 250 *in fine*.

26 V. en ce sens : LOQUIN (E.), Les parties peuvent-elles écarter l'application des règles matérielles françaises de validité de la clause compromissoire internationale en soumettant expressément la clause à une loi étatique étrangère ? (Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*) *RTD com.* 2004 p. 443 : « *L'arrêt commenté admet a contrario que si la loi russe avait bien été choisie par les parties pour régir la convention d'arbitrage, elle aurait été applicable et aurait écarté la règle matérielle de validité* ».

27 LOQUIN (E.), Les parties peuvent-elles écarter l'application des règles matérielles françaises de validité de la clause compromissoire internationale en soumettant expressément la clause à une loi étatique étrangère ? (Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*) *RTD com.* 2004 p. 443 ; Pour une analyse de la loi applicable à la clause d'arbitrage et leur qualification en loi d'application immédiate V. PANOU (Ch.), *Le consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Préf. V. Heuzé, Tome 32 BIRJS éd. 2011 n° 247.

visé à imposer les règles matérielles françaises sans détour par les règles de conflits de lois, sauf à considérer que les dispositions en matière d'arbitrage international sont des « *dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* »²⁸. Les « règles matérielles d'application immédiate » propres à l'arbitrage international représentent « *des cas d'application d'une technique de droit international privé particulière, celle des règles matérielles de droit international privé doublées d'un critère d'applicabilité en vertu duquel elles seront appliquées, par les tribunaux français, à tous les litiges « internationaux » dont ils seront saisis* »²⁹.

823. Une règle matérielle étrangère ne sera appliquée par le juge du for qu'à la condition nécessaire qu'elle corresponde également à la *lex contractus*. Dès lors, il semble donc exister en droit français une dissociation du régime entre les règles matérielles françaises, appliquées de manière systématique, et celles étrangères appliquées en tant que *lex contractus*. Cette méthode est donc unilatéraliste et impérative : la loi française s'applique impérativement dès lors qu'une disposition matérielle existe, à l'exclusion de toute autre loi. Mais, en l'absence de disposition matérielle française, les règles de conflit recouvrent leur droit. Certains auteurs voient dans ce mécanisme un ordre public inversé « *en cas de contradiction entre certaines prohibitions résultant de dispositions du droit interne et les intérêts du commerce international* »³⁰. Or, la qualification de lois de police est exclusive de toute possibilité pour les parties d'écarter son application. Peu importe le droit applicable au contrat, le juge du for est dans l'obligation d'appliquer les lois de police du for. Précisément, alors que d'un côté, la Cour de cassation impose l'application systématique du principe de validité dès lors que les contrats sont de la compétence internationale du juge français, elle permet d'un autre côté aux parties d'écarter la loi française au profit de la loi choisie. En conséquence, ces solutions deviennent inconciliables.

824. Dès lors, l'application systématique de la loi française ne se justifie qu'à condition de considérer qu'il s'agit d'une loi de police³¹. Or, cette qualification est exclusive d'une dérogation contractuelle au profit de l'application d'une autre loi. Il faut donc choisir. S'agit-il d'une règle matérielle ne devant s'appliquer que lorsque la loi française est la *lex contractus* ou d'une loi d'application immédiate ? Il paraît impossible de ne pas donner effet à la volonté de choix de loi des parties clairement exprimée, particulièrement si la solution du principe de validité se fonde sur leur commune intention. Dès lors, l'application systématique de règles matérielles françaises peut porter à caution.

Néanmoins, peu importe le devenir de cette méthodologie. L'existence d'un devoir de collaboration peut en effet résulter de l'application d'une loi désignée, soit par un retour à la méthode conflictualiste emportant l'application généralisée de la *lex contractus*, soit par un choix de loi spécifique exprimé par les parties et portant directement sur la convention d'arbitrage, soit enfin par l'application des règles matérielles françaises dont le contenu reste *in fine* à définir.

28 cf. CJUE, 23 nov. 1999, *Arblade*, Rec. CJUE p. I-08453.

29 KINSCH (P.), L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel, *Rev. Crit. DIP* 2003 p. 403 n° 20.

30 JACQUET (J.-M.), *Contrats, Répertoire de droit international*, Dalloz, 1998 (2010) n° 210 et s. « Ordre public et juge du contrat » spéc. n° 216.

31 V. pour une analyse des lois de police et leurs critères d'identification : PATAUT (Et.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions, (étude de droit international privé)*, Préf. P. Lagarde, Bibliothèque de droit privé tome 298, LGDJ 1999 p. 47 et pour leur rattachement à la méthode unilatéraliste p. 61 et s.

2)- Obligation de collaboration renforcée en droit français

825. Le droit français fait preuve d'un très grand libéralisme en matière d'arbitrage international. En application de la jurisprudence française consacrée légalement, l'engagement à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais à une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage, règle fondée sur la volonté commune des parties³². La règle de l'autonomie de la convention d'arbitrage³³ ainsi que l'arbitrabilité sont expressément qualifiées de « *règle[s] matérielle[s] du droit de l'arbitrage international* ».

Le droit français admet notamment qu'une convention d'arbitrage soit opposable à une personne qui ne l'a pas signée³⁴ ou qu'elle soit valable y compris lorsqu'elle est pathologique³⁵. Le principe d'autonomie en droit français implique, selon la règle matérielle française, que ni la nullité, ni même l'inexistence du contrat qui contient la convention d'arbitrage, n'affectent la validité de la clause³⁶. Le principe de compétence-compétence, qualifié de règle matérielle du droit de l'arbitrage international³⁷, s'applique désormais même dans l'hypothèse précontractuelle voire dans l'hypothèse de l'inexistence de la convention d'arbitrage elle-même³⁸. L'ensemble de ces principes et solutions d'origine jurisprudentielle a été codifié par le décret du 13 janvier 2011³⁹.

826. Après avoir considéré que la convention d'arbitrage n'était soumise à aucune loi, la Cour de cassation a été dans l'obligation de définir un régime minimum en cas de litige entre les parties à cette question. Solution étrange qui consiste à balayer d'une main un régime contractuel établi pour construire au cas par cas des règles dérogatoires ou non du droit commun, car en matière de convention d'arbitrage comme pour tout autre contrat, l'absence de toute règle n'est pas concevable.

Certes, concernant la validité de la convention, la Cour de cassation a adopté, somme toute, un régime aussi sommaire que clair : la convention d'arbitrage est valable. En revanche, son régime reste à construire, tout comme les obligations à la charge des parties contenues en son sein. Dès lors, il convient dans un premier temps d'analyser la possibilité de

32 Appréciation de l'engagement d'une société à l'arbitrage : les règles matérielles chassent les conflits de lois, *Dalloz actualité* 20 juillet 2009.

33 C. Cass. Civ. I, 20 déc. 1993 n° 91-16.828, *Dalico*, Bull. civ. I, n° 372 ; *D.* 1994. IR. 13 ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 663 note P. Mayer ; *Rev. Arb.* 1994 p. 116 note H. Gaudemet Tallon ; *JDI* 1994. 432, note Gaillard et 692, note Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1994.260 note Ph. Fouchard ; *JDI* 1994.690, note Loquin ; *RTD com.* 1994. 254, obs. Dubarry et Loquin ; Cass. Ire civ., 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*, Bull. civ. I, n° 95 p. 77 ; *RTD com.* 2004 p. 443 note Éric Loquin ; *Rev. Arb.* 2005.959, note C. Seraglini ; *JCP E* 2004 p. 1640, note Chabot ; PANOU (Ch.), *Le consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Préf. V. Heuzé, Tome 32 BIRJS éd. 2011 n° 250 *in fine*.

34 C. Cass. Civ. I, 27 mars 2007, n° 04-20.842, Bull. civ. I, n° 129 ; *D.* 2007. AJ. 1086, obs. X. Delpech, et Jur. 2077, note S. Bollée ; *JDI* 2007. 968, note C. Legros ; *LPA* 2007, n° 192, note F. Parsy ; *JCP* 2007. II. 10118, note C. Golhen ; *JCP* 2007. I. 168, § 11, obs. C. Seraglini, et 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 21-22 nov. 2007, note F.-X. Train.

35 LOQUIN (E.), De la contradiction non manifeste résultant de la présence dans un même contrat d'une clause compromissoire et d'une clause attributive de compétence à une juridiction étatique (Cass. 2e civ., 18 déc. 2003, *SCI La Chartreuse et autres c. Th. Cavagna et autres*, *D.* 2004, IR p. 321), *RTD com.* 2004 p. 255 ; La contradiction entre une clause d'arbitrage et une clause attributive de compétence ne remet pas en cause la priorité de la compétence arbitrale. Arrêt rendu par C. Cass. Civ. 2e, 18 décembre 2003 *SCI La Chartreuse*, n° 02-13.410 (n° 1774 FS-P+B) *D.* 2004, IR p. 321 ; *D.* 2004 p. 321, *JCP G Semaine juridique* n° 20, 12/ 05/2004, p. 902 note Noblot ; *Deffrénois*, 2004.990 note R. Libchaber ; *RTD com.* 2004 p. 255 Éric Loquin ; CA Paris, (1 ch. C.), 7 févr. 2002, *SA Alfac c. Société Irmac Importacao*, *Rev. Arb.* 2002.413, note Fouchard, *RTD com.* 2002 p. 659 E. Loquin.

36 DELPECH (X.), Approfondissement du principe de l'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international, *Dalloz actualité* 5 août 2006.

37 C. Cass. Civ. 2e civ., 4 avr. 2002, Bull. civ. II, n° 68 ; *D.* 2003, Jur. p. 1117, note L. Degos ; *Rev. Arb.* 2003 p. 103, note Ph. Didier.

38 CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, juin 2006 - octobre 2007, *D.* 2008 p. 180 : à propos de l'arrêt de la Civ. Ire, 28 nov. 2006, n° 05-10.464, *Société So Good International Ltd*, où la cour d'appel avait considéré que le contrat n'ayant jamais été formé, la clause compromissoire ne pouvait trouver effet. Or, cet arrêt est cassé au visa suivant : « *Vu le principe de compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence* ». En l'espèce ce qui était invoqué était l'inexistence de la clause compromissoire elle-même ; comme le relève Th. Clay « *Une chose est en effet de permettre à l'arbitre de statuer prioritairement sur sa compétence lorsque le contrat qui contient la clause est nul ou inexistant, afin d'éviter que l'invocation de l'un de ces deux griefs ne puisse paralyser le recours à l'arbitrage. Autre chose est d'investir l'arbitre du pouvoir de statuer sur sa compétence, alors que le contrat n'est pas seulement affecté d'un vice même rédhibitoire, mais n'a jamais été formé [...]. A trop forcer le consentement des parties, on risque de pervertir l'arbitrage* ».

39 Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO du 14 janv. 2011.

reconnaissance d'un devoir de collaboration dans la mise en œuvre de la convention d'arbitrage, notamment au regard du contrat de collaboration qui lie les parties dans le cadre de leur qualité de partie commune au contrat d'arbitrage, pour définir le contenu d'une telle obligation.

827. Que la loi française s'applique dans les dispositions de droit commun des contrats ou au nom de principe de validité, rien n'empêche de conclure à l'existence d'un devoir de collaboration renforcé entre les parties découlant de la convention d'arbitrage. Comme tout contrat, la convention d'arbitrage appelle un régime juridique. Donner seul effet à la volonté des parties n'aurait d'intérêt que dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage détaillerait son régime complètement. En l'occurrence, en règle générale, la volonté des parties quant au régime de la convention se restreint à une clause sommaire contenue dans un contrat principal qui ne contient aucun aspect du régime juridique pouvant lui être appliqué. Néanmoins, dans l'hypothèse où les parties organisent formellement leur collaboration, le devoir de collaboration renforcé persiste du fait de la nature même des relations qui lient les litigants dans l'exécution de la convention d'arbitrage.

Selon Monsieur J. Ghestin⁴⁰, le contrat est source de droit et obligations du fait de la volonté des contractants. Le fondement de la force obligatoire du contrat réside donc en la rencontre des volontés. La volonté passée ne saurait, à elle seule, suffire à justifier cette force obligatoire en assurant une prévalence sur la volonté présente. Dès lors, cette volonté passée n'a d'effet obligatoire que par le soutien de la loi, qui impose le respect de la parole donnée dans le respect des normes supérieures. Le contrat est donc encadré par des normes supérieures, la liberté contractuelle limitée par la considération de l'utilité sociale du contrat et de la justice contractuelle⁴¹.

828. Dans le cadre de l'exécution de la convention d'arbitrage, « *la bonne foi contractuelle peut être exigeante et conduire en certains cas à faire du contrat un instrument actif de collaboration* »⁴². La jurisprudence reconnaît de plus en plus un devoir de coopération dans l'exécution des rapports contractuels entre les parties obligeant chacune d'entre elles à prendre en considération l'intérêt de son cocontractant⁴³. Il existe notamment une obligation de faciliter l'exécution du contrat par son cocontractant⁴⁴. Ainsi, le fait de rendre plus difficile ou impossible l'exécution de l'obligation du cocontractant est contraire à la loyauté contractuelle et, à ce titre, constitue une faute⁴⁵. « *À la différence de la bonne foi qui est réclamée surtout au débiteur, l'obligation de collaboration est à double sens, postulant la solidarité des deux parties pour parvenir au bon accomplissement de leur engagement* »⁴⁶.

829. Par ailleurs, le principe de bonne foi et de coopération entre les parties induit une exigence de proportionnalité. « *A défaut de principe général de proportionnalité, il en existe des manifestations s'imposant, non seulement au créancier qui ne saurait exiger un engagement manifestement disproportionné de son débiteur, mais aussi à ce dernier, tenu de mettre en œuvre des moyens proportionnés à l'attente du créancier pour réaliser à bien sa mission* »⁴⁷. Mais surtout, il est demandé aux contractants de faire prévaloir l'esprit du contrat

40 V. en ce sens : GHESTIN (J.), La notion de contrat, *D.* 1990 p. 147.

41 V. en ce sens : GHESTIN (J.), La notion de contrat, *D.* 1990 p. 147.

42 MESTRE (J.), L'obligation d'agir au mieux des intérêts de son cocontractant, *RTD civ.* 1997 p. 425.

43 V. article 1 : 202 des Principes du droit européen du contrat : « *chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet* » ; V. aussi : BAZIN (E.), Absence de mise en garde en cas de déloyauté de l'emprunteur, *D.* 2008 p. 256.

44 MESTRE (J.), Une exécution qui, pour sa part, continue à être placée sous le sceau de la bonne foi..., *RTD civ.* 1999 p. 390.

45 V. par exemple article L. 143-4 du Code de commerce : « *Le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter le mandat* » ; Article L. 533-4 du Code monétaire et financier : qui oblige à « *se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché* ».

46 STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil des obligations 2. Contrat*, Litec 6 éd. 1998 p. 481.

47 LE TOURNEAU (Ph.), POUMAREDE (M.), *Bonne foi, Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009 n° 89.

sur sa lettre⁴⁸. Ainsi, « Cette question, qui n'est pas sans lien avec celle de la révision pour imprévision, implique que la lettre du contrat ne saurait constituer pour le créancier un socle intangible sur lequel il pourrait puiser une sorte de droit à la passivité, au risque de faire naître une certaine insécurité. Au contraire, il doit être actif en s'échappant, si besoin, des termes initiaux du contrat »⁴⁹.

830. La convention d'arbitrage est un contrat d'intérêt commun pour les litigants. En effet, elle est conclue pour organiser leur accès commun à la justice arbitrale. Elle implique la conclusion d'un contrat d'arbitre au sein duquel les litigants forment une partie unique. Dès lors, leur collaboration est essentielle à la bonne exécution de la convention d'arbitrage. En conséquence, un devoir de coopération renforcé existe⁵⁰. Cette obligation de collaboration renforcée découle tant de l'exécution de la convention d'arbitrage que de la nature de cocontrat du contrat d'arbitre puisque « la naissance ou le maintien des engagements de chacun peut être subordonné à la présence des autres participants ; la réalisation d'une prestation en commun oblige les membres d'une partie plurale à collaborer et à ne pas se nuire ; la coparticipation sera requise dès lors que la pluralité ne débouche pas sur la création d'un groupement avec personnalité morale. Bref, pour résumer, engagements distincts, soit, mais nombreuses interférences, voire interactions »⁵¹. Le contrat d'arbitre est un contrat innommé dans lequel l'une des parties est formée par les litigants⁵². Il existe donc de manière tacite ou expresse une obligation renforcée de collaboration entre les litigants dès lors qu'une convention d'arbitrage est applicable et qu'un litige naît entre ces litigants.

831. Plus restrictivement, il convient donc d'analyser l'incidence de ce devoir de collaboration renforcé sur la répartition *inter partes* de la charge des honoraires dus au titre du contrat d'arbitre. En effet, par hypothèse, la question du déni de justice économique ne concerne pas la fixation des honoraires mais leur répartition entre les litigants. Si aucun des litigants ne peut assumer la charge financière d'une telle procédure, il convient d'avoir recours à la juridiction étatique en privant d'effet la convention d'arbitrage, celle-ci étant de toute évidence inadaptée. La situation de déni de justice économique vise donc les modalités de répartition de la charge des frais et honoraires entre eux et les modalités de mise en œuvre de la convention d'arbitrage.

832. La qualité des litigants de partie commune aux contrats d'arbitres implique un devoir de coopération mais pas d'égalité dans l'exécution du contrat. Cette obligation de collaboration étend nécessairement ses effets à la formation du contrat d'arbitre, sous peine de lui ôter tout intérêt. Elle résulte de l'engagement commun de conclure le contrat d'arbitre pris lors du consentement à la convention d'arbitrage. Or, ce contrat d'arbitre est un cocontrat où les parties au contrat principal forment une partie commune, il a pour but d'organiser l'accès à la justice conjointement. La convention d'arbitrage visée est donc un avant-contrat prévoyant la conclusion d'un cocontrat et, à ce titre, peut valablement recevoir la qualification de contrat d'intérêt commun.

833. Il est établi que, dans ce cadre, les membres d'une partie commune doivent exécuter le contrat de bonne foi et notamment qu'il existe une sorte de solidarité entre elles dans la mise en œuvre dudit contrat. Rien n'empêche une partie de prendre en charge une part plus

48 V. LE TOURNEAU (Ph.), POUmarede (M.), Bonne foi, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009 n° 92 et s. : « l'esprit du contrat doit prévaloir sur sa lettre lorsque le respect de la loyauté contractuelle l'exige » (n° 92).

49 LE TOURNEAU (Ph.), POUmarede (M.), Bonne foi, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009 n° 93.

50 LE TOURNEAU (Ph.), POUmarede (M.), Bonne foi, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009.

51 MESTRE (J.), FAGES (B.), Co... et Cie, *RTD civ.* 2002 p. 805.

52 V. pour une qualification de contrat « *sui generis* » et à titre onéreux : MOREAU (B.), Arbitrage commercial, *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2004 (2011) n° 169.

importante de la rémunération devant être versée aux arbitres, la qualification de partie commune y invite même. Les modalités d'un règlement d'arbitrage n'ont aucune incidence sur ce point puisque ce dernier vise la responsabilité contractuelle de chaque membre de cette partie commune au regard des arbitres et non les modalités contractuelles régissant les rapports entre les membres de cette partie commune. Dès lors, chaque partie est tenue au paiement des honoraires envers les arbitres de façon égalitaire en principe, mais rien n'empêche de procéder entre elles à une répartition différente.

Il convient de distinguer soigneusement la charge finale des honoraires et la responsabilité au regard des tiers. En d'autres termes, il convient de dissocier l'obligation au paiement qu'ont les litigants au regard des arbitres et/ou du centre d'arbitrage d'une part, et la charge de cette obligation entre les parties d'autre part.

834. Partant du constat qu'il n'existe pas en droit français de règle matérielle propre au régime contractuel de la convention d'arbitrage, à l'exception du principe de validité, notre réflexion sera donc entièrement basée sur le droit commun. Il convient dès lors de distinguer le contrat de collaboration du devoir de collaboration. Le devoir de collaboration implique un certain comportement des parties et s'exerce donc en dehors de l'intervention judiciaire.

Saisi sur le fondement de l'article 23.1 du règlement CCI, dans la sentence rendue le 10 août 1998 dans l'affaire CCI n° 9667⁵³, l'arbitre, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, accueille la demande de résolution de la clause d'arbitrage en relevant que « *le refus de la défenderesse d'effectuer l'avance des frais qu'il lui appartient de verser pour que puissent être tranchées toutes les conclusions de la demanderesse constitue la violation d'une obligation essentielle justifiant que soit résolue la clause d'arbitrage liant les parties* ». L'arbitre considère donc que le litige relatif au paiement de la provision relève de la convention d'arbitrage. Selon lui, la convention d'arbitrage est un contrat synallagmatique conformément à l'article 1184 du Code civil. Les parties renoncent « *à la juridiction des tribunaux ordinaires, pour confier la résolution de leur litige à un tribunal arbitral de leur choix* » en s'obligeant « *à mettre tout en œuvre pour que la procédure arbitrale puisse se nouer et se dérouler de manière à obtenir un résultat comparable en qualité à celui d'une juridiction ordinaire* » impliquant « *d'exécuter toutes les mesures de procédure ordonnées par le tribunal arbitral* » notamment « *assumer les frais de procédure* ».

835. Le non-paiement par le défendeur de sa part de provision comportait, selon le tribunal arbitral « *des conséquences capitales, puisque [ces manœuvres] paralys[ai]ent toutes les possibilités de reconnaissance des droits de la demanderesse (par ailleurs) en difficulté financière en raison de la violation d'autres obligations contractuelles par la partie adverse* ». Selon Monsieur D. Hascher⁵⁴, « *la solution de l'arbitre est donc conforme à la fois au droit de l'arbitrage et au droit d'accès à la justice* ». Cette solution est capitale en ce qu'elle induit une incidence du non-paiement des honoraires du contrat d'arbitre sur la convention d'arbitrage elle-même. Cela étant, elle se situe dans l'hypothèse où la partie qui se refuse à payer le montant demandé n'était pas celle subissant des difficultés financières. Elle reste néanmoins une illustration que la responsabilisation des parties ne nuit pas à l'arbitrage, le non-paiement des honoraires ne pouvant être un obstacle à l'accès au juge.

* *
*

53 Sentence CCI, 10 août 1998, n° 9667, *Rev. Arb.* 2002. 1009, *JDI*, 2000.1096 obs. D. Hascher.

54 Sentence, 10 août 1998, affaire CCI n° 9667, *JDI*, 2000.1096 obs. D. Hascher.

836. La convention d'arbitrage est un contrat qui devrait en principe être régi par la *lex contractus* déterminée conformément à la méthode internationaliste. Telle est d'ailleurs la solution retenue en droit comparé. Néanmoins, le droit français en matière d'arbitrage international adopte une méthodologie spécifique : celle des règles matérielles impératives. Cette méthodologie consiste à créer des règles matérielles propres à la convention d'arbitrage afin de détacher son régime du droit des contrats français normalement applicable et jugé inapproprié à ce rapport de droit.

Si en principe, la méthodologie des règles matérielles ne s'oppose en rien à l'application de la recherche de la *lex contractus* conformément à la volonté des parties, le droit français considère en l'occurrence ces règles matérielles comme impératives. Ces règles doivent recevoir application au même titre que des lois de police. Les juridictions françaises les appliquent donc à l'exclusion de toute autre loi. Si cette méthodologie peut être sujette aux critiques au regard de son opportunité, elle l'est également au regard de sa cohérence. En effet, en contradiction totale avec la méthodologie des dispositions impératives, la Cour de cassation admet que le choix explicite d'une loi applicable à la convention d'arbitrage elle-même impose l'application de celle-ci à l'exclusion donc des règles françaises pourtant impératives. Cette solution est justifiée par le respect de la volonté commune des parties qu'il est alors difficile de contourner et doit être approuvée. Néanmoins, soit une règle est impérative et exclusive de l'application de la règle de conflit de lois, soit elle ne l'est pas. Dès lors, isolées en droit comparé, les solutions françaises semblent, en outre, manquer de cohérence.

Néanmoins, que le droit français s'applique à titre de loi de police ou de loi choisie, le régime de la convention d'arbitrage doit être défini. À cet égard, on sait que la jurisprudence a fait le choix particulier d'une absence de loi applicable à une telle convention qu'elle déclare « *détachée de toute loi* » pour définir, au gré des espèces portées devant nos juridictions, le régime applicable à cette convention. Le principe de base est celui de la validité : la convention d'arbitrage est déclarée valable. Qu'en est-il de son régime, de ses obligations ?

En l'absence de règles fixes, le raisonnement peut être mené en application du droit commun des contrats français. Or, la convention d'arbitrage comporte une obligation renforcée de collaboration car son objet ne peut être réalisé sans le concours de chaque partie. Elle est une promesse de contracter un contrat d'arbitre au sein duquel ces mêmes parties formeront ensemble une partie commune. L'obligation de bonne foi est donc d'une particulière exigence en cas de contrat d'intérêt commun : chaque partie doit concourir de son mieux et avec loyauté à l'exécution de la convention d'arbitrage. Or, au sujet des honoraires, rien n'indique que la charge finale de ceux-ci doit être supportée à part égale entre les litigants. Au contraire, la loyauté contractuelle devrait inciter une partie à suppléer à l'impécuniosité de son colitigant. À cet effet, un contrat de collaboration peut formaliser cette répartition inégalitaire.

B- Paiement des honoraires et charge de la dette de l'arbitrage

837. « *La maxime selon laquelle « toute peine mérite salaire » est très bien suivie dans la pratique de l'arbitrage où les arbitres sont plus souvent rémunérés que l'inverse, alors que rien ne s'oppose à ce que l'arbitre officie gratuitement puisqu'il est question avant tout de rendre la justice, ce qui devrait être une mission par nature désintéressée*⁵⁵ ». La question de l'obligation au paiement par les parties concerne leur responsabilité au regard des arbitres et non la répartition de ces mêmes frais entre eux. Or, le déni de justice économique du fait de l'impécuniosité d'un litigant provient, non pas du montant des honoraires, mais de leur

55 CLAY (Th.), *Toute peine mérite salaire*, D. 2003 p. 2475.

répartition *inter partes*.

Dès lors, il convient de distinguer l'obligation au paiement par les litigants, qui concerne leurs relations avec les arbitres ou centres d'arbitrage (1) de la charge du paiement, qui vise la répartition entre les parties du montant de la dette (2). En effet, ce n'est qu'au regard de la charge du paiement que peut jouer l'obligation de collaboration entre les parties, en application de la convention d'arbitrage, contrat d'intérêt commun.

1)- Obligation au paiement des litigants en application de la jurisprudence française : relation arbitres-litigants

838. L'obligation au paiement par les parties a un régime très spécifique en droit français puisque les parties sont tenues conjointement au paiement de la provision alors que leur responsabilité devient solidaire pour le paiement des honoraires, une fois le contrat d'arbitre exécuté (a). Cette dissociation de régime entraîne inexorablement des conséquences lorsque l'une des parties ne paie pas la provision, puisque l'arbitrage se trouve alors bloqué, les arbitres ne pouvant se retourner contre un litigant pour le tout (b).

a)- Obligation au paiement conjointe et/ou solidaire des litigants, un régime dissocié d'une même obligation à l'épreuve du déni de justice économique

839. Le contrat d'arbitre suppose le plus souvent le versement d'une provision, soit à la demande de l'arbitre, soit à la demande du centre d'arbitrage. Cette provision est en règle générale demandée à part égale à chaque litigant, comme le seront les frais d'arbitrage⁵⁶. L'obligation au paiement suit un régime dual : au stade de la formation du contrat d'arbitre, l'obligation au paiement de la provision est dite conjointe alors qu'une fois le contrat d'arbitre conclu, son paiement est solidaire. Ainsi, lorsque le contrat d'arbitre a été formé, la jurisprudence s'oriente vers l'obligation solidaire des parties au contrat envers les arbitres.

Dès lors, la solidarité des parties impose à l'une d'elles de payer l'ensemble des honoraires si les arbitres en font la demande, y compris ceux de l'arbitre choisi par la partie adverse. En revanche, au regard du paiement de la provision, les litigants sont conjointement engagés. En pratique, on observe donc que la jurisprudence qualifie de solidaire cette obligation au paiement lorsqu'elle intervient postérieurement à l'instance arbitrale et de conjointe lorsque l'obligation de paiement est envisagée au stade pré-arbitral.

840. Les parties sont solidaires dans le paiement des honoraires envers les arbitres⁵⁷, elles sont redevables de ce paiement en exécution du contrat d'arbitre⁵⁸. La qualification de solidaire permet aux arbitres de demander le paiement intégral à l'une des parties, à charge pour celle-ci de se retourner contre son colitigant. En conséquence, rien n'empêche un centre d'arbitrage de demander l'intégralité des honoraires à l'une des parties, à charge pour elle de se retourner contre son colitigant pour en répartir la charge.

En théorie, l'arbitrage ne devrait donc pas être paralysé par un refus ou une impossibilité de payer de l'une des parties. La rétention d'une sentence ne devrait être licite que dans l'hypothèse où aucune des parties ne veut ou ne peut payer les sommes dues.

56 V. FADLALLAH (I.), Le recouvrement de la provision pour frais dans l'arbitrage CCI : de l'obligation des parties entre elles, *Gaz. Pal.* juill. 2004, Cah. arbitrage p. 105.

57 V. LOQUIN (É.), Du droit aux honoraires des arbitres (Paris, 1^{re} ch., sect. C, 13 déc. 2001, A. Perrin c. T. Benne et autres), *RTD com.* 2002 p. 282.

58 V. ROUCHE (J.), Le paiement par le défendeur de sa part de provision sur les frais d'arbitrage : simple faculté ou obligation contractuelle ?, *Rev. Arb.* 2002. 841 : pour un analyse du fondement du droit au remboursement de la partie ayant avancé les frais sur le fondement contractuel du règlement d'arbitrage.

Monsieur Th. Clay justifie cette solution par la transposition des règles du co-mandat⁵⁹. « *En pratique, cette solidarité devrait permettre de débloquer bien des situations lors de la constitution du tribunal arbitral, quand l'une des deux parties refuse d'avancer la provision sollicitée. [...] cette solidarité provient, à la fois du caractère conjonctif du contrat d'arbitre qui engage solidairement les participants de la partie plurale, c'est-à-dire les litigants, et de la transposition du régime du co-mandat, dont l'art. 2002 c. civ., bien que souvent ignoré, énonce la solidarité des co-mandants* »⁶⁰.

841. La décision de la cour d'appel de Versailles, en date du 12 décembre 2006⁶¹, concerne une situation intermédiaire. En l'espèce, l'un des litigants est poursuivi en paiement des honoraires de l'arbitre de la partie adverse, arbitre qui a été judiciairement désigné à sa demande. La cour d'appel considère, ce qui est contestable, que le tribunal arbitral était constitué, nonobstant l'absence de désignation d'un troisième arbitre puisque, selon la Cour, le tribunal n'a pas à être impair en matière internationale, puis en conclut qu'il existait donc un lien contractuel entre le litigant et l'arbitre. Or, la solidarité existant entre les litigants au regard du paiement des honoraires permet à l'arbitre de le poursuivre en paiement. En conséquence, et *a contrario*, le lien contractuel entre le litigant et l'arbitre de la partie adverse ne serait pas établi en l'absence de constitution du tribunal arbitral et en cette absence il n'y aurait pas lieu à solidarité entre les litigants.

842. L'absence de solidarité entre les parties lors de la formation du contrat d'arbitre vaut aussi bien quand une partie ne veut pas payer que quand elle ne peut pas payer. Dès lors, devant l'arbitre, si les deux parties sont d'accord sur le principe d'un arbitrage, et si l'une d'elle ne peut procéder au versement de la provision, les arbitres ne peuvent poursuivre en paiement la partie solvable puisqu'elle n'est que conjointement tenue.

Lorsque la convention d'arbitrage renvoie à un règlement d'arbitrage, les honoraires sont contractualisés. Cette obligation conjointe au paiement de la provision peut être formalisée au sein d'un règlement d'arbitrage. Par exemple, selon le règlement CCI, la

59 CLAY (Th.), Toute peine mérite salaire, *D.* 2003 p. 2475 ; LOQUIN (E.), Du droit aux honoraires des arbitres (Paris, 1^{re} ch., sect. C, 13 déc. 2001, A. Perrin c. T. Benne et autres), *RTD com.* 2002 p. 282.

60 CLAY (Th.), Toute peine mérite salaire, *D.* 2003 p. 2475.

61 CA Versailles. (1 Ch.), 12 décembre 2006, n° 05/05738, *Ronald Cécil X... C/ Ulrich Y...* : Un architecte a conclu un contrat avec une banque et un autre avec une société appartenant au même groupe. Le second contrat contenait une convention d'arbitrage. Un litige survient et l'architecte met en œuvre la procédure d'arbitrage et désigne un arbitre. En absence de désignation par la société d'un arbitre, il saisit le juge pour y suppléer. Un second arbitre est désigné judiciairement. La société conteste la validité de la convention d'arbitrage devant les juridictions marocaines et indique également aux arbitres qu'elle n'a pas reçu de copie d'une demande d'arbitrage. L'échange des arbitres fait ressortir qu'ils n'étaient saisis d'aucune demande d'arbitrage et qu'en l'absence d'un troisième arbitre, le tribunal n'était pas formé. Les litigants concluent finalement à la caducité de la convention d'arbitrage et en informent les arbitres qui demandent cependant des honoraires. La société refuse de prendre en charge les honoraires. L'arbitre désigné judiciairement réclame son paiement à l'architecte. En première instance, le tribunal d'instance condamne au paiement l'architecte et ordonne l'exécution provisoire. Il interjette appel de cette décision au motif que l'arbitre « *n'a produit aucune pièce de nature à démontrer l'existence de la créance qu'il allègue à son encontre* » conformément à l'article 1341 du Code civil ; et subsidiairement qu'« *en l'absence de relations contractuelles entre les parties, il ne saurait être tenu au paiement des honoraires* » ; et très subsidiairement qu'il n'existe aucune solidarité au paiement entre lui et son colitigant. L'arbitre maintient ses demandes en faisant valoir notamment que sa désignation relève d'une demande judiciaire de la part de l'architecte, et que l'obligation au paiement résulte du travail fourni et qu'« *un arbitre ne peut être le mandataire de l'une des parties puisque son indépendance, découlant de la mission juridictionnelle qui lui est confiée, lui interdit de représenter une partie* » que les parties sont solidairement tenues du paiement des honoraires des arbitres, enfin « *aucune disposition, en matière d'arbitrage international, ne limite la liberté des parties de stipuler qu'un tribunal arbitral puisse être constitué d'un nombre pair d'arbitres* ». selon la cour d'appel, « *une relation contractuelle se noue nécessairement entre les parties à l'arbitrage et l'arbitre ou les arbitres ; que la volonté des parties de confier à des personnes déterminées la mission de trancher leur litige ne fait aucun doute et il importe peu qu'un tiers préconstitué ou qu'une institution soient chargés, dans certains cas, de procéder à la nomination ou à la confirmation de tel ou tel arbitre puisqu'ils le font au nom des parties qui ont accepté au préalable que le choix de leur juge soit effectué indirectement ; que par ailleurs, comme aucune personne n'est jamais tenue d'exercer les fonctions d'arbitre d'un litige déterminé, le consentement de ce dernier est absolument nécessaire ; que ce consentement résulte soit de la signature d'un compromis, soit de l'établissement d'un acte de mission, soit de toute manifestation de la volonté de l'arbitre d'accomplir la mission que les parties lui confient* ». Or, cet arbitre a été nommé par le tribunal à la demande de l'architecte. La Cour constate que les arbitres ayant accepté leur mission, le tribunal arbitral serait constitué, le lien contractuel est donc établi. En conséquence, selon la Cour, « *les parties à l'arbitrage ont des obligations d'ordre pécuniaire à l'égard de l'arbitre désigné qui a accepté sa mission ; qu'outre le remboursement des frais engagés, l'arbitre, dont la mission est exécutée dans l'intérêt commun des parties à l'arbitrage, est en droit d'obtenir d'eux une rémunération qu'ils ont l'obligation solidaire de lui payer dans l'attente d'une décision sur la répartition définitive de ses honoraires* », et le condamne au paiement des honoraires.

provision est payable pour moitié par chacune des parties au titre des articles 8.1 et 8.2 dudit règlement. Dans la sentence préliminaire du 2 septembre 1996 dans l'affaire CCI n° 7289⁶², l'arbitre considère que le non-paiement est constitutif d'une inexécution contractuelle car l'article 9.2 du règlement⁶³ « crée à la charge des deux parties une obligation contractuelle de verser chacune la moitié de la provision ». Il nous semble que si l'obligation au paiement naît effectivement de la conclusion d'un contrat d'arbitre et d'une acceptation d'un règlement d'arbitrage, son caractère conjoint ou solidaire se différencie de la répartition *inter partes*.

843. Cette obligation au paiement incombant au litigant peut être objet de condamnation devant la justice étatique. Dans l'ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Beauvais en date du 9 avril 1998⁶⁴, le Président du tribunal était saisi d'une demande de condamnation du défendeur au paiement effectif de la provision sous astreinte, le tribunal arbitral étant constitué, le montant de la provision fixé⁶⁵. Le juge condamne le défendeur au paiement de la provision sur la base de « l'obligation pour chacune des deux parties de faire l'avance par parts égales des provisions fixées par la Cour arbitrale ». L'idée est que l'inclusion dans la convention d'arbitrage d'un règlement induit la soumission des parties aux dispositions de ce dernier. Une partie peut donc contraindre son colitigant au respect de son obligation au paiement, tout comme le centre d'arbitrage ou les arbitres.

844. Dans l'ordonnance de référé du tribunal de commerce de Paris en date du 18 décembre 1998⁶⁶, le Président du tribunal était saisi d'une demande de condamnation du défendeur au paiement de la provision entre les mains de la CCI, le tribunal arbitral étant constitué, le montant de la provision fixé⁶⁷. Selon l'ordonnance, le tribunal arbitral étant constitué, le Président du tribunal de grande instance ne pouvait plus retenir sa compétence. La saisine du tribunal arbitral était en revanche prévue par l'article 23.1 du règlement de la CCI. De façon surprenante, le juge français considère donc que la compétence revient à l'arbitre une fois le tribunal arbitral saisi, alors même que la fixation des honoraires est en principe hors de la compétence arbitrale⁶⁸.

Les questions relatives au contrat d'arbitre, telles celles relatives aux honoraires, à leur fixation et leur paiement, ne peuvent pas relever de la compétence arbitrale. À tout le moins, les décisions prises sur ce point ne peuvent se voir reconnaître la qualité de décision juridictionnelle, l'arbitre, comme le centre d'arbitrage, n'ayant sur cette question aucune compétence juridictionnelle. Il s'agit de décisions administratives privées ne traduisant que la volonté unilatérale d'une des parties au rapport contractuel. En définitive, la question de la répartition des honoraires relève de la compétence juridictionnelle étatique, de même que leur paiement.

62 Sentence préliminaire, 2 septembre 1996, affaire CCI n° 7289, *Rev. Arb.* 2002.1001.

63 « Créent à la charge des deux parties une obligation contractuelle leur imposant de verser chacune la moitié de la provision ».

64 TGI Beauvais, 9 avril 1998, *Rev. Arb.* 2002 p. 993, 1 esp.

65 Cependant, la Cour d'arbitrage avait prononcé le retrait de l'affaire. Le défendeur avait soulevé l'incompétence du juge sur le fondement de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile et contestait avoir une obligation relative au paiement de cette provision. Néanmoins, le président retient sa compétence pour fixer une astreinte au motif qu'« elle relève de l'impérium dont ne dispose pas une juridiction arbitrale dont seul le juge étatique dispose ». Cependant, on considère aujourd'hui que l'astreinte n'est pas une voie d'exécution et constitue une peine privée qui peut être prononcée par l'arbitre. Le tribunal était compétent sur le fondement de l'article 810 du Code de procédure civile.

66 T. Com. Paris (Ord Réf.), 18 déc. 1998, (2 esp.), *Rev. Arb.* 2002 p. 993.

67 Le défendeur avait soulevé l'incompétence du juge sur le fondement de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile et contestait avoir une obligation relative au paiement de cette provision. Le Président s'est déclaré incompétent ne bénéficiant pas de l'extension de l'article 810 du Code de procédure civile instituée au profit du Président du tribunal de grande instance uniquement.

68 Il semble que cette décision illustre une confusion quant au champ d'application du principe de compétence-compétence qui vise l'objet du litige opposant les litigants uniquement.

b)- Le paiement de la provision au regard de la jurisprudence

845. Le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe⁶⁹ a adopté une disposition spéciale permettant de contrer l'impécuniosité d'une partie dans le paiement de la provision en mettant la partie forte devant une alternative, soit financer l'arbitrage, soit se voir attirer devant les juridictions étatiques car la convention d'arbitrage devient alors caduque. Cette solution, en ce qu'elle responsabilise la partie forte, doit donc être approuvée. Elle ne prive pas de recours la partie qui a payé et qui pourra, en tout état de cause, demander le remboursement de la part indûment supportée par elle devant la juridiction étatique. La procédure d'arbitrage n'est donc plus bloquée. Si d'aventure une partie ne peut payer la part de la provision de son colitigant, rien n'interdit à celle-ci de saisir le juge d'appui de la question de la répartition et de la charge définitive du paiement des honoraires. Si elle ne le fait pas, la compétence à juger du litige revient donc aux juridictions étatiques.

846. Dans les autres règlements d'arbitrage, sans que cela devienne une obligation, il est admis que la partie solvable puisse suppléer à la défaillance de son colitigant. Une partie peut payer au-delà de ce qui lui est demandé afin de garantir l'accès à la justice⁷⁰. Dès lors, la partie dispose alors selon la jurisprudence d'une action en remboursement des sommes versées. Néanmoins en ce cas, l'accès à la justice est préservé mais repose uniquement sur le bon vouloir de la partie forte puisque la sentence rendue par défaut est en générale admise.

847. Au regard du non-paiement des honoraires, si la jurisprudence étatique ne statue pour l'heure que dans le sens d'une condamnation au paiement sous astreinte, certaines cours d'arbitrage admettent en revanche que ce fait peut avoir une incidence sur la convention d'arbitrage elle-même. La résolution du contrat d'arbitre emporterait avec elle celle de la convention d'arbitrage au titre de l'accès au juge. En effet, en cas d'impécuniosité source de déni de justice, l'injonction de payer serait en tant que telle illicite si elle ne s'accompagnait pas d'une répartition équitable des frais de justice entre les litigants.

Alors que la justice arbitrale doit prononcer la caducité à défaut de procéder à une répartition de la charge des honoraires, le problème de paiement a été pris en compte par certains centres d'arbitrage. Il est à noter que, bien que non dénuées d'intérêt, les décisions relatives aux frais et honoraires prises par l'institution arbitrale n'ont cependant qu'une valeur purement administrative.

La jurisprudence de la CCI est très instructive quant à l'attitude des arbitres au regard des honoraires et de leur paiement. Lorsque la convention d'arbitrage renvoie à un règlement d'arbitrage, les honoraires sont contractualisés. En effet, les règlements d'arbitrage comportent des barèmes de fixation des frais et honoraires. En l'absence de versement de la provision requise, certaines cours d'arbitrage ont ainsi procédé au retrait de l'affaire. D'autres, considérant que le versement de celle-ci est une obligation essentielle des litigants, les ont renvoyés à se pourvoir devant les juridictions étatiques. Se fondant sur la notion d'accès à la justice, certains arbitres en ont déduit la résolution de la convention d'arbitrage. L'absence de formation ou la résolution du contrat d'arbitre ont donc, selon cette jurisprudence arbitrale, une incidence sur la convention d'arbitrage elle-même.

848. Solidaires dans le paiement des honoraires, les litigants seraient, en application de la jurisprudence française, conjointement tenus du paiement de la provision, il serait donc

69 V. CLAY (Th.), Présentation du nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe, *Cahiers de l'arbitrage*, 1 janvier 2011 n° 1 p. 207.

70 C'est ainsi qu'elle peut prendre à sa charge le paiement de la provision de son adversaire. Néanmoins, ce paiement différentiel est souvent analysé non comme une prise en charge de la dette mais sous l'angle de la responsabilité solidaire qui lie les litigants. La charge de la dette restant ainsi inchangée même en cas d'impécuniosité.

interdit au tribunal arbitral de poursuivre en paiement la partie non défaillante y compris lorsque la partie défaillante consent à la procédure arbitrale. L'arbitrage est donc bloqué. Le problème du déni de justice économique est donc lié à la répartition des coûts de l'arbitrage *inter litigants* et de la qualification de conjointe de l'obligation au paiement de la provision.

Dans la sentence préliminaire du 2 septembre 1996 dans l'affaire CCI n° 7289⁷¹, l'arbitre est saisi d'une demande relative à la condamnation du défendeur au paiement de sa part de provision. En l'espèce, le demandeur avait fourni une garantie bancaire. Retenant sa compétence comme juge du contrat, l'arbitre considère que le non-paiement est constitutif d'une inexécution contractuelle car les dispositions de l'article 9.2 du règlement « *créent à la charge des deux parties une obligation contractuelle leur imposant de verser chacune la moitié de la provision* ». Le paiement de la part d'une des parties par l'autre litigant « *ne fait pas disparaître l'obligation de fond qui pèse contractuellement sur chaque partie d'avoir, dans l'arbitrage CCI, à participer également au paiement de la provision pour frais, obligation que chaque partie contracte réciproquement à l'égard de l'autre* ». Néanmoins, pour des raisons d'opportunité économique, l'arbitre ne contraint pas, en l'espèce, la partie défaillante au paiement de la provision.

Plus intéressante est la sentence partielle du 27 mars 2001 dans l'affaire CCI n° 10526⁷². Saisi sur le fondement de l'article 23.1 du règlement CCI, le tribunal arbitral condamne le défendeur au paiement de la moitié de la provision sur un fondement contractuel « *réciproque des parties* » considérant comme « *normal que l'obligation de chacune des parties de payer sa part de provision confère un droit de recours à la partie qui a payé au-delà de sa part* ». En effet, selon l'article 30.3 du règlement CCI, la possibilité offerte à l'une des parties de payer une part de provision supérieure à celle à laquelle elle est tenue, « *confère un droit de recours à la partie qui a payé au-delà de sa part* ». Les problèmes soulevés par la répartition entre les parties de la provision relèvent donc, selon ces arbitres, du règlement d'arbitrage, ce qui est contestable en théorie.

849. Au regard de l'obligation au paiement des honoraires ou de la provision, chaque partie est engagée envers les arbitres soit conjointement soit solidairement. La solidarité permet de réduire les cas de rétention de sentence. En revanche, le caractère conjoint de l'obligation au paiement consacrée par la jurisprudence française ou la plupart des centres d'arbitrage dont la CCI, crée la situation de déni de justice. Seul le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe adopte en France une solution responsabilisant la partie forte en ce qu'il interdit le prononcé d'une sentence par défaut du fait de l'impécuniosité d'une partie. En application des autres règlements, le paiement de la provision par l'une des parties reste à sa discrétion. Néanmoins, il est admis qu'une injonction au paiement soit prononcée par une juridiction étatique. Cependant, pour être légale, encore faut-il qu'elle prenne en compte la situation d'impécuniosité d'une partie.

850. Or, la possibilité d'accès à l'arbitrage pourrait être en toute hypothèse conservée si la jurisprudence admettait, sur le fondement de l'obligation de collaboration des parties dans le cadre de la convention d'arbitrage, qu'il existe une dissociation entre l'obligation au paiement et la charge du paiement. Obligation solidaire ou conjointe envers les arbitres, qu'en est-il de la charge finale ? En d'autres termes, comment s'opère la répartition *inter-litigants* des honoraires ? Une répartition inégalitaire est-elle admissible ?

851. Seule une répartition inégalitaire entre les parties de la charge des honoraires permettrait la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage dans le respect des règles du procès

71 Sentence préliminaire, 2 septembre 1996, affaire CCI n° 7289 *Rev. Arb.* 2002.1001.

72 Sentence partielle du 27 mars 2001, affaire CCI n° 10526, *Rev. Arb.* 2002.1035.

équitable.

2)- Charge de la dette : relation inter litigants

852. Il existe en droit français une assimilation entre obligation au paiement et charge de la dette en matière d'arbitrage. On pourrait admettre que des parties soient conjointement tenues du paiement de la provision et solidairement des frais d'arbitrage tout en admettant que cette obligation au paiement à l'égard des arbitres et de centres d'arbitrage n'a pas d'incidence sur la répartition de la charge du paiement entre les parties.

853. En effet, le problème de la répartition des frais et honoraires d'arbitrage s'inscrit dans une relation *inter partes*, extérieure au lien contractuel qui unit les litigants aux arbitres⁷³. Par ailleurs, cette question de la répartition, qui n'est pas incluse dans l'objet du litige, relève exclusivement de la compétence étatique. Cette répartition de la charge des frais d'arbitrage n'a pas à être égalitaire, elle peut être équitable entre les litigants en application du devoir de collaboration renforcé qui les lie. Ainsi, il n'est pas exclu qu'une partie prenne à sa charge une part plus importante dans le paiement des honoraires arbitraux. Plus largement, une répartition inégalitaire est-elle déontologiquement et juridiquement admissible ?

854. En règle générale, on considère que la charge des frais et honoraires d'arbitrage se doit d'être strictement égalitaire entre les parties, non sur la base de principes juridiques, mais sur le fondement de principes déontologiques. La crainte est alors celle de la partialité de l'arbitre qui serait enclin à juger plus favorablement la partie qui le rétribue le plus. C'est un aspect qui ne doit pas être nié puisqu'il découle directement du caractère onéreux de l'arbitrage et du caractère choisi des arbitres. Néanmoins, en ce qu'il touche à l'impartialité du juge, il dépasse largement le cadre restreint de notre étude et ne sera donc étudié que sommairement.

Déontologiquement peut-on admettre qu'une des parties au litige soit contrainte au nom du procès équitable de payer davantage que son colitigant afin de permettre un accès à la justice ? Nous aurions tendance à dire qu'une répartition inégalitaire mais équitable ne garantit ni ne heurte pas davantage la partialité ou l'impartialité des arbitres qu'une répartition égalitaire mais inéquitable ne saurait le faire. Le caractère équitable relève de la personne plus que de la répartition de sa rémunération. S'il est parfois dit qu'un arbitre ne saurait être impartial s'il est payé davantage par une partie, alors il faut condamner toute sentence rendue par défaut, peu importe qu'elle ait pour cause l'impécuniosité d'une partie. Or, tel n'est pas le cas. Quelle pourrait être l'incidence d'une répartition inégalitaire ? Un arbitre aurait alors l'assurance d'être payé, peu importe qu'il soit choisi par la partie forte ou la partie faible. Un même arbitre pourrait donc librement condamner chaque partie sans risquer de voir sa rémunération s'amenuiser par la suite car celle-ci ne dépendrait plus de la puissance économique de la partie qui le choisit. N'est-ce pas un gage d'indépendance ?

La répartition inégalitaire mais équitable des frais de justice est admissible en droit français. Elle est d'ailleurs consacrée lorsqu'elle concerne les frais découlant de la justice étatique où le partage résulte de l'équité et non du droit au fond. Enfin, cette répartition inégalitaire des frais et honoraires peut faire l'objet d'un accord exprès entre les parties. En ce cas, elle reste inopposable aux arbitres qui peuvent néanmoins faire jouer l'obligation solidaire au paiement et demander, nonobstant cette répartition contractuelle, l'ensemble des honoraires à une seule des parties.

Admise en dehors des cas de déséquilibre économique, rien n'empêche dès lors de

73 V. pour la qualité de juge de l'arbitre et du lien contractuel l'unissant aux parties : FOUCHARD (Ph.), Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, *Rev. Arb.* 1996.325.

conclure que cette répartition soit admissible déontologiquement en cas d'impécuniosité. Cependant, si les parties peuvent supporter une charge de la dette différente, elles doivent être engagées de manière égalitaire à l'égard de chaque arbitre et la rétribution de ces arbitres doit être faite en fonction, non de la solvabilité d'une partie prise isolément, mais du travail que les arbitres fournissent dans le cadre de l'instance arbitrale, de sa notoriété et de sa compétence.

855. Reste que cette question nous place devant l'alternative suivante : soit positivement on admet que cette solution est déontologiquement admissible et la procédure d'arbitrage serait alors possible ; soit négativement on considère que cette solution est en fait un remède pire que le mal et la procédure d'arbitrage ne saurait avoir lieu. Dans le cadre d'une solution permettant l'accès à la justice arbitrale en cas d'impécuniosité d'une partie, nous partirons du postulat que cette solution est déontologiquement admissible pour l'analyser juridiquement.

856. Juridiquement, il convient de noter en premier lieu que cette solution de partage équitable ne préjuge pas du litige au fond en ce qu'elle prend appui non sur l'issue probable du litige mais sur le droit d'accès au juge, et donc celui aussi d'avoir tort. Une partie impécunieuse a le droit, comme toute autre, de saisir un juge même à tort, dans la limite nécessaire de l'abus d'action en justice.

Cette solution de répartition égalitaire a pour fondement la convention d'arbitrage qui lie les parties entre elles ainsi que le lien qui les unit dans l'exécution du contrat d'arbitre. Les frais d'arbitrage étant dans ce cadre assimilés à des frais de justice, rien ne permet d'exclure une répartition inégalitaire. Celle-ci peut résulter du juge étatique et a pour fondement l'obligation de collaboration dans l'accès à la justice arbitrale qui lie les litigants.

857. Contractuellement, en l'absence de loi spéciale il convient de se reporter au droit commun, en l'espèce au droit commun des contrats, afin d'envisager les solutions adoptées lors de l'exécution du contrat d'arbitre pour cerner les difficultés lors de la formation du contrat. La répartition entre les litigants est une question extérieure à l'exécution du contrat d'arbitre et à l'obligation au paiement conjoint ou solidaire des litigants. Les parties ont le droit au paiement selon la tarification convenue mais rien n'interdit que la charge du paiement ne soit pas égale entre les parties.

Deux choses sont à distinguer : le montant des honoraires d'une part, et leur répartition d'autre part. Cette distinction n'est pas sans rappeler le contrat de société ou le contrat de cautionnement, où l'on distingue l'obligation à la dette et la charge finale de la dette. Les litigants peuvent être solidairement obligés à la dette sans être tenus à la dette de la même manière. Le devoir de collaboration qui les lie implique de faire en sorte que l'exécution du contrat d'arbitre soit rendue possible. Partant, en application de la convention d'arbitrage, une partie économiquement forte devrait assumer une part plus importante des honoraires afin de permettre un égal accès à la justice. En cas d'impécuniosité, l'alternative serait donc la suivante : soit assumer sur le fondement de son obligation de collaboration une charge de la dette supérieure, soit renoncer à la procédure d'arbitrage.

858. Dès lors, lorsque les parties n'ont pas prévu les modalités de répartition des frais d'arbitrage entre elles, il est possible d'y suppléer. Rien n'empêche de procéder, en application du contrat de collaboration qui lie les parties, à une répartition inégalitaire des frais entre les litigants. La charge finale des honoraires, tout comme l'obligation au paiement, doivent intégrer la qualification de contrat d'intérêt commun. Au regard de la rémunération et de la répartition de cette charge entre les litigants, selon Monsieur Moreau, « *S'appliquent à ce titre toutes les règles du droit civil quant à la fixation ou au contrôle par l'autorité*

judiciaire des conventions en matière de rémunération des mandataires »⁷⁴.

859. Dans le silence du contrat, rien n'empêche en théorie de conclure que les litigants ont accepté une répartition équitable des frais afin de garantir l'accès à la justice arbitrale. Le cocontrat impose des obligations spécifiques entre les membres d'une partie commune. Or, dans le cadre du contrat d'arbitre, les litigants forment une partie unique. Cette unicité impose à chacune d'elles un devoir de collaboration et de bonne foi renforcé. Les obligations de chaque membre de la partie plurale sont autonomes bien que dépendantes du contrat qui les lie avec le cocontractant commun, en l'occurrence l'arbitre ou les arbitres.

860. Le non-paiement de la part de provision de la partie impécunieuse ne saurait être analysé comme une volonté commune de ne pas avoir recours à l'arbitrage dans le cadre du contrat de collaboration qui les lie si ce non-paiement résulte d'une impossibilité financière. Dès lors, de deux choses l'une : soit l'une des parties peut assumer l'ensemble ou une part plus importante des frais, l'arbitrage est alors possible et les deux parties peuvent exposer leur demande, soit cette partie ne veut ou ne peut pas y procéder, dès lors l'arbitrage ne devrait pas avoir lieu.

La partie impécunieuse devrait pouvoir recourir au juge étatique pour qu'il statue sur cette répartition en cas de mauvaise foi de la partie forte. Cette solution devrait prévaloir lorsque le non-paiement par la partie forte n'est pas dû à une impossibilité mais à une volonté de nuisance et de blocage de la procédure d'arbitrage. Dès lors, il faut admettre que cette partie bénéficie d'une action contractuelle contre la partie récalcitrante en exécution du devoir de collaboration et de la convention d'arbitrage. Cette action vise à l'exécution du contrat de collaboration établi entre elles en considération de la convention d'arbitrage qu'elles ont conclu en vue de la conclusion du contrat d'arbitre. En conséquence, celle-ci n'est ouverte qu'en cas de validité et d'applicabilité de la convention d'arbitrage.

* *
*

861. La convention d'arbitrage est un contrat qui, en droit international privé, est régi par la *lex contractus*. En droit français, la Cour de cassation a depuis longtemps détaché la convention d'arbitrage de toute loi étatique. Cette méthode correspond à celle des règles matérielles impératives. Néanmoins, la jurisprudence française admet qu'un choix de loi explicite visant spécifiquement la convention d'arbitrage doit être respecté, faisant alors fi du principe de séparabilité. Lorsque le principe de séparabilité induit l'application d'une autre règle matérielle impérative, à savoir le principe de validité, il emporte l'application d'un régime embryonnaire des conditions de validité.

En revanche, le droit matériel français n'a prévu que peu de règles spécifiques au regard du régime d'une telle convention et des obligations qu'elle comporte. Dès lors, en raisonnant sur le droit commun des contrats, on en conclut qu'il existe un devoir de collaboration renforcé entre les litigants dans l'exécution de la convention d'arbitrage qui implique de tout mettre en œuvre afin de permettre son exécution. Or, le déni de justice est causé non par le montant des honoraires, mais par la répartition de la charge de ceux-ci entre les litigants.

Dans cette perspective, il est possible de distinguer l'obligation au paiement, qui concerne les rapports entre les litigants d'une part et les arbitres d'autre part, de la charge du paiement, qui elle concerne la relation *inter-litigants*. Cette répartition peut permettre d'assurer la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage, en conformité avec l'obligation de

74 MOREAU (B.), Arbitrage commercial, *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2004 (2011) n° 169.

collaboration de la convention d'arbitrage. Cette répartition est admise en droit français concernant les frais de justice. En toute hypothèse, cette répartition équitable a pour fondement l'obligation de collaboration, qui implique de la part de la partie forte une obligation de cohérence et une obligation d'exécution de bonne foi du contrat.

§2- Implication de l'obligation de collaboration dans l'exécution de la convention d'arbitrage

862. L'obligation de collaboration impose aux parties une obligation de cohérence (A) et de bonne foi dans l'exécution de la convention (B). Ces deux obligations, qui peuvent recevoir la sanction des juridictions étatiques, imposent aux parties l'adoption d'un comportement spécifique, notamment au regard des honoraires et de l'accès au juge, car la partie forte doit permettre l'exécution de la convention d'arbitrage ou à défaut, ne doit pas détourner la convention d'arbitrage de sa finalité première : l'organisation de l'accès au juge.

A- Obligation de cohérence semi-processuelle

863. L'abus d'action en justice suppose une faute constituée par une inadéquation entre le moyen, l'action en justice, et la fin poursuivie par celle-ci. Peut-on considérer que l'invocation de l'exception d'arbitrage peut être constitutive d'abus d'action en justice alors même qu'une convention d'arbitrage a été valablement conclue et s'applique au présent litige ? *A priori* cette question apparaît paradoxale puisqu'une partie use manifestement de son droit. Néanmoins, lorsque la convention d'arbitrage est manifestement inapplicable, c'est-à-dire que le contrat d'arbitre ne peut se former, peu importe à cet égard la cause, n'est-il pas abusif d'invoquer en conscience cette exception d'arbitrage ? Le moyen (*i.e.* l'exception d'arbitrage) n'est-il pas inadéquat au regard de la fin poursuivie (*i.e.* bloquer tout accès au juge) ? L'abus devrait pouvoir être constitué également dans cette hypothèse, par exemple lorsque, consciente de l'impécuniosité de son adversaire, une partie ne supplée pas au paiement des frais d'arbitrage, permettant ainsi la formation du contrat d'arbitre et invoque devant la juridiction étatique l'exception d'arbitrage. La cohérence procédurale voudrait qu'à défaut de satisfaire son obligation de collaboration, une partie ne bloque pas tout accès au juge.

864. Ainsi, les juges sanctionnent les comportements incohérents, créant ainsi une nouvelle obligation, à savoir l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui⁷⁵. Cette interdiction ne se limite pas au strict cadre processuel⁷⁶. Comme le relève Monsieur N. Dupont, « *Bien souvent, c'est la contradiction des clauses du contrat ou l'incohérence du comportement des contractants qui est analysée* »⁷⁷. L'auteur distingue trois types de contradictions : les contradictions processuelles ou « d'auto-contradiction »⁷⁸, semi-processuelles, et enfin les

75 Rapport de M. le conseiller rapporteur Boval, sous Cass., Ass. plén., 27 févr. 2009, § B3, BICC 15 avr. 2009, www.courdecassation.fr.

76 C. Cass. Civ.1^{re}, 16 nov. 2004, Bull. civ. I, n° 277, n° 02-17.381 ; V. par ex. C. Cass. Civ.1^{re}, 16 févr. 1999, n° 96-21.997, *Giraudou*, D. 2000. 360, obs. D. Mazeaud, Bull. civ. I, n° 52 ; C. Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-15.783, D. 2005. 883, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2005.

391, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005. 397, obs. D. Legeais ; C. Cass. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2000, *Société Assurances générales de France et autres c. M. Karl Goetgens*, n° 99-15.690, *RTD civ.* 2002. 93, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2002. 359, obs. B. Bouloc ; *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 172 note Muir Watt (H.) ; C. Cass. Com., 17 juill. 2001, n° 98-19.258, Bull. civ. IV, n° 153 ; D. 2001. 2674, obs. E. Chevrier ; *RTD civ.* 2002. 93, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2002. 149, obs. B. Bouloc. Surtout V. C. Cass. Civ. 3^e, 28 janv. 2009, n° 07-20.891, D. 2009. 2008, note D. Houtciff.

77 DUPONT (N.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française, *RTD civ.* 2010 p. 459 n° 1.

78 C. Cass. Ass. Plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841, D. 2009. 1245, § B3, BICC 15 avr. 2009, www.courdecassation.fr. Rapport de M. le conseiller rapporteur Boval ; DUPONT (N.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française, *RTD civ.* 2010 p. 459.

contradictions non processuelles qui intéressent le fond du droit. Or, « *la consécration d'un principe d'interdiction n'est pas sans risque au regard des principes qui fondent notre système juridique, à commencer par celui de la liberté d'agir en justice* »⁷⁹.

865. Dans son aspect processuel, l'internationalisation incite à ériger l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui au rang de principe, du fait notamment du dispersement du contentieux. Dès lors, il peut être reproché au litigant de contester la compétence étatique, alors même qu'il en est la cause, puisqu'il paralyse la formation du contrat d'arbitre, seul apte à octroyer le pouvoir juridictionnel à l'arbitre, en ne se comportant pas de manière équitable et solidaire avec son cocontractant. Cette attitude devrait être sanctionnée par une fin de non-recevoir basée sur le défaut d'intérêt à agir⁸⁰.

Dans le domaine de l'arbitrage, la Cour de cassation n'hésite pas à se référer au « principe de l'estoppel » (*i.e.* principe de cohérence processuelle) pour juger l'action irrecevable⁸¹. Certes, ces solutions sont prononcées lorsqu'elles sont favorables à l'arbitrage. Cela étant, sur le plan des principes, rien n'empêche de se baser sur l'interdiction de se contredire pour retenir la compétence étatique. L'illustration d'un manquement à l'obligation de cohérence semi-processuelle est donnée dans un arrêt en date du 19 novembre 1991 où la Cour de cassation⁸² considère qu'une partie n'ayant pas payé sa provision sur frais d'arbitrage « *n'est pas recevable, pour décliner la compétence de la juridiction étatique, à prétendre au maintien de l'instance arbitrale qu'elle a elle-même paralysé par son attitude dilatoire* ». Cette sanction de la résolution de la convention d'arbitrage doit être réservée au cas où le droit d'accès à la justice est compromis.

866. Dans cette affaire, l'obligation de cohérence est opposée à la partie y faisant obstacle et ayant de la sorte une attitude dilatoire. Néanmoins, cette solution devrait être transposée au cas où une partie en situation d'impécuniosité ne peut avoir recours à l'arbitre⁸³. Une partie manque à son obligation de collaboration lorsqu'elle refuse de prendre à sa charge une part équitable des frais et honoraires d'arbitrage. Par suite, elle manque à son obligation de cohérence semi processuelle si elle invoque l'exception d'arbitrage puisque c'est de son fait que cette procédure est compromise.

867. Ainsi, le recours à la notion d'estoppel (*i.e.* cohérence) permet de contrer un comportement incohérent antérieur au regard de ce qui est demandé au juge⁸⁴. « *Corollaire de la contradiction et de l'égalité des armes, la loyauté processuelle est présentée par certains comme un « principe essentiel » et envisagée comme une obligation générale dans les projets de procédure civile transnationale ou mondialisée [...] Or, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui peut aisément être envisagée comme l'une de ses manifestations : certes*

79 DUPONT (N.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française, *RTD civ.* 2010 p. 459 n° 1.

80 V. notamment pour une affirmation de la nécessité de l'intérêt à agir au regard de la reconnaissance d'une décision étrangère : C. Cass. Civ.1^{re}, 19 janv. 1983, n° 81-16.159, Bull. civ. I, n° 27, *Rev. Crit. DIP* 1984.492 note P. Mayer ; V. à propos de l'article 14 du Code civil et de l'existence d'un intérêt à l'action : ANCEL (M.-E.), La Justification d'un intérêt personnel et direct à l'action est nécessaire pour fonder la compétence des juridictions françaises, *Rev. Crit. DIP* 2005 p. 671.

81 C. Cass. Civ.1^{re}, 6 juill. 2005, n° 01-15.912, Bull. civ. I, n° 302 ; *D.* 2005. 3050, obs. Th. Clay, note E. Agostini ; *Rev. Crit. DIP* 2006. 602, note H. Muir Watt (*Estoppel*) ; *D.* 2006. Jur. 1424, note Agostini ; *Rev. Arb.* 2005. 993, note Pinsolle ; *JDI* 2006. 608, note Béhar-Touchais et C. Cass.

Civ.1^{re}, 6 mai 2009, n° 08-10.281, *D.* 2009. 1422, obs. X. Delpéch : solution qui contredit celle de la C. Cass. Civ.1^{re}, 3 févr. 2010 n° 08-21.288, *Société Merial c. Société Klocke* ; *D.* 2010. 448, obs. X Delpéch définissant l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme le « comportement procédural constitutif d'un changement de position de nature à induire son adversaire en erreur sur ses intentions ». V. pour un exemple d'application du principe de cohérence en matière d'arbitrage : C. Cass. Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n° 10-17.708, Bull. civ.

82 C. Cass. Civ.1, 19 novembre 1991, *Rev. Arb.* 1992.462 note D. Hascher

83 Il convient de relever, par ailleurs, que selon l'article 30 al. 2 du concordat inter-cantonal sur l'arbitrage suisse, si une partie ne fait pas l'avance des frais lui incombant, et que l'autre partie ne souhaite pas y suppléer, cette dernière peut renoncer à l'arbitrage en saisissant la juridiction étatique. Dans cette hypothèse, le droit au juge semble de prime abord assuré. Néanmoins, ce raisonnement ne s'applique qu'en cas de défaillance du défendeur. Aucune solution n'est précisée lorsque c'est le demandeur qui ne peut assumer les frais.

84 V. LE TOURNEAU (Ph.), POUmarede (M.), Bonne foi, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009 n° 95 et s.

plus objective que l'exigence de loyauté - en ce sens qu'elle repose sur la contrariété des moyens présentés au juge et non sur la mauvaise foi des parties, l'interdiction de se contredire permet avant tout de sanctionner des comportements contradictoires et bon nombre d'entre eux sont mus par un esprit de chicane contraire à la bonne foi »⁸⁵. Ce sont ces contradictions semi processuelles qui seront sanctionnées sur le fondement de l'abus : le contractant sera dès lors sanctionné lorsque son comportement antérieur contredit ses prétentions actuelles⁸⁶. N'est-il pas abusif de demander l'exécution d'une convention d'arbitrage lorsqu'une partie invoque son impécuniosité alors même que l'obligation de collaboration incite la partie économiquement forte à suppléer à la part d'impécuniosité de son cocontractant ? Lorsqu'une partie s'y refuse, ce refus peut se justifier pour deux raisons fondamentalement opposées.

868. La première est une impossibilité de suppléer à la partie impécunieuse. En ce cas, la procédure d'arbitrage devient inadaptée mais l'exception d'arbitrage est alors non fondée puisque la convention d'arbitrage doit être déclarée caduque après analyse de la juridiction étatique saisie.

La seconde est une volonté de nuire à son cocontractant en bloquant consciemment tout accès à la justice à ce dernier faute de moyens financiers pour y pourvoir. Incontestablement, il s'agit d'un abus de droit, d'un manquement à l'obligation de cohérence. La convention d'arbitrage n'étant pas un contrat impliquant une renonciation à la justice mais à son organisation, la partie forte détourne fondamentalement l'objet de son droit à demander l'exécution de la convention d'arbitrage. L'obligation de cohérence semi-processuelle impose donc à la partie forte un choix : soit suppléer à l'impécuniosité de son colitigant, soit renoncer à l'accès à la procédure arbitrale au bénéfice de celle étatique. À défaut, un manquement constaté à cette obligation de cohérence semi-processuelle devrait entraîner le prononcé d'une fin de non-recevoir en cas d'exception d'arbitrage.

* * *

869. Il existe entre les parties à la convention d'arbitrage une obligation de collaboration renforcée. Cette obligation impose aux colitigants des normes de comportements dans le cadre de l'exécution de la convention d'arbitrage. L'obligation de bonne foi au stade de l'exécution porte en elle-même une obligation de cohérence semi-processuelle : un litigant ne peut manquer à son obligation de collaboration renforcée en ne mettant pas tout en œuvre pour rendre l'exécution de la convention d'arbitrage possible d'un côté, pour d'un autre côté, invoquer l'application de cette convention devant les juridictions étatiques en demandant leur dessaisissement. Une telle attitude serait constitutive d'un abus de droit d'action qui devrait être sanctionné par une fin de non-recevoir à l'exception d'arbitrage.

B- Obligation d'exécuter la convention d'arbitrage

870. Comme le relèvent certains auteurs⁸⁷, l'obligation de ne pas nuire, bien qu'érigée au rang des principes du droit civil, devient floue dans la sphère contractuelle. En effet, dans une certaine mesure, le droit nous permet de nuire à autrui sous contrôle du juge. Cependant, le

85 DUPONT (N.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française, *RTD civ.* 2010 p. 459 n° 6.

86 V. par ex. C. Cass. Civ. 3^e, 28 janv. 2009, n° 07-20.891, *D.* 2009.2008 note D. Houtcieff..

87 KARILA DE VAN (J.), Le droit de nuire, *RTD civ.* 1995 p. 533.

« droit » de nuire revêt les aspects d'une faculté et non d'un droit, car il ne saurait être demandé au juge un droit de nuisance. Ainsi, dans le respect de l'utilité de son droit, le titulaire peut nuire à autrui et demander au juge le respect de cette faculté découlant du droit subjectif lui-même, « *le droit de nuire correspond à la prééminence du droit subjectif. Mais chaque individu ne saurait avoir uniquement des droits subjectifs. Pèsent sur lui des charges et des devoirs parmi lesquels un des plus fondamentaux - et directement en conflit avec le droit de nuire - est le devoir général de ne pas nuire à autrui. Et le droit de nuire lui-même étant organisé par le droit objectif ne saurait être étranger à la recherche de l'intérêt général* »⁸⁸. Or, un équilibre doit être trouvé entre le droit de nuire découlant d'un droit subjectif et le devoir de ne pas nuire à autrui, principe général du droit.

La nature de cocontrat du contrat d'arbitre et le lien d'interdépendance avec la convention d'arbitrage peuvent avoir une incidence. Dans une certaine mesure, le droit de nuire dans l'exécution d'un contrat est reconnu mais encadré (1), il ne va cependant pas jusqu'à permettre de détourner le contrat de son utilité sociale (2).

1)- Droit de nuire dans la demande d'exécution d'un contrat

871. Le droit de demander l'exécution d'un contrat a-t-il pour limite l'obligation de ne pas nuire ? Dans l'affirmative, peut-il donner droit à réparation ? Ce n'est pas parce que la demande d'exécution d'un contrat est en principe licite qu'elle ne peut pas causer un dommage réparable. Il faudrait que ce non-exercice soit d'un intérêt supérieur pour la collectivité que son exécution. C'est donc la limite subjective de l'exercice de ce droit qu'il convient de définir en considération de son résultat normal et prévisible, en d'autres termes il faut préciser dans quelle mesure l'exercice admissible de ce droit est bénéfique pour la collectivité.

872. Il est en principe admis que ce droit sera considéré comme abusif lorsque son titulaire le détourne de sa fonction sociale dans l'intention de nuire et commet donc une faute⁸⁹. En l'occurrence, entre le droit d'accès au juge et le droit de demander l'exécution de la convention d'arbitrage, l'intérêt le plus légitime à protéger est évidemment le premier. Si l'exercice de la convention d'arbitrage ne permet pas d'atteindre l'accès à la justice arbitrale, celle-ci se trouve privée de toute utilité sociale. L'abus serait alors de demander l'exécution de la convention d'arbitrage avec la conscience que, du fait de son impossibilité de mise en œuvre, cette demande d'exécution aboutirait à une situation de blocage. En effet, la convention d'arbitrage n'a pas pour objet de bloquer tout accès à la justice mais au contraire d'organiser cet accès. Dès lors, le détournement de l'institution pourrait être regardé comme constitutif d'abus. Il convient donc de réfléchir sur les limites du droit de nuire dans la sphère contractuelle et son incidence sur la répartition de la charge des honoraires entre les litigants.

⁸⁸ KARILA DE VAN (J.), Le droit de nuire, *RTD civ.* 1995 p. 533.

⁸⁹ Pour une analyse de l'abus de droit : V. BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz 4 éd. 2003 p. 274 et s. « *l'application aveugle de la règle de droit risque de conduire à des conséquences iniques. La technique juridique, par la combinaison des règles et leur utilisation, risque de s'exercer au mépris des finalités du système juridique. La théorie de l'abus de droit constitue l'instrument majeur du contrôle de la conformité de l'exercice des droits à leur fonction* » (n° 240).

2)- Devoir d'abstention et collaboration

873. Selon Monsieur J. Ghestin⁹⁰, « *L'utile et le juste apparaissent ainsi comme les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat* ». La convention d'arbitrage est un choix d'organisation de l'accès à la justice et comprend donc une promesse de conclure un contrat d'arbitre. Les promettants (*i.e.* les litigants) s'engagent l'un envers l'autre à conclure un contrat d'arbitre. Il y a réciprocité des obligations. La convention d'arbitrage voit ses conditions d'exécution réalisées si un litige naît dans son champ d'application et si le tribunal accepte sa saisine et se trouve constitué. La convention d'arbitrage ne constitue pas un consentement au contrat d'arbitre mais un engagement commun à le conclure car le consentement à l'arbitrage est acquis.

874. Dans ce type de contrat, le bénéficiaire est donc en droit de demander l'exécution de la convention d'arbitrage. Cependant, lorsque le créancier de l'exécution est tenu d'un devoir de collaboration et qu'il sait que sa demande d'exécution est impossible, peut-on admettre qu'il commet un abus de droit ? En d'autres termes, dans le cadre contractuel, le contractant bénéficie-t-il d'un droit de nuire sans limite ou la demande d'exécution d'un contrat et plus spécifiquement de la convention d'arbitrage, peut-elle être constitutive d'abus ?

Une partie économiquement forte liée par une clause d'arbitrage avec une partie en situation de faiblesse financière ne doit pas pouvoir se servir du droit français et de l'insertion d'une convention d'arbitrage dans le but de bloquer tout accès à la justice de son cocontractant. En d'autres termes, « *l'usage d'un droit légitime de manière légitime induit-il nécessairement une irresponsabilité ?* »⁹¹. Peut-il y avoir abus à revendiquer l'exercice d'un droit, en l'occurrence l'exécution de la clause d'arbitrage⁹² ?

875. Monsieur J. Mestre relève : « *En réalité, l'abus existe dès lors qu'un contractant invoque déloyalement le contrat, peu important qu'il se réfugie derrière une clause lui conférant un pouvoir, ou bien derrière une clause fixant les limites des obligations ou des droits qui sont les siens. [...] L'abus ne se concevant que dans l'action (on abuse que de ce dont on peut user [...]). Lui seul en effet se conjugue avec l'usage déloyal. À proprement parler, on ne fait pas usage de la substance des droits et obligations. On réclame son dû. Il ne faut pourtant pas être dupe*

conclusion pour point de départ.

fragile, si l'on raisonne, comme on le doit, en termes plus neutres d'exercice déloyal d'un droit ou d'invocation déloyale du contrat.

son dû, en invoquant une clause (même si elle ne lui confère pas de pouvoir), le créancier agit.

*si le droit réclamé n'a rien d'accessoire et touche donc à la substance des droits et obligations. Je comprends l'embarras dans lequel cela plonge. Mais à vrai dire, il n'y a là rien de neuf ni de spécifiquement français. Depuis fort longtemps et partout, on se demande jusqu'à quel point le juge peut sonder les non-dits du contrat pour empêcher un contractant de se réfugier derrière la lettre de l'accord pour légitimer une prétention qui paraît heurter la morale. On sent bien qu'une limite doit être posée »*⁹³.

: raisonner

La distinction

Car alors, on

« Cette action peut être

876. En droit français, l'abus de droit est reconnu et sanctionné en matière contractuelle. L'abus en matière de droit des sûretés vise en premier lieu la disproportion entre la fortune du

90 V. en ce sens : GHESTIN (J.), *La notion de contrat*, D. 1990 p. 147 et s.

91 LE BARS (B.), *La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime*, D. 2002 p. 381 n° 21.

92 En tout état de cause, à défaut d'abus, la responsabilité contractuelle pourrait être retenue du fait de l'obligation de collaboration liant les litigants.

93 DESHAYES (O.), *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles*, *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n° 2, p. 726 n° 38.

garant et la créance. L'abus est donc concentré au moment de la constitution de la sûreté, non de sa mise en œuvre. Néanmoins, il peut apparaître aussi dans la mise en œuvre d'une sûreté et si en principe un créancier doit être libre de demander l'exécution d'un contrat librement consenti, l'abus apparaît lors d'une demande d'exécution dans deux hypothèses : d'une part lorsque le créancier demande frauduleusement l'exécution d'une convention et d'autre part, lorsqu'il exerce son droit d'exécution sans intérêt légitime⁹⁴. En matière de garantie autonome ou de crédit documentaire, l'abus sera constitué lorsque le garant ou donneur d'ordre apportera la preuve de l'absence de droit du bénéficiaire et de sa conscience de son absence de droit. Si l'abus dans la demande d'exécution des contrats se manifeste en tous domaines, ce qui concentrera notre attention est l'abus en matière de droits personnels. En cette matière, l'abus apparaît à tous les stades de la relation : lors de la formation du contrat, de son exécution ou lors de son extinction.

877. Messieurs L. Cadiet et Ph. Le Tourneau⁹⁵ distinguent trois sortes d'abus : en premier lieu, « *l'abus par déloyauté* » fondé sur l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, qui consiste en un manquement à une obligation générale, l'article 1134 du Code civil imposant en effet que le contrat soit exécuté de bonne foi⁹⁶ ; en second lieu, « *l'abus de la liberté contractuelle* » ; enfin, l'abus d'une « *prérogative contractuelle* ».

878. Il existe un devoir d'abstention d'un litigant lorsque l'exécution de la convention d'arbitrage est impossible. La sanction de l'abus traduit la victoire de l'esprit du contrat sur sa lettre. Ainsi, « *Cet abus d'un droit contractuel se distingue des exigences de la bonne foi. Il intervient pour exprimer que la force d'une prérogative contractuelle ne se limite pas à sa lettre, mais s'étend à son esprit et au respect de la finalité de ses stipulations. L'abus de prérogative ne joue pas contre le contrat, mais veille à ce que le créancier demeure dans les limites véritables du droit qui est le sien* »⁹⁷. Si en principe le contractant est en droit de demander l'exécution du contrat, cette demande est susceptible d'abus dans certaines limites⁹⁸.

879. Comme le fait de demander l'exécution d'une obligation contractuelle souscrite n'est pas en tant que tel fautif, pour retenir une telle faute, il faudra que la partie forte commette une faute d'une particulière gravité. Or, la faute peut consister en une obligation pour le créancier de ne pas contracter lorsque l'engagement est disproportionné. Madame M.-N. Jobard-Bachelier et Monsieur V. Brémond⁹⁹ rapprochent cette hypothèse du droit allemand protégeant le débiteur de toute prise de risques inconsidérée. Seulement en matière d'arbitrage, la souscription d'une convention d'arbitrage, nonobstant les risques qu'elle comporte, peut avoir pour motivation la volonté, voire la nécessité, de conclure le contrat y afférant tout en ayant conscience de la disproportion de l'engagement souscrit en cas de nécessité de mise en œuvre de celle-ci.

880. Lorsqu'une partie saisit les juridictions étatiques en contravention d'une convention d'arbitrage et que son adversaire invoque la compétence arbitrale, de prime abord, il ne peut

94 V. pour un développement plus approfondi : CADIET (L.), Le TOURNEAU (Ph.), Abus de droit, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008.

95 CADIET (L.), Le TOURNEAU (Ph.), Abus de droit, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008 n° 78 et suivants.

96 V. sur la notion de bonne foi : ZOLLER (E.), Bonne foi, in D. Allard et St. Rials (sous la direc. de) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 1 éd. 2003 p. 143 : l'auteur donne des exemples de droit comparé dont l'article 281 du Code civil hellénique « *qui prévoit que l'exercice d'un droit est prohibé s'il dépasse manifestement les limites imposées par la bonne foi* ».

97 CADIET (L.), Le TOURNEAU (Ph.), Abus de droit, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008 n° 84.

98 C.Cass. Com., 10 juillet 2007, n° 06-14768, Bull. civ. IV, n° 188 D. 2007. AJ. 1955, obs. X. Delpech ; *Revue des contrats*, 01 octobre 2007 n° 4, P. 1110 note D. Mazeaud ; AUBERT DE VINCELLES (C.), Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, *D.* 2006 p. 2629.

99 JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BREMOND (V.), Le droit civil des affaires. Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires, De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants, *RTD com.* 1999 p. 327.

être reproché au litigant de demander la mise en œuvre de la convention d'arbitrage, cela reviendrait à lui imposer de ne pas demander l'exécution de son contrat. Néanmoins, le respect de la législation et du contrat n'exonèrent pas pour autant la partie forte de sa responsabilité si cette partie détourne le contrat de sa fin et si elle viole son devoir de collaboration renforcé. La demande d'exécution peut donc constituer une faute¹⁰⁰. Dès lors, d'une part, l'absence de coopération d'une des parties décharge en tout ou partie son cocontractant des conséquences de son inexécution, et d'autre part, une absence de coopération permet la rupture unilatérale du contrat si la poursuite de celui-ci est devenue de ce fait impossible¹⁰¹.

Dans cette perspective, la demande d'exécution de la convention d'arbitrage se doit d'être confrontée à l'obligation de collaboration qui lie les parties. Elle ne saurait être légitime dans l'hypothèse où la partie qui demande l'exécution en nature manque à la loyauté contractuelle dans le cadre de l'exécution de la convention d'arbitrage ou de la formation du contrat d'arbitre. Dès lors, il est possible de considérer que l'attitude consistant à demander l'exécution de la convention d'arbitrage (*i.e.* en soulevant une exception d'arbitrage) tout en bloquant la formation du contrat d'arbitre pour non-respect de l'obligation de collaboration, est constitutive d'un abus de droit voire d'un dol dans l'exécution de la convention d'arbitrage et dans la conclusion du contrat d'arbitre¹⁰². A défaut, ce serait admettre qu'une partie puisse demander l'exécution d'une convention d'arbitrage sans mettre en œuvre l'obligation de collaboration qui la lie à son colitigant et qu'elle puisse de ce fait bloquer la formation du contrat d'arbitre ou son exécution.

Le droit de nuire, dans la sphère contractuelle, ne va pas jusqu'à permettre à une partie de détourner la cause de la convention conclue. Une partie forte a l'obligation de tenir compte de l'état d'impécuniosité de son colitigant afin de permettre l'exécution de la convention d'arbitrage et la formation du contrat d'arbitre¹⁰³.

* *
*

881. L'obligation renforcée de collaboration qui lie les parties à la convention d'arbitrage impose le respect de deux obligations subséquentes. La première est une obligation de cohérence semi-processuelle. Ainsi, une partie qui ne peut ou ne veut suppléer à la défaillance de la partie impécunieuse dans le paiement des honoraires et frais d'arbitrage, ne peut par ailleurs soulever l'exception d'arbitrage devant les juridictions étatiques, saisies pour juger au fond du litige. Cette attitude contradictoire devrait être sanctionnée par une fin de non-

100 LE TOURNEAU (Ph.), POUmarede (M.), Bonne foi, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009 n° 94 : Ainsi, « les Principes du droit européen du contrat prévoient que le créancier ne saurait contraindre son débiteur à une exécution en nature si une telle exécution « comportait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables » (art. 9 :102), tandis que l'article 162 du Projet de réforme du droit des contrats dispose que « le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable »

101 V. MESTRE (J.), Des conditions d'exercice de la résiliation unilatérale, *RTD civ.* 1996 p. 904.

102 En ce sens : C. Cass. Civ 1, 19 nov. 1991, *Rev. Arb.* 1991.462 note D. Hascher : une partie qui refuse de payer sa part de provision ne peut prétendre au maintien de l'instance arbitrale devant la juridiction étatique sous peine de contradiction procédurale. ROUCHE (J.), Le paiement par le défendeur de sa part de provision sur les frais d'arbitrage : simple faculté ou obligation contractuelle ?, *Rev. Arb.* 2002.841 qui à propos de l'arrêt note que « cette sanction doit être réservée [...] aux cas dans lesquels la partie défaillante fait sciemment obstacle au droit d'accès à la justice de l'autre partie. À défaut d'une telle attitude dilatoire, le tribunal doit pouvoir apprécier, la situation respective des parties et les raisons pour lesquelles le défendeur refuse de payer sa part d'avance sur frais d'arbitrage, et lorsque c'est le cas, retenir que la partie défaillante a de justes motifs » (n° 16 p. 854).

103 A l'opposé, il se peut que l'autre partie ne puisse pas payer une part plus importante. Dès lors que faire ? Si la partie qui s'oppose à l'arbitrage invoque à tort son impécuniosité, il s'agit d'un abus de faiblesse qui peut à ce titre être sanctionné et permettre le recours à la procédure d'arbitrage. En revanche si les parties ne peuvent ensemble ou séparément assumer les frais d'arbitrage, l'attitude de la partie qui, bien que pouvant assumer sa part des frais ne peut assumer celle de son colitigant, demande l'exécution de la convention d'arbitrage, est-elle constitutive d'un abus ? La réponse se doit d'être négative puisque qu'elle ne contrevient pas à son obligation de collaboration. Dès lors dans cette hypothèse, seule la caducité de la convention d'arbitrage pourrait être prononcée à moins que les centres d'arbitrage prévoient en ce cas un barème d'honoraires spécifique.

recevoir à l'égard de l'exception d'arbitrage. La seconde obligation est celle d'abstention. Si la conclusion d'un contrat ouvre dans une certaine mesure une faculté de nuisance dans l'exécution du contrat, cette faculté est encadrée par le juge. Lorsque, de par son attitude, le créancier de l'obligation, en demandant l'exécution de son droit, le détourne en fait de son utilité, il commet un abus de droit sanctionnable à ce titre. Dans cette mesure, lorsqu'un litigant qui manque à son obligation de collaboration demande l'exécution de la convention d'arbitrage, il commet un abus de droit dans sa demande d'exécution du contrat.

Conclusion de la section 1

882. La convention d'arbitrage est un contrat qui a un régime défini en application d'une loi étatique. Que cette loi procède de la méthode internationaliste ou de l'application de règles matérielles impératives françaises, il convient de déterminer le régime juridique de cette convention. Or, le principe de validité admis en droit français est insuffisant et le régime de la convention d'arbitrage reste flou. Dès lors, en se référant au droit commun des contrats, la nature de la convention d'arbitrage, de même que son lien avec le contrat d'arbitre, créent une obligation de collaboration renforcée entre le litigant, tant au stade de la formation du contrat d'arbitre que lors de son exécution. Cette obligation de cohérence impose d'assurer la bonne exécution du contrat.

Dans cette perspective, la distinction entre l'obligation au paiement et la charge définitive de celui-ci permet d'admettre que les frais et honoraires d'arbitrage puissent être répartis équitablement entre les parties. Ainsi, une partie qui refuserait de prendre en charge une partie des frais de l'arbitrage afin de permettre sa bonne exécution en cas d'impécuniosité de son colitigant, manquerait à son obligation de coopération. En outre, lorsque cette même partie soulève une exception d'arbitrage, donc une demande d'exécution de la convention d'arbitrage devant les juridictions étatiques, cette attitude serait constitutive non seulement d'un manquement à son obligation de cohérence semi-processuelle mais également constitutive d'un abus de droit dans la demande d'exécution d'un contrat.

883. Le manquement à l'obligation de collaboration renforcée peut être constaté et sanctionné devant les juridictions étatiques. Reste à déterminer dans quelle mesure les juridictions peuvent assurer l'exécution de la convention d'arbitrage en cas d'impécuniosité d'une partie dans le respect des règles du procès équitable.

Section 2 : De la bonne exécution de la convention d'arbitrage

884. Partant du principe que les développements de cette section n'auront pour objet que de trouver un moyen d'assurer l'accès à l'arbitrage, seule l'hypothèse de la validité de la convention d'arbitrage doit aboutir à une saisine des tribunaux arbitraux et sera donc étudiée à ce titre. En effet, l'invocation injustifiée de l'existence d'une convention d'arbitrage, si elle peut être source de responsabilité, ne saurait aboutir à un renvoi devant l'arbitre, cette solution serait un non-sens¹⁰⁴. Le seul cas où il convient *in fine* de préserver l'arbitrage est celui dans lequel il est établi que les parties ont effectivement conclu une convention d'arbitrage. L'obligation au paiement se distingue de la charge du paiement qui peut valablement faire l'objet d'une répartition inégalitaire entre les parties. Or, si la partie forte manque à son obligation de collaboration, il convient d'analyser dans quelle mesure le juge peut procéder à

104 Par hypothèse, une fois constatée l'absence de compétence arbitrale suite à l'étude de la contestation sérieuse, les parties seront renvoyées devant les juridictions étatiques.

cette répartition afin de permettre la mise en œuvre de l'arbitrage (§1).

885. À défaut de répartition possible, le devoir de collaboration et le principe de cohérence résultant de l'ensemble contractuel donnent lieu à une responsabilité de la partie forte. Plusieurs types de responsabilités peuvent être envisagés dans ce cadre. En premier lieu, il faut évoquer la responsabilité fondée sur l'abus d'action en justice. Cependant, le recours abusif devant la justice étatique s'entend strictement au niveau légal. En effet, la sanction de ce recours abusif est nécessairement atténuée par le caractère fondamental du droit d'action. Ensuite, la responsabilité contractuelle est en cause dès lors que l'inexécution de son obligation par l'une des parties a causé un préjudice à l'autre. Cette responsabilité est donc la conséquence de la violation d'une obligation contractuelle au contraire de la responsabilité délictuelle qui suppose la violation d'une obligation légale. De cette différence de sources découle une spécificité des régimes¹⁰⁵. Or, qu'en est-il au regard de l'arbitrage (§2) ?

§1- Répartition judiciaire de la charge des honoraires

886. La charge des honoraires peut être répartie par le juge en se fondant sur l'obligation de collaboration qui lie les parties (A). Néanmoins, lorsque cette répartition est contractuellement fixée, le juge peut-il réviser l'engagement contractuel (B) ?

A- Répartition de la charge des honoraires

887. La répartition de la charge des honoraires est de la compétence des juges d'appui lorsqu'elle intervient au stade initial de la procédure, c'est-à-dire lors de la formation du contrat d'arbitre (1). Cette répartition inégalitaire est juridiquement admissible tant sur la base du devoir de collaboration des litigants que sur celle d'une assimilation des frais d'arbitrage en frais de justice (2).

1)- Compétence du juge étatique, du centre d'arbitrage ou de l'arbitre

888. Si la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage est établie par la convention d'arbitrage et si les coûts de l'arbitrage peuvent être contractualisés par une référence à un centre d'arbitrage ou des précisions contractuelles, à aucun moment la répartition de ces frais n'est fixée. Or, si l'on peut admettre que les litigants soient responsables solidairement ou conjointement du paiement des honoraires d'une part, et d'autre part, qu'une convention d'honoraires distincte entre chaque litigant et arbitre puisse être perçue comme contraire à la déontologie, rien n'empêche une répartition inégalitaire opérée en amont par le juge saisi à cet effet. En effet, le paiement des honoraires étant lié au contrat d'arbitre il revient aux juridictions étatiques d'en déterminer les modalités. Cette solution inspirée du Code de procédure civile permettrait d'utiliser l'équité aux fins d'assurer l'accès à l'arbitrage, mais surtout d'en préserver sa nature pour ne pas transformer cette institution en une arme financière permettant de priver une partie de son droit d'accès au juge.

Ainsi, dès lors que le juge d'appui serait saisi d'une demande de mise en place du tribunal arbitral et qu'il constaterait un déni de justice économique, il pourrait en résulter une alternative offerte aux parties : soit une renonciation commune au recours à l'arbitrage, soit

105 V. pour une étude de cette distinction et de l'évolution de la responsabilité contractuelle : REMY (Ph.), La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, *RTD civ.* 1997 p. 323.

une répartition équitable des frais en résultant. Cette solution aurait le mérite de responsabiliser les parties au litige.

889. Selon Monsieur th. Clay, « *si le montant des honoraires ne relève pas de la compétence des arbitres, la répartition de la charge finale de ceux-ci entre les parties relève bien de leur pouvoir juridictionnel : elle constitue, comme l'a énoncé une décision, un « accessoire du litige » sur lequel l'arbitre a pour mission de se prononcer* »¹⁰⁶. Néanmoins, dans un arrêt du 28 octobre 1987¹⁰⁷, la cour d'appel de Paris¹⁰⁸ a précisé que « *le respect de leur mission par les arbitres suppose que ceux-ci tranchent le litige, tout le litige, mais rien que le litige* », la question des honoraires, comme toutes celles relatives au contrat d'arbitre sont exclues de la compétence arbitrale¹⁰⁹. En revanche, il résulte de cette jurisprudence constante que sont incluses dans la mission des arbitres la fixation du montant des dépens et leur répartition comme accessoire au litige. Sur ces sujets, un recours en annulation est ouvert.

Une précision s'impose cependant. L'arrêt de la cour d'appel de Paris, en date du 23 septembre 1994, distingue la question de la répartition, en considérant que « *l'objet du litige peut porter notamment sur la répartition des honoraires des arbitres et les frais de l'arbitrage* »¹¹⁰, mais « *la fixation des honoraires des arbitres ne fait pas partie de l'objet du litige et [...] relève du contrat d'arbitrage, différent de celui qui lie les parties et qui fixe l'objet du litige* »¹¹¹. Ainsi, il existe un partage de compétences entre magistrats et arbitres, partage qui reçoit une solution nuancée en présence d'un règlement d'arbitrage¹¹².

890. Dans un arrêt en date du 25 novembre 1997, la cour d'appel de Paris rappelle ce principe de répartition¹¹³. Dans une sentence, les arbitres ont procédé à la répartition des frais et honoraires d'arbitrage. L'une des parties demande la nullité de la sentence notamment sur le fondement de l'ordre public car « *les arbitres auraient failli à leur mission tout à la fois en ce qui concerne la motivation de la sentence, la répartition des frais d'arbitrage et les délais qu'ils avaient pour statuer* ». Concernant les frais et honoraires, la société « *fait valoir qu'en la condamnant de ce chef à rembourser à [son colitigant] la somme de 150.000 \$ alors que [son colitigant] n'avait avancé comme elle-même, que la moitié de cette somme et que le montant de sa réclamation avait été, pour cette raison, limitée à la somme de 75.000 \$, les arbitres auraient là encore failli à leur mission ; elle ajoute que le fait d'avoir ainsi statué ultra petita constituerait en outre une violation des principes de l'ordre public international* ». La cour rappelle que la société « *ne discute pas que les arbitres avaient bien pour mission de répartir entre les parties les frais d'arbitrage sur la base tout à la fois du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale qui dispose en son article 20 que "la sentence définitive de l'arbitre liquide les frais de l'arbitrage et décide à laquelle des parties le paiement incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés entre elles" et de l'article 6.7*

106 CLAY (Th.), Toute peine mérite salaire, *D.* 2003 p. 2475.

107 CA Paris, 28 octobre 1987, *Rev. Arb.* 1988.149 note Ch. Jarrosson : l'une des parties avait en charge la totalité des frais et honoraires d'arbitrage par un accord transactionnel entre les litigants constaté dans la sentence.

108 CA Paris, 1 ch. Civ., 23 sept. 1994, *Société Hôtelière de montagne c. époux d'Amade et autres*; *RTD com.* 1995.396, obs. J-CI Dubarry et E Loquin ; *Rev. Arb.* 1996.393 et obs. Ph. Fouchard p. 325.

109 V. pour l'admission d'une révision des honoraires des professions libérales : Cass. civ. 29 janv. 1867, in *GAJC*, Dalloz, t. 2, 11e éd., 2000, spéc. n° 266, obs. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette.

110 L'arrêt énonce que « *les arbitres, en raison de la fonction juridictionnelle dont ils sont investis, ont, sauf clause contraire de la convention d'arbitrage, le pouvoir de statuer sur les dépens, la fixation des frais entraînés, la répartition de leur charge constituant un accessoire du litige qu'il convient de fixer* ». V. sur le principe : LOQUIN (E.), Étendue de la compétence, *Jurisclasseur Procédure civile*, fasc. 1032 spéc. n° 22.

111 DUBARRY (J.-Cl.), LOQUIN (E.), ARBITRES. Pouvoir de statuer sur les dépens, Répartition entre les parties de la charge du paiement des honoraires des arbitres, Fixation des honoraires dans la sentence, Absence d'autorité de la chose jugée, Élément du contrat d'arbitrage, Contestation, Compétence de la juridiction de droit commun. (Paris, 23 sept. 1994, *Société Hôtelière de montagne*), *RTD com.* 1995 p. 396.

112 C. Cass. Civ. 2, 10 oct. 1990, *Société Bureau Qualitas et autres c. J. Viet et autres*, *D.* 1990.239 ; *Rev. Arb.* 1996 p. 393 et note p. 325 Ph. Fouchard; CA Paris, 1 ch. Civ., 23 sept. 1994, *Société Hôtelière de montagne c. époux d'Amade et autres*; *RTD com.* 1995.396, obs. J-CI Dubarry et E Loquin ; *Rev. Arb.* 1996.393 et obs. Ph. Fouchard p. 325.

113 CA Paris, (1 ch. C), 25 novembre 1997, *La Société V.R.V.-SPA, c. La Société Pharmachim LTD Co* n° 96/80888.

de l'acte de mission signé des parties aux termes duquel "il convient de déterminer si l'une des parties doit supporter les coûts exposés par l'autre dans le cadre de l'arbitrage ». Le grief portait sur le montant et non sur le principe de la répartition et donc, la cour conclut que « la fixation du montant des honoraires des arbitres ne fait pas partie de l'objet du litige mais relève du contrat d'arbitrage qui lie les parties à leurs arbitres ou comme en l'espèce à l'institution d'arbitrage pour l'organisation de l'arbitrage et la reddition de la sentence [En conséquence,] l'exécution ne peut être sanctionnée que dans le cadre des actions contractuelles ordinaires ». En conclusion, ce grief ne fait pas partie des chefs de nullité d'une sentence ouvrant droit à un recours en annulation.

891. En effet, sont exclues de la compétence arbitrale la détermination du montant des honoraires et leur répartition, sauf clause contraire, car en ce cas le montant concerne les litigants et l'arbitre lui-même, quant à la répartition elle est extérieure à l'objet du litige¹¹⁴. Ainsi, la cour d'appel de Paris¹¹⁵, dans l'arrêt *Société Hôtelière de Montagne c. époux d'Amade et autres* du 23 septembre 1994, précise clairement que « L'objet du litige [peut] porter sur la répartition des honoraires des arbitres et des frais d'arbitrage, si la convention d'arbitrage prévoit que les frais seront supportés par les parties selon les modalités prévues par les arbitres dans leur sentence ».

Si en revanche la convention d'arbitrage ne prévoit pas que la répartition des honoraires relève de l'objet du litige, alors la compétence quant à cette répartition relève exclusivement de la juridiction de droit commun.

Dès lors, en cas de convention inter-litigants sur ce point, la répartition reviendrait au tribunal arbitral, et, *a contrario*, c'est-à-dire à défaut de convention, la répartition serait de la compétence étatique. Or, en cas d'arbitrage institutionnel, le renvoi de la convention d'arbitrage à un règlement d'arbitrage contractualise en son sein ses dispositions. Dès lors, dans la mesure où le règlement précise les modalités de répartition et les organes compétents pour se prononcer à ce sujet, il doit recevoir application.

892. En cas de silence du règlement d'arbitrage ou en cas d'arbitrage *ad hoc*, lorsque la mission du juge d'appui d'aide à la constitution du tribunal arbitral intervient au stade initial de la procédure, elle devrait permettre de statuer sur une répartition équitable des frais et honoraires afin de permettre la conclusion et l'exécution du contrat d'arbitre.

2)- Principe d'une répartition judiciaire équitable

893. « Toutes ces questions relatives au montant des honoraires dus aux arbitres sont délicates, car elles mêlent les caractéristiques de la mission juridictionnelle confiée à l'arbitre et des situations contractuelles très complexes »¹¹⁶. Le principe de la répartition des frais d'arbitrage pourrait dépendre de l'équité, c'est-à-dire que cette répartition doit prendre en compte deux facteurs. D'une part, la partie défaillante est-elle ou non en faute au regard de l'exécution du contrat de base, et d'autre part, les considérations d'équité commandent-elles

114 V. CA Reims (ord. 1^{er} Prés.), 16 décembre 1999, *Société Adidas c. André Fresco et Société Ventex*, *Rev. Arb.* 2000. 316 note Th. Clay : « L'arbitre est libre de poursuivre chacune des sociétés en paiement de ses honoraires sur le fondement d'un lien personnel qui le lie avec elles et diffère de celui qu'elles ont entre elles. L'arbitre n'acquiert pas la qualité d'auxiliaire de justice en raison de sa nomination par un juge qui ne lui confie en réalité aucune mission de nature judiciaire ; la procédure de taxation prévue par l'article 719 du Code de procédure civile pour les auxiliaires de justice ne peut donc s'appliquer aux arbitres ». L'arbitre ne parvenant pas à recouvrer ses honoraires avait saisi le tribunal de grande instance de Troyes. Outre que le tribunal n'était pas compétent, celui-ci assimila l'arbitre à un auxiliaire de justice. Le président de la cour d'appel de Reims a censuré cette décision.

115 C. Cass. Civ. 2, 10 oct. 1990, *Société Bureau Qualitas et autres c. J. Viet et autres*, *D.*1990.239 ; *Rev. Arb.* 1996 p. 393 et note p. 325 Ph. Fouchard ; CA Paris, 1^{er} ch. Civ., 23 sept. 1994, *Société Hôtelière de montagne c. époux d'Amade et autres*, *RTD com.* 1995.396, obs. J-CI Dubarry et E Loquin ; *Rev. Arb.* 1996.393 et obs. Ph. Fouchard p. 325.

116 CLAY (Th.), Toute peine mérite salaire, *D.* 2003 p. 2475.

ou non une répartition égalitaire, équitable ou une absence de répartition au bénéfice de la partie gagnante ?

L'idée de répartition équitable des frais de justice est extrêmement ancienne. Elle a pris forme dès lors que la justice a cessé d'être accessible à l'ensemble de la population du fait de son onérosité, « *situation dénoncée par les philosophes, suivis, en 1789, par les cahiers de doléances établis en vue de la réunion des États généraux* »¹¹⁷. L'idée fondamentale est de ne pas réserver l'accès au juge à la classe aisée de la population. La répartition des frais de justice en considération de l'équité n'est donc pas inconnue du droit français, qui consacre au titre des articles 695 à 699 du Code de procédure civile pour les dépens et l'article 700 du même Code pour les frais et les débours, une répartition similaire quoiqu'ayant l'inconvénient d'intervenir à l'issue du procès¹¹⁸. Ce mécanisme repose sur la prise en compte d'un déséquilibre économique entre les parties et sur le caractère plus ou moins abusif de l'action, permettant ainsi de répartir plus justement le coût de la justice. Certes, la condamnation de la partie perdante est le principe, cependant, les dépens peuvent être mis en tout ou partie à la charge de la partie gagnante. En effet, « *la détermination de la somme due repose sur l'équité et la situation économique [...] elle laisse donc un pouvoir considérable d'appréciation* »¹¹⁹. Devant les tribunaux étatiques, cette répartition a montré ses limites puisque les sommes allouées sont souvent bien inférieures à la réalité.

894. En outre, il est admis en jurisprudence qu'une répartition inégalitaire des frais d'arbitrage puisse avoir lieu à l'issue de l'instance d'arbitre. En conséquence, la qualification de frais de justice et la répartition inégalitaire paraissent s'imposer nonobstant la base contractuelle de la relation qui lie les litigants. En l'absence de contrat de collaboration dans l'exécution du contrat d'arbitre, contrat consensuel, il convient d'envisager les procédés de répartition des frais et donc la charge finale de ceux-ci entre les litigants devant les tribunaux arbitraux et les juridictions étatiques. Une répartition inégalitaire entre les parties pourrait être admise lorsqu'elle résulte d'une décision du juge d'appui.

895. Cette action en répartition de la charge des frais d'arbitrage devrait en principe être de la compétence des juridictions étatiques puisque par hypothèse la procédure d'arbitrage se trouve dans une situation de blocage.

* *
*

896. Entre les parties, la répartition des frais n'est pas nécessairement égalitaire. Il est admis à cet égard que les frais de justice puissent être mis à la charge des litigants de manière équitable. Or, les frais d'arbitrage peuvent s'analyser comme des frais de justice permettant ainsi une répartition apte à permettre la mise en œuvre de la convention d'arbitrage donc apte à garantir le respect du droit fondamental d'accéder au juge. En principe, sauf volonté exprimée en sens contraire par les litigants, la compétence revient au juge étatique. Néanmoins, il est possible que les dispositions d'un règlement d'arbitrage, contractualisées au sein de la convention d'arbitrage, prévoient une telle compétence ou que la convention d'arbitrage le précise expressément. En ce cas, priorité est donnée soit au centre d'arbitrage soit au tribunal arbitral. Néanmoins, en cas de carence de ceux-ci, la compétence revient aux juridictions étatiques en tant que débitrices du droit d'accéder au juge.

117 PANSIER (F.-J.), Frais et dépens, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2008 n° 7.

118 V. pour une étude détaillée : PANSIER (F.-J.), Frais et dépens, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2008.

119 CADJET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010 p. 478.

B- Interférence dans le pouvoir régulateur du juge

897. La possibilité de répartition équitable de la charge des frais et honoraires d'arbitrage a pour principale limite l'interdiction de réfaction du contrat. En effet, lorsque les parties ont prévu entre elles les modalités d'une telle répartition, le juge ne saurait en principe la modifier (1). Dès lors, il convient de déterminer dans quelle mesure les règlements d'arbitrage interfèrent avec cette possibilité de répartition (2).

1)- Interdiction de réfaction du contrat et répartition contractuelle des frais et honoraires d'arbitrage

898. Sur le plan des principes, dans le cadre d'un cocontrat¹²⁰, l'existence d'une partie plurale n'empêche pas l'autonomie de chaque engagement des litigants. Les obligations de chaque membre de la partie plurale sont autonomes bien que dépendantes du contrat qui les lie avec le cocontractant commun, en l'occurrence l'arbitre ou les arbitres. En outre, un contrat de collaboration peut être formellement conclu entre les litigants, qui a pour objet l'organisation de leurs rapports en tant que partie unique et plurale dans le cadre de la formation et de l'exécution du contrat d'arbitre. Il est extérieur au contrat d'arbitre et constitue un contrat distinct non opposable aux arbitres, tiers à cette convention.

Ainsi, le contrat d'arbitre, en tant que cocontrat, reste soumis au droit commun des obligations. La qualification de partie plurale ne modifie pas le régime juridique de l'acte. Dans leur relation avec leur cocontractant, les membres de la partie plurale peuvent organiser leurs relations. La rédaction d'un contrat de collaboration entre les membres d'une partie plurale est donc tout à fait possible en amont de la formation du contrat d'arbitre, il peut même être intégré à la convention d'arbitrage. Une partie peut donc valablement s'engager à prendre à sa charge tous les frais consécutifs à la procédure d'arbitrage ou notamment prévoir la prise en charge des frais de l'arbitrage de manière équitable ou proportionnelle entre les parties.

899. Lorsque les parties prévoient la répartition des honoraires et frais d'arbitrage entre elles dans leur contrat de collaboration, du fait de l'effet relatif des conventions, cette répartition n'est pas opposable aux arbitres. La charge de la dette ne concerne que les litigants, l'obligation au paiement reste inchangée. Dès lors, « *Peu importe la convention des parties qui ne peut être opposée aux arbitres en raison de son effet relatif. À l'égard des arbitres, même en cas d'existence d'une telle clause, les parties restent solidairement tenues. Les arbitres peuvent demander le paiement à l'une ou à l'autre des parties. La clause ne produira ses effets que pour régler la contribution définitive des parties* »¹²¹.

En revanche, cette répartition contractuelle a un effet important sur le pouvoir du juge. Si les parties ont contractuellement convenu les modalités de répartition entre elles des frais d'arbitrage, la répartition judiciaire semble *a priori* exclue puisque « *La règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, mais elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties* »¹²². En effet, le juge ne pourra pas procéder à une répartition équitable des frais d'arbitrage mais

120 TGI Paris (ord. Réf.), 15 fév. 1995, SA *Industrial Export*, *Rev. Arb.* 1996.503 note Ph. Fouchard : sur la mission personnelle des arbitres.

121 LOQUIN (E.), Du droit aux honoraires des arbitres (Paris, 1^{re} ch., sect. C, 13 déc. 2001, A. Perrin c. T. Benne et autres), *RTD com.* 2002 p. 282.

122 MAZEAUD (D.), Contrat - bonne foi, (à propos de Cass. com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14768), *Revue des contrats*, 01 octobre 2007 n° 4, p. 1110 à propos de Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-14768.

pourra en revanche sanctionner le comportement de la partie forte qui allègue le respect strict de son engagement contractuel. Le juge doit donc se plier à la lettre du contrat, ce qui, en matière de contrat de collaboration, ne permettra pas d'assurer l'accès au juge arbitral.

En principe, « *Même de mauvaise foi, le créancier peut obtenir le paiement de sa créance, telle qu'elle avait été conçue lors de la conclusion du contrat ; sa déloyauté ne peut exercer aucune influence sur l'existence et la substance de ses droits engendrés par le contrat, car le principe de la force obligatoire du contrat canalise les pouvoirs du juge fondés sur le devoir de bonne foi* »¹²³. Ces clauses de répartition ou clauses de remboursement des frais du procès sont admises en droit français devant les juridictions judiciaires. Or, elles ont donné lieu à des interrogations, notamment quant au pouvoir du juge de les réduire. La Cour de cassation a jugé dans un arrêt en date du 16 janvier 1985 qu'il ne s'agissait pas de clauses pénales, ce qui exclut toute modification du juge¹²⁴. Néanmoins, le partage des dépens reste du pouvoir discrétionnaire du juge et une convention ne saurait y porter atteinte¹²⁵.

900. L'absence de révision pour imprévision en droit français implique de conclure que les parties se sont engagées de manière définitive, à charge pour elles de subir ces obligations, peu importe les changements de circonstances. Admettre la possibilité de révision de cette clause remet en cause de manière évidente la force obligatoire des conventions entre les parties, d'un autre côté, la solution inverse crée une situation de blocage, source de déni de justice et transforme la convention d'arbitrage en une renonciation éventuelle à tout recours en justice. Cette solution permettrait à une partie solvable d'invoquer le respect de cette clause de répartition pour bloquer tout accès à la justice étatique ou arbitrale. Ainsi, Monsieur D. Mazeaud relève que la bonne foi devient en jurisprudence « *le terreau d'un devoir de collaboration entre les contractants [qui induit l'aide à l'exécution d'un contrat, mais] il semble bien que, désormais, il faille entériner l'idée selon laquelle la bonne foi ne puisse jamais, ni de près, ni de loin, tempérer le principe de la force obligatoire du contrat et emporter un quelconque pouvoir de révision du contrat entre les mains du juge* »¹²⁶.

901. En cas de clause prévoyant une répartition contractuelle de la charge des honoraires, la partie impécunieuse pourrait-elle invoquer un cas de force majeure économique ? Cette solution ne semble pas opportune. Il a été relevé que l'« *admission de l'« irrésistibilité économique » entraîne la confusion des solutions dans la mesure où, en pareil cas, l'exécution n'est pas impossible, mais seulement plus onéreuse. Rien ne distingue cette inexécution fortuite de l'inexécution volontaire et la théorie des risques devient alors une simple variété de résolution judiciaire* »¹²⁷. L'irrésistibilité économique est une source potentielle d'insécurité juridique, le recours à la force majeure est juridiquement inapproprié. Pour autant, la convention d'arbitrage doit pouvoir être privée d'effet en considération de la non-formation du contrat d'arbitre.

902. La partie impécunieuse peut-elle alors invoquer l'abus dans la fixation du prix ? L'abus dans la fixation du prix n'a pas été défini par la Cour de cassation. Selon Monsieur Ch. Jamin¹²⁸, l'abus serait une notion théorique impossible à déterminer en matière de fixation de prix. Cependant, l'abus s'appréhende en pratique par son effet, c'est-à-dire l'impossibilité

123 MAZEAUD (D.), *Contrat - bonne foi*, (à propos de Cass. com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14768), *Revue des contrats*, 01 octobre 2007 n° 4, p. 1110.

124 C. Cass. Civ. 1, 16 janv. 1985 Bull I n° 25.

125 C. Cass. Civ.3, 29 mai 2002, Bull II n° 115.

126 MAZEAUD (D.), *Contrat - bonne foi*, (à propos de Cass. com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14768), *Revue des contrats*, 01 octobre 2007 n° 4, p. 1110.

127 LE GAC-PECH (S.), *Rompreson contrat*, *RTD civ.* 2005 p. 223 n°8.

128 JAMIN (Ch.), *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, *JCP* 1996. I. 3959.

pour le débiteur d'assumer ce prix. Serait-il opportun de sanctionner en amont l'abus dans la fixation du prix du contrat d'arbitre, c'est-à-dire au stade de sa formation¹²⁹ ? Nous ne le pensons pas pour plusieurs raisons.

Le déni de justice économique ne provient pas d'un abus dans la fixation du prix mais d'une impossibilité pour l'une des parties d'y pourvoir. En conséquence, en droit commun des obligations, rien n'oblige l'arbitre ou le litigant à contracter s'il n'en a pas les moyens financiers. Le problème est en l'occurrence tout autre et se détache du droit commun au regard de l'objet du contrat qui est d'assurer et d'aménager un accès à la justice. Par ailleurs, le prix, probablement justifié en pratique au regard de la mission accomplie et de la compétence des arbitres, n'est pas en soi abusif. En outre et enfin, l'arbitre n'aura aucun intérêt à contracter et ne peut se voir contraindre de le faire.

En somme, cette solution est à exclure. L'impécuniosité ici prise en compte ne résulte pas d'un abus dans la fixation du prix des prestations arbitrales mais d'un abus dans leur répartition¹³⁰. Dès lors, il n'y a aucune raison de réduire les honoraires des arbitres, tiers à la convention d'arbitrage au regard de la situation d'impécuniosité d'une des parties. En revanche, le défaut de loyauté ou l'abus dans l'exécution du contrat pourrait être une solution acceptable.

2)- L'incidence des règlements d'arbitrage

903. Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel se greffe un contrat de prestation de services entre d'une part les litigants et d'autre part le centre d'arbitrage dont l'objet est d'organiser la procédure arbitrale conformément au règlement du centre¹³¹. Ce contrat est conclu lors de la demande d'arbitrage par l'une des parties. Le barème des honoraires retenu est donc, non celui en vigueur au jour de l'introduction de la demande, mais celui au jour de la conclusion de la convention d'arbitrage.

Cependant, l'analyse de Monsieur E. Loquin diffère. Selon lui, la « *convention, clause compromissoire ou compromis, qui désigne l'institution d'arbitrage, oblige les parties, une fois le litige né, à conclure le contrat d'organisation d'arbitrage avec l'institution convenue. La clause compromissoire ou le compromis ainsi analysés créent à titre d'obligation accessoire celle de conclure la deuxième convention, et d'accepter l'offre émise par l'institution d'arbitrage désignée. La conclusion de ce contrat résulte de l'introduction de la requête d'arbitrage devant l'institution, qui, seulement à cet instant, prend connaissance de l'acceptation de son offre* »¹³². Il applique la théorie de la réception de l'acceptation non celle de l'émission.

En tout état de cause, la partie impécunieuse serait malvenue de contester les honoraires d'un arbitrage institutionnel puisque ceux-ci sont réputés acceptés et incorporés à

129 V. pour un avis favorable à un élargissement de cette sanction en droit commun : AUBERT DE VINCELLES (C.), Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, *D.* 2006 p. 2629.

130 V. concernant le prix abusif notamment : AUBERT DE VINCELLES (C.), Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, *D.* 2006 p. 2629 ; GAUTIER (P-Y), Pas de contestation possible des honoraires, fussent-ils excessifs, déterminés après l'exécution de la prestation, *RTD civ.* 2004 p. 114 ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? *D.* 2002 p. 1974.

131 V. pour un cas de responsabilité contractuelle : LOQUIN (E.), Nouvelles lumières sur le contrat d'organisation de l'arbitrage, (à propos de : CA Paris, 1^{re} ch. C, 22 janv. 2009, RG n° 07/19492, *Chambre de commerce internationale*), *RTD com.* 2010 p. 542 ; CA Paris, (1^{re} ch. C), 22 janv. 2009, *Chambre de commerce internationale*, n° 07/19492, *D.* 2009. Pan. 2959, obs. Th. Clay ; *JDI* 2009. 617, note Th. Clay ; PHILIPPE (M.), Les pouvoirs de l'arbitre et de la cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence, *Rev. Arb.* 2006.591 : l'auteur distingue la compétence de la Cour d'arbitrage de la compétence du tribunal arbitral pour apprécier la compétence. La cour CCI a un pouvoir de pré-examen de la convention d'arbitrage avant la saisine du tribunal arbitral. Néanmoins, la Cour n'a qu'une fonction administrative afin de lui permettre éventuellement de refuser de mettre en œuvre la procédure d'arbitrage. L'auteur précise que de 1998 à début 2006, la Cour a refusé de mettre en œuvre la procédure 26 fois essentiellement lorsque la convention ne désignait pas la CCI. En ce cas, l'arbitrage « n'a pas lieu ». Lorsqu'elle admet la validité de la convention, cette question est une nouvelle fois soumise au tribunal arbitral.

132 LOQUIN (E.), Nouvelles lumières sur le contrat d'organisation de l'arbitrage, (à propos de : Paris, 1^{re} ch. C, 22 janv. 2009, RG n° 07/19492, *Chambre de commerce internationale*), *RTD com.* 2010 p. 542.

la convention d'arbitrage et que la théorie de l'imprévision est rejetée. En effet, dans un arrêt en date du 10 octobre 2007 du tribunal de grande instance de Paris¹³³, le demandeur, la société *SNF*, reprochait à la CCI notamment les coûts excessifs de la procédure arbitrale. Sur ce point précis, le Tribunal précise qu'ils ne sont pas excessifs car conformes au barème accepté par les litigants et incorporé à leur contrat. En matière d'arbitrage *ad hoc*, il n'y a pas de barème fixe et l'organisation de l'arbitrage procède de la volonté et de l'œuvre créatrice des parties. Il en va de même pour le montant des honoraires. L'arbitre n'acceptera cependant de donner son consentement au contrat d'arbitre que dans la mesure où sa revendication financière est acceptée. C'est une évidence. Cependant, Monsieur Th. Clay soutient qu'« *il serait inadmissible que l'arbitre impose un tarif aux litigants qu'ils ne puissent refuser au prétexte que leur différend ne saurait être soumis qu'à l'arbitrage* »¹³⁴. Reste que là encore, le montant des honoraires est librement déterminé et accepté par les parties.

904. Les clauses contractuelles de ce contrat de prestation de services sont celles du règlement en lui-même qui constitue, selon la jurisprudence, une offre permanente de contracter. En acceptant la compétence de la CCI ou de tout autre règlement d'arbitrage établissant un barème d'honoraires, les litigants contractualisent également les conditions de fixation de la rémunération des arbitres et les frais d'arbitrage. Ainsi, la jurisprudence française analyse les règlements d'arbitrage comme une offre de contracter. En conséquence, le non-paiement de la provision est une violation du contrat d'organisation de l'arbitrage et le non-paiement des honoraires une violation du contrat d'arbitre, non de la convention d'arbitrage. La qualification du lien contractuel entre le centre d'arbitrage et le ou les litigants en contrat d'organisation de la procédure ne semble pas discutable puisqu'il en constitue l'objet.

905. En outre, lorsque la convention d'arbitrage renvoie à l'application du règlement, il se peut que certaines dispositions de celui-ci concernent directement le rapport des parties entre elles et qu'elles soient à ce titre contractualisées au sein de la convention d'arbitrage. Leur application aux rapports *inter partes* découle alors de l'application de la convention d'arbitrage elle-même. En effet, suite à l'acceptation par les litigants de l'application du règlement d'arbitrage à leur litige, le règlement se voit intégré à la convention d'arbitrage comme norme contractuelle régissant les rapports *inter partes*.

La répartition des frais peut être de la compétence des centres d'arbitrage dès lors que la convention d'arbitrage, directement ou par renvoi au règlement, prévoit un mécanisme de répartition des frais, dépens et honoraires d'arbitrage. Il convient donc d'analyser l'incidence de l'application d'un règlement d'arbitrage dans l'accès à la justice arbitrale et les solutions qu'ils prévoient. Si un centre d'arbitrage prévoit un mécanisme de répartition proportionnelle des frais apte à résoudre le problème de l'impécuniosité d'un litigant, rien ne s'oppose à lui octroyer la compétence de statuer sur ce point par priorité.

906. Suite à l'acceptation des litigants de l'application du règlement CCI à leur litige, le règlement se voit intégré comme norme contractuelle. Dès lors, les modalités de l'obligation au paiement relèvent effectivement des clauses qu'il contient. Lorsque les parties ont recours à un arbitrage institutionnel, le paiement des honoraires et de la provision prévus par le règlement est une obligation contractuelle. Ils deviennent une composante de la convention d'arbitrage. Or, le montant et la répartition des frais et honoraires d'arbitrage sont fixés par l'institution.

Selon le règlement CCI, la provision est payable pour moitié par chacune des parties

133 V. sur cet arrêt : CLAY (Th.), La responsabilité civile du centre d'arbitrage, *D.* 2007 p. 2916.

134 CLAY (Th.), Toute peine mérite salaire, *D.* 2003 p. 2475.

au titre des articles 8.1 et 8.2 dudit règlement. En conséquence, ce règlement exige le paiement d'une provision. Lorsque le refus de paiement de la provision est le fait du défendeur, on observe en pratique que le demandeur peut se substituer à celui-ci en l'attente d'une décision du tribunal arbitral au regard de la charge desdits frais¹³⁵. Néanmoins, le défendeur peut solliciter une mesure de contrainte, relative soit au paiement de la provision soit au remboursement de l'avance.

907. Qu'en est-il si cette répartition des frais et honoraires aboutit à un déni de justice économique ? Alors que le règlement CCI ne prévoit rien au stade initial de la procédure à l'égard d'une impossibilité de paiement, en application du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe, le refus de payer sa part de provision peut entraîner la résolution de la convention d'arbitrage si une partie en fait la demande¹³⁶.

* *
*

908. Le juge étatique peut répartir la charge des frais et honoraires entre les litigants de manière à assurer l'accès à la justice arbitrale. Cette répartition équitable est admise devant les juridictions étatiques et procède de l'équité. Néanmoins, ce pouvoir régulateur du juge peut être anéanti par la conclusion d'une convention particulière entre les litigants organisant la répartition des charges de l'arbitrage¹³⁷. Il n'a pas de pouvoir de réfaction du contrat. Or, les règlements d'arbitrage peuvent prévoir une telle répartition et le renvoi par la convention d'arbitrage à un règlement contractualise ces dispositions. Cela étant, certains règlements prévoient des mécanismes correcteurs de réparation.

En l'absence de solution par les règlements ou lors de modalités de répartition conclues par les parties dès la convention d'arbitrage, le juge ne pouvant modifier cette répartition, la convention d'arbitrage ne saurait être exécutée faute de conclusion d'un contrat d'arbitre conforme au droit au juge en cas d'impécuniosité. Il est cependant possible, y compris dans cette hypothèse, de recourir au mécanisme de responsabilité contractuelle. En effet, quelle sera la solution pour garantir l'accès à la justice arbitrale en cas d'impécuniosité d'une partie et d'un manquement à l'obligation de collaboration de son colitigant ? La première, qui sera exclue tant elle est inopportune en pratique comme en théorie, est de contraindre un arbitre à accepter cette mission. La liberté contractuelle s'y oppose. L'arbitre n'a souscrit aucun engagement de contracter. Il ne peut être contraint à accepter cette mission. La seconde consiste en une sanction, l'exécution forcée de l'obligation. Mais lorsque cette sanction aboutit à un déni de justice économique, elle devient par elle-même illégale. Ainsi, « *Personne ne contestera le fait que l'obligation doit céder le pas devant l'impossibilité d'exécution, car s'obliger n'est pas s'aliéner* »¹³⁸. Dès lors, la seule sanction envisageable semble être celle de l'exécution par équivalent, à savoir l'octroi de dommages et intérêts.

135 Le paiement de la part de provision de l'autre partie est prévu par l'article 30.3 du règlement CCI ou par l'article 6 du règlement AFA ; le règlement LCIA (article 24.1) laisse à la cour d'arbitrage la possibilité d'en répartir l'avance mais en cas de défaillance de l'une des parties et de l'avance par l'autre de la part de provision, celle-ci pourra en recouvrer le montant (art. 24.3) ce qui permet de prendre en compte la situation respective des parties sans implication du tribunal arbitral dans cette décision ; enfin le règlement *International Arbitration Rules de l'American Arbitration Association* met la provision à la seule charge de la partie demanderesse.

136 V. HASCHER (D.), Arbitrage du commerce international, *Répertoire international*, Dalloz, 2005 n°108 et s. (à propos de Sent. CCI, aff. n° 9667, 1998, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1996-2000*, 2003, Kluwer, p. 579).

137 V. notamment : C. Cass. Ass. Plén., 26 janv. 2001, n° 99-15.153, D. 2001.631, *RTD com.* 2001.508, obs. A. Martin-Serf C. Cass. Com., 20 mars 2001, n° 98-13.961, D. 2001.1245, obs. A. Lienhard ; C. Cass. Com., 27 mars 2001, n° 98-22.828, D.2001.1534, obs. V. Avena-Robardet ; C. Cass. Com., 29 mai 2001, n° 96-18.118, D. 2002.1741, note A.-M. Luciani et 2114, obs. M.-N. Jobard-Bachelier ; C. Cass. Civ.3e, 6 mars 2002, n° 01-12.751, *SNC Bon Puits*, Bull. civ. III, n° 54, p. 47 ; *RTD civ.* 2002.805 obs. Mestre et Fages.

138 GOUT (O.), L'exécution en nature du contrat : fondements substantiels et contraintes processuelles, D. 2007 p. 1119 n° 9.

§2 - Sanction du manquement à l'obligation de collaboration

909. Il existe un devoir de collaboration renforcé entre les parties. Dès lors, un manquement au devoir de collaboration qui unit les litigants peut s'analyser en une faute ouvrant droit à l'attribution de dommages et intérêts, qui, venant en compensation des frais et coûts de l'arbitrage, permettrait la formation du contrat d'arbitre et donc l'accès à la justice. Il convient donc de vérifier dans quelle mesure il est envisageable de retenir la responsabilité d'un contractant dans la mise œuvre d'un contrat (A) et quelles sanctions peuvent être prononcées afin d'assurer l'accès à la justice arbitrale dans le respect de la volonté des parties (B).

A- De la faute de la partie forte

910. La faute sera envisagée comme un manquement au devoir de collaboration dans le cadre de l'exécution de la convention d'arbitrage. Or, comme nous l'avons précédemment exposé, ce devoir impose une obligation de cohérence et de bonne foi dans l'exécution du contrat. Dès lors, deux types de fautes peuvent être retenus. D'une part l'abus d'action en justice peut être constitué dès lors qu'une partie invoque à tort l'existence d'une convention d'arbitrage alors même que celle-ci est inapplicable ; d'autre part, l'abus de droit peut être établi par la demande d'exécution d'un contrat en contradiction avec l'esprit de ce dernier. Il convient donc d'analyser la possibilité de reconnaissance d'une faute source de responsabilité dans une demande d'exécution d'un contrat (2) ou une demande d'action en justice (1).

1)- Exception d'arbitrage et abus d'action en justice

911. Selon la jurisprudence, si un plaideur peut commettre un abus dans l'exercice d'une action, cet abus s'insère dans le cadre restrictif de la liberté d'agir en justice, liberté considérée comme un droit fondamental. La sanction de son abus est nécessaire, dès lors que ce comportement peut s'apparenter à un harcèlement procédural et nuit au financement de la justice, service public. L'abus peut être le fait aussi bien du demandeur à l'action que du défendeur. L'abus peut émaner du défendeur qui résiste de manière injustifiée aux prétentions du demandeur, notamment en invoquant une exception d'arbitrage¹³⁹. L'abus dans l'exercice de son droit d'action en justice a été consacré légalement à l'article 32-1 du Code de procédure civile. Cet article réprime l'action dilatoire ou abusive et permet, outre un éventuel octroi de dommages et intérêts, la condamnation de son auteur à une amende civile. L'action dilatoire se voit sanctionnée de manière autonome et spécifique au regard de l'action abusive¹⁴⁰.

912. Dans l'hypothèse étudiée, il est question de la nature de la sanction pouvant être prononcée dans le cas où, suite à l'analyse de la convention d'arbitrage, le tribunal étatique conclut à une incompétence arbitrale¹⁴¹. Ce qui serait reproché à la partie invoquant l'exception d'arbitrage est d'avoir abusivement prétendu à la mise en œuvre d'un principe processuel français, à savoir en invoquant l'exception d'arbitrage et plus exactement en ayant demandé la mise en œuvre d'une convention d'arbitrage qu'il savait inapplicable¹⁴². Sera

139 V. par exemple : C. Cass. Civ. 2e, 7 juin 2006, n° 04-15.880.

140 BLARY-CLEMENT (E.), Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil, *JCP* 1991. I. 3534.

141 Par hypothèse, la clause compromissoire est donc inexistante en fait ou en droit, nulle ou résolue. Dès lors, il n'existe aucun contrat liant les parties au regard de la compétence arbitrale, la responsabilité ne peut être que délictuelle.

142 Il semble qu'il faille distinguer entre la saisine des juridictions étatiques au mépris du principe de compétence –compétence qui relève de la responsabilité délictuelle, et le refus de mettre en œuvre la clause d'arbitrage en concluant un contrat d'arbitrage qui relève de la responsabilité contractuelle. De manière plus générale, dans les rapports clause compromissoire-saisine des juridictions étatiques, les règles

donc soumise à ce régime l'action injustifiée du demandeur causant un préjudice à son cocontractant par l'invocation abusive de l'application du principe ayant pour résultat de créer une situation de blocage, un déni de justice.

913. Pour retenir l'abus, les juges doivent caractériser la faute, le préjudice et le lien de causalité¹⁴³. « Dans l'ensemble, le contrôle exercé par la Cour de cassation est efficace, ce qui a le mérite de calmer le zèle des plaideurs triomphants »¹⁴⁴. L'abus d'action en justice suppose une inadéquation entre le moyen, l'action en justice, et la fin poursuivie par celle-ci. « Le recours à la justice n'a de raison d'être que lorsque l'interprétation de la règle de droit ou l'appréciation des circonstances de fait sont délicates. Si la règle de droit est claire, les faits limpides, l'initiative processuelle d'une partie est a priori suspecte »¹⁴⁵.

En cas de déni de justice économique, cette action devrait prospérer. Encore faut-il déterminer à partir de quel moment l'invocation par une partie d'une exception d'arbitrage, et donc sa demande de dessaisissement des juridictions étatiques, devient abusive. « Traditionnellement, le choix se réduit à l'alternative suivante : suffit-il pour admettre l'abus de se contenter de toute faute commise dans l'exercice des voies de droit ou, au contraire, faut-il exiger la preuve d'un dol ou d'une erreur grossière équipollente au dol ? Mais il a peut-être été regrettable d'enfermer la question dans ce dilemme. En effet, ce n'est pas tellement le contenu de la faute (et spécialement son degré de gravité) qui importe que celui des obligations mises à la charge des justiciables, du degré de diligence exigé d'eux compte tenu des circonstances. Or ces obligations sont variables, et dépendent de nombreux facteurs [...]. Quoi d'étonnant dans ces conditions à ce qu'un acte de mauvaise foi soit dans tel cas exigé, alors que dans tel autre une négligence sera considérée comme suffisante ? »¹⁴⁶. L'abus semble constitué en jurisprudence dès lors que le défendeur a fait preuve de mauvaise foi ou a commis une erreur grossière assimilable au dol¹⁴⁷.

914. Le droit d'accès au juge, principe supérieur, doit être préservé. Dès lors, il n'y aurait pas de faute à proprement parler d'un demandeur impécunieux qui saisit les juridictions étatiques en mépris de ce principe, si cette voie d'action est la seule lui permettant de garantir son droit au juge et partant, l'exception d'incompétence invoquée par la partie adverse pourrait être constitutive d'abus. Dans ce cas, il peut être reproché à la partie invoquant la compétence arbitrale un recours dilatoire voire, dans le cas d'une impécuniosité avérée de l'adversaire, une intention de nuire. La faute est constituée dans l'invocation abusive de l'exception d'arbitrage. Ce recours serait constitutif d'un abus non pas parce qu'il se fonde sur une violation de la convention d'arbitrage mais sur l'effet négatif du principe de compétence-compétence, dès lors qu'une partie invoque son existence et sa validité dans le cadre d'un litige donné. Or, au regard de l'impécuniosité, « la responsabilité du demandeur pourra être plus facilement engagée lorsque son action risque de causer un grave préjudice matériel au défendeur, voire sa ruine [...] le juge se contentera souvent d'une simple imprudence »¹⁴⁸. L'abus est largement admis lorsque son attitude a été jugée malicieuse ou que les juges du fond caractérisent une « erreur grossière équipollente au dol »¹⁴⁹.

applicables sont celles relatives aux délits.

143 La motivation des décisions des juridictions du fond dans la sanction de l'abus est contrôlée par la Cour de cassation. V. C. Cass. Civ. 1re, 5 déc. 2006, n° 05-21.557, PIBD 2007.III.95, *Société Cartier* ; C. Cass. Civ. 3e, 20 juin 1972, *JCP* 1972. II. 17202, note E.-J. Guillot ; C. Cass. Com. 29 mai 1967, *JCP* 1967. II. 15205, note A. Jack-Mayer ; C. Cass. Civ. 2e 4 nov. 1988, *D.* 1989. 609, note M.-A. Frison-Roche ; C. Cass. Com., 15 mai 2007, n° 05-17.464, PIBD 2007. III. 473.

144 CADIET (L.), Le TOURNEAU (Ph.), Abus de droit, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008 n° 123.

145 CADIET (L.), Le TOURNEAU (Ph.), Abus de droit, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008 n° 124.

146 CADIET (L.), Le TOURNEAU (Ph.), Abus de droit, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008 n° 121.

147 V. par exemple : Civ. 1er, 12 nov. 1997, n° 95-20.280, *Société Pontoizeau Automobile*, Bull. civ. II, n° 274, *JCP* 1998. I. Pan. 71.

148 CADIET (L.), Le TOURNEAU (Ph.), Abus de droit, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008 n° 139.

149 V. pour une étude plus détaillée : CADIET (L.), Le TOURNEAU (Ph.), Abus de droit, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008 n° 134 et 135.

915. En pratique, l'abus est rarement retenu par les juges du fond. En effet, le demandeur qui voit son action ou son appel rejeté ne doit pas être considéré de ce fait comme ayant introduit une action abusive. Paradoxalement, la jurisprudence française se montre en revanche libérale dans cette sanction en matière d'arbitrage lors des recours en annulation des sentences.

La Cour de cassation, dans l'arrêt *Société Caisse fédérale de Crédit mutuel du Nord contre Banque Delubac* en date du 9 janvier 2007¹⁵⁰, a décidé que « *la cour d'appel, retenant que la dénonciation de l'attitude frauduleuse de la Banque Delubac constituait une nouvelle preuve de l'acharnement judiciaire du CMNE dont il avait précédemment jugé que le comportement s'avérait manifestement tendancieux et marqué d'un esprit de revanche dénué de toute objectivité, a pu déduire que le CMNE avait abusé de son droit d'ester en justice et avait causé un préjudice à la Banque Delubac ; que le moyen ne peut être accueilli* ». Si bien que la CMNE s'est vue contrainte de payer la somme de 100.000 euros au titre de la procédure abusive¹⁵¹. Jusque-là rien d'étonnant.

Néanmoins, il convient de s'appesantir sur ce qui était effectivement contesté par la partie condamnée aussi durement. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, les arbitres avaient reçu des honoraires de montants différents, l'un des arbitres ayant été rémunéré de manière occulte par l'une des parties lors de la conciliation¹⁵². Or, la Haute juridiction n'annule pas la sentence pour irrégularité de constitution du tribunal arbitral ni pour fraude mais condamne le demandeur car son comportement est jugé « *manifestement tendancieux et marqué d'un esprit de revanche dénué de toute objectivité* » ! Il est donc condamné pour abus d'action en justice car il a osé contester ce fait pourtant plus que douteux au regard de l'impartialité des arbitres. Il résulte donc qu'« *aux termes de cette décision on peut donc rémunérer mieux un des arbitres que les autres, même de manière occulte, mais à la condition de n'être animé que d'un pur esprit de générosité et motivé par de belles et bonnes intentions... Et pour être sûr de ne froisser personne, autant utiliser un compte bancaire offshore !* »¹⁵³. Si tel est le cas, une partie venant contester ce fait parfaitement normal sera donc quant à elle animée d'un « *esprit de revanche* » constitutif d'abus¹⁵⁴.

Cet arrêt traduit l'esprit général de la jurisprudence de la Cour de cassation : dès lors qu'une partie conteste la procédure d'arbitrage, l'action sera facilement qualifiée d'abusive. En théorie, rien n'empêche à l'inverse de constater qu'une partie qui invoque à tort la compétence arbitrale commet également une action abusive. L'esprit tendancieux et l'acharnement judiciaire devraient être constatés lorsqu'une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage afin de bloquer tout accès à la justice de son adversaire alors même qu'aucune convention d'arbitrage n'a vocation à recevoir application ou que sa mise en œuvre est rendue impossible de son fait¹⁵⁵. En l'occurrence, la faute serait donc d'invoquer l'application d'une convention d'arbitrage existante et donc du principe de compétence-compétence avec la conscience que l'application d'une telle clause aurait pour conséquence d'empêcher tout accès au juge à la partie adverse.

Constitue donc une faute l'invocation à des fins illégitimes d'une exception de compétence fondée à la fois sur l'application du principe de compétence-compétence et sur

150 C. Cass Civ 1, 9 janvier 2007, *Société Caisse fédérale de Crédit mutuel du Nord c. Banque Delubac*, n° 05-10.098, Bull. civ. I, n° 10 ; *Rev. Arb.* 2007 n° 3 p. 471 note D. Bensaude ; *D.* 2007. AJ. 451 ; Rép. Dalloz dr. com., act. mars 2007, p. 8, obs. X. Delpech.

151 c'est-à-dire de son recours en révision de la sentence arbitrale sur le fondement l'article 700 du Code de procédure civile relevant « *du pouvoir discrétionnaire du juge* ».

152 C. Cass Civ 1, 9 janvier 2007, *Société Caisse fédérale de Crédit mutuel du Nord c. Banque Delubac*, n° 05-10.098, Bull. civ. I, n° 10 ; *Rev. Arb.* 2007 n° 3 p. 471 note D. Bensaude ; *D.* 2007. AJ. 451 ; Rép. Dalloz dr. com., act. mars 2007, p. 8, obs. X. Delpech.

153 CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, juin 2006 - octobre 2007, *D.* 2008 p. 180.

154 Dans le cadre d'un déni de justice économique, le simple risque de condamnation à une amende civile peut constituer une entrave au droit au juge et donc l'inaction du justiciables au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation relative à l'arbitrage.

155 Certes, au vu de la jurisprudence actuelle, on se demande bien dans quel cas la Cour de cassation viendrait à considérer une clause comme inapplicable ou nulle. Si l'inexistence factuelle n'en est pas un, l'imagination du juriste peine quelque peu à en trouver un. En théorie cependant, ce raisonnement reste valable.

l'existence d'une convention d'arbitrage tout en refusant d'avancer les frais d'arbitrage permettant l'accès au juge du litigant.

916. Le plaideur condamné pour action abusive devra l'être doublement : d'une part, il doit s'acquitter d'une amende civile auprès de l'État¹⁵⁶ et, d'autre part, il peut être condamné à verser des dommages et intérêts à l'autre litigant, victime de l'abus. Bien que ne permettant pas directement l'accès à l'arbitrage, la reconnaissance d'une telle sanction permettrait de rétablir un équilibre dans le régime de l'arbitrage et de responsabiliser toutes les parties.

2)- Abus de droit et manquement au devoir de collaboration

917. « *La règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, mais elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties* »¹⁵⁷. Si, lorsqu'un contrat de collaboration est conclu, le juge ne peut pas passer outre une telle répartition, le contrat de collaboration organisant les rapports des litigants dans le cadre de la partie commune n'exclut pas toute responsabilité de la partie forte. Dès lors, si le juge ne peut donc aller à l'encontre de la lettre du contrat, peut-il à tout le moins en neutraliser son effet ? Comme le relève Monsieur O. Deshayes, « *L'abus de droit n'a jamais justifié la disparition du droit. son droit doit perdre la propriété* »¹⁵⁸.

Qui songerai

918. Si le juge n'a pas de pouvoir de réfaction du contrat, la Cour de cassation admet que dans certaines hypothèses, l'exécution d'un contrat ou sa demande d'exécution puissent être constitutives d'un abus de droit. Cette solution pourrait être valablement transposée en matière d'arbitrage lorsqu'une partie demande l'exécution de la convention d'arbitrage afin de bloquer tout accès au juge de son colitigant, déniait ainsi le devoir de collaboration qui les lie. Que cette responsabilité soit délictuelle (*i.e.* cas où la convention d'arbitrage ne saurait valablement attribuer une compétence à l'arbitre) ou contractuelle (*i.e.* cas où une convention d'arbitrage octroie la compétence arbitrale), la mise en œuvre de la responsabilité requiert une faute¹⁵⁹.

La responsabilité contractuelle suppose un contrat valablement formé, à savoir la convention d'arbitrage, et qu'une des obligations résultant du contrat ait été mal exécutée¹⁶⁰. En outre, cette inexécution doit être le fait d'un des contractants, en l'occurrence l'un des colitigants. En conséquence, la convention d'arbitrage doit avoir été valablement conclue pour engager la responsabilité contractuelle, ce qui implique l'analyse de celle-ci par le juge étatique saisi de cette question. La convention d'arbitrage renvoie à la catégorie de contrat et

156 VIATTE (J.), L'amende civile pour abus du droit de plaider, *Gaz. Pal.* 1978. Doctr. 305.

157 MAZEAUD (D.), Contrat - bonne foi, (à propos de Cass. com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14768), *Revue des contrats*, 01 octobre 2007 n° 4, p. 1110.

158 DESHAYES (O.), Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles, *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n° 2, p. 726 n° 7.

159 Dans les deux ce sera à la partie faible d'apporter la preuve de cette faute et de son préjudice qui en découle. En droit français, la responsabilité délictuelle est résiduelle. Toute action qui n'a pas pour fondement un contrat sera donc qualifiée de délictuelle. Aux frontières de cette distinction, il se peut qu'un contractant puisse voir sa responsabilité délictuelle engagée dans le cadre d'un litige dans le respect du principe de non-cumul. Ainsi, la responsabilité ayant pour fondement une cause d'annulation du contrat est de nature délictuelle. En effet, la nullité ayant un effet rétroactif, le contrat est censé n'avoir jamais existé, la responsabilité ne peut être que délictuelle en l'absence de contrat. Cela ne constitue donc pas une exception au principe de non-cumul puisque la cause d'annulation est antérieure au contrat. De même, concernant l'obligation d'information au regard du caractère excessif d'un crédit ou d'un cautionnement, le fait générateur de la responsabilité est antérieur à la conclusion du contrat mais le dommage se réalise du fait de la conclusion de celui-ci en cours d'exécution. ; V. pour l'appréciation d'une faute dans l'exécution d'un contrat appartenant à un ensemble indivisible : BACACHE (M.), *Indivisibilité, Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2001 (2009) n° 128 et s.

160 La responsabilité contractuelle est la conséquence de la violation d'une obligation d'un contrat alors que la responsabilité délictuelle découle d'une violation d'une obligation légale directe. Du fait du principe de non-cumul et au regard des conséquences quant au régime, il convient de déterminer strictement le type de responsabilité.

suppose donc la mise en œuvre de la méthode conflictualiste pour déterminer la loi applicable à la responsabilité¹⁶¹.

919. Au sein de cette distinction binaire, l'abus de droit semble recevoir un régime spécifique en droit français. Le dol dans l'exécution du contrat ou l'abus de droit se rattachent à la responsabilité délictuelle. Pour que la responsabilité soit contractuelle sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, il faut que l'obligation ait un lien direct et certain avec le contrat. Or, il est généralement admis en jurisprudence que le dol dans l'exécution et l'abus de droit sont d'une telle gravité qu'ils se détachent du contrat et donnent lieu à une responsabilité de type délictuel. « *Des actes d'une telle gravité sont si peu compatibles avec ce que l'on attend d'un contractant qu'ils ont paru extérieurs au contrat et distincts de l'inexécution, telle qu'elle est normalement entendue, de l'obligation qui en découle* »¹⁶².

Certains auteurs soutiennent cependant que « *L'abus d'un droit né du contrat ou la faute dolosive restent, malgré leur gravité, des violations de l'obligation contractuelle. Si des règles plus sévères sont prévues en cas de dol (obligation, imposée par l'art. 1150 c. civ., de réparer le dommage même imprévisible, inefficacité des clauses limitatives de responsabilité, disparition des plafonds de la réparation prévus par une loi ou une convention internationale), cela ne signifie pas que la responsabilité soit délictuelle ; il s'agit plutôt d'une responsabilité contractuelle aggravée* »¹⁶³. L'abus d'un droit contractuel par un contractant ou une attitude dolosive lors de l'exécution du contrat constituent, en application de la jurisprudence, des fautes délictuelles¹⁶⁴.

La nature contractuelle est donc, semble-t-il, à exclure au profit d'une responsabilité délictuelle. « *Dès lors qu'il est constaté que la défaillance du débiteur ne consiste pas dans l'inexécution d'une obligation née du contrat, celle-ci ne peut être génératrice que des règles de la responsabilité délictuelle, quand bien même une convention existerait entre les deux protagonistes* »¹⁶⁵. Nonobstant l'existence d'un contrat, la responsabilité sera délictuelle car sa condition de mise en œuvre sera l'existence d'une faute dolosive ou d'une particulière gravité.

920. Le dol se définit comme la faute intentionnelle du contractant et partant, implique la mauvaise foi de celui-ci. Il s'apprécie *in concreto*. En tant que tel, le dol dans l'exécution est donc contraire à la lettre de l'article 1134 du Code civil qui exige que les parties exécutent le contrat de bonne foi. La faute dolosive doit s'entendre de celle commise en ayant conscience de causer un dommage et doit s'apprécier *in concreto*. L'analyse *in concreto* doit prendre en compte les données du problème dans son ensemble. En l'occurrence, il faut prouver la mauvaise foi ou l'attitude abusive de la partie à demander l'exécution d'un contrat pourtant existant.

L'abus ou dol qui en résulte ne peut être analysé sans prendre en compte l'objet de la convention d'arbitrage. Il faut que la demande d'exécution ait pour cause une volonté de nuire au contractant ou une volonté d'user abusivement du droit conféré par le contrat. Le but serait de bloquer tout accès à la justice au colitigant. Cette faute grave pourra être constituée notamment lorsqu'une partie soulève une exception d'arbitrage tout en sachant que le colitigant ne saurait y pourvoir, refuse de prendre en charge les frais et honoraires d'arbitrage

161 Cela étant, au regard de la validité de la convention d'arbitrage, la jurisprudence pourrait continuer à imposer le principe de validité de la convention d'arbitrage sans égard à la *lex contractus*. Dans ce cas, la validité de ce contrat sera déterminée en fonction de notions floues. *In fine*, la responsabilité contractuelle sera déterminée essentiellement en considérant son applicabilité aux parties et au litige. Si la jurisprudence décide de ne pas faire fi de la méthode internationaliste, une fois la loi déterminée et si celle-ci est la loi française, les principes de solution devraient être les suivants : si la convention d'arbitrage est nulle ou éteinte, la responsabilité sera alors délictuelle, si elle est résiliée ou valable, la responsabilité sera contractuelle.

162 V. LEGIER (G.), Responsabilité contractuelle, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 1989 spéc. n° 40.

163 V. LEGIER (G.), Responsabilité contractuelle, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 1989 spéc. n° 40.

164 V. LÉGIER (G.), Responsabilité contractuelle, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 1989.

165 LETURMY (L.), La responsabilité délictuelle du contractant, *RTD civ.* 1998 p. 839.

proportionnellement aux moyens respectifs des parties et en application du devoir en collaboration ou d'en avancer le paiement en cas de répartition contractuellement établie. En effet, l'appréciation de cet abus doit prendre en compte le fait que la demande d'exécution suppose la conclusion du contrat d'arbitre et donc le paiement de la provision conjointement par les litigants mais que la répartition *inter partes* peut être inégalitaire et qu'elle ne doit pas avoir un effet contraire à l'objet de la convention d'arbitrage.

921. La notion d'abus de droit est incertaine, si bien qu'il convient de déterminer si le droit de demander l'exécution d'un contrat est susceptible d'abus ou s'agit-il d'un droit absolu, insusceptible d'abus. Monsieur Roets définit le droit discrétionnaire ou absolu comme se caractérisant « *par le fait que son exercice abusif ne peut être sanctionné par le juge. [...] les droits dont il s'agit ne sont pas par nature insusceptibles d'abus* »¹⁶⁶. Or, le fait de demander l'exécution du contrat est licite mais est-il susceptible d'abus? À défaut d'admettre l'abus dans l'exécution d'un contrat, il convient de conclure que la sanction de l'abus serait plus néfaste que la possibilité d'abus elle-même¹⁶⁷. Hors cas de l'arbitrage, il est constant de reconnaître que l'usage illégitime d'un droit est constitutif d'un abus de droit.

Pour admettre la responsabilité d'une partie lorsqu'elle demande l'exécution d'un contrat, il convient de déterminer l'obligation inexécutée. Or la notion d'obligation est entendue largement en droit français et renvoie soit aux obligations contractuelles *stricto sensu*, celles résultant des termes du contrat, soit aux obligations résultant de la nature et du but du contrat fondées sur l'article 1135 du Code civil.

922. Ainsi, la répartition du prix contractuellement déterminée ne pourrait-elle pas être neutralisée en application du devoir de collaboration? En d'autres termes, le juge pourrait se voir octroyer le pouvoir de réputer non écrite une telle clause si elle est utilisée comme un moyen d'empêcher le recours à la justice arbitrale, qui reste le « *cœur du contrat* ». La partie forte ne pourrait dès lors se prévaloir de cette répartition contractuelle en cas d'impécuniosité avérée de son colitigant, sanctionnant ainsi l'usage déloyal de la partie forte qui invoque le respect de la lettre du contrat d'organisation mais viole le devoir de collaboration qui la lie en exécution de la convention d'arbitrage et de sa qualité de partie commune dans le cadre du contrat d'arbitre.

* *
*

923. La faute de la partie forte consiste en un manquement à son devoir de collaboration prenant l'apparence d'un manquement à l'obligation de cohérence et de bonne foi dans l'exécution de la convention d'arbitrage. En ce cas, la partie forte commet un abus d'action en justice qui se matérialise par une inadéquation entre le moyen, l'exception d'arbitrage, et la fin poursuivie, à savoir bloquer tout recours à la justice de son cocontractant. La partie forte commet un abus de droit en demandant l'exécution d'un contrat qu'elle sait impossible. L'obligation de collaboration renforcée qui la lie au litigant impécunieux ne lui permet pas d'invoquer l'application de la convention d'arbitrage si son attitude contribue à rendre son exécution impossible.

166 ROETS (D.), Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ?, *D.* 1997 p. 92.

167 V. en ce sens : ROETS (D.), Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ?, *D.* 1997 p. 92.

B- De la sanction

924. En cas de déni de justice, « *L'usage déloyal d'une prérogative ne justifie-t-il pas, tout du moins dans certains cas, le droit pour le cocontractant victime de mettre fin au contrat* »¹⁶⁸. Cette solution est admise par la jurisprudence. Dès lors, si la partie forte fait un usage déloyal de la répartition de la charge de l'arbitrage envers son contractant impécunieux, la sanction la plus opportune est soit de permettre à celle-ci de résilier la convention d'arbitrage, soit de déclarer non écrite la clause de répartition. En effet, la partie forte commet un abus de droit lorsqu'elle utilise la convention d'arbitrage et la répartition contractuelle des frais d'arbitrage comme un moyen de bloquer tout accès au juge. La partie faible pourrait alors demander la répartition judiciaire des frais de justice afin de permettre la mise en œuvre de l'arbitrage. En l'absence de répartition contractuelle des frais et honoraires, le juge pourrait y procéder. En revanche, en cas de clause de répartition contractuelle, une telle disposition pourrait être réputée non écrite lorsqu'est constaté un manquement à l'obligation de collaboration. Cette solution pourrait permettre de neutraliser l'attitude de la partie forte et permettre la mise en œuvre de l'arbitrage conformément à la volonté commune des parties.

925. En demandant l'exécution d'une convention d'arbitrage alors même qu'il ne respecte pas l'obligation de collaboration, de cohérence et de bonne foi qui le lie à son cocontractant, le demandeur à l'arbitrage commet une faute : il détourne l'institution de sa nature profonde, à savoir l'organisation de l'accès à la justice, pour s'en servir comme une arme redoutable bloquant tout accès à toute justice, arbitrale comme étatique. L'assimilation de la convention d'arbitrage à une renonciation au droit d'accéder au juge est jugée illicite. L'État ne saurait permettre qu'elle aboutisse à un tel effet y compris en cas de répartition contractuelle préétablie des frais et honoraires.

926. Dès lors, à défaut de volonté commune de renoncer à la procédure d'arbitrage¹⁶⁹, il est possible soit de mettre en œuvre le mécanisme de responsabilité et donc d'octroyer des dommages et intérêts au bénéfice de la partie faible, lui permettant ainsi de recourir à la procédure d'arbitrage, en effet, les dommages et intérêts peuvent permettre de supprimer toute situation d'impécuniosité ; soit de neutraliser la clause de répartition et de procéder à une répartition équitable.

927. Au regard du *quantum* du préjudice réparable, le contractant défaillant voit, sauf inexécution dolosive, l'étendue de sa responsabilité limitée au dommage prévisible¹⁷⁰ lors de la formation du contrat en application de l'article 1150 du Code civil¹⁷¹. La fraction de la quotité du dommage est ainsi calculée par référence à ce qui était normalement prévisible¹⁷² lors de la conclusion du contrat, mais cela ne signifie pas que le montant de la créance doit être évalué au jour de la conclusion du contrat¹⁷³. Le débiteur défaillant n'est tenu en principe que des dommages directs, c'est-à-dire constitués par la « *suite immédiate et directe de*

168 DESHAYES (O.), Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles, *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n° 2, p. 726 n° 29.s

169 La jurisprudence et la loi française relative à la disproportion prennent en compte le caractère économiquement excessif ou inadapté à la situation du cocontractant dans d'autres branches du droit. Certes, il ne s'agit pas d'une obligation de ne pas contracter. La sanction de cette obligation est d'ailleurs bien difficile à cerner et varie entre dommages et intérêts et inopposabilité de l'acte dans son entier.

170 Dans le cadre de la détermination du montant, la prévisibilité est une notion objective puisqu'elle dépend étroitement de l'objet de l'obligation. Elle vise en principe à la fois la cause mais aussi la quotité du dommage ; Valeur de la chose objet de l'obligation : seule la fraction du préjudice prévisible lors de la conclusion de l'acte sera indemnisée, et non le reste, limitation qui se justifie par la référence à l'objet du contrat.

171 L'article 1150 du Code civil dispose ainsi que "le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée".

172 V. par exemple : C. Cass. 2e civ., 18 nov. 1975, Bull. civ. II, n° 333 ; C. Cass. 1re civ., 3 juin 1998, Société Transports GEP Vidal c. Cts Thimothée : JCP G 1999, II, 10010, note N. Rzepecki ; C. Cass. 1re civ., 18 janv. 1989 : Bull. civ. I, n° 20.

173 Jurisprudence constante depuis : C. Cass. Civ., 16 févr. 1954, D. 1954, jurispr. p. 534, note R. Rodière.

l'inexécution de la convention »¹⁷⁴ et au regard des dommages prévus ou prévisibles au moment de la formation du contrat. Le fondement de cette solution est basé sur le postulat qu'il s'agit d'une réparation et non d'une exécution par équivalent¹⁷⁵. L'évaluation des dommages et intérêts va être rattachée aux obligations contractuelles inexécutées¹⁷⁶. Il convient de conclure que l'« *inexécution ne rime pas nécessairement avec indemnisation* »¹⁷⁷.

Le débiteur sera tenu des dommages et intérêts imprévus¹⁷⁸ s'il commet une faute intentionnelle (*i.e.* dolosive¹⁷⁹) ou un abus. Il pourra dès lors être condamné à indemniser les risques qu'il n'a pas acceptés. En cas de faute dolosive, le débiteur se verra donc soumis au régime de la responsabilité délictuelle pour faute, ou pour certains auteurs, de la responsabilité contractuelle aggravée. Qu'en est-il en l'occurrence ?

Par hypothèse, la convention d'arbitrage a été jugée valable et applicable au litige. La faute ou l'abus est constitué, d'une part, par un manquement au devoir de collaboration et, d'autre part, par le fait de demander l'exécution d'un contrat alors même que le débiteur de cette obligation est dans une situation d'impécuniosité, donc qu'il existe une disproportion entre ses moyens financiers et le coût de cette exécution. Dans notre hypothèse, le préjudice de la partie impécunieuse serait *in fine* une perte de chance de voir reconnaître en justice son droit issu du contrat principal. Le préjudice de la partie faible ne provient pas de la conclusion de la convention d'arbitrage ou de l'exécution de celle-ci mais de la non-formation du contrat d'arbitre du fait du manquement au devoir de collaboration de son colitigant. Ce préjudice naît de l'impossibilité de conclure ce second contrat et de l'attitude du colitigant. La partie faible devra apporter la preuve que la faute commise par son cocontractant lui cause un préjudice. Cette faute sera rapportée si l'attitude du créancier a pour résultat de priver la partie faible de la possibilité de revendiquer devant le juge un droit. *A priori*, il s'agit donc de réparer une perte de chance quand la faute consiste en un abus dans l'exercice d'une obligation contractuelle ou en un manquement à l'obligation de collaboration. Cette qualification reviendrait cependant à admettre qu'il s'agit d'une perte de chance de contracter le contrat d'arbitre. La partie forte se verrait donc placée devant l'alternative suivante : ne pas contracter en cas d'impécuniosité *ab initio* ou ne pas demander la mise en œuvre en cas d'impécuniosité postérieure, sauf à en assumer la charge financière, ce qui revient à créer sur la base du devoir de collaboration une obligation financière de répartition équitable des frais de justice privée en cas d'impécuniosité avérée d'une partie.

928. La répartition ne doit pas être égalitaire ni nécessairement à la mesure des moyens financiers de chaque partie mais apte à permettre l'accès à la justice. En conséquence, cela reviendrait à admettre une obligation à la charge de la partie forte de prendre à sa charge la part constitutive de la disproportion, c'est-à-dire celle excédant les moyens financiers de la partie faible. Dès lors, l'évaluation du préjudice donnera lieu à des dommages et intérêts au bénéfice de la partie faible qui devraient être fonction de la disproportion.

174 Article 1151 du Code civil.

175 Certains auteurs soutiennent que l'objet des dommages et intérêts en matière contractuelle n'est pas la réparation d'un dommage mais l'exécution par équivalent de l'obligation. Cette thèse a pu recevoir des échos en jurisprudence où l'on a pu lire sous la plume de la Cour de cassation, qu'« *aux termes de l'article 1142 du Code civil toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution par le débiteur ; que, d'autre part, selon l'article 1147 du même Code, le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution ; qu'il en résulte que les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire* » V. JOURDAIN (P.), Les dommages-intérêts contractuels ne seraient qu'une modalité d'exécution de l'obligation inexécutée, (à propos de Soc. 4 déc. 2002, *AGS de Paris et autres c. Marquis et autres*, Bull. civ. IV, n° 368), *RTD civ.* 2003 p. 711 ; REMY (Ph.), La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, *RTD civ.* 1997 p. 323.

176 V. CASSON (PH), Dommages et intérêts, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009.

177 GAUTIER (P-Y), Le propriétaire indemnisé sans avoir à prouver son dommage (suite), (à propos de Civ. 3, 30 janv. 2002, *D.* 2002.Jur.2288, note J.-L. Elhoueiss), *RTD civ.* 2002 p. 321.

178 C.Cass. Com., 19 janvier 1993, Bull. Civ. IV n°24.

179 La Cour de cassation a admis que « *le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire* » : C. Cass. Civ. 1re., 4 févr. 1969, *Société des comédiens français*, *JCP G* 1969, II, 16030, note D. Prieur ; *D.* 1969, jurispr. p. 601, note J. Mazeaud ; *RTD civ.* 1969, p. 798, obs. G. Viney.

C'est au juge du fond qu'il appartient d'évaluer le montant de ce préjudice, ce qui peut être délicat. Il doit le quantifier c'est-à-dire déterminer dans quelle mesure la disproportion entre les moyens d'un litigant et les frais d'arbitrage aboutit à une situation de blocage. Ainsi, lorsqu'une répartition des frais d'arbitrage était contractuellement prévue, « *S'il est une sanction dont personne ne conteste qu'elle puisse être prononcée en cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, c'est bien celle de l'allocation de dommages et intérêts. La difficulté consiste à en fixer le quantum* »¹⁸⁰. Appliquée à l'arbitrage, si cette sanction est accompagnée de la caducité de la convention d'arbitrage, le *quantum* du préjudice étant nul, le montant des dommages et intérêts le serait également. En revanche, si cette sanction vient suppléer la caducité de la convention d'arbitrage afin d'en assurer l'effectivité, le préjudice pourrait en ce cas correspondre à l'impécuniosité de la partie faible, ce qui permettrait par une voie détournée de permettre la mise en œuvre de la convention d'arbitrage en neutralisant la répartition contractuellement établie des frais.

929. Cette solution permettrait la mise en œuvre de la procédure à condition toutefois d'admettre que l'impécuniosité puisse être privée d'effet par le mécanisme de la compensation. En effet, il est tout à fait possible de considérer que la situation d'impécuniosité n'est prise en compte que sous réserve d'une cause de retour à meilleure fortune soit, en d'autres termes, d'analyser cette condamnation comme la condamnation à l'exécution d'une partie à son obligation de collaboration afin d'assurer la formation du contrat d'arbitre. Ainsi, en matière de cautionnement disproportionné *ab initio*¹⁸¹, le Code civil prévoit une cause de retour à meilleure fortune.

Dès lors, de deux choses l'une : soit le litigant pécunieux refuse de prendre à sa charge les coûts dépassant les capacités de son cocontractant, en ce cas, le déni de justice est constitué, le contrat d'arbitre ne peut se former entraînant la caducité de la convention d'arbitrage ; soit le litigant pécunieux prend à sa charge ces frais, soit il est condamné à des dommages et intérêts au regard de son comportement contradictoire et donc abusif, correspondant à une violation de son devoir de collaboration. Dans cette seconde hypothèse, il sera alors possible de considérer qu'il s'agit d'une cause de retour à meilleure fortune du litigant, permettant ainsi l'accès à la justice arbitrale, ou d'opérer une compensation.

930. En droit français, la compensation est un mode de paiement entre deux personnes réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre. La compensation est un mode extinctif des obligations réciproques, à concurrence de la plus faible. Opérant un double paiement, elle ne peut donc être mise en œuvre qu'entre deux personnes symétriquement créancières et débitrices l'une de l'autre¹⁸². En application de l'article 1293 du Code civil, la compensation se produit « *quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre dette* ». La considération du fait générateur est indifférente sauf exceptions légales. Dès lors, une créance de dommages et intérêts peut venir en compensation d'un paiement dû¹⁸³. Dans notre

180 DESHAYES (O.), Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles, *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n° 2, p. 726 n° 24.

181 La Cour de cassation juge que la sanction en matière de cautionnement n'est pas la nullité car la proportion n'est pas une condition de validité de l'engagement mais d'efficacité de l'acte. HOUTCIEFF (D.), Quand tout ce qui est disproportionné devient insignifiant, *D.* 2010 p. 1985 : La sanction de la disproportion est que le créancier est privé du droit de se prévaloir du cautionnement. « *[F]aut-il en déduire que le cautionnement est anéanti ou seulement paralysé ? Faut-il comprendre qu'il est partiellement inefficace ou totalement dévasté ? [...] Que le créancier « ne puisse se prévaloir « du cautionnement ne signifie rien en soi ! La formule est creuse : sait-on même si le cautionnement considéré est simplement paralysé ou éteint ?* ». Il ne s'agit pas d'une responsabilité contractuelle car il ne s'agit pas de réparer un préjudice. Il ne s'agit pas d'une faute du créancier. « *Est-il d'ailleurs bien cohérent de priver totalement d'effet le cautionnement quand les règles de la responsabilité sont explicitement écartées et que l'appréciation est objective et détachée de l'idée de faute du créancier ? La caution n'a-t-elle pas sa part de faute, qui s'est engagée volontairement dans les liens d'un engagement disproportionné ?* »

182 Ainsi, l'article 1289 du Code civil dispose que « *deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes* ». La compensation légale intervient même en dehors de toute manifestation de volonté. Elle s'opère de plein droit en application de l'article 1290 Code civil. Elle intervient, selon l'article 1291 du Code civil, dès l'instant où les dettes existent sous réserve d'une réciprocité des obligations. En conséquence les dettes doivent être personnelles à chacune des parties.

183 Concernant les conditions de droit commun de la compensation, les obligations réciproques doivent en principe porter sur des choses fongibles. Tel est le cas de sommes d'argent, de nature fongible. Ces obligations doivent porter sur des choses de même espèce, ce qui limite

hypothèse, le défaut de paiement, source du déni de justice, ne s'établit pas entre les colitigants mais au regard des arbitres. Dès lors, la compensation ne paraît pas pouvoir jouer *a priori*. Néanmoins, la créance des frais et honoraires d'arbitrage s'inscrit dans la relation *inter partes*. En conséquence, bien que l'obligation au paiement s'inscrive dans la relation litigants-arbitres, la charge de la dette résulte du lien contractuel entre les litigants. La compensation est donc admissible. Or, la condamnation à des dommages et intérêts en faveur de la partie faible et à la mesure de son impécuniosité annihile l'impécuniosité de sorte que la convention d'arbitrage peut valablement s'exécuter et le contrat d'arbitre se former. Cette solution permettrait d'avoir recours à l'arbitrage, sauf renonciation commune des parties, et devrait s'imposer une fois les dommages et intérêts octroyés. En cas de renonciation commune à la procédure d'arbitrage, il n'y aurait aucun préjudice et donc aucun droit à des dommages et intérêts. Cette sanction établissant un choix entre renonciation ou responsabilité contractuelle serait particulièrement adaptée puisqu'elle n'a de raison d'être que tant que la circonstance la justifiant perdure. Ainsi, en cas de retour à meilleure fortune du litigant impécunieux, la convention d'arbitrage reprendrait tous ses effets.

* *
*

931. Qu'il y ait ou non une répartition contractuelle établie entre les parties, la partie forte commet une faute lorsqu'elle demande l'exécution de la convention d'arbitrage alors que cette exécution est impossible. La convention d'arbitrage ne saurait avoir pour effet de restreindre le droit d'accéder au juge, il ne saurait être permis à une partie de s'en servir de la sorte. L'objet de la convention d'arbitrage comme son utilité sociale seraient détournés. Dès lors, cette utilisation constitue un abus tant au regard du droit d'action qu'au regard du droit au fond. La partie forte cause un préjudice du fait de son intention de nuire à la partie faible. Ce préjudice donnera lieu à l'octroi de dommages et intérêts venant en compensation de l'impécuniosité. Or cette compensation sera une cause de retour à meilleure fortune permettant ainsi la mise en œuvre de la convention d'arbitrage.

Conclusion de la section 2

932. La répartition équitable des frais de justice arbitrale est une solution permettant d'assurer l'accès à la justice arbitrale lorsque la disproportion ne concerne qu'une partie. Ce principe de répartition est admis en droit français et peut être transposé à l'arbitrage commercial international. Si en principe cette répartition sera de la compétence étatique, elle peut être exercée par les arbitres à condition toutefois que la convention d'arbitrage le prévoit. Le principal problème à l'admission de cette solution générale est que les parties peuvent prévoir les modalités de répartition des frais entre elles au sein de la convention d'arbitrage. Or, en application du droit français, le juge n'a pas de pouvoir de réfaction du contrat et ne peut donc modifier les termes de cette répartition.

Néanmoins, l'objet d'une convention d'arbitrage étant l'organisation de l'accès à la justice et non une renonciation à son accès, l'insertion d'une clause de répartition ne saurait avoir cet effet. Dès lors, lorsqu'une partie forte invoque une exception d'arbitrage et la mise en œuvre de la convention d'arbitrage, elle commet un abus d'action en justice et un abus de droit si elle le fait en ayant conscience de l'impécuniosité de son adversaire. Dans cette

le jeu de la compensation aux seules obligations de sommes d'argent, et être liquides, exigibles. Cette condition exclut la compensation des dettes non échues, des dettes naturelles, incertaines, éventuelles ou encore conditionnelles. Enfin, ces obligations doivent être disponibles (article 1298 du Code civil).

hypothèse, la clause de répartition contractuelle pourrait être réputée non écrite ou si elle a pour effet d'empêcher la saisine d'un juge, la demande d'exécution de cette clause donnerait alors lieu à l'octroi de dommages et intérêts au bénéfice de la partie faible venant compenser son impécuniosité en permettant ainsi la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage.

Conclusion du chapitre 1

933. Bien que nécessaire, la caducité de la convention d'arbitrage n'est pas une sanction appropriée lorsque la volonté commune d'avoir recours à l'arbitrage est établie. Dès lors, le recours au droit des contrats pourrait permettre de trouver une solution plus mesurée à condition toutefois de déterminer dans un premier lieu la loi applicable à cette convention. En France, la Cour de cassation a recours à la méthodologie des règles matérielles impératives. En principe, la méthodologie des règles matérielles consiste à définir des règles adaptées aux situations internationales et à écarter les dispositions internes, il s'agit donc de l'édiction d'un corps de droit matériel substantiel propre aux relations s'exécutant dans l'ordre international. Mais concernant l'arbitrage international, il s'agit de règles matérielles étatiques françaises que les juridictions appliquent directement sans détour par la méthode conflictualiste suivant ainsi la tendance doctrinale majoritaire¹⁸⁴ dans des domaines où en principe la méthode conflictualiste devrait primer¹⁸⁵.

Bien que la Cour de cassation semble s'orienter vers une solution plus rationnelle, pour l'heure elle continue à faire primer la méthodologie des règles matérielles impératives en arbitrage international. Ces règles établissent notamment le principe de validité au regard des conditions de formation de la convention d'arbitrage mais restent silencieuses au regard d'une grande partie de son régime. En conséquence, il est possible de fonder le raisonnement sur le droit commun des contrats.

La convention d'arbitrage crée un devoir de collaboration renforcé entre les litigants du fait de son objet et de sa nature mais également du lien d'indivisibilité qui l'unit au contrat d'arbitre. Monsieur R. Cabrillac a mis en lumière le devoir de collaboration existant sur chacun des membres d'une partie plurale¹⁸⁶. Dans le cadre du déni de justice économique, cette obligation de collaboration vise la répartition des frais et honoraires entre les parties, celle du paiement et de la charge des frais de justice. Il convient de distinguer deux points : celui de la fixation du montant des honoraires dus, comprenant aussi l'obligation au paiement par les parties, et d'autre part, la répartition entre les litigants de la charge de la dette. Or, la charge de la dette peut être inégalitaire mais équitable entre les litigants afin d'assurer la mise en œuvre effective de la convention d'arbitrage. Alors que la fixation du montant est de la compétence de la juridiction étatique, la répartition peut valablement être opérée par le centre d'arbitrage ou par les arbitres eux-mêmes.

934. Ainsi, la justice arbitrale est fondée sur un ensemble contractuel complexe. Cependant, à la différence d'autres contrats son objet est juridictionnel. L'arbitrage est une procédure de justice privée mais de justice tout de même. En premier lieu, un contrat principal contient une convention d'arbitrage, contrat autonome prévoyant en cas de litige relatif au contrat principal le recours à la justice privée arbitrale. Ce contrat d'arbitrage est un avant-contrat qui oblige les parties à la conclusion d'un contrat d'arbitre, qui investit les arbitres de leur pouvoir juridictionnel.

Convention d'arbitrage et contrat d'arbitre forment un ensemble contractuel indivisible, si bien que l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre entraîne la caducité de la convention d'arbitrage et tout vice affectant la convention d'arbitrage implique la résiliation du contrat d'arbitre. Le contrat d'arbitre est un cocontrat au sein duquel les litigants forment une partie plurale. Or, les rapports qui les lient dans le cadre de l'exécution du contrat d'arbitre sont régis par un devoir de collaboration entre eux, une obligation mutuelle d'assurer l'exécution de la convention d'arbitrage. Le déni de justice économique résulte d'un

184 Cass civ. 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, *Rev. Crit. DIP* 1950.609 note H. Battifol; *D.* 1951. 749 ; GAJDIP n° 22.

185 V. KINSCH (P.), L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel, *Rev. Crit. DIP* 2003 p. 403.

186 V. R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, thèse dactylographiée Montpellier, 1989 ; V. aussi MESTRE (J.), L'article 1101 du Code civil et la reconnaissance de la notion de contrat conjonctif, *RTD civ.* 1990 p. 65.

dysfonctionnement de cet ensemble contractuel. L'objet de cet ensemble étant l'organisation de l'accès à la justice, la force obligatoire des conventions cède devant le droit fondamental d'accès au juge. Dès lors, en absence de solution permettant la mise en œuvre effective de l'arbitrage, le recours à la juridiction étatique s'impose. Or, le déni de justice économique résulte d'un blocage. Le contrat d'arbitre ne peut se former ou s'exécuter. Une fois celui-ci formé, partant du principe que le paiement des honoraires est de la responsabilité solidaire des litigants, aucun déni de justice ne saurait avoir lieu sauf volonté commune des parties de ne pas pourvoir aux frais de la procédure arbitrale. En revanche, avant la conclusion du contrat d'arbitre, l'obligation au paiement étant conjointe, le blocage peut avoir lieu. Ce blocage résulte du défaut de provision. Or, ce paiement est dû par les litigants responsables de celui-ci.

Si le déni de justice économique se produit c'est que par hypothèse l'un des litigants ne peut ou ne veut payer sa part de provision et que l'autre litigant ne peut ou ne veut l'y suppléer. Or, il existe un devoir renforcé de collaboration qui préexiste au contrat d'arbitre et induit une obligation de cohérence semi-processuelle et d'exécution de bonne foi de la convention. Une partie forte ne peut à la fois, d'une part, demander l'exécution de la convention d'arbitrage et soulever une exception d'arbitrage et, d'autre part, manquer à son obligation de collaboration en ne mettant pas tout en œuvre afin de permettre l'exécution de la convention d'arbitrage et la formation du contrat d'arbitre.

935. Dans ces circonstances, le juge peut procéder à une répartition équitable de la charge des frais et honoraires d'arbitrage. Cependant, en cas de répartition préétablie au sein de la convention d'arbitrage, l'absence de pouvoir de réfaction du juge ne lui permet pas en principe de modifier celle-ci. Reste que la demande d'exécution d'une convention d'arbitrage, source de déni de justice, est fautive tant au regard du droit d'action qu'au regard du droit des contrats et constitue un abus. Le manquement à l'obligation de collaboration, de cohérence et de bonne foi dans l'exécution du contrat devient alors source de responsabilité. Les dommages et intérêts pourraient venir en compensation de l'impécuniosité aux fins de permettre la saisine du tribunal arbitral, constituant ainsi une cause de retour à meilleure fortune.

Chapitre 2 : Responsabilité des parties en l'absence d'impécuniosité

936. Si l'effet négatif du principe de compétence-compétence est entendu aussi strictement en droit français, c'est afin de préserver la procédure d'arbitrage de tout moyen dilatoire d'une partie. S'il apparaît clairement que nous contestons l'effet négatif du principe de compétence-compétence tel que conçu en droit français, nous rejoignons l'idée que l'arbitrage étant nécessaire au développement du commerce international, celui-ci doit être préservé. Dès lors, il est évident que lorsque les parties se sont mises d'accord au préalable pour avoir recours à la justice arbitrale, ce mode de résolution des litiges s'impose lorsqu'il est possible. Il en va de la force obligatoire des contrats. Il convient de sanctionner une partie qui, invoquant son impécuniosité à mauvais escient, tente en réalité de revenir sur l'exécution d'un contrat auquel elle a *in fine* consenti.

« L'abus de faiblesse » ou plus précisément l'invocation abusive d'un état d'impécuniosité doit nécessairement être sanctionné pour ne pas se retourner contre l'institution d'arbitrage. Toute personne qui consent à une convention d'arbitrage sait ou devrait savoir que cette justice a un coût. Dès lors, le caractère onéreux ne doit pas être un frein à la mise en œuvre de la procédure.

Certes, la limite entre l'impécuniosité et l'exécution délicate d'une obligation préalablement souscrite est fine. L'impécuniosité d'une partie ne sera source de déni de justice que dans la mesure où elle prive celle-ci de la possibilité d'avoir recours au juge, non pas si elle rend ce recours plus onéreux que devant la juridiction étatique. C'est cette notion d'impécuniosité qui délimite si une partie conteste légitimement la convention d'arbitrage et recourt valablement aux juridictions étatiques ou s'il s'agit en fait d'une inexécution fautive de sa part, constitutive d'une manœuvre dilatoire et à ce titre susceptible de sanction.

937. En effet, la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat est réciproque. L'obligation de collaboration à l'exécution de la convention d'arbitrage et à la formation du contrat d'arbitre ne doit pas devenir un moyen dilatoire, ni même l'impécuniosité alléguée d'une partie un frein à l'arbitrage lorsque les parties se sont engagées à y avoir recours. Si le constat d'une telle impécuniosité impose de rechercher des solutions pour assurer l'accès au juge, il est clair qu'il faut par ailleurs préserver la force contractuelle, la volonté des parties et l'arbitrage. Dès lors, ce mécanisme de responsabilité de la partie forte a pour pendant nécessaire l'éventuelle responsabilité de la partie prétendument faible.

La procédure d'arbitrage ne saurait être condamnée car elle est plus onéreuse que celle étatique. Les parties se sont engagées à la respecter. Par ailleurs, un différentiel de puissance économique entre les parties à l'arbitrage ne saurait avoir d'interférence en dehors du cadre strict du déni de justice économique. En effet, dès lors que le recours à la procédure d'arbitrage n'est pas constitutif d'un déni de justice, chaque partie doit en assurer le coût de manière égalitaire. La répartition des frais et honoraires d'arbitrage n'ayant lieu en ce cas qu'à l'issue du litige.

938. La convention d'arbitrage est un avant-contrat en ce qu'il impose la conclusion du contrat d'arbitre mais également un contrat définitif en ce qu'il établit le consentement à la procédure d'arbitrage et en délimite la compétence. Le consentement à l'arbitrage est acquis et on ne peut s'en dédire sauf si la convention d'arbitrage est nulle ou caduque. S'il est clair que cette justice privée a un coût souvent plus élevé que le recours aux tribunaux étatiques, une partie qui s'est valablement engagée à y avoir recours ne saurait se contredire par la suite. Il convient de trouver un équilibre entre l'assurance d'un accès à la justice et le respect de la force obligationnelle du contrat.

939. Il apparaît nécessaire d'envisager la responsabilité d'une partie qui refuse la conclusion du contrat d'arbitre en alléguant une impécuniosité tant au regard du droit d'action (*i.e.* abus d'action en justice) qu'au regard de la responsabilité contractuelle (*i.e.* violation de la convention d'arbitrage). Lorsque le recours à la juridiction étatique a été reconnu infondé, la question que soulève l'éventuelle obtention de dommages-intérêts pour non-exécution de la convention d'arbitrage est celle de savoir quelle est la nature du non-respect de celle-ci. La responsabilité contractuelle de la partie peut-elle être engagée ? Cette question relève-t-elle de la compétence des arbitres ? Dans la négative, à savoir dénier aux arbitres la compétence de statuer sur le non-respect de la convention d'arbitrage pour circonscrire leur mission au seul respect du contrat *stricto sensu*, faut-il ajouter une clause précisant que les différends découlant de son application seraient de la compétence des arbitres ? Reste qu'une partie peut préférer engager sa responsabilité contractuelle et ne pas participer à l'instance arbitrale que conclure le contrat promis. Les dommages et intérêts punitifs n'étant pas admis en droit français, seuls les dommages et intérêts réparatoires peuvent être prononcés pour inexécution contractuelle.

940. La convention d'arbitrage fait naître à la charge de chaque partie deux obligations : d'une part, une obligation de faire, celle de conclure un contrat d'arbitre, et d'autre part, une obligation de ne pas faire, celle de s'abstenir d'avoir recours aux juridictions étatiques. Lorsqu'une partie refuse sans excuse légitime de payer la provision d'arbitre et/ ou les honoraires et, partant, de conclure un contrat d'arbitre, elle commet un manquement à son obligation de faire. Lorsque par ailleurs elle saisit la juridiction étatique du litige sur le fondement de son impécuniosité, elle commet un manquement à son obligation de ne pas faire. Il se peut qu'une partie, bien qu'ayant accepté de conclure le contrat d'arbitre refuse d'en payer les honoraires. En ce cas, il s'agit d'une violation du contrat d'arbitre et non de la convention d'arbitrage. Si ce refus n'est pas justifié, il donnera également lieu à une sanction judiciaire.

Il convient donc d'étudier les sanctions pouvant être prononcées en cas de violation de l'obligation de ne pas faire (Section 1) et en cas de violation d'une obligation de faire afin d'assurer l'effectivité du consentement à la justice arbitrale (Section 2).

Section 1 : De l'inexécution de l'obligation de ne pas faire

941. Lorsqu'une partie invoque de manière injustifiée son impécuniosité et donc l'atteinte à son droit au juge, elle saisit de manière subséquente les juridictions étatiques. Or, elle commet alors une résistance infondée à la compétence arbitrale à juger de son litige. En conséquence, elle méconnaît son obligation de ne pas faire (§1) qu'il convient donc de sanctionner (§2). Le juge étatique pourra, en application des règles de procédure, renvoyer les parties devant l'arbitre.

§1- Résistance infondée à la compétence arbitrale

942. La partie prétendument faible peut commettre une faute en saisissant abusivement les juridictions étatiques en dépit d'une convention d'arbitrage. La faute de la partie qui allègue à tort la compétence des juridictions étatiques peut constituer un abus d'action en justice et surtout engager sa responsabilité pour inexécution contractuelle. En France, l'effet négatif de la convention d'arbitrage impose également de ne pas saisir les juridictions françaises de toute

contestation de la compétence arbitrale.

Dès lors en droit français, la saisine des juridictions étatiques est en tant que telle fautive et source de responsabilité délictuelle ou d'abus d'action en justice et lorsque la convention d'arbitrage a été jugée valable, des sanctions contractuelles sont envisageables (A) devant la juridiction arbitrale (B).

A- Responsabilité pour saisine des juridictions étatiques

943. Il est possible qu'une partie invoque, nonobstant la compétence arbitrale, celle des juridictions françaises sur le fondement du déni de justice à des fins dilatoires ou de harcèlement procédural. L'effet négatif du principe de compétence-compétence a d'ailleurs été façonné de manière à lutter contre ce type d'abus. Néanmoins, son effet radical, en ce qu'il présume toute partie de mauvaise foi dès lors qu'elle conteste l'arbitrage, est à proscrire en matière d'accès au juge comme en dehors. Pourtant, s'il est vrai que toute partie contestant la procédure arbitrale n'est pas nécessairement de mauvaise foi, elle peut le devenir. Empêcher *ab initio* toute possibilité d'abus n'est pas de bonne méthode. En revanche, instaurer des sanctions aptes à contenir et prévenir ce type d'abus est nécessaire. Or, dans l'hypothèse où ce moyen est purement dilatoire, cette attitude pourra être sanctionnée sur le fondement de la violation de la convention d'arbitrage. En effet, la faute consistant en la saisine des juridictions étatiques, le préjudice qui peut en résulter peut être multiple.

944. En application du droit français, une partie qui saisit les juridictions étatiques peut voir sa responsabilité engagée pour abus d'action en justice (1) et pour violation d'une obligation de ne pas faire (2).

1)- Exception d'arbitrage et convention d'arbitrage

945. Le droit français interdit à une partie de contester la compétence arbitrale devant les juridictions étatiques. La saisine des juridictions étatiques pourrait donc être considérée comme abusive indépendamment de la convention d'arbitrage (a). Néanmoins, il se peut que l'exception d'arbitrage soit fondée en ce qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage valable. En ce cas, quelle devrait être la sanction de l'invocation abusive de l'exception d'arbitrage en l'absence d'impécuniosité (b) ?

a)- Abus d'action en justice

946. La convention d'arbitrage interdit de saisir les juridictions étatiques du fond du litige et non de la question de la compétence arbitrale qui en résulte. En application du droit français, l'obligation de ne pas saisir les juridictions étatiques du litige portant sur la compétence, résulte d'une règle matérielle impérative de droit français. Or, cette solution est isolée en droit comparé ou une partie reste libre de contester la compétence arbitrale. Les solutions seront donc différentes suivant le for saisi. Cette responsabilité contractuelle ne sera envisagée qu'au regard de la partie qui conteste la compétence arbitrale.

Peu d'ordres juridiques reconnaissent l'effet négatif radical du principe de compétence-compétence au principe. La partie sera donc sanctionnée de ce chef essentiellement en France du fait de la violation du principe de compétence-compétence dans son aspect négatif. La sanction n'aura donc vocation à être appliquée que dans deux

hypothèses : soit en cas de saisine des juridictions françaises, soit lorsque la loi applicable à la convention d'arbitrage est la loi française¹.

947. Une partie peut invoquer son impécuniosité pour échapper à une procédure d'arbitrage à laquelle elle n'a pas consenti. En effet, de par l'application des règles françaises du droit de l'arbitrage international, une partie devra se rendre devant l'arbitre au moins dans un premier temps pour juger qu'il n'a pas consenti à la compétence arbitrale. Cette obligation de constitution du tribunal arbitral est coûteuse en temps et en argent. Une partie peut donc essayer de saisir les juridictions étatiques pour y échapper en invoquant faussement son impécuniosité pour contraindre le juge à examiner la compétence arbitrale.

Le droit au juge étant un droit fondamental, cela crée une obligation pour le juge d'examiner *in concreto* son effectivité, cet examen implique donc celui de la validité et de l'applicabilité de la convention d'arbitrage. Dès lors, une partie pourrait être tentée d'invoquer faussement son impécuniosité pour forcer les juridictions françaises à procéder à cette analyse. Ce procédé, il est vrai, permettrait de déjouer les règles matérielles françaises.

948. Dans les ordres juridiques ne reconnaissant pas le principe de compétence-compétence dans son aspect négatif radicalisé, cette procédure est légale et a de bonne chance d'aboutir à une compétence des juridictions étatiques au fond sans avoir besoin d'invoquer le droit au juge. En revanche, devant les juridictions françaises, une telle action se heurte à l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Lorsque l'impécuniosité n'est pas réelle, la condamnation à des dommages et intérêts ne peut avoir lieu sur le fondement contractuel que dans l'hypothèse où la compétence arbitrale est définitivement établie, donc sur un fondement contractuel. En revanche, en cas d'incompétence arbitrale, il paraît difficile d'admettre une quelconque condamnation puisque la demande de compétence des juridictions étatiques était fondée.

949. En droit français, la responsabilité pourrait être délictuelle en tant que violation du principe de compétence-compétence lui-même². Néanmoins, en l'absence de convention d'arbitrage, cette responsabilité est à exclure faute de préjudice. En toute hypothèse, le *quantum* du préjudice ne saurait être déterminé sans décision relative à la validité de la convention d'arbitrage puisqu'en l'absence de validité et d'applicabilité au litige, le préjudice résultant de la saisine de la juridiction étatique serait inexistant. La seule sanction envisageable serait la condamnation à des dommages et intérêts pour action abusive. L'abus d'action en justice ne doit-il pas être admis uniquement si, et seulement si, la question de la compétence est définitivement vidée et que la saisine des juridictions étatiques est abusive ?

950. La sanction de cet abus relève de la compétence étatique puisqu'elle est propre à l'ordre juridique concerné et ne saurait en aucun cas dépendre d'une décision arbitrale. La sanction de l'abus d'action en justice vise la saisine injustifiée des juridictions étatiques du for internationalement compétent, seules compétentes pour déterminer les hypothèses d'abus. En effet, un État ne peut sanctionner la saisine abusive des juridictions d'un for concurrent sans interférer de manière indirecte dans l'établissement des compétences internationales ou internes de cet ordre juridique. De même, l'arbitre ne peut juger de la compétence étatique dont dépend *in fine* son pouvoir juridictionnel³. Il est entendu que cette compétence légale

¹ En cas de saisine d'un for étranger, l'admission d'une responsabilité contractuelle impose de déterminer la loi applicable au contrat.

² En effet, avant que la question de la compétence ne soit définitivement vidée, il ne semble pas de bonne justice de condamner pécuniairement les parties à saisir l'arbitre. A ce stade, il n'est pas établi que la prétention soit infondée.

³ L'ancien article 1466 du Code de procédure civile disposait en effet que « Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture ». Au regard du droit français, le nouvel article 1465 du Code de procédure civile en ce qu'il prévoit que « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel », ne peut viser le contrat d'arbitre puisque qu'il instituerait contre

visé le litige au fond et non l'investiture elle-même, à savoir la validité et la formation du contrat d'arbitre⁴. Dès lors, la sanction de l'abus d'action en justice ne peut être qu'étatique, l'arbitre ne pouvant juger que d'une éventuelle violation de la convention d'arbitrage.

951. Ce n'est pas le droit d'agir mais le droit au recours qui constitue l'aspect procédural du droit d'action qui va être sanctionné comme susceptible d'abus⁵. Hors analyse psychologique des motivations profondes du requérant, celui-ci sera souvent condamné pour avoir voulu renverser une jurisprudence établie. Cependant, le système français rejetant le système du précédent, c'est par l'attitude procédurale des litigants que notre droit positif tend à se construire en permettant les arrêts de principe ou revirements de jurisprudence. Comme le relève Monsieur P. Fraisseix, « *Le justiciable accède au rang d'acteur du champ normatif en provoquant des modifications jurisprudentielles dans l'ordonnancement juridique et encourt parallèlement une sanction pour cette action en cas d'abus discrétionnairement apprécié par une juridiction* »⁶.

952. En principe, la sanction de l'abus d'action en justice vise la situation dans laquelle un litigant abuse de son droit d'agir en justice à des fins personnelles mais sans avoir de droit à faire valoir devant le juge⁷. Le droit au juge peut être susceptible d'abus à condition que la sanction de cet abus ne compromette pas le droit lui-même⁸. Ainsi, en application du droit français, une action infondée juridiquement ou rejetée par le juge n'est pas constitutive d'un abus. Les juridictions judiciaires françaises considèrent que l'abus est constitué en cas d'intention de nuire, de dol ou de mauvaise foi mais également de légèreté blâmable⁹. « *La condamnation à des dommages et intérêts pour procédure abusive suppose seulement que soit caractérisée une dégénérescence en abus du droit d'ester en justice indépendamment de tout préjudice subi par le défendeur* »¹⁰.

953. Un préjudice n'étant pas requis, en application de la jurisprudence française, une partie contestant la compétence arbitrale sera le plus souvent considérée comme de mauvaise foi et donc comme commettant un abus d'action en justice¹¹. Néanmoins, il s'agit d'une particularité propre à l'arbitrage. On ne retrouve nulle trace d'un tel libéralisme dans l'admission de l'abus dans les autres branches du droit. La compétence arbitrale semble donc incontestable en droit français y compris lorsqu'elle peut prêter à débat, il n'existe nul doute qu'une partie contestant à tort la compétence arbitrale sera condamnée de ce chef même si sur le fond la contestation de la convention d'arbitrage n'était pas infondée. Néanmoins, la sanction de l'abus d'action en justice pourrait être circonscrite au cas d'abus d'action en

tous les principes de droit français, une permission légale d'être juge et partie. Compris ainsi, le nouvel article 1465, serait contraire à toute justice en ce qu'il permettrait à l'arbitre d'être juge du contrat d'arbitre. Il est regrettable qu'une terminologie porteuse de confusion soit reconduite. En tout état de cause, l'ordre juridique français, comme tous les autres, ne permet pas à l'arbitre d'être juge de la compétence étatique. Cela va de soi. En conséquence, il convient d'en conclure que le terme investiture signifie en réalité « *compétence* » et non pouvoir juridictionnel. Cette analyse est d'ailleurs confortée par le rapport au premier ministre qui précise que « *L'article 1465 vise très clairement l'effet positif du principe dit de « compétence-compétence », naguère visé à l'ancien article 1466 et en vertu duquel le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* ». (V. Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO du 14 janvier 2011).

4 L'arbitre se voit reconnaître le pouvoir juridictionnel de déterminer sa compétence à juger du litige au fond.

5 FRAISSEIX (P.), Droit au juge et amende pour recours abusif, *AJDA* 2000 p. 20 notes 109 et 110.

6 FRAISSEIX (P.), Droit au juge et amende pour recours abusif, *AJDA* 2000 p. 20.

7 Pour certains auteurs, la sanction même d'un tel recours peut sembler aller à l'encontre de son caractère fondamental qui lui est reconnu et bien qu'elle « *constitue une technique de bonne administration de la justice, elle n'en traduit pas moins une méfiance envers le justiciable dont le maintien peut aujourd'hui sembler contestable* » : FRAISSEIX (P.), Droit au juge et amende pour recours abusif, *AJDA* 2000 p. 20.

8 FRAISSEIX (P.), Droit au juge et amende pour recours abusif, *AJDA* 2000 p. 20 notes 13 et 14.

9 FRAISSEIX (P.), Droit au juge et amende pour recours abusif, *AJDA* 2000 p. 20 notes 78 et 79 : Pour une analyse exhaustive du droit d'accès au juge judiciaire, V. GUINCHARD (S.), Le procès équitable : droit fondamental ? *AJDA* 1998, n° spécial p. 198, qui présente l'appel-nullité et la tierce opposition-nullité.

10 FRAISSEIX (P.), Droit au juge et amende pour recours abusif, *AJDA* 2000 p. 20 note 91.

11 LECUYER (H.), Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire, *Rev. Arb.* 2006.573.

justice et donc suivre les mêmes critères juridiques que les autres cas d'abus d'action en justice.

Partant, si on admet que le fait de contester la compétence arbitrale n'est pas en tant que tel constitutif d'un abus, le fait d'invoquer l'impécuniosité devrait l'être en cas de solvabilité évidente. Il s'agit dès lors d'une appréciation souveraine des juges du fond. L'invocation abusive de l'impécuniosité lorsqu'il existe une convention d'arbitrage valable, applicable entre les parties et applicable au litige, serait en ce cas, et en ce cas uniquement, constitutive d'un abus d'action en justice.

b)- Responsabilité contractuelle cas d'exception d'arbitrage infondée

954. La partie qui soulève à tort une exception d'arbitrage peut-elle voir sa responsabilité engagée ? En cas de sentence d'incompétence confirmée par les juridictions étatiques, la responsabilité de la partie ayant saisi les juridictions étatiques est exclue faute de préjudice. De même, si la juridiction étatique juge qu'il n'y a pas lieu à arbitrage indépendamment de toute décision arbitrale, la responsabilité de la partie ayant saisi les juridictions étatiques est exclue. Reste l'éventuelle responsabilité de la partie ayant saisi à tort l'arbitre. Cette responsabilité devrait également pouvoir être engagée. Elle sera dès lors de la compétence des juridictions étatiques.

955. En droit français, cette responsabilité semble difficilement admissible en dehors d'un manquement au devoir de collaboration. En cas de nullité ou d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, le principe de compétence-compétence octroie à une partie le droit de demander la compétence prioritaire de l'arbitre sur cette question. En conséquence, cette partie ne commet aucune faute en soulevant sur ce point la compétence arbitrale et ce, même si celle-ci semble exclue. Dès lors, la partie soulevant une exception d'arbitrage infondée ne saurait voir sa responsabilité engagée en application de l'abus d'action en justice.

956. Néanmoins, si cette partie ne viole aucune obligation de ne pas faire d'ordre contractuel et ne peut voir sa responsabilité engagée à ce titre, son attitude peut provoquer un préjudice envers son colitigant. Tel sera le cas si elle saisit le juge d'appui pour qu'il mette en œuvre la procédure d'arbitrage et si elle demande par exemple que des arbitres soient désignés. En ce cas, si la convention d'arbitrage n'est pas valable, elle devrait supporter les coûts afférents à cette procédure d'arbitrage inutile.

En effet, le droit français permet à une partie de saisir une juridiction française afin qu'elle désigne un arbitre en lieu et place de la partie récalcitrante afin de constituer le tribunal arbitral. Certains règlements d'arbitrage prévoient également une telle procédure. Dès lors, si une partie conteste le fait de devoir se rendre devant l'arbitre et ne donne pas son consentement au contrat d'arbitre, qui sera tenu de l'obligation au paiement des honoraires si la convention d'arbitrage venait à être déclarée non applicable ou nulle ? Est-il juste de contraindre une partie qui s'est opposée à une telle procédure à payer ces frais et honoraires ?

Sans convention d'arbitrage, elle n'a pas donné son consentement à l'arbitrage. Dans l'hypothèse où elle n'a pas conclu de contrat d'arbitre, il n'existe donc aucun lien contractuel. Le seul contrat existant est entre la partie ayant demandé la désignation d'un arbitre et les arbitres désignés. C'est cette partie qui devrait donc être la seule obligée au paiement.

2)- Inexécution de l'obligation de ne pas faire et convention d'arbitrage

957. L'obligation de ne pas saisir la juridiction étatique est comprise en droit français comme excluant également la saisine en vue de contester la compétence arbitrale. Néanmoins, la responsabilité contractuelle ne pourra être retenue qu'en présence d'une convention effectivement applicable. Cette obligation de ne pas faire devrait donc être circonscrite, comme en droit comparé, à une interdiction de saisine des juridictions étatiques au fond.

958. Bien souvent la création jurisprudentielle d'une obligation de ne pas faire ou obligation négative a pour finalité de renforcer ou transformer une obligation de faire en une obligation de résultat. Ainsi, transposée à l'arbitrage, l'obligation de conclure un contrat d'arbitre, obligation de moyen, trouve son équivalent dans l'obligation négative de ne pas saisir les tribunaux, obligation de résultat. Le principe de validité de la convention d'arbitrage crée une assise contractuelle à l'obligation de ne pas faire pour renforcer l'obligation de faire : conclure un contrat d'arbitre¹².

Lorsque la validité de la convention d'arbitrage est établie, l'obligation de ne pas saisir les juridictions étatiques au fond du litige résulte du consentement donné à la procédure d'arbitrage. La responsabilité est donc contractuelle. En l'absence de régime fixe en jurisprudence sur ce point, notre réflexion aura donc pour base le droit commun des contrats.

En application du droit français, « *Pour que la responsabilité soit contractuelle, trois conditions doivent être réunies : a) un contrat valablement conclu ; b) une obligation, dont la méconnaissance est invoquée, et qui a son origine dans le contrat ; c) la victime et l'auteur du dommage sont parties à ce contrat, ou du moins la première est en droit de l'invoquer à son profit* »¹³. Les deux conditions de fond pour voir engagée la responsabilité d'un contractant sont d'une part, la mauvaise exécution ou l'inexécution de l'obligation et, d'autre part, le fait que cette inexécution ait causé un préjudice au cocontractant¹⁴.

959. La convention d'arbitrage se décompose en deux obligations : l'obligation de faire, à savoir conclure un contrat d'arbitre, et l'obligation de ne pas faire, c'est-à-dire ne pas saisir les juridictions étatiques au fond du litige¹⁵. Seule une sanction par équivalent est envisageable dans le cadre d'une obligation de ne pas faire. Encore faut-il, pour admettre la responsabilité contractuelle, qu'il existe un contrat, donc que la convention d'arbitrage existe, soit valable et applicable *ratione materiae* et *ratione personae* au litige en question. À défaut, il ne saurait y avoir de violation contractuelle de la convention d'arbitrage. Faute de contrat, la responsabilité ne saurait être que délictuelle au regard du principe de compétence-compétence mais le préjudice serait absent faute de compétence arbitrale. Les juridictions ne sauraient renvoyer les parties devant l'arbitre ni condamner la partie récalcitrante à des dommages et intérêts. Il appartient à celui qui entend se prévaloir d'une inexécution contractuelle d'établir l'existence du contrat. En droit français, le principe de validité de la convention d'arbitrage simplifie la preuve de l'existence du contrat qui est présumé valable. Il y a donc un renversement de la charge de la preuve.

12 La saisine des juridictions françaises ne devrait pas induire l'application systématique de la loi française au contrat mais la Cour de cassation reste attachée à la méthode des règles matérielles impératives en matière d'arbitrage, méthode consacrée légalement par le décret de 2011.

13 V. pour une étude plus détaillée de la responsabilité contractuelle : LEGIER (G.), Responsabilité contractuelle, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 1989 n° 19 spéc. n° 27 : « *la question étant toujours - et seulement - de savoir si le débiteur a convenablement exécuté l'obligation, il faut toujours - et seulement - se demander ce qui était concrètement in obligatione pour y comparer ce qui a été fait ; le passage par une « qualification » aussi imprécise et sommaire est un embarras inutile.* »

14 V. pour une étude plus détaillée de la responsabilité contractuelle : LEGIER (G.), Responsabilité contractuelle, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 1989.

15 Alors que la première ne peut faire l'objet d'une sanction en nature et devrait en principe se résoudre par l'octroi de dommages et intérêts, la seconde, quant à elle, ne peut pas faire l'objet d'une sanction en nature : BOILLOT (Ch.), L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires, *RTD com.* 2010 p. 243 n° 24 et s.

960. Outre l'existence d'un contrat conclu entre les parties, cette responsabilité implique une faute, un préjudice et un lien de causalité. Il faudra apporter la preuve que l'obligation inexécutée a son origine dans le contrat. Le préjudice réparable doit découler de cette inexécution contractuelle, il doit être direct¹⁶. La faute consiste en l'occurrence en une violation d'une obligation de ne pas faire, à savoir celle de ne pas saisir les tribunaux étatiques au mépris de la convention d'arbitrage en application du droit français. Il s'agit d'une inexécution ou d'un retard dans l'exécution de l'obligation de faire, à savoir la conclusion du contrat d'arbitre. Concernant le fait générateur de la responsabilité, il convient de déterminer si le débiteur de l'obligation contractuelle a souscrit une obligation de moyen ou de résultat¹⁷.

961. La faute, l'inexécution de la convention d'arbitrage, consiste en la saisine de la juridiction étatique et constitue la violation d'une obligation de ne pas faire. La faute serait établie puisque l'obligation de ne pas faire est une obligation de résultat. La saisine des juridictions étatiques serait donc en tant que telle une faute sauf cause étrangère ou force majeure¹⁸. L'étude de la jurisprudence montre qu'il existe, outre la dispense de toute mise en demeure, une dispense de preuve du préjudice¹⁹. Cependant, « *Présumer le dommage en disant qu'il est nécessairement impliqué par l'inexécution, ce n'est pas faire totalement l'impasse sur cette condition classique de la responsabilité, si cette présomption est simple. Mais justement la jurisprudence n'a pas encore apporté de précisions sur ce point* »²⁰.

En outre, comme le relève Madame Ch. Boillot, l'absence de preuve du préjudice laisse place à une difficulté, à savoir celle de son évaluation, puisque cette évaluation dépend du dommage subi et donc du préjudice²¹. « *La référence à l'étendue du préjudice devient délicate pour le juge qui évalue l'indemnisation, le dommage n'ayant par hypothèse pas été établi... Cette solution traduit, certes, une volonté de conforter l'exécution effective de ce type d'obligations, pour ne les réduire à de simples clauses de style. Au-delà, elle aboutit à consacrer implicitement de véritables dommages-intérêts punitifs [...] qui permettent de mettre l'accent sur la portée préventive de la responsabilité civile, peut sembler opportune* »²².

962. La partie défaillante ne sera pas responsable, uniquement si elle peut justifier de l'existence d'une cause étrangère exonératoire, donc d'une absence de lien de causalité, ou de son absence de faute. Le fait du créancier peut être une cause d'exonération lorsqu'il emprunte les caractères de la force majeure. Il peut induire un partage de responsabilité si le fait du créancier a joué un rôle causal dans son préjudice notamment en cas de violation de l'obligation de collaboration qui lie les parties dans le cadre de la conclusion du contrat d'arbitre.

963. Le principe de validité de la convention d'arbitre et le régime de l'obligation de ne pas faire en droit français permettent de retenir presque automatiquement la responsabilité contractuelle de la partie récalcitrante.

16 Si ce lien de causalité est présumé en cas d'obligation de résultat, il peut être écarté par appréciation souveraine des juges du fond.

17 V. pour une analyse critique de cette distinction : REMY (Ph.), La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, *RTD civ.* 1997 p. 323 n° 26 et s.

18 L'obligation de ne pas faire étant une obligation de résultat, la faute est constitué dès lors qu'une partie saisit la juridiction étatique et le préjudice n'a pas lieu d'être prouvé. L'article 1145 du Code civil sert de fondement à la mise en œuvre par la jurisprudence de la responsabilité contractuelle pour violation d'une obligation de ne pas faire.

19 BOILLOT (Ch.), L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires, *RTD com.* 2010 p. 243 spéc. n° 7 et s.

20 BOILLOT (Ch.), L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires, *RTD com.* 2010 p. 243spéc. n° 13.

21 Madame Boillot souligne qu'il convient de distinguer soigneusement la demande d'exécution en nature de celle de dommages et intérêts qui nécessite une évaluation du préjudice donc sa preuve.

22 BOILLOT (Ch.), L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires, *RTD com.* 2010 p. 243 spéc. n° 14.

964. Dans les autres ordres juridiques, la saisine parallèle des juridictions étatiques étant admise afin de vider le contentieux sur la compétence de manière définitive avant chaque instance arbitrale lorsqu'un différend s'élève, la sanction d'une obligation de ne pas faire est sans objet. Ce n'est qu'une fois la validité de la convention d'arbitrage constatée, que l'inexécution d'une obligation de faire pourra être sanctionnée, ce qui suppose donc une analyse de la validité et de l'applicabilité de la convention d'arbitrage conformément à la *lex contractus*. Une fois cette question préalable réglée, lorsque la convention d'arbitrage est effectivement applicable au litige, le refus de conclure un contrat d'arbitre est fautif. Le demandeur devra donc prouver l'existence du contrat et la responsabilité sera applicable en fonction de la *lex contractus* et des règles d'arbitrabilité. Dès lors, la règle matérielle française de validité ne devrait recevoir application que si les juridictions françaises sont internationalement compétentes à juger du litige au fond ou si la loi française est désignée comme *lex contractus*.

* *
*

965. Le droit français interdit à un litigant de contester la compétence arbitrale devant les juridictions étatiques. Une partie commet donc une faute lorsqu'elle saisit les juridictions étatiques alors que son contractant invoque l'existence d'une convention d'arbitrage. En France, la conception de l'effet négatif du principe de compétence-compétence rend abusive la saisine des juridictions indépendamment de la validité d'une convention d'arbitrage. L'abus d'action en justice est constitué de ce seul fait. Néanmoins, à défaut de convention, il ne saurait y avoir un quelconque préjudice.

Bien que non nécessaire à la condamnation pour action abusive, en l'absence de convention d'arbitrage, la sanction de l'abus d'action en justice devrait être en principe entendue strictement.

Au regard de la responsabilité contractuelle et nonobstant le principe de compétence-compétence, lorsque l'exception d'arbitrage est infondée, la saisine des juridictions étatiques ne saurait donner lieu à une responsabilité contractuelle faute de contrat. En revanche, une fois l'existence et la validité de la convention d'arbitrage établies soit devant l'arbitre soit au cours d'une instance devant les juridictions étatiques, la saisine des juridictions étatiques au mépris de l'effet négatif du principe est fautive. Il s'agit d'un manquement à une obligation de ne pas faire, donc de la violation d'une obligation de résultat qui dispense le créancier d'apporter la preuve de son préjudice.

B- Compétence arbitrale ou compétence étatique

966. Il convient de déterminer si la violation de la convention d'arbitrage est de la compétence arbitrale. En effet, cette question se pose puisque si l'arbitre peut juger de la validité de la convention d'arbitrage ce n'est que pour apprécier sa compétence à juger du contrat principal. Si l'arbitre, en application de l'effet positif du principe de compétence-compétence, est juge de la convention d'arbitrage, ce n'est que pour délimiter sa compétence et accepter ou non sa saisine. Le prononcé d'une sanction pour violation de la convention d'arbitrage devrait donc, en théorie, être de la compétence des juridictions étatiques. *A priori*, la convention d'arbitrage ne devrait pas lui octroyer une quelconque compétence pour juger de la violation contractuelle de la convention d'arbitrage.

Cette solution semble en tout cas s'imposer en droit français où les auteurs, rejoints par la jurisprudence, prônent une séparation sans cesse plus poussée de la convention

d'arbitrage et du contrat principal. Or, pour admettre que l'arbitre puisse juger des conséquences contractuelles de la violation d'une convention d'arbitrage, il faudrait conclure que celle-ci fait corps avec le contrat principal qui la contient. Ainsi, le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage permet en droit français de détacher totalement celle-ci du contrat principal. En toute logique l'arbitre ne saurait recevoir une quelconque compétence pour juger de la convention d'arbitrage elle-même. En outre, l'objet de la convention d'arbitrage étant juridictionnel, il est de la compétence étatique. Seule une juridiction du for considéré peut statuer de manière définitive sur la possibilité d'avoir recours à une telle procédure. Enfin en toute hypothèse, cette question des dommages et intérêts contractuels ne peut se poser qu'une fois que le contentieux relatif à la convention d'arbitrage, et donc celui relatif à la compétence de l'arbitre, a été vidé.

967. Dès lors, si l'arbitre se voit reconnaître la compétence de juger de la validité de la convention d'arbitrage, cette compétence ne signifie aucunement, selon notre analyse, qu'il est juge du contrat (*i.e.* convention d'arbitrage). En effet, l'arbitre analyse la convention d'arbitrage de manière extérieure et ne tranche pas de litige à son égard. Il se contente de déterminer si, et dans quelle mesure, cette clause peut être considérée comme valable et applicable au litige.

Néanmoins, sa compétence s'arrête là, l'analyse n'ayant d'autre objet que de déterminer s'il a une compétence à juger du litige. À titre d'exemple, il ne condamnera pas une partie invoquant à tort la compétence arbitrale, il se contentera de décliner sa compétence à juger du litige au fond. Dès lors, les tribunaux étatiques seront compétents pour déterminer les conséquences dommageables de la violation de la convention d'arbitrage, tout comme ils le seront pour constater sa carence. La seule sanction que peut prononcer le tribunal arbitral est celle de prononcer une sentence par défaut afin de lutter contre l'inertie d'une partie récalcitrante et l'éventuelle lenteur de la justice étatique.

968. Cependant, selon Monsieur P. Delvolvé²³, il convient d'admettre que la violation de la clause d'arbitrage découle du contrat malgré son autonomie, « *les arbitres sont déjà compétents pour statuer sur la validité de la clause et sur son champ d'application ; ils ne devraient pas moins l'être semble-t-il, quant aux conclusions des parties relatives à la réparation des effets dommageables, s'il en est, de sa violation* ».

Selon cette analyse, l'arbitre devrait se reconnaître la compétence pour statuer au regard de la réparation demandée et, lorsque l'arbitre retient sa compétence, il confirme de la sorte la base contractuelle de sa saisine et donc la violation du contrat consistant en la saisine des tribunaux étatiques en son lieu et place. En conséquence, l'arbitre pourrait engager la responsabilité du litigant sur cette base. Qu'en est-il si la compétence arbitrale venait à être remise en cause par la juridiction étatique saisie de la question ? Nécessairement, il ne saurait dès lors y avoir de responsabilité contractuelle. La décision arbitrale serait dépendante de la reconnaissance par l'ordre juridique concerné.

969. Nous souscrivons à l'analyse selon laquelle, si la convention d'arbitrage doit être déclarée indépendante du contrat principal qui la contient, ce n'est que pour permettre à l'arbitre de juger des conséquences de la nullité d'un contrat qui la contient. Dès lors, la séparabilité pourrait être entendue plus restrictivement et ne viser que cette hypothèse précise, étant celle nécessaire pour conforter l'arbitrage.

En admettant ce principe de séparabilité restreinte, la convention d'arbitrage, contrat dans le contrat, serait donc également de la compétence arbitrale. L'arbitre pourrait donc valablement juger des conséquences contractuelles de la saisine des juridictions étatiques au

23 CA Paris, 21 juin 1990, *Compagnie Honeywell Bull S.A. c. Computacion Bull de Venezuela C.A.*, *Rev. Arb.* 1991 p. 96 note P. Delvolvé.

mépris du contrat. Certes, sa décision au regard de la responsabilité est conditionnée par l'admission de sa compétence à juger du litige, mais du reste n'est-ce pas déjà la solution pour la sentence jugeant du contrat principal ? Dès lors, en l'absence de compétence arbitrale, il ne saurait y avoir de sentence donc de condamnation au titre du manquement à la convention d'arbitrage, comme au titre du manquement au contrat qui la contient. Cette unification du contentieux serait préférable. Dans le cas où l'arbitre ne retient pas sa compétence, aucune faute ne saurait être retenue contre le litigant qui dénonçait l'applicabilité ou la validité de la convention d'arbitrage, puisque par hypothèse, sa demande était fondée. En conséquence, sa responsabilité contractuelle ne saurait être engagée.

970. Par application de l'effet positif du principe de compétence-compétence, et en cas de contestation de la compétence arbitrale, l'arbitre devra donc, dans un premier temps, statuer sur sa compétence puis sur le fond du litige. Dans l'hypothèse où une juridiction étatique, saisie simultanément à la juridiction arbitrale ou dans le cadre d'un recours, renvoie quant à elle les parties devant l'arbitre, qu'en est-il au regard de la responsabilité du contractant ? La première étape du raisonnement impose de déterminer si l'arbitre a une compétence liée quant à sa compétence ou s'il peut prononcer une nouvelle fois une sentence d'incompétence créant ainsi un cercle vicieux. Il apparaît que la décision de la juridiction étatique doit prévaloir et que l'arbitre n'a plus à juger de sa compétence à juger au fond du litige. En effet, la décision étatique relative à la compétence arbitrale a toujours vocation à l'emporter sur la sentence arbitrale relative à cette question. Si la contestation de la compétence est tranchée en amont, elle est définitivement vidée. En conséquence, l'existence de la convention d'arbitrage étant établie, l'arbitre sera juge de la responsabilité qui en résulte.

* *
*

971. Afin de conforter l'arbitrage et d'inciter les parties à respecter la parole donnée, deux voies semblent se dessiner. La première est finalement et paradoxalement de permettre à la partie non fautive de choisir la réparation par équivalent, c'est-à-dire de renoncer à la procédure d'arbitrage au vu du comportement de son adversaire. En ce cas, il convient de déterminer quel est le prix de la rupture. En second lieu, malgré l'attitude fautive et dilatoire d'une partie, un litigant peut préférer avoir recours à la procédure d'arbitrage. Or, lorsqu'une sentence est rendue par défaut du fait de l'attitude fautive d'une partie, celle-ci est conforme aux normes du procès équitable et à ce titre peut recevoir l'*exequatur*. Les coûts de la procédure devraient pouvoir être adaptés, or peu de centres d'arbitrage proposent une telle possibilité.

* *
*

972. La convention d'arbitrage est un contrat par lequel les parties donnent leur consentement définitif à recourir à la justice arbitrale et s'engagent à s'abstenir de recourir aux juridictions étatiques. Elles souscrivent donc une obligation de ne pas faire. En droit français, la responsabilité pour violation de l'obligation de ne pas saisir les tribunaux sera presque automatique puisque la validité du contrat est présumée, la faute est constituée dès la saisine des tribunaux et il semble exister une dispense d'apporter la preuve du préjudice. Cela étant, si la partie invoque à tort son impécuniosité pour obliger la juridiction française à analyser la validité du contrat, sa responsabilité ne saurait être engagée en cas de nullité. La

seule violation du principe de compétence-compétence ne pouvant ouvrir droit à réparation faute de préjudice. Néanmoins, il s'agit d'une hypothèse d'école en l'état actuel de la jurisprudence qui présume la validité de la convention et sa transmission de manière extrêmement extensive.

§2- Aspect processuel et sanction de l'obligation de ne pas faire

973. La jurisprudence a une conception large de la sanction en nature. S'il est clair que l'obligation de faire, celle de conclure un contrat d'arbitre, ne peut être imposée à un litigant, tant sur le fondement des principes du droit des contrats que sur ceux du droit international public (A), l'obligation de ne pas faire, peut quant à elle faire l'objet d'une réparation en nature (B). L'incompétence d'une juridiction est en elle-même une mesure d'interdiction de l'illicite et la sentence par défaut pouvant dès lors être prononcée, une menace pour le moins dissuasive.

A- Exclusion définitive des injonctions *in personam*

974. On observe une « juridictionnalisation » des procédures arbitrales par l'utilisation de pratiques telles que l'utilisation des *anti-suit injunctions* favorablement accueillies en doctrine²⁴. En effet les *anti-suit injunctions* permettent à un juge d'interdire au signataire d'une convention d'arbitrage de saisir une juridiction étatique en violation d'une convention d'arbitrage et lui imposent l'exécution de cette dernière, ou l'inverse²⁵. Cette technique, connue depuis longtemps dans les pays de *common law* est la transposition du mécanisme de l'injonction *in personam* assortie d'une condamnation sous astreinte présente dans les pays civilistes.

Si l'effectivité de l'arbitrage est une préoccupation majeure du droit de l'arbitrage international, il convient d'analyser cette pratique qui, internationalement illicite, court-circuite le principe de compétence-compétence en interdisant à l'arbitre de connaître de l'affaire, donc de sa propre compétence, ou en prenant parti sur l'existence de celle-ci dans l'hypothèse inverse. Dans les deux cas, la sanction aboutit à imposer une règle procédurale interne à l'ensemble des ordres juridiques concernés, et donc définit les compétences desdites juridictions. La technique des *anti-suit* injonctions consiste, de la part d'un juge, non seulement à retenir sa compétence mais à interdire aux parties de saisir une autre juridiction ou à leur ordonner de se désister de cette procédure. Si initialement elle ne visait que les actions étrangères « *oppressive or vexatious* », elle est devenue, dans la conception anglaise, un moyen de faire respecter le for le plus « *convenient* » et s'est étendue à l'arbitrage. « *L'anti-suit injunction est prononcée par le juge anglais dans deux cas bien précis : d'une part, lorsqu'il estime que le demandeur avait un droit à ce qu'aucune action ne soit engagée contre lui à l'étranger, droit provenant d'une clause d'élection de for (arbitral ou judiciaire) ; d'autre part, s'il considère qu'une action intentée devant un tribunal étranger est « contrariante ou oppressive », c'est-à-dire traduisant un comportement procédural abusif* »²⁶.

24 V. à propos des *anti-suit injunctions* : Cour fédérale du Minnesota (8ème circuit), *Northwest Airlines, Inc. v. R & S Company S.A.*, 2001 WL 1640031 - 17 décembre 2001, Panorama de jurisprudence américaine, *Gaz. Pal.*, 13 juin 2002 n° 164, p. 32 note E. Ordwayet B. Derains ; V. pour un avis nuancé sur l'admission des *anti suit* injonctions : DEGOS (L.), L'absence de pouvoir d'injonction du juge étatique envers l'arbitre en application d'un principe de non-interférence, *Cahiers de l'arbitrage*, 01 juillet 2010 n° 3, p. 853 : « *Il s'agit donc bien de l'immixtion ou de l'interférence d'un juge qui veut faire primer sa décision, sa compétence ou sa conception sur une autre juridiction, et c'est bien là que le bât blesse. L'injonction demandée peut ainsi heurter de plein fouet des pouvoirs spécifiquement dévolus à une autre juridiction, tel que le pouvoir des arbitres pour statuer, par priorité, sur leur propre compétence* ».

25 Le respect de ces mesures est assuré par le prononcé des sanctions redoutables du *Contempt of court* plus précisément du *civil contempt* : le juge a le pouvoir de prononcer des sanctions pénales telles que des peines d'emprisonnement ou des peines d'amendes.

26 CARRIER (R.), *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage, *D.* 2005 p. 2712.

Utilisées au soutien de l'arbitrage, ces mesures présentent une apparence de légitimité. Cependant, le droit international consacre le principe de cloisonnement des ordres juridictionnels interdisant aux organes publics d'un État d'enjoindre aux organes publics d'un autre État de se dessaisir. Ces mesures violent, en fait, le principe de droit international donnant compétence exclusive aux États pour définir librement la compétence juridictionnelle internationale de leurs tribunaux²⁷.

La transposition du mécanisme dans le cadre de l'arbitrage international permet à une juridiction étatique de sanctionner la saisine d'une juridiction étrangère au mépris de la compétence arbitrale reconnue dans ce for. Dans cette situation, *l'anti-suit injunction* est une mesure d'exécution en nature de l'obligation contractuelle, ce qui semble à première vue ménager le droit international et être favorable à l'arbitrage. Les juges anglais ne voient pas d'obstacle à prononcer de telles mesures.

Néanmoins, c'est au juge saisi que devrait appartenir le pouvoir de décliner sa compétence conformément au principe de multi-localisation de l'arbitrage international²⁸. Les «*anti-suit injunctions*» supposent une révision de la compétence du juge d'un autre État membre, constituent une ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère et sont contraires à la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et au règlement Bruxelles I qui lui a succédé²⁹. «*L'arrêt Turner de la CJCE a définitivement jugé que l'émission d'une anti-suit injunction par un juge d'un État membre à l'encontre d'une partie voulant commencer, ou l'ayant déjà fait, une procédure devant une juridiction d'un autre État membre est contraire à la Convention de Bruxelles*»³⁰.

975. Monsieur S. Bollée n'hésite pas à relever que «*si l'on veut assurer la pleine effectivité du principe de compétence-compétence, dans son aspect négatif, il apparaît en effet nécessaire de le faire rayonner au-delà du cadre étroit de l'ordre juridictionnel français : il faut empêcher que la saisine d'un juge, de quelque pays que ce soit, puisse servir de torpille contre la priorité que l'on entend accorder à l'arbitre. Le refus systématique de reconnaître les décisions étrangères portant sur la validité d'une convention d'arbitrage est une réponse à cette préoccupation*»³¹. L'auteur va même jusqu'à effleurer l'idée de l'admission en France d'*anti-suit injunction* qui serait «*plus efficace*» encore comme protection de la compétence arbitrale.

Ainsi, l'auteur poursuit en considérant que lorsque l'injonction a pour objet de renforcer la compétence de l'arbitre «*aucune des critiques susceptibles de lui être adressées n'apparaît vraiment déterminante (...) c'est même le refus de prononcer une injonction qui pourrait être difficile à justifier lorsque la violation d'une telle clause est établie*»³². Il justifie son analyse par le constat que «*l'arbitre se trouve investi du pouvoir juridique de trancher le litige et, par jeu de vases communicants, le juge étatique s'en trouve privé*»³³. Cette pratique serait licite internationalement car elle viserait non pas à réglementer l'activité des organes d'un État, mais l'attitude des parties elles-mêmes. Ainsi, ces dernières n'auraient pour objet que d'imposer l'exécution d'une obligation de faire à des personnes privées.

27 V. pour une étude plus approfondie : CLAVEL (S.), *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Th. Paris I, 1999.

28 L'article II § 3 de la convention de New York donnant une compétence exclusive aux juridictions de l'État saisi pour se dessaisir en présence d'une clause compromissoire s'oppose à l'admission de telles mesures.

29 CJUE, 27 avril 2004, Aff. C-159/02, *Turner c. Grovit, Harada Ltd. & Changepoint SA*, Rec. CJUE, p. I-3565, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note H. Muir Watt, *RDAL*, n° 4, 2004 p. 538 note A Mourre et Y. Lahlou ; *RTD civ.* 2004 p. 549 note Ph. Théry ; *RDAL*, 2004, p. 553, A. Mourre et Y. Lahlou, *D.2005* p. 2712 note Renaud Carrier.

30 CARRIER (R.), *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage, *D.* 2005 p. 2712.

31 BOLLEE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front Comor* de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007.223 n°2.

32 Sylvain Bollée, Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front Comor* de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007.223 n°4.

33 BOLLEE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front Comor* de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007.223 n°6

Monsieur S. Bollée juge donc les *anti-suit injunctions* souhaitables lorsqu'elles ont pour objet la compétence des centres d'arbitrages et souligne que « *la jurisprudence paraît aujourd'hui déterminée à donner une résonance extrêmement forte à l'effet négatif du principe de compétence-compétence, de manière à ce que sa portée ne se trouve pas circonscrite à l'ordre juridictionnel français* »³⁴.

L'approbation d'un tel point de vue va de pair avec l'admission du caractère délocalisé de l'arbitrage international et l'application de la *lex mercatoria* qui recouvre en réalité l'application de règles matérielles du *for*³⁵. Les concepts de délocalisation et de *lex mercatoria* traduisent la volonté nationaliste de voir appliquer les règles françaises relatives à l'arbitrage international. « *[C]eux pour qui l'arbitre international statue au nom d'un ordre juridique spécifique, la lex mercatoria, ne peuvent songer à faire dépendre la reconnaissance et l'exécution de la sentence sur le territoire d'un État du point de vue exprimé par un autre ordre juridique étatique : une telle solution ne pourrait s'expliquer que par une infériorité intrinsèque de la lex mercatoria par rapport aux droits étatiques* »³⁶. Ainsi, selon Monsieur S. Bollée les *anti-suit* injonctions se justifient sans aucun doute en cas de violation alléguée d'une convention d'arbitrage afin donc de mettre en œuvre l'effet négatif du principe de compétence-compétence (la solution inverse étant en revanche exclue). Selon lui, « *aucune des critiques susceptibles de lui être adressées n'apparaît vraiment déterminante. À front renversé, c'est même le refus de prononcer une injonction qui pourrait être difficile à justifier lorsque la violation d'une telle clause est établie* »³⁷.

Dès lors, une première question nous vient immédiatement à l'esprit : si ce qui est reproché à la juridiction étatique retenant sa compétence est le fait d'avoir jugé établi que la convention d'arbitrage était nulle, inapplicable ou insusceptible d'être exécutée, en quoi le fait pour la juridiction du centre d'arbitrage de juger de la solution inverse serait-il plus légitime ? Les juges étatiques doivent-ils à ce point être présumés incompetents ou partiaux ? Dans les deux cas, il s'agit bien d'avoir analysé la convention d'arbitrage, la seule divergence provient de l'effet qui lui est donné. Surtout, il ne s'agit pas d'une violation de la convention d'arbitrage mais d'une non-application par une juridiction étatique du principe de compétence-compétence français. Ce qui est donc l'objet de ces injonctions n'est pas la convention d'arbitrage mais l'application de la loi procédurale étrangère.

Néanmoins, à l'appui de l'admission des *anti-suit injunctions*, Monsieur S. Bollée considère que la compétence exclusive de chaque État dans l'édiction de sa compétence n'en serait pas affectée. Tout son raisonnement tient en deux principes : le premier est que l'État (*i.e.* l'ensemble des États), du fait de la convention d'arbitrage, se trouve « *privé* » du « *pouvoir juridique de trancher le litige* »³⁸, et le second est que l'invocation de cette existence implique que la clause existe nécessairement. Dans ce raisonnement, la convention d'arbitrage se voit donc octroyer une force importante en ce que son existence semble d'ores et déjà établie, ainsi que son applicabilité au litige, par le seul fait qu'une partie en invoque l'existence. Ainsi, le recours à l'arbitrage apparaît plus tenir d'une vision unilatéraliste que consensuelle, puisque par hypothèse l'autre partie conteste cette validité de la convention d'arbitrage et qu'aucune décision juridictionnelle n'a statué sur ce point.

L'auteur considère que l'injonction n'est qu'un ordre d'exécuter en nature l'obligation

34 BOLLEE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front Comor* de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007.223

35 V. pour une étude de la thèse de la *lex mercatoria* développée par B. Goldman : PANOU (Ch.), *Le consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Préf. V. Heuzé, Tome 32 BIRJS éd. 2011 n° 53 et suivants et appréciation crit. n°59 et s.

36 MAYER (P.), De l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Cour de justice des Communautés européennes. - 25 juillet 1991, *Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti PA.*, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 310.

37 BOLLEE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front Comor* de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007. 223 spéc. 230-231.

38 BOLLEE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front Comor* de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007. 223 spéc. 231

(i.e. la convention d'arbitrage) et, qu'en conséquence, elle vise les parties et non les États. La solution serait donc fondée sur les principes de base du droit des contrats et le principe de *pacta sunt servanda*. Selon Monsieur S. Bollée, « *ce qui est en cause ici est la détermination des obligations nées d'un acte privé, à l'exclusion de toute réglementation proprement dite du fonctionnement du service public étranger de la justice ; ce n'est pas « l'auto-organisation » d'un État qui est en jeu* »³⁹. Dès lors, dans cette analyse, l'atteinte indirecte que portent les *anti-suit injunctions* à l'activité normative d'un autre État n'est pas en tant que telle condamnable. Elle ne le sera qu'en fonction d'un double critère de « *gravité et de proportionnalité* » et « *la possibilité pour les juridictions d'un État de prononcer des injonctions peut apparaître comme l'instrument d'une politique raisonnable de défense de la compétence arbitrale, trop peu perturbateur du point de vue de l'État étranger pour qu'on le juge internationalement illicite* »⁴⁰.

Cette vision du principe de compétence-compétence et de la convention d'arbitrage conduit donc l'auteur à conclure qu'il ne s'agit là que d'une exécution forcée en nature d'un contrat. Le déclenchement de telles injonctions, prenant la forme d'une condamnation en nature sous astreinte, serait en France justifié dès lors que le siège de l'arbitrage serait localisé en France ou que la loi française serait celle de la procédure. Cependant, ce raisonnement ne sera acceptable qu'à condition d'admettre que le choix du siège équivaut à un choix de juridiction. Or, cela ne va pas de soi. Pour l'admettre, encore faudrait-il que la convention d'arbitrage soit doublée d'une clause de juridiction. En ce cas, il y aura une concordance entre la compétence étatique et le siège de l'arbitrage concernant le litige. Dans le cas inverse, l'ordre juridique ne sera investi que des questions relatives à la procédure arbitrale en elle-même. Il convient de ne pas oublier que « *[l]es droits sont loin de consacrer un effet négatif aussi radical que celui de l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile* » et dès lors, « *il serait possible de ne délivrer une injonction qu'après constatation effective de la violation d'une clause d'arbitrage valable et applicable* »⁴¹.

976. En dehors du cadre communautaire, la Cour de cassation admet la licéité d'une *anti-suit injunction* prononcée aux fins d'empêcher la saisine des juridictions françaises par une partie française et de conforter la compétence des juridictions étrangères, bénéficiant d'une clause de juridiction⁴². La conformité au droit public et le droit au juge étant invoqués à l'appui du pourvoi, la Cour prend soin de vérifier la validité de la clause de juridiction, « *librement acceptée par les parties* », et considère qu'il « *ne peut y avoir privation de l'accès au juge, dès lors que la décision prise par le juge géorgien a précisément pour objet de statuer sur sa propre compétence et pour finalité de faire respecter la convention attributive de compétence souscrite par les parties ; que n'est pas contraire à l'ordre public international l'"anti suit injunction" dont, hors champ d'application de conventions ou du droit communautaire, l'objet consiste seulement, comme en l'espèce, à sanctionner la violation d'une obligation contractuelle préexistante ; que l'arrêt est légalement justifié* ». En conséquence, la sanction serait donc admissible bien qu'internationalement probablement illicite.

La jurisprudence française admet donc le prononcé d'injonction *in personam* relative à l'interdiction de saisir les juridictions étatiques, y compris lorsque cette interdiction vise

39 BOLLÉE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front Comor* de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007.223 spéc. 233.

40 BOLLÉE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front Comor* de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007.223 .spéc. 234.

41 BOLLÉE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front Comor* de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007.223 spéc. 239

42 C. Cass. Civ.1^{re}, 14 oct. 2009, n° 08-16.369/08-16.549, *In Beverage international*, *Bull. civ.* I, n° 207 ; *RTD civ.* 2010 p. 372 Ph. Thery; *D.* 2010. 177, S. Bollée ; *Rev. Crit. DIP* 2010, p. 158, note H. Muir Watt.

précisément les juridictions françaises⁴³. Ainsi, hors champ du règlement Bruxelles I⁴⁴, il serait donc loisible de prononcer des *anti-suit injunction* ou injonctions *in personam* afin de faire respecter l'exécution en nature de l'obligation de ne pas faire de la convention d'arbitrage.

Selon Monsieur Ph. Théry, la solution ainsi prise « *met en évidence le fait que l'injonction, bien qu'elle soit une manifestation de l'imperium du juge, ne peut être appréciée isolément de l'obligation dont elle vise à assurer la sanction. Une injonction constituerait une atteinte à la souveraineté si un juge l'utilisait pour contraindre le défendeur à se désister d'une demande formée devant un tribunal étranger afin d'assurer la primauté de sa règle nationale de compétence. Dans ce cas, l'usage de l'injonction porterait atteinte au droit qu'à chaque État de fixer ses règles de compétence internationale. Mais, ce ne peut être le cas lorsque l'injonction a pour objet d'assurer l'exécution d'une convention licite* »⁴⁵. Ainsi, la licéité du prononcé de telles mesures dépendrait de la motivation du juge. En l'occurrence, le prononcé d'une injonction *in personam*, afin d'assurer l'exécution d'une convention d'arbitrage, vise précisément à faire respecter la compétence internationale de la juridiction et ses règles de compétence interne ou procédurale relatives à l'arbitrage international.

En effet, quand bien même cet État considère la convention d'arbitrage comme valable et impose le recours à la procédure d'arbitrage, rien ne lui octroie le droit en application du droit international public d'interférer dans la saisine d'une juridiction étrangère et d'apprécier en ses lieu et place les règles de procédure internes relatives à l'arbitrage et, partant, sa compétence internationale à en juger⁴⁶.

En outre, comme le relève Monsieur Ph. Théry⁴⁷, le prononcé d'une injonction n'a que peu d'utilité puisqu'il suffit à une juridiction étrangère de se déclarer incompétente pour aboutir au même résultat. Dès lors, le prononcé d'une telle injonction et son *exequatur* n'ont-ils précisément pas pour objet de déterminer la compétence internationale d'une juridiction étrangère ? Finalement, comme le souligne cet auteur, « *avec ou sans exequatur, il suffit au juge français qui entend faire respecter la clause attributive de compétence au tribunal étranger de se déclarer incompétent (art. 92, al. 2, c. pr. civ.) sans que l'injonction ajoute quoi que ce soit. Le mystère demeure* »⁴⁸.

977. Paradoxalement, les plus ardents défenseurs des injonctions soutenant l'arbitrage excluent de la réflexion celles visant, selon le même procédé, à interdire le recours à l'arbitrage⁴⁹ ou considèrent ces injonctions comme étant, dans cette hypothèse, illégales. Ce procédé est fréquemment utilisé dans le cadre des contrats d'État afin de faire échec à la convention d'arbitrage⁵⁰. Les pays de tradition civiliste s'orientent dans cette voie. La

43 THERY (PH.), Injonction et compétence internationale : vérité au-delà des frontières de l'Union européenne, erreur en deçà... (à propos de Civ. 1re, 14 oct. 2009, n° 08-16.369/08-16.549, Bull. civ. I, n° 207 ; D. 2010. 177, S. Bollée; Rev. crit. DIP 2010, p. 158, note H. Muir), RTD civ. 2010 p. 372.

44 V. notamment : Ph. THERY, Aux frontières du règlement 44/2001 : arbitrage, injonction et confiance mutuelle... RTD civ. 2009 p. 357 (CJUE, Gde ch. 10 févr. 2009, aff. C-185/07, D. 2009.981, note C. Kessedjian).

45 THERY (PH.), Injonction et compétence internationale : vérité au-delà des frontières de l'Union européenne, erreur en deçà... (à propos de Civ. 1re, 14 oct. 2009, n° 08-16.369/08-16.549, Bull. civ. I, n° 207 ; D. 2010. 177, S. Bollée ; Rev. crit. DIP 2010, p. 158, note H. Muir), RTD civ. 2010 p. 372.

46 DELEBECQUE (Ph.), L'« *anti-suit injunction* », Bull. Transp. et Logistique 2006 p. 3122 : « L'« *anti-suit injunction* » « *affecte* » nécessairement, qu'on le veuille ou non, la compétence juridictionnelle de l'État requis. [...] L'injonction n'est pas adressée au tribunal étranger saisi et ne traduit, en soi, aucune ingérence dans la détermination de la compétence étrangère : en elle-même, elle ne réalise aucune atteinte à la souveraineté étrangère. Il reste cependant qu'elle contient une menace particulièrement impressionnante. Par ses sanctions pénales, elle dissuade la plupart des plaideurs. En d'autres termes, l'« *anti-suit* » prive, en fait, le juge étranger de sa compétence ».

47 V. THERY (PH.), RTD civ. 2004.549.

48 THERY (PH.), Injonction et compétence internationale : vérité au-delà des frontières de l'Union européenne, erreur en deçà... (à propos de Civ. 1re, 14 oct. 2009, n° 08-16.369/08-16.549, Bull. civ. I, n° 207 ; D. 2010. 177, S. Bollée; Rev. crit. DIP 2010, p. 158, note H. Muir), RTD civ. 2010 p. 372.

49 GAILLARD (E.), Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international, Rev. Arb. 2004 p. 45.

50 À propos des *anti-suit injunctions* : Procedural Order n° 2 du 16 octobre 2002, SGS Société générale de surveillance SA v. Islamic Republic of Pakistan, Éric Teynier, Gaz. Pal., 07 décembre 2004 n° 342, p. 9 obs. Éric Teynier : l'auteur observe que : « On partagera pour

jurisprudence, sous conditions, enjoint sous astreinte au plaideur de suspendre son action à l'étranger. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans l'arrêt *Banque Worms* en date du 19 novembre 2002, a accepté, dans le cadre d'une faillite internationale, que le juge français ordonne sous astreinte à l'un des créanciers de se désister d'une procédure devant les juridictions espagnoles⁵¹. Sous l'apparence de viser les parties, ces mesures visent en réalité le tribunal arbitral. Elles portent donc atteinte au principe de compétence-compétence. La liberté des arbitres de poursuivre leur mission en dépit des *injonctions*, lorsqu'ils l'estiment justifiée, doit en théorie être reconnue. Cependant, au vu de la sévérité des sanctions accompagnant les *anti-suit injunctions*, en pratique, il est probable que la partie se conformera à celles-ci.

Face au prononcé d'*anti-suit injunctions*, certaines juridictions se sont permis de prononcer en « rétorsion » des « *anti anti-suit injunctions* », à savoir des mesures prohibant d'interdire le recours à l'arbitrage. Les parties se trouvent alors dans une situation embarrassante, spécialement au regard des sanctions qui accompagnent le prononcé des injonctions. Il est souhaitable que les juridictions étatiques redeviennent « raisonnables » et ne s'engagent plus dans cette voie, ni dans celle des *anti-anti-suit injunctions* donnant lieu à des situations que l'on pourrait qualifier de caricaturales⁵² : situations où, d'un côté, les juridictions d'un État interdisent aux parties, voire aux arbitres, de poursuivre une procédure d'arbitrage, et de l'autre, celles d'un autre État interdisant à ces mêmes parties de se prévaloir de cette décision. En rejoignant la conception selon laquelle les arbitres tiennent leur pouvoir de l'ensemble des ordres juridiques susceptibles de reconnaître la sentence, il convient de rappeler que c'est à l'arbitre de se prononcer en cas de contestation de sa compétence. En effet, si le principe de compétence-compétence n'implique pas nécessairement une priorité absolue, il est de bonne justice de reconnaître qu'il permet à l'arbitre de trancher ce point litigieux lorsqu'aucun motif grave ne s'y oppose.

978. Paradoxalement, Monsieur S. Bollé, réfutant les injonctions ayant pour objet de contrer la compétence arbitrale, base tout son raisonnement sur la force obligatoire du contrat et passe sous silence le fait que la question posée à l'arbitre est justement de savoir si oui ou non les parties sont bien liées par une convention d'arbitrage et dans quelle mesure. Il semble donc construire une analyse se fondant sur la nécessaire existence et validité de la convention d'arbitrage alors qu'à ce stade du litige la question est de savoir si elle présente ces qualités. Monsieur S. Bollé concède qu'« *il est nécessaire de tenir compte de ce qu'en l'état de l'indépendance et du particularisme persistants des réglementations étatiques de l'arbitrage international, le point de vue que peut entretenir un ordre juridique quant à la compétence d'un tribunal arbitral n'a jamais qu'une valeur relative* »⁵³, ce qui interdit aux juridictions

notre part les réticences d'un très grand nombre de praticiens de l'arbitrage à voir dans les *anti-suit injunctions* un instrument de promotion de l'arbitrage ; elles peuvent, de fait, tout autant servir à assurer le bon déroulement des procédures d'arbitrage qu'à en perturber gravement l'efficacité [...] Les *anti-suit injunctions* prononcées au soutien de l'arbitrage s'exposent au reproche de faire bon marché du principe de droit international suivant lequel les organes publics d'un État sont dépourvus de tout pouvoir d'injonction à l'égard des organes publics d'un autre État. Il est exact qu'en interdisant, par voie d'injonction, à un plaideur de porter devant une juridiction étatique étrangère un litige régi par une clause compromissoire, le for d'injonction substitue sa propre appréciation de la compétence internationale de cette juridiction à la compétence exclusive de cette dernière pour apprécier sa propre compétence. ». « En dehors de l'arbitrage Cirdi, dont les spécificités ci-dessus évoquées militent en faveur du respect des recommandations des arbitres, l'efficacité internationale des anti-anti-suit injunctions prononcées par les arbitres du commerce international est beaucoup moins assurée, ne serait-ce que parce que leur absence d'imperium les prive du pouvoir de prononcer des mesures contraignantes pour protéger leur compétence. Il est à tout le moins loisible aux tribunaux arbitraux compétents pour connaître du litige de mettre à la charge de la partie qui a sollicité une anti-suit injunction d'une juridiction étatique les coûts, distincts de ceux de l'arbitrage, exposés par le défendeur à l'incident devant cette juridiction »

51 C. Cass. Civ. 1, 19 novembre 2002, *Banque Worms*, JCP 2002 II 10201 note S. Chaillé de Néré ; *Gaz. Pal.* 2003, 29, note M.-L. Niboyet ; *D.* 2003.797 note Khairallah ; *Rev. Crit. DIP* 2003.631 note H. Muir Watt.

52 V. United States Court of Appeals, (11e circuit) *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F. 3d 357 (5th Cir. 2003) - 18 juin 2003 ; *Gaz. Pal.*, 08 novembre 2003 n° 312, P. 50 Éric ORDWAY et Bertrand DERAÏNS et *Gaz. Pal.*, 07 décembre 2004 n° 342, p. 47 où la cour énonce que « la doctrine de la courtoisie internationale comporte une règle d'auto-limitation qui invite les juridictions à restreindre raisonnablement l'application extraterritoriale de leur autorité souveraine » ; aussi « même si c'est à tort que les juridictions indonésiennes ont exercé leur pouvoir » il n'en résulte pas que les juridictions américaines doivent prononcer une injonction. En effet, « maintenir une telle mesure] ne ferait qu'exacerber davantage encore la difficulté, sur le plan diplomatique, sinon juridique ».

53 BOLLEE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The front*

françaises de s'ériger en « *policier international* » de la compétence arbitrale⁵⁴. Selon Monsieur E. Loquin, « *utilisée dans le droit de l'arbitrage international, [cette sanction] est un moyen parmi d'autres de prévention contre les comportements dilatoires des parties qui tentent de paralyser l'arbitrage en multipliant des procédures parallèles niant la force obligatoire de la convention d'arbitrage et elle est conforme à l'esprit du droit international de l'arbitrage qui est d'assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage [...] Mais, il est vrai que l'argument est réversible et que l'anti-suit injonction, dirigée cette fois contre la compétence du tribunal arbitral, pour protéger un for étatique, peut être un redoutable élément perturbateur de l'arbitrage* »⁵⁵. Ainsi selon l'auteur, l'arrêt *West Tankers* de la CJUE « *étend de façon démesurée le champ d'application du règlement n° 44/2001. Il affaiblit au regard du droit français l'efficacité de la clause compromissoire* »⁵⁶.

979. Cela étant, cette solution est pleinement justifiée au regard de la qualification du principe de compétence-compétence en question de procédure interne. Dès lors, il est acquis que le droit international public reconnaît aux États la compétence normative, c'est-à-dire le pouvoir d'édicter des normes, ainsi que la compétence d'exécution. Cette compétence normative recouvre le pouvoir de définir des règles et le pouvoir de prononcer des décisions. Ainsi, elle implique nécessairement que les États ont une compétence exclusive pour s'auto-organiser. Or, les *anti-suit* injonctions, sous couvert de viser le demandeur, tendent nécessairement à interdire à une juridiction d'apprécier sa compétence juridictionnelle et donc d'apprécier l'effet de la convention d'arbitrage et en conséquence, le fond de l'affaire qui lui est soumise. De fait, la prohibition de cette sanction dans l'espace européen se justifie par « *l'interdiction selon le Règlement du contrôle de la compétence indirecte de la juridiction d'origine et la confiance que se doivent les États membres dans leur justice respective* »⁵⁷.

Le procédé des *anti-suit* injonctions, s'il ne vise pas directement la compétence étatique, y porte nécessairement atteinte. C'est pourquoi la CJUE avait dans l'arrêt *Turner c. Grovit*⁵⁸ exclu ce procédé dans le cadre des règlements des litiges européens, exprimant de manière on ne peut plus claire qu'il est, dans ce cadre, « *interdit d'interdire* »⁵⁹. Dès lors, ce qui est sanctionné par l'*anti-suit injonction* est la saisine par un plaideur des juridictions d'un État membre. L'objet de l'action implique une appréciation nécessaire de la compétence du for jugé illégitimement saisi et, partant, d'une appréciation de la compétence du juge étranger européen.

Peu importe qu'il s'agisse d'un abus d'action en justice confinant au harcèlement procédural ou d'une violation présumée d'une convention d'élection de for ou d'une convention d'arbitrage. Dans toutes ces hypothèses, il y aurait une ingérence dans l'appréciation de la compétence d'une juridiction étrangère et donc un jugement sur les qualités de la justice de l'ordre juridique saisi. En conséquence, il faut conclure qu'« *une injonction telle que celle prononcée par le juge français dans l'arrêt Banque Worms c. Époux*

Comor de la Chambre des Lords), *Rev. Arb.* 2007. 223 n°9

54 La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (remplacée par le règlement 44/2001 du 22 décembre 2000) implique entre les juges européens une confiance mutuelle qui induit une absence de contrôle, même indirect, de la compétence des autres États membres. Plus généralement, la question est de savoir si cette injonction doit être reconnue à l'étranger de sorte que la validité de la clause d'arbitrage serait considérée comme acquise. Ce procédé n'est pas reçu avec faveur ni par la Cour de Bruxelles ni par les juridictions des États membres de la Convention de Bruxelles (dev. règlement Bruxelles I). À première vue, cette décision ne bénéficiera pas d'une reconnaissance dans l'État où elle est requise.

55 LOQUIN (E.), De l'irrésistible et regrettable empiètement du droit européen sur le droit de l'arbitrage international, (à propos de CJUE, 10 févr. 2009, aff. C-185/07, *Allianz Spa c. West Tankers*), *RTD com.* 2010 p. 529.

56 LOQUIN (E.), De l'irrésistible et regrettable empiètement du droit européen sur le droit de l'arbitrage international, (à propos de CJUE, 10 févr. 2009, aff. C-185/07, *Allianz Spa c. West Tankers*), *RTD com.* 2010 p. 529.

57 AUDIT (B.), note concernant la décision de la CJUE du 10 fév. 2009 *West Tankers*, *JDI* n° 4/2009, 1281 n° 5.

58 CJUE, 27 avril 2004, Aff. C-159/02, *Turner c. Grovit, Harada Ltd. & Changepoint SA*, Rec. CJUE, p. I-3565, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note H. Muir Watt, *RDAI*, n° 4, 2004 p. 538 note A. Mourre et Y. Lahlou ; *RTD civ.* 2004 p. 549 Ph. Théry ; *RDAI*, 2004, p. 553, A. Mourre et Y. Lahlou ; *D.*2005 p. 2712, R. Carrier.

59 Titre repris de l'article de M. GAILLARD (E.), Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injonctions* dans l'arbitrage commercial international, *Rev. Arb.* 2004 p. 45.

Brachot⁶⁰ *ne serait plus possible* »⁶¹.

980. Que ce soit dans le cadre du règlement Bruxelles I ou en dehors, une injonction *in personam* affecte de manière indirecte la compétence internationale d'un autre État. « *Même animées des meilleures intentions (sanctionner un abus de procédure ; protéger le for du juge « naturel » ; assurer l'efficacité des conventions d'arbitrage ou de juridiction), ces injonctions relèvent du pur unilatéralisme* »⁶². De plus, les injonctions font naître inévitablement le risque de surenchère en sens opposé particulièrement dans le domaine de l'arbitrage⁶³. Monsieur Ph. Théry s'interroge sur leur intérêt pratique. « *Pourquoi d'ailleurs recherche-t-on l'exequatur en France d'une mesure dont ses partisans affirment qu'elle est efficace sans même circuler?* »⁶⁴. Souvent les *anti-suit injunction* ou injonction *in personam* ont pour finalité de contrer l'utilisation frauduleuse ou dilatoire des règles de compétence internationale. Mais le remède ne semble pas meilleur que le mal et la solution préférable serait probablement de trouver une solution alternative au prononcé de ces injonctions. La sanction en nature découlant de la mise en œuvre de l'effet négatif du principe de compétence-compétence est illicite en toute hypothèse au regard du droit international public lorsqu'elle prend la forme d'*anti-suit injunctions* ou d'injonctions *in personam*. Par cette voie, les juridictions de chaque État prétendent imposer à celles de tous les autres leur conception de la validité de la convention d'arbitrage et donc de la compétence de l'arbitre.

981. Le même raisonnement doit être poursuivi au regard de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. En effet, le juge français ne peut, sans violer le droit international public, imposer à une partie de saisir l'arbitre à l'exclusion d'une juridiction étrangère et doit, au regard d'une question de procédure interne, laisser la juridiction saisie se prononcer sur sa compétence.

Dès lors, dans le cadre d'un litige intégré à l'Union européenne, l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne peut valablement s'appliquer que dans l'hypothèse où la juridiction française est compétente en application du règlement Bruxelles I. Or, la cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 15 juin 2006, *Legal Département du Ministère de la justice de la République d'Irak c. Sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*⁶⁵, est en contradiction avec la jurisprudence de la CJUE. En effet dans une matière relevant du règlement Bruxelles I et alors qu'il n'était question qu'à titre subsidiaire de convention d'arbitrage, la cour d'appel a décidé qu'« *en présence d'une convention d'arbitrage et alors même que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le juge étatique doit se déclarer incompétent à moins qu'un examen sommaire ne lui permette de constater la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause, priorité étant réservée à l'arbitre auquel il appartient de statuer sur sa propre compétence pour juger de la validité et de l'efficacité de la clause d'arbitrage. Une décision concluant, après examen substantiel, à l'inefficacité de clauses compromissaires en raison des règles de l'embargo décrété par une résolution des Nations Unies a été rendue par une juridiction incompétente dont l'arrêt ne peut être accueilli en France* ». Elle exclut l'application de la convention de Bruxelles pour lui substituer les règles d'accueil des décisions du for pour conclure à un rejet de la décision

60 C. Cass. Civ. 1, 19 novembre 2002, *Banque Worms*, JCP 2002 II 10201 note S. Chaillé de Néré ; *Gaz. Pal.* 2003, 29, note M.-L. Niboyet ; *D.* 2003.797 note G. Khairallah ; *Rev. Crit. DIP* 2003.631 note H. Muir Watt.

61 USUNIER (L.), De la compatibilité des injonctions *anti-suit* avec le Règlement CE 44/2001, *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 434.

62 THERY (PH.), Heurs et malheurs des injonctions *in personam* (à propos de CJUE, 27 avr. 2004, aff. C-159-02, *Turner c. Grovit, Harada Ltd. & Changepoint SA*), *RTD civ.* 2004 p. 549.

63 THERY (PH.), Heurs et malheurs des injonctions *in personam* (à propos de CJUE, 27 avr. 2004, aff. C-159-02, *Turner c. Grovit, Harada Ltd. & Changepoint SA*), *RTD civ.* 2004 p. 549 et V. aussi GAILLARD (E.), Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international, *Rev. Arb.* 2004 p. 45.

64 THERY (PH.), Heurs et malheurs des injonctions *in personam* (à propos de CJUE, 27 avr. 2004, aff. C-159-02, *Turner c. Grovit, Harada Ltd. & Changepoint SA*), *RTD civ.* 2004 p. 549.

65 S. Bollée *Rev. Arb.* 2007.87.

italienne au profit de l'arbitrage⁶⁶. En conséquence, la Cour contrôle la compétence des juridictions italiennes en violation de la convention de Bruxelles.

La jurisprudence française isolée entend cependant imposer sa conception du principe, donc la règle matérielle française de procédure, à tous les litiges ayant un lien, même ténu, avec la France et ce, y compris en violation du règlement Bruxelles I. Cette position est contraire au principe élémentaire de droit public, à savoir qu'il revient à chaque juridiction de définir ses propres règles de compétence. En effet, en matière de compétence internationale, il existe une concurrence entre les juridictions étatiques, chaque État fixant unilatéralement ses propres règles de compétence. Chaque État est donc libre de définir la place qu'il entend accorder à l'arbitrage.

982. Il en est de même de la jurisprudence de la Cour de cassation qui entend donner une importance majeure à l'effet négatif du principe de compétence-compétence⁶⁷ et ne circonscrit plus la portée de sa jurisprudence à l'ordre juridique français. Cette jurisprudence est internationalement illicite. Dans l'arrêt *République d'Irak*⁶⁸, la cour d'appel de Paris ne reconnaît pas une décision italienne au motif que les juridictions italiennes n'ont pas respecté la conception française de l'effet négatif du principe de l'article 1458 anc. du Code de procédure civile.

983. L'illégalité des injonctions *anti-suit* est établie. Il en est de même, et pour les mêmes raisons, de l'injonction *in personam*. Il existe une impossibilité juridique d'interdire à une personne de saisir les tribunaux d'un autre État. Il s'agit d'une interférence avec la compétence propre aux États de définir leur chef de compétence internationale⁶⁹. Assurément, l'obligation de se rendre devant l'arbitre paraît devoir être préservée. Cependant, cette obligation ne peut interférer avec la saisine des juridictions étatiques étrangères. En réalité, que l'existence d'une convention d'arbitrage soit ou non établie, la prohibition des injonctions *in personam* perdure.

Les *anti-suit injunctions* ou les injonctions *in personam* sont prohibées par le droit international public dans la mesure où elles ont pour effet indirect d'interdire la saisine des juridictions étatiques d'un autre for. Dès lors, bien que s'adressant au particulier, elles interfèrent directement dans l'appréciation de la compétence internationale de cet État et sont à ce titre condamnables.

984. L'arbitrage interne ou international reste une question de procédure interne de l'État compétent internationalement. Dès lors, lorsqu'un État admet sa compétence à juger au fond du litige, il peut juger en application de ses règles de procédure que le litige est soumis à la justice arbitrale. Si les injonctions *in personam* ne peuvent pas être prononcées, dès lors la seule sanction en nature devient celle de l'incompétence des juridictions étatiques, à condition toutefois de ne pas constituer un déni de justice.

66 Le refus d'*exequatur* ne provient pas de l'absence de lien, qui existait de toute évidence, mais du fait que la législation italienne ne consacre pas l'effet négatif du principe de compétence-compétence français, il s'agit donc d'apprécier la législation italienne au fond pour considérer que, du fait de sa différence avec celle française, elle ne saurait recevoir application.

67 C. Cass. Civ.1, 7 juin 2006, *Copropriété Maritimes Jules Vernes et autres c. ABS et autres (Navire Tag Heuer)*, n° 03-12.034 (n° 937 FS-P+B+I), D. 2006 p. 1701, *Rev. Arb.* 2006.945 note E. Gaillard.

68 CA Paris, (1 ch.), 15 juin 2006, *Legal Departement du ministère de la justice de la République d'Irak c. Société Fincantieri Cantieri navali italiani et autres*, *Rev. Arb.* 2007.87 note S. Bollée, D. 2006.3035 obs. Th. Clay; *Rev. Arb.* 2006.950 note E. Gaillard: la cour conclut à un défaut de compétence indirecte du juge étranger. Selon certains auteurs le fondement de la contrariété à l'ordre public aurait été préférable. Néanmoins, celui-ci impliquant d'admettre comme inadmissible des rapports entre justice étatique et arbitrale pré-déterminés, une décision retenant sa compétence ne nous paraît pas plus heureuse.

69 En toute hypothèse, le prononcé de telle sanction implique la compétence internationale de la juridiction qui les prononce au regard du litige et ce, peu importe la compétence internationale au regard de la procédure d'arbitrage elle-même. Sauf à admettre que le choix du siège de l'arbitrage emporte également un choix de juridiction, le juge d'appui ne devrait pas se voir reconnaître un tel pouvoir. En effet, compétent au regard de la procédure arbitrale mais non au regard du litige, le *for* du juge d'appui qui prononce une telle sanction en nature nierait la compétence internationale d'un autre État.

* *
*

985. Que la convention d'arbitrage soit valable et applicable au litige et entre les parties, ou qu'elle ne le soit pas, les *anti-suit injunctions* tout comme les injonctions *in personam* de droit français sont à proscrire comme internationalement illicites. Dans ces deux hypothèses, elles interfèrent avec l'appréciation de la compétence internationale d'une juridiction étrangère.

B- La décision d'incompétence, une sanction procédurale licite

986. Il n'est pas possible à une juridiction saisie d'enjoindre à une partie de renoncer à tout recours devant les juridictions étatiques. Néanmoins, rien ne lui interdit de se dessaisir du litige pour défaut de compétence au bénéfice du tribunal arbitral. Dès lors, outre le prononcé des injonctions *in personam*, la seule autre sanction possible est celle du renvoi devant l'arbitre des parties par une décision d'incompétence des juridictions étatiques. En effet, ne pouvant prononcer des injonctions *in personam*, les juridictions étatiques ne peuvent compter que sur la reconnaissance de leur décision d'incompétence dans les ordres juridiques concernés. Hors cas d'impécuniosité, on pourrait donc songer, non à obliger le litigant à conclure le contrat d'arbitre mais à lui fermer toute autre voie de recours à la justice étatique pour le contraindre à exécuter son engagement contractuel. Il serait donc contraint d'avoir recours à l'arbitre faute de compétence étatique. Encore convient-il de s'entendre sur la notion d'incompétence pour en apprécier son efficacité.

987. Comme développé précédemment, l'arbitrage n'est pas une procédure de règlement des litiges délocalisée. Il se rattache à un ordre juridique qui est internationalement compétent. Lorsqu'une partie saisit un for internationalement compétent et que celui-ci, suite à une exception d'arbitrage, décline sa compétence au bénéfice de la compétence arbitrale, le for ne renonce pas à sa compétence internationale. Il s'agit d'une décision d'incompétence interne. Ce qui est contesté n'est donc pas la vocation internationale du for à connaître du litige mais le choix de juridictions des parties. Il convient de conclure que les juridictions du for ne se sont pas dessaisies du litige et qu'en cas de saisine concurrente, les règles de litispendance ou de connexité devraient recevoir application. La relocalisation de l'arbitrage permet ainsi de pérenniser l'institution avec plus ou moins de succès suivant que le litige entre ou non dans le champ d'application du règlement Bruxelles I.

Envisagée comme une question de procédure, la question de la compétence arbitrale est ainsi unifiée. Pour apprécier cette sanction d'incompétence interne il convient de répondre à la question suivante : Quelle est l'incidence d'une décision d'incompétence interne d'une juridiction française visant au renvoi des parties devant l'arbitre ? L'incompétence reste une sanction dissuasive dans le cadre européen à condition de consacrer définitivement que l'arbitrage est une question de procédure interne à un État internationalement compétent (1). En dehors de l'application du règlement Bruxelles I en revanche, tout dépend de l'attitude des ordres juridiques étrangers au regard de leur compétence internationale, comme dans n'importe quel litige international (2).

1)- Dans le cadre de l'application du règlement Bruxelles I

988. Rappelons que lorsque le Règlement européen Bruxelles I a vocation à recevoir application, c'est que le litige est intégré dans l'espace communautaire. Dès lors, le Règlement établit des compétences internationales, et une fois les juridictions d'un État membre saisies du litige, elles déterminent dans quelle mesure elles entendent autoriser la compétence arbitrale. Néanmoins, cette compétence secondaire est d'ordre interne et non international.

Dès lors, le prononcé d'une incompétence faisant suite à une exception d'arbitrage considérée comme fondée par le for saisi, ne signifie pas que ce for décline sa compétence internationale. Il s'agit d'une question de compétence purement interne n'autorisant pas les parties à saisir une autre juridiction d'un État membre. En conséquence, une partie serait donc contrainte à se rendre devant la juridiction arbitrale pour voir juger son litige. Certes, cette incompétence n'empêche nullement la partie de saisir une juridiction extra-européenne. C'est d'ailleurs contre un tel risque que les *anti-suit injunction* ont été créées, de même que le concept de délocalisation. Cependant, si cette juridiction venait à retenir sa compétence internationale et venait à statuer au fond du litige, elle ne saurait être reconnue sur le territoire de l'Union européenne. Or, les compétences internationales établies par le Règlement ont un fondement rationnel puisqu'elles tiennent compte de l'intégration du litige et des parties. Dès lors, une décision prononcée par une juridiction extra-européenne n'aura que peu d'intérêt au stade de l'exécution si les centres d'intérêt des parties ou de la partie condamnée se trouvent au sein de l'un des États membre. En conséquence, la décision d'incompétence interne d'une juridiction d'un État membre et l'application du règlement Bruxelles I auront un effet persuasif sur la partie récalcitrante.

989. Bénéficiant du mécanisme de reconnaissance simplifiée, cette décision d'incompétence aurait pour effet d'interdire la saisine de toute autre juridiction européenne. Dès lors, le litigant récalcitrant se trouverait devant un choix : soit accepter de se rendre devant l'instance arbitrale soit prendre le risque qu'une sentence par défaut soit rendue. De la sorte, il ne pourrait user des compétences étatiques pour procéder à ce qu'il convient d'appeler du harcèlement procédural.

De même, toute décision rendue par une juridiction extra-européenne ne saurait recevoir l'*exequatur* comme étant inconciliable avec la décision d'incompétence d'un État membre. Cette solution protège également les centres d'arbitrage européens puisque lorsque la compétence internationale d'un État membre est fondée sur une clause de juridiction, ce choix de juridiction peut résulter, comme nous l'avons exposé précédemment, d'un choix du siège de l'arbitrage. Le Règlement aura vocation à s'appliquer si au moins l'une des parties a son domicile dans l'un des États membres, à défaut le droit commun de l'État saisi sera seul applicable. Mais, y compris dans cette hypothèse, le Règlement permet de conforter la compétence de la juridiction saisie. Son article 23 précise en effet que, quand bien même aucune des parties n'aurait son domicile dans l'un des États membres, les tribunaux des États membres non désignés « *ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence* (i.e. compétence internationale) ».

990. Lorsque la juridiction renvoie les parties devant l'arbitre, elle ne perd pas sa compétence *ipso facto*. En cas de sentence d'incompétence de l'arbitre, elle pourra valablement juger du litige. La notion de litispendance de l'article 27 du Règlement s'applique dès lors que lorsque les deux litiges « *sont basés [...] sur le même rapport contractuel* ». En ce cas, la juridiction saisie en second en application de l'article 30 du Règlement se voit contrainte de se dessaisir du litige. En cas de décision de compétence de

celui-ci, la convention de New York s'impose à cet État comme aux autres États membres de l'Union européenne.

991. Les parties devront donc se rendre devant le tribunal arbitral qui, le cas échéant, jugera du litige et rendra une sentence au fond. Le principal problème sera alors la question de la reconnaissance de cette sentence dans les États membres. Le mécanisme de reconnaissance simplifié du Règlement a vocation à s'appliquer à toute décision rendue par un État membre entrant dans son champ d'application et ce, peu importe la dénomination de cette décision. Néanmoins, en application du principe *exequatur sur exequatur ne vaut* et du caractère délocalisé de la sentence⁷⁰, la décision du juge du siège de l'arbitrage au regard de la reconnaissance de la sentence n'a aucune incidence. La sentence n'étant pas considérée comme rattachée à un ordre juridique, la reconnaissance ou l'annulation de celle-ci dans un ordre juridique n'entraînera aucune conséquence en France. En tout état de cause, la jurisprudence admet que si la sentence arbitrale est une décision de justice, elle n'en revêt cependant pas toutes les qualités et nécessite l'intermédiaire d'une décision étatique pour avoir force exécutoire sur le territoire. Par ailleurs, il paraît souhaitable, à tout le moins, « à l'instar de ce que prévoit la loi modèle CNUDCI (art. 16.3), de permettre la contestation devant les tribunaux d'une sentence préliminaire statuant sur la compétence »⁷¹.

992. *L'exequatur* est la condition nécessaire pour acquérir la force exécutoire. Que l'interprétation soit large ou extensive de l'exclusion de l'arbitrage du règlement Bruxelles I, il semble difficile d'inclure la sentence arbitrale dans le mécanisme de reconnaissance simplifiée. De même, il est vrai qu'une procédure *d'exequatur* reste propre à chaque État et que le refus dans un ordre juridique ne devrait pas avoir de conséquence dans un autre.

Néanmoins, il est en revanche possible d'admettre, si on interprète restrictivement l'exclusion de l'arbitrage du règlement Bruxelles I, que la décision étatique relative à la force obligatoire de la convention d'arbitrage bénéficie quant à elle de ce mécanisme de reconnaissance simplifié. Le problème de la reconnaissance de la sentence est un faux problème car sur ce point, même si elle ne bénéficie pas du mécanisme de reconnaissance simplifiée du règlement Bruxelles I, cette question est traitée par application de la convention de New York de 1958. Or, en application de la convention de New York de 1958, la sentence devrait donc être aisément reconnue dans les États membres.

2)- Hors du cadre de l'application de règlement Bruxelles I

993. Le règlement Bruxelles I ne s'applique pas si le défendeur ne réside pas sur le territoire d'un État membre, ou, en cas de clause de juridiction, si aucune des parties n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, et, en tout état de cause, qu'aucun chef de compétence exclusif n'a vocation à jouer. En pratique donc, la question de l'incidence de cette décision sur le bon déroulement de la procédure se pose lorsque les intérêts économiques du litige sont extérieurs à l'Union européenne. Plus spécifiquement, les juridictions françaises seront alors compétentes en application des règles de compétence de droit commun des

70 V. C. Cass. Civ. I, 29 juin 2007, (2 arrêts), n° 05-18.053, n° 1021 FP-P+B+I, et 06-13.293, et n° 1022 FP-P+B+I, *Société Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*, Bull. civ. I, n° 250 et 251 ; *Rev. Arb.* 2007. 507, rapport J.-P. Ancel et note E. Gaillard ; *JDI* 2007. 1236, note Th. Clay ; *D.* 2007. AJ. 1969, obs. X. Delpéch ; *JCP G* 2006. I. 216, § 7, obs. C. Seraglini ; *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 21-22 nov. 2007. 3, obs. S. Lazareff, et p. 14, note P. Pinsolle ; *RTD com.* 2007. 682, obs. E. Loquin ; *D.* 2008 p. 1429, Louis Degos ; *D.* 2008 p. 180 Th. Clay ; *Dalloz actualité* du 4 juillet 2007 : selon la Cour de cassation la sentence « n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique ». Le raisonnement est que la sentence internationale « 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 ».

71 AUDIT (B.), note concernant la décision de la CJUE, du 10 fév. 2009 *West Tankers*, *JDI* n° 4/2009, 1281n° 31. V. : CA Paris, 7 juillet 1987, *Rev. Arb.* 1988 p. 648, note E. Mezger.

articles 42 et suivant du Code de procédure civile. Les juridictions françaises se reconnaîtront compétentes, hors application du Règlement, sur le fondement des compétences spéciales⁷² ou exorbitantes⁷³, sur le chef du déni de justice ou, en cas de clause de juridiction, au bénéfice des juridictions françaises alors même qu'aucune des parties n'est domiciliée sur le territoire d'un État membre.

994. En ce cas, la solution sera similaire. En effet, le for appliquera ses règles de compétence internationale et ses règles de procédure, largement dominées en matière d'arbitrage par la convention de New York. La décision de la juridiction étatique relative à la compétence arbitrale, c'est-à-dire donc à l'existence ou non de ce contrat juridictionnel, devrait également bénéficier du mécanisme de reconnaissance simplifiée puisque celui-ci s'applique à toute décision rendue par un État membre, y compris les décisions rendues en application de son droit commun et également pour les litiges internes.

995. Une chose reste, cette solution ne permet pas de bloquer la saisine des juridictions étatiques du monde entier. C'est un fait certain. Mais il en va de même pour tout litige international tant qu'un instrument d'harmonisation des compétences internationales ne sera pas applicable pour l'ensemble de ces pays. Surtout, affirmer le caractère délocalisé de la sentence n'est d'aucune aide à cet égard. Source de confusion, son seul intérêt est *in fine* de permettre la reconnaissance d'une sentence qui aurait été rendue au mépris de la compétence internationale d'un État et donc sans support de celui-ci soit pour défaut de convention d'arbitrage soit pour défaut d'arbitrabilité. Certains seraient tentés de dire que cela reste une bonne chose mais ce qu'il convient de considérer avant tout est l'effectivité de la sentence rendue. Or, si la décision a vocation à s'exécuter dans un ordre juridique extra-européen, cette donnée doit nécessairement être prise en compte dans la réflexion.

* *
*

996. Le prononcé des *anti-suit injunctions* ou injonctions *in personam* est illicite, que la convention d'arbitrage soit ou non valable et que le litige entre ou non dans le champ d'application du règlement Bruxelles I. En matière de convention d'arbitrage le prononcé de telles mesures implique nécessairement une appréciation de la compétence internationale étatique d'une juridiction étrangère. Néanmoins, dans le cadre de l'application du règlement Bruxelles I, la décision d'incompétence de la juridiction internationalement compétente est d'une efficacité certaine puisqu'elle concerne une question de compétence interne non internationale. Dès lors, les autres États membres ne pourront se saisir du litige. En dehors de son champ d'application, l'internationalité du litige fait naître un risque de *forum shopping* plus important.

Conclusion de la section 1

997. En application du droit français, l'obligation de ne pas faire implique de ne pas saisir les juridictions étatiques de la question de la compétence, donc elle se détache de la convention d'arbitrage. Néanmoins, à défaut de convention d'arbitrage valable et applicable, la responsabilité d'une partie invoquant à tort son impécuniosité ne peut être retenue faute de

72 V. pour un exemple en matière contractuelle : article 46 du Code de procédure civile : « *La juridiction du lieu de livraison de la marchandise effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service* ».

73 V. articles 14 et 15 du Code civil fondant la compétence des juridictions françaises sur la nationalité française de l'une des parties au litige. V. par exemple : Cass civ. 1, 21 mars 1996, *Rev. Crit. DIP* 1996. 670 note Ponsard.

préjudice.

En revanche, la responsabilité contractuelle peut être engagée en cas d'existence de la convention d'arbitrage. Or, le droit français favorise cette responsabilité puisqu'il consacre le principe de validité de la convention d'une part et considère que l'obligation de ne pas faire est une obligation de résultat d'autre part. En outre, la preuve du préjudice ne semble pas requise. La sanction sera l'octroi de dommages et intérêts.

La sanction de l'obligation de ne pas faire ne peut porter atteinte à une règle de compétence internationale étrangère. Elle ne peut donner lieu au prononcé d'une injonction *in personam*. Néanmoins, la décision d'incompétence interne de la juridiction étatique est suffisante et efficace surtout lorsqu'elle est complétée par la sanction de l'obligation de faire et le maintien du consentement à l'arbitrage.

Section 2 : De l'inexécution de l'obligation de faire

998. Lorsqu'une convention d'arbitrage existe, elle crée à la charge des parties une obligation de faire : celle de saisir un arbitre et de conclure avec lui un contrat d'arbitre (§1). Lorsqu'une partie s'y refuse, il convient donc d'analyser les sanctions qui peuvent à ce titre être prononcées et l'obligation au paiement des frais et honoraires consécutifs à une sentence par défaut (§2).

§1- De l'obligation de conclure un contrat d'arbitre

999. La convention d'arbitrage fait naître à la charge des parties une obligation de faire, celle de conclure un contrat d'arbitre. Lorsqu'une partie refuse de donner son consentement, elle commet donc une inexécution contractuelle (A). La sanction de l'obligation de contracter sera en équivalent car la liberté contractuelle interdit de forcer le consentement de la partie récalcitrante (B).

A- Responsabilité pour violation d'une obligation de faire

1000. La convention d'arbitrage est un avant-contrat par lequel une partie s'engage à conclure le contrat d'arbitre nécessaire à la mise en place de l'arbitrage. Ce contrat nécessite une réitération du consentement des litigants (1). À défaut, il s'agit d'une faute pour inexécution d'une obligation de moyen (2).

1)- Convention d'arbitrage et contrat d'arbitre, le problème de la réitération du consentement

1001. Le litigant récalcitrant a-t-il donné son consentement définitif au contrat d'arbitre par la conclusion de la convention d'arbitrage ? *A priori*, il convient de répondre par l'affirmative puisque le litigant s'est engagé à avoir recours à l'arbitrage en cas de litige. La question est de savoir s'il s'est engagé à conclure un contrat d'arbitre ou s'il a donné son consentement au contrat d'arbitre. Pour admettre l'exécution en nature du contrat d'arbitre, il faut considérer que le consentement des litigants au contrat d'arbitre est donné dès la conclusion de la convention d'arbitrage. Dans un but d'efficacité de l'arbitrage cette solution serait opportune. Si l'on retient cette conception, la convention d'arbitrage serait donc un contrat aléatoire mais

définitif d'arbitrage. Elle constituerait déjà le contrat d'arbitre. Il convient donc de déterminer précisément le moment de formation du contrat d'arbitre (a) et de déterminer si chaque litigant doit donner son consentement au contrat pour être lié (b).

a)- Moment de formation du contrat objet de la promesse de contracter

1002. Le droit français admet l'exécution en nature de la convention d'arbitrage puisqu'il permet à une partie de saisir un juge étatique pour suppléer la carence d'une partie dans la désignation d'un arbitre afin de constituer le tribunal arbitral. Cette solution amène à s'interroger sur le moment de formation du contrat d'arbitre. Plus exactement, à quel moment les parties à la convention d'arbitrage donnent-elles leur consentement au contrat d'arbitre ? S'agissant de l'obligation de faire, à savoir conclure un contrat d'arbitre, l'aléa de cette opération, dû notamment à l'intervention d'un tiers, permet de qualifier cette obligation d'obligation de moyen. La responsabilité contractuelle de la partie récalcitrante pourrait aussi être fondée sur le principe d'exécution de bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat, notamment au regard de l'obligation de collaboration qui la lie avec son colitigant. Dès lors, la faute devra être prouvée.

1003. En matière d'arbitrage institutionnel, la jurisprudence française analyse les règlements d'arbitrage d'un centre comme des offres permanentes de contracter. Lorsque le centre reçoit une requête en introduction d'instance, le contrat est considéré comme conclu. La jurisprudence adopte cette solution au sujet du barème des honoraires mais considère que les honoraires en question sont ceux en vigueur au jour de l'introduction de l'instance et non ceux en vigueur au jour de la conclusion de la convention d'arbitrage⁷⁴. Cette solution se comprend aisément en pratique.

1004. Mais de deux chose l'une : soit elle signifie que l'acceptation au contrat d'arbitre provient de la convention d'arbitrage et elle laisse alors songeur quant à la cohérence du droit français, soit, plus simplement, elle revient à considérer que l'acceptation procède non de la convention d'arbitrage, qui comme tout contrat a un effet relatif, mais de l'introduction de la demande au centre d'arbitrage par une partie. Cette solution, cohérente avec le droit commun des contrats, a en outre l'avantage d'expliquer pourquoi les honoraires retenus sont ceux au jour de l'introduction de l'instance et non de la conclusion de la convention d'arbitrage. En outre, elle est la seule solution pouvant être retenue lorsque l'arbitrage n'est pas institutionnel.

1005. En toute hypothèse, le contrat d'arbitre peut être conclu indépendamment d'une convention d'arbitrage et ainsi permettre à un arbitre de se déclarer compétent ou incompétent en application du contrat d'arbitre. Il y aurait donc un paradigme à considérer que le consentement au contrat d'arbitre naît d'une convention non encore établie. Les parties doivent donc donner leur consentement pour créer le lien contractuel indépendamment de la convention d'arbitrage. La convention n'est qu'une promesse de contracter un contrat d'arbitre et une délimitation de son domaine de compétence. Elle ne contient pas le consentement au contrat d'arbitre.

1006. Lorsqu'une partie introduit une demande d'arbitrage, reste à déterminer si le contrat d'arbitre est conclu entre, d'une part, le tribunal arbitral et, d'autre part, le litigant introduisant la requête ou envers les deux litigants.

74 C'est-à-dire le système de la réception.

b)- Consentement séparé des membres d'une partie plurale ou unicité du consentement de la partie plurale

1007. La conclusion d'un contrat d'arbitre nécessite-t-elle le consentement des litigants ou seulement de l'un d'entre eux ? Plus précisément, le consentement exprimé par l'une des parties permet-elle la formation du contrat d'arbitre également au regard de son colitigant ? Si l'on retient cette solution, en application de la jurisprudence française, l'obligation de paiement des honoraires et frais nés du contrat d'arbitre serait solidaire entre les litigants dès la demande d'introduction d'une des parties. En ce cas, le contrat d'arbitre étant formé par le consentement d'un seul, aucune sentence par défaut ne devrait être rendue sur le chef d'un défaut de paiement des honoraires puisqu'il reviendrait alors à l'une quelconque des deux parties de payer l'ensemble des sommes dues, à charge pour elle de se retourner contre son adversaire dans un second temps. On devrait même admettre une responsabilité du centre d'arbitrage qui, retenant sa compétence, ne permet pas à l'une des parties de participer à la procédure, faute de paiement. Or, la jurisprudence ne retient pas de telle solution, il en est de même des différents règlements d'arbitrage.

1008. En effet, dans l'hypothèse d'une convention d'arbitrage prévoyant que les frais d'arbitrage seront à la seule charge du demandeur, d'une instance interrompue en cours par la démission d'un arbitre, et d'un refus de payer de la part du défendeur, la cour d'appel de Paris a précisé que le droit aux honoraires des arbitres naît de la conclusion du contrat d'arbitrage ou d'investiture et non de la convention d'arbitrage⁷⁵. Selon la cour d'appel, la cause des honoraires, obligation solidaire des parties, ne réside pas dans l'édiction d'une sentence mais dans la prestation fournie pour y aboutir, et ce peu importe le résultat final. Avant la formation du contrat d'arbitre, l'obligation au paiement est considérée comme étant de la responsabilité conjointe des litigants. Dès lors, la formation du contrat d'arbitre requiert, outre le paiement fréquent d'une provision, l'acceptation de chacun des litigants.

Cette acceptation ne découle donc pas de la conclusion de la convention d'arbitrage, contrat auquel le centre et le tribunal arbitral sont des tiers. Dès lors, la solution jurisprudentielle est logique : à ce stade, le paiement de la provision est conjoint entre les litigants et non solidaire : pour que le contrat d'arbitre soit conclu envers tous les litigants, il faut le consentement de chaque membre de la partie commune.

Dès lors, il faut en conclure qu'en application de la jurisprudence française, la formation du contrat d'arbitre nécessite bien la réitération du consentement des litigants. Si un contrat d'arbitre peut être conclu à l'égard d'un seul d'entre eux et permettre la reddition d'une sentence par défaut, il n'en reste pas moins que l'effet relatif des conventions et la liberté contractuelle imposent la réitération du consentement de chacun d'eux⁷⁶.

1009. En droit commun des contrats, le caractère d'acte conjonctif ou de cocontrat n'exclut pas l'application du droit commun et donc de la nécessité du consentement de chaque partie au contrat et donc de chacun des membres d'une partie plurale. À défaut de consentement d'un des membres d'une partie plurale, le contrat peut être valablement conclu mais ne lui sera pas opposable par l'effet relatif des conventions. Cela étant, en matière de contrat d'arbitre, le tribunal arbitral doit être constitué conformément aux règles du procès équitable,

75 Sur cette décision V. CA Paris, 13 déc. 2001, *A. Perrin c. T. Benne et autres (P. c. X.)*, RTD com. 2002.282 obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer. D.2003.2476 note Th. Clay.

76 Pour une analyse de la théorie de l'autonomie de la volonté : V. MATHIEU-IZROCHE (M.-A.), La liberté contractuelle, in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (TH.) (sous la direct. de), *Libertés et droits fondamentaux*, 12 éd. Dalloz 2006 p. 677 : « La liberté contractuelle semble bien n'avoir de sens que si on considère que la liberté est compatible avec la contrainte dès lors que l'on peut être assujéti par un lien qu'on a voulu, et dans la mesure exacte où on l'a voulu : ce postulat est celui de l'autonomie de la volonté » (n° 841).

et donc comporter des arbitres désignés selon certaines règles et en nombre impair. À défaut de constitution régulière, le tribunal arbitral ne sera pas constitué. Il n'en reste pas moins que les arbitres ont pu fournir un travail objet d'une rémunération même en l'absence de constitution du tribunal. Le litigant sera donc tenu d'une obligation de paiement à ce titre. Si en revanche, l'un des membres de la partie plurielle que constituent les litigants refuse de donner son consentement au contrat d'arbitre contrairement à son engagement dans la convention d'arbitrage, le tribunal peut être constitué et la procédure d'arbitrage peut avoir lieu en présence d'une seule partie. Certes, l'admission d'une sentence par défaut reste conditionnée à l'analyse des causes de défection de la partie. Si sa défection est due à un manquement contractuel sans excuse légitime, alors le prononcé d'une sentence par défaut est valable. Cette constatation ne permet pas de conclure que la partie défaillante est liée au contrat d'arbitre.

1010. Dès lors, la promesse de contracter que constitue la convention d'arbitrage ne peut en aucun cas valoir contrat d'arbitre. Elle n'est même pas un avant-contrat d'arbitre puisque l'arbitre n'est pas partie au premier. En conséquence, le créancier ne peut en principe requérir l'exécution forcée du contrat définitif, à savoir le contrat d'arbitre, puisque celui-ci ne s'est pas légalement formé, et ce, que son exécution soit ou non possible. Dès lors, admettre l'exécution en nature par la conclusion forcée du contrat d'arbitre revient d'une part, à nier la distinction entre convention d'arbitrage et contrat d'arbitre et d'autre part, à forcer le consentement ce qui contredit le principe de liberté contractuelle.

1011. S'il est clair que les litigants s'obligent à la conclusion du contrat d'arbitre, la simple expression de ce consentement ne saurait suffire à considérer le consentement au contrat d'arbitre comme définitivement donné et donc ce contrat comme valablement formé. En conséquence, la sanction en nature reviendrait à un forçage du consentement. Or, si la violation de la promesse de conclure un contrat d'arbitre est une violation de la force obligatoire d'un contrat, elle n'induit pas un forçage du contrat d'arbitre et donc du consentement. L'obligation à la charge du contractant est une obligation de faire, conclure un contrat, en l'occurrence le contrat d'arbitre non susceptible d'exécution forcée en nature. Quand bien même l'exécution du contrat d'arbitre s'avère possible, il s'agit alors d'un cas de forçage du contrat par le juge, à charge pour lui d'en établir les conditions. Le principe de liberté contractuelle serait quelque peu malmené au soutien de l'arbitrage.

« Il paraît en toute hypothèse difficile d'imposer l'exécution forcée en nature de l'obligation de maintenir son offre ou d'une obligation de contracter. La force obligatoire de la promesse de contracter se heurte en effet au principe de la liberté contractuelle. Autant l'obligation de payer ou l'obligation de livrer peuvent faire l'objet d'une « exécution forcée » par le créancier par le biais d'une saisie - ce qui signifie, au passage, que ce n'est pas d'exécution forcée du débiteur dont il s'agit mais simplement de satisfaction contrainte du créancier - autant le maintien de l'offre, pour autant qu'il s'agisse d'une obligation, est impossible à forcer. Elle implique la personne dans ce qu'elle a de plus intime, la volonté, et elle implique une « chose » des plus incorporelles, la volonté encore »⁷⁷.

2)- Manquement à une obligation de moyen de contracter

1012. Lorsqu'une partie refuse de conclure un contrat d'arbitre, elle manque à son obligation de faire et plus généralement à l'obligation de collaboration qui la lie avec son colitigant. Pour retenir cette responsabilité il importe dans un premier temps d'apporter la preuve du lien

77 MAINGUY (D.), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD civ.* 2004 p. 1 n°19

contractuel existant entre les parties, c'est-à-dire la preuve de l'existence de la validité et de l'applicabilité de la convention d'arbitrage. En outre, la conclusion du contrat d'arbitre est une obligation de moyen. Dès lors, la faute n'est pas établie par le seul manquement à l'obligation de moyen. Comme au sujet de toute obligation de faire, il faudra apporter la preuve que le débiteur n'a pas fait tout son possible pour conclure le contrat d'arbitre. En outre, le créancier devra apporter la preuve que cette faute lui a causé un préjudice, et qu'il existe entre ce préjudice et cette faute un lien de causalité.

1013. Au contraire de nombre d'avant-contracts, l'exécution de la convention d'arbitrage implique d'une part l'exécution d'une obligation de faire et d'autre part, l'acceptation d'un tiers au contrat premier : l'arbitre. Le manquement à l'obligation de collaboration découle en l'occurrence du manquement à l'obligation de faire. Elle se matérialise par l'absence de désignation d'un arbitre et donc l'absence de conclusion du contrat d'arbitre car le litigant ne donne pas son consentement à celui-ci. La faute sera donc constituée dès lors que la preuve est apportée de l'existence d'une convention d'arbitrage valable et applicable au litige et entre les parties d'une part, et d'autre part, lorsque la partie n'a pas mis tout en œuvre pour rendre l'exécution de ce contrat possible.

1014. Cependant, la convention d'arbitrage ne vaut pas contrat d'arbitre et une partie peut donc rétracter son consentement, à charge pour le litigant d'en assumer le prix, de réparer le préjudice par son colitigant. Admettre le maintien de la convention d'arbitrage sans possibilité de rétractation du litigant revient à un maintien forcé du consentement, non de l'exécution en nature du contrat d'arbitre. Or, le consentement à la convention d'arbitrage vaut consentement à l'arbitrage, non au contrat d'arbitre qui nécessite une réitération du consentement des litigants et du consentement de l'arbitre. « *Le tout en faisant semblant de croire que cela ne heurte pas l'article 1142 du code civil dans la mesure où ce maintien n'entraverait pas la liberté individuelle ou ne porterait pas atteinte à l'intégrité corporelle du promettant* »⁷⁸.

1015. Cependant, que la non-conclusion du contrat d'arbitre soit une inexécution de la convention d'arbitrage ne fait aucun doute. Que cette inexécution soit susceptible de sanction non plus. Seule l'exécution en nature est discutable. Hors arbitrage, le principe en droit français est d'admettre l'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter tout en en chiffrant le prix. L'exécution forcée est donc en équivalent, non en nature pour préserver la liberté contractuelle. « *L'exécution forcée ne se résume donc pas à son exécution en nature. Et ce n'est pas renier la force obligatoire que de procéder ainsi. Simplement, la force obligatoire du contrat étant affirmée, elle permet de repérer le degré d'inexécution du contrat ou des obligations qu'il contient. Ne pas admettre l'existence d'un engagement, l'intensité de tels effets ou obligations serait assurément méconnaître la force obligatoire du contrat. Ce dont il n'est jamais question ici. Autre chose est la sanction de cette inexécution, qui relève davantage de l'ordre processuel que de l'ordre contractuel d'ailleurs, sauf à introduire des clauses particulières* »⁷⁹.

* *
*

1016. La convention d'arbitrage est une promesse de contracter un contrat d'arbitre dans l'hypothèse où un litige s'élèverait entre des parties à un contrat principal. Le refus de conclure le contrat d'arbitre constitue donc un manquement à une obligation de faire.

78 MAINGUY (D.), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD civ.* 2004 p. 1 n° 25.

79 MAINGUY (D.), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD civ.* 2004 p. 1 n° 28.

Néanmoins, il convient de distinguer le consentement à l'arbitrage, définitivement établi par la convention d'arbitrage, du consentement au contrat d'arbitre. Ce dernier doit être réitéré lors de la formation du contrat d'arbitre. Ce consentement fait l'objet d'une acceptation séparée de tous les litigants participant à l'instance arbitrale. Si l'une des parties s'y refuse, la formation du contrat d'arbitre peut être réalisée indépendamment de son consentement mais la partie récalcitrante ne sera pas partie à ce contrat. Néanmoins, son refus est donc constitutif d'une faute, d'un manquement à une obligation de moyen, permettant d'engager sa responsabilité contractuelle.

B-Sanction contractuelle d'une promesse de contracter en droit français appliquée à la convention d'arbitrage

1017. Quelles sont les solutions pour garantir le bon déroulement de la procédure d'arbitrage si une partie refuse de consentir à la formation du contrat d'arbitre ? Par principe en droit français, la violation d'une obligation de ne pas faire ou de faire se résout par l'octroi de dommages et intérêts en faveur du créancier de l'obligation inexécutée. Cette solution est en tout état de cause conforme à la lettre de l'article 1142 du Code civil aux termes duquel « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* », que la jurisprudence française ne manque pas d'appliquer aux avant-contrats. Doit-on, comme le maintient la doctrine majoritaire, considérer qu'il serait injuste de ne pas prononcer l'exécution forcée de la prestation promise, ou à l'inverse peut-on se satisfaire de dommages et intérêts ? En d'autres termes, l'exécution forcée d'un avant-contrat doit-elle consister en une exécution en nature du contrat promis ?

La liberté contractuelle s'opposant à une exécution en nature, car elle reviendrait à un forçage du consentement (1), seul l'octroi de dommages et intérêts permet d'en assurer la sanction (2).

1)- Impossibilité d'une sanction en nature en application de la liberté contractuelle

1018. S'il apparaît que la convention d'arbitrage suit un régime spécifique en droit français, caractérisé principalement d'une part par un principe de validité et d'autre part, par une absence de régime fixe, rien n'empêche de poursuivre la réflexion au regard du droit commun des contrats, ou plus exactement des grands principes de droit des contrats. À cet égard, il convient d'analyser la sanction, devant les juridictions françaises, des promesses de contracter pour déterminer dans quelle mesure le droit français admet, en principe, le forçage du consentement.

1019. Il convient de réfléchir sur la sanction de la promesse de contracter et son opportunité afin de transposer cette solution en droit de l'arbitrage. « *L'aptitude des « promesses » à satisfaire l'objectif poursuivi, consistant à rendre certaine la conclusion du contrat définitif, dépend des sanctions de leur inexécution* »⁸⁰. La sanction par équivalent ferait perdre leur force obligatoire aux avant-contrats. Il faudrait donc admettre que le consentement au contrat définitif serait donné dès l'avant-contrat.

1020. Raisonant au sujet de la promesse de vente unilatérale, une part de la doctrine considère que la promesse vaut vente à l'égard du promettant. La promesse ne saurait donc être qualifiée de contrat préparatoire mais constituerait le contrat de vente. Sa conclusion ne

80 SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, *RTD civ.* 2000 p. 25.

serait pas certaine à l'égard du bénéficiaire. Transposée à l'arbitrage, cette analyse reviendrait donc à confondre contrat d'arbitrage et convention d'arbitrage. En conséquence, le consentement au contrat d'arbitre serait irrévocablement donné et justifierait une exécution forcée en nature de la convention d'arbitrage. Certains auteurs, pour justifier l'exécution en nature de la promesse, ont un raisonnement basé non sur l'éventualité d'une obligation de faire mais sur le contrat lui-même. Il faudrait alors considérer que la convention d'arbitrage contient le consentement définitif de conclure un contrat d'arbitre, engagement irrévocable au titre de l'article 1134 du Code civil, et non l'engagement à conclure un tel contrat. Or, nous ne souscrivons pas à cette analyse.

1021. La rétractation de la promesse de contracter ou « *résiliation unilatérale du contrat de promesse par le promettant* »⁸¹ consiste pour le promettant à retirer cette promesse. En matière d'avant-contrat, hors arbitrage, la jurisprudence est fixée : la sanction n'est en aucun cas le maintien du consentement de la partie rétractante. Dès lors, en application du droit français, une promesse de contracter n'équivaut pas au contrat final. Pour que ce contrat soit valablement formé, il est nécessaire que chacune des parties réitère son consentement. Certes en l'occurrence, l'ensemble contractuel est plus simple puisque ces solutions jurisprudentielles visent les cas où les contractants à la promesse de contracter et au contrat définitif sont les mêmes. La convention d'arbitrage comme tout avant-contrat est un avant-contrat qui présuppose la conclusion d'un contrat second : le contrat d'arbitre.

En d'autres termes, la convention d'arbitrage constitue une promesse de contracter un contrat d'arbitre et non le contrat définitif lui-même. La spécificité de la convention d'arbitrage est qu'elle implique dans son exécution l'accord d'un tiers à celle-ci pour la conclusion du contrat d'arbitre, à savoir l'arbitre. Dès lors, quelle doit être la force de la rétractation ? Peut-on contraindre un litigant à donner son consentement au contrat d'arbitre ou doit-on prendre acte de la rupture du lien contractuel et se prononcer en faveur d'une sanction par équivalent ?

1022. En matière d'arbitrage, le raisonnement sera plus complexe puisque le contrat d'arbitre impose en outre le consentement des arbitres. Reste que ces solutions relatives à la réitération du consentement sont transposables aux litigants. Dans le domaine d'une étude plus vaste que celle restreinte à la convention d'arbitrage, Monsieur D. Mainguy s'interrogeait sur le point de savoir s'il était possible de « *défendre et justifier la position de la Cour de cassation dans la question de la rétractation de la promesse de contracter ?* »⁸². À contre-courant de la doctrine majoritaire, l'auteur considère « *la position de la Cour de cassation [comme étant] marquée du sceau de la sagesse et de l'efficacité* »⁸³.

1023. Il est de jurisprudence établie, certes critiquée mais constante, qu'un avant-contrat ne vaut pas contrat définitif. « *La jurisprudence refuse pareille solution [i.e. assimilation entre l'avant-contrat et le contrat définitif], dissociant ainsi clairement le contrat définitif de l'accord préliminaire. Les obligations nées de celui-ci ne sont pas susceptibles d'exécution forcée en nature : condamner une partie à accomplir l'acte ou la formalité imposée par la loi pour la formation du contrat définitif reviendrait à la forcer à conclure ce contrat, solution qui n'a jamais été admise par la Cour de cassation, attachée au respect de la liberté contractuelle. Ainsi, lorsqu'une promesse synallagmatique est un avant-contrat distinct du contrat définitif, que ce soit par la volonté des parties ou celle du législateur, elle est insusceptible d'exécution forcée en nature* »⁸⁴. Dès lors, le forçage du consentement n'est pas

81 MAINGUY (D.), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD civ.* 2004 p. 1 n° 6.

82 MAINGUY (D.), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD civ.* 2004 p. 1 n° 1.

83 MAINGUY (D.), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD civ.* 2004 p. 1 n° 1.

84 SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, *RTD civ.* 2000 p. 25.

admis en droit français où la seule sanction, au nom de la liberté individuelle, est celle des dommages et intérêts pour violation de l'avant-contrat. Cette jurisprudence vaut dans toutes les branches du droit français. Dès lors, en toute cohérence, elle devrait également valoir en droit de l'arbitrage international au nom du même principe.

Si les parties souhaitent conclure un contrat définitif, en pratique comme en théorie rien ne s'y oppose. Il faut et il suffit de conclure un contrat sous condition suspensive. Dès lors, le choix juridique de conclure un avant-contrat traduit la volonté de ne pas donner son consentement définitif au contrat final. Ainsi, le principe de la rupture serait admissible, tout en en mesurant le prix car elle est fautive comme contrevenant à une obligation contractuelle souscrite⁸⁵.

1024. Le consentement à la convention d'arbitrage ne vaut pas consentement au contrat d'arbitre mais « *Qu'on ne s'y trompe pas : il ne s'agit pas de fouler du pied le principe de la force obligatoire du contrat et de se faire le chantre du mépris contractuel, tout au contraire. La sanction de tels comportements doit, en toute circonstance, être vigoureuse, tant pour punir que pour prévenir de tels agissements. [...] comme il ne paraît pas possible de forcer le consentement d'un contractant au début de l'engagement, il n'est guère envisageable d'y parvenir au cours du contrat ou à sa fin. Le traitement juridique doit donc être autre : la force obligatoire du contrat est sanctionnée par l'exécution forcée mais celle-ci doit être déconnectée de la qualité de cette exécution, des moyens utilisés* ». L'exécution forcée ne se résume donc pas à son exécution en nature. « *Et ce n'est pas renier la force obligatoire que de procéder ainsi. [...] Ne pas admettre l'existence d'un engagement, l'intensité de tels effets ou obligations serait assurément méconnaître la force obligatoire du contrat. [...] On constate alors que l'exécution en nature du contrat de promesse aboutirait à imposer la conclusion du contrat promis. Elle aboutit en même temps, et en outre, à l'exécution forcée du contrat promis. C'est l'opportunité de la réponse à ce problème qui est en cause. Nous pensons que l'allocation de dommages et intérêts satisfait en général le créancier, et le créancier de promesse en particulier. Dès lors, les choses se présentent différemment. Ou bien le contrat lui-même connaît des techniques de gestion de l'inexécution, ou de la rétractation : clause pénale, clause dédit ou toute autre formule, ou bien, les règles de la responsabilité contractuelle doivent prendre le relais. [...] la jurisprudence comme la doctrine dissertent à loisir sur les causes et les effets d'une telle rupture mais sans remettre en cause le fait de la rupture, même d'un contrat à durée déterminée [...] la rétractation de la promesse par le promettant n'est rien d'autre qu'une résiliation des plus ordinaires* »⁸⁶. Dès lors, en principe le droit français se refuse à forcer le consentement d'une partie à un contrat définitif.

Transposée à l'arbitrage cette solution implique d'admettre que la seule sanction admissible à l'obligation de faire est l'octroi de dommages et intérêts. Néanmoins, reste que la convention d'arbitrage suit un régime propre en droit français qu'il convient d'analyser. Outre l'octroi de dommages et intérêts, existe-t-il des voies de droit permettant de préserver l'arbitrage nonobstant l'absence de consentement d'une partie au contrat d'arbitre ?

2)- Octroi de dommages et intérêts en application de la force obligatoire d'un contrat

1025. Plus qu'une rétractation du consentement au contrat d'arbitre, il s'agit d'une inexécution du contrat que constitue la convention d'arbitrage. Toute promesse de contracter a un objet spécifique, en ce sens qu'il s'agit de conclure un autre contrat. Mais peu importe

⁸⁵ Finalement l'assimilation entre un avant-contrat et un contrat définitif revient à priver la pratique d'un contrat qui conserve son intérêt notamment au regard de sa sanction (*i.e.* celle d'une sanction par équivalent).

⁸⁶ MAINGUY (D.), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD civ.* 2004 p. 1 et s. *in fine*.

l'objet du contrat, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une inexécution de la convention d'arbitrage non d'une rétractation du consentement au contrat d'arbitre. La partie victime de l'inexécution d'un litigant devrait pouvoir invoquer en tant que telle cette violation contractuelle et demander la réparation du préjudice ainsi subi. Bien entendu, la mise en œuvre de cette responsabilité implique de déterminer la *lex contractus*.

1026. En toute hypothèse, dans le cadre des contrats ayant pour objet la formation d'un second contrat, la jurisprudence de la Cour de cassation ne retient pas, hors cas de la convention d'arbitrage, une possibilité d'exécution en nature. L'exécution est nécessairement par équivalent. Par hypothèse donc, les avant-contrats sont susceptibles de résiliation unilatérale⁸⁷ et le préjudice qui en résulte peut être réparé. Pourquoi ne pas admettre le principe de la rupture de la convention d'arbitrage lorsque son efficacité est remise en cause en aménageant les conséquences de cette rupture, le « *prix de la rupture* »⁸⁸ ?

1027. Dès lors, comme tout contrat la convention d'arbitrage devrait pouvoir faire l'objet d'une résiliation. Seul son coût resterait à déterminer⁸⁹. Au regard d'une réflexion sur la possibilité de rompre son contrat et les conséquences qui peuvent en découler, Monsieur B. Le Bars relève que « *la question du dommage réparable en raison de la résiliation unilatérale d'un contrat suppose une analyse du caractère admissible ou non de la résiliation unilatérale elle-même, au regard de ce que les parties ont voulu. Il existe plusieurs degrés d'analyse du dommage réparable suivant que la résiliation unilatérale a été envisagée ou non* »⁹⁰.

* *
*

1028. Si le consentement à l'arbitrage est définitif dès la conclusion de la convention d'arbitrage et donc que seule la renonciation commune, soit le *mutus dissensus*, est admise pour priver d'effet la convention d'arbitrage sans commettre une inexécution contractuelle, ce constat ne signifie pas que le consentement au contrat d'arbitre puisse être forcé. Cette sanction serait contraire à la liberté individuelle. Le manquement à l'obligation de contracter le contrat d'arbitre est source de responsabilité, donc de réparation, car il est fautif et donnera lieu au prononcé de dommages et intérêts réparatoires pour inexécution contractuelle.

§2- Conséquence du maintien du consentement à l'arbitrage

1029. Si l'injonction *in personam* sous astreinte peut poser problème en revanche dès lors que la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage est établie et que les causes de déni de justice sont écartées, il est loisible à la juridiction étatique de décliner sa compétence et au tribunal arbitral de prononcer une sentence par défaut. En outre, rien n'empêche au surplus de condamner la partie récalcitrante à des dommages et intérêts pour inexécution de la convention d'arbitrage à condition de délimiter strictement le préjudice subi. Si la convention d'arbitrage impose la conclusion d'un contrat d'arbitre et en conséquence devient caduque en cas d'impossibilité de formation de ce dernier, tel n'est pas le cas si le contrat d'arbitre est

87 MAINGUY (D.), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter *RTD civ.* 2004 p. 1 ; MAZEAUD (D.), Exécution des contrats préparatoires, *in* L'exécution forcée du contrat en nature ou par équivalent, *RDC* 2005. 61.

88 LE GAC-PECH (S.), Rompre son contrat, *RTD civ.* 2005 p. 223.

89 C. Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *GMAO*, *D.* 1999. 197, note C. Jamin ; GAJC, 12^e éd. 2008. 266 ; *RTD civ.* 1999. 394, obs. J. Mestre ; C. Cass. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15.170, *Europe Expertise*, *D.* 2001.1568, note C. Jamin ; *D.* 2001.3239, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2001. 363, obs. J. Mestre et B. Fages.

90 LE BARS (B.), La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime, *D.* 2002 p. 381 n° 26.

formé à l'égard d'un litigant uniquement. En effet, le consentement à l'arbitrage est maintenu car la convention d'arbitrage n'est pas caduque et peut donner lieu à une sentence par défaut (A). Reste alors à déterminer comment sont mis en place entre les parties au contrat principal une telle procédure et le partage des frais qui en résulte (B).

A- Sentence prononcée *ex parte*

1030. Si le consentement au contrat d'arbitre n'est pas acquis dès la conclusion de la convention d'arbitrage, le consentement à la procédure d'arbitrage l'est en revanche (1). Dès lors, une sentence par défaut pourra être prononcée et sera exécutoire (2).

1)- Maintien du consentement à l'arbitrage et formation du contrat d'arbitre

1031. La convention d'arbitrage fait naître une obligation de faire et une obligation de ne pas faire et surtout elle délimite l'engagement des parties à se soumettre à une procédure d'arbitrage. Elle devient caduque si, et seulement si, son objet n'est plus possible comme en cas d'impécuniosité des parties. Mais, à l'inverse, si le contrat d'arbitre peut se former en respectant le droit au juge et les règles du procès équitable, l'engagement souscrit de se soumettre à la justice arbitrale reste intact. Dès lors, le consentement d'une partie à la conclusion du contrat d'arbitre ou du contrat d'organisation n'est pas nécessaire à assurer sa mise en œuvre si le refus de participation est dolosif.

1032. Certes, nul ne peut forcer une partie à contracter un contrat d'arbitre. Son inexécution donne lieu à des dommages et intérêts. Néanmoins, la convention d'arbitrage n'en devient pas caduque puisqu'un tribunal arbitral peut être valablement constitué, même en l'absence d'une partie au litige, par son colitigant. La sentence par défaut est licite si l'absence d'une des parties est due à sa faute. Le refus de contracter un contrat d'arbitre et le manquement à l'obligation de collaboration renforcée n'ont pas l'effet de l'acceptation donnée d'avoir recours à l'arbitrage lors de la signature de la convention d'arbitrage. Le consentement à l'arbitrage reste acquis, le consentement donné à la procédure d'arbitrage est définitif. Lorsque la clause est valable et applicable au litige, seul un *mutus dissensus* permettra de soumettre le litige à la juridiction étatique en application des règles de procédure française et de la convention de New York de 1958.

1033. Le droit français prévoit des remèdes pour assurer la bonne exécution de la procédure en cas de défaillance d'une des parties. L'engagement de se soumettre à la justice arbitrale est donc définitivement acquis. Lorsqu'une partie refuse de donner son consentement à la formation du contrat d'arbitre, son consentement ne peut être forcé. Néanmoins, le consentement d'une seule partie peut suffire à la constitution d'un tribunal arbitral. En cas de convention d'arbitrage effectivement applicable au litige, son effet juridictionnel perdure. La sentence rendue en l'absence d'une partie pourra être exécutée. Mais lorsque le refus d'arbitrage d'une partie se manifeste dès le début de la procédure par un refus de formation du contrat d'arbitre, comment constituer le tribunal arbitral ? En principe, le tribunal arbitral doit être constitué conformément au choix des parties soit directement selon les modalités convenues dans la convention d'arbitrage, soit en application d'un règlement d'arbitrage.

Lorsque la convention d'arbitrage renvoie à un règlement d'arbitrage, elle contractualise les dispositions de celui-ci. Cette contractualisation est connue en droit

international privé où certains renvois ont le même effet⁹¹. En outre, à défaut de prévision contractuelle, la loi applicable à la procédure a vocation à s'appliquer dans ses dispositions supplétives. En tout état de cause, cette loi devra recevoir application dans ses dispositions impératives et un règlement d'arbitrage ne saurait y déroger. Le nouvel article 1508 du Code de procédure civile prévoit ainsi que « *La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation* ».

1034. Concernant l'exigence d'imparité⁹² retenue en droit interne par application de l'ancien article 1453 du Code de procédure civile, elle n'est pas reprise en droit de l'arbitrage international. L'ancien article 1493 alinéa 1 du Code de procédure était le seul applicable à la constitution d'un tribunal arbitral en matière internationale. En application de cet article, une convention d'arbitrage ne prévoyant pas les modalités de désignation n'est pas inapplicable, et lorsqu'elle les prévoit, il est impossible d'y déroger. Là encore, il s'agit d'une règle matérielle ayant vocation à s'appliquer à toute procédure d'arbitrage dont la France a à connaître, peu importe le siège de l'arbitrage. Cette règle n'a pas été reconduite par le décret de 2011 qui introduit un nouvel article 1451 du Code de procédure civile en application duquel la convention d'arbitrage peut prévoir un nombre pair d'arbitres.

1035. Néanmoins, la principale limite dans la constitution du tribunal arbitral est le respect des principes fondamentaux, et notamment le principe d'égalité des parties. En application de la jurisprudence *Dutco*⁹³ de la Cour de cassation, le principe d'égalité des parties dans la désignation du tribunal arbitral appartient à l'ordre public international. Chaque partie devrait donc avoir le droit de désigner son arbitre⁹⁴. Néanmoins, les juges du fond français semblent considérer qu'en cas de carence d'une partie, l'arbitre désigné par l'une d'elle peut être l'unique arbitre du tribunal arbitral à titre de sanction de la défaillance⁹⁵.

1036. Avec le décret de 2011, les articles 1452 à 1458 sont applicables par renvoi du nouvel article 1506 du Code de procédure civile. Ainsi l'article 1452 nouveau du Code de procédure civile prévoit qu'en cas d'arbitre unique, et à défaut d'accord des parties, la désignation revient au centre d'arbitrage en premier lieu, « *personne chargée d'organiser l'arbitrage* », et, à défaut, au juge d'appui. Lorsque le tribunal est composé de trois arbitres, si l'une des parties ne désigne pas son arbitre, le centre d'arbitrage y supplée et, à défaut, c'est le juge d'appui. Nonobstant l'apparente permission légale de constitution d'un tribunal composé de deux arbitres, rien n'est légalement prévu dans cette hypothèse, tant en droit interne qu'en droit international, le juge d'appui ne saurait donc intervenir en ce cas. En application du nouvel article 1455 du Code de procédure civile, le juge d'appui désignera donc l'arbitre en lieu et place de la partie défaillante sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable. Ces dispositions sont toutes supplétives de volonté, la convention d'arbitrage comme les règlements d'arbitrage peuvent donc y déroger. Le juge d'appui n'a vocation à intervenir que dans les hypothèses où les modalités convenues sont insuffisantes ou impossibles à mettre en œuvre, son intervention est donc subsidiaire.

91 V. notamment les *InCoTerms* et la jurisprudence subséquente V. par ex. C.Cass. Com., 2 octobre 1990 n° 88-17.506 B.1990 IV n° 222 p. 153.

92 V. notamment : C. Cass. Civ. 2, 25 mars 1999, B II n° 58, *Rev. Arb.* 1999.807 note P. Level.

93 C. Cass. Civ. 1, 7 janv. 1992, Bull. civ. I, n° 2, p. 2, *Société Siemens et autres c. Société Dutco Construction*; *Rev. Arb.* 1992. 470 note P. Bellet ; *RTD com.* 1992 p. 796 Dubarry (J.-Cl.), Loquin (E.).

94 Pour une analyse inverse V. FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996 p. 485.

95 Pour une analyse de cette jurisprudence V. BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec 3 éd. 2005 p. 991.

1037. Néanmoins, l'article 6 de la CESDH s'impose là encore dans les règles de constitution du tribunal arbitral. Les normes du procès équitable doivent être scrupuleusement respectées, à défaut la sentence rendue ne saurait être reconnue et *a fortiori* exécutée.

1038. Dans le cas de désignation par le centre d'arbitrage ou, à défaut par le juge d'appui, d'un arbitre aux fins de constitution du tribunal arbitral à la demande d'une partie, il n'existe pas pour autant de lien contractuel entre la partie défaillante et l'arbitre chargé de la représenter. Dès lors, comment va s'opérer la répartition des frais d'arbitrage en ce cas ?

2)- Licéité de la procédure arbitrale par défaut ou *ex parte*

1039. La procédure par défaut est admise. En arbitrage elle peut intervenir à différents stades de la procédure. Lorsqu'elle intervient postérieurement à la conclusion du contrat d'arbitre, la problématique n'est pas la même puisque la partie, tenue au contrat d'arbitre, devra en assumer les frais peu importe son comportement postérieur. En outre, cette défaillance cause un préjudice à son colitigant, rendant la tâche du tribunal plus difficile, préjudice qui pourra faire l'objet d'une réparation pour manquement à son obligation de collaboration. Elle pourra en outre donner lieu à un accroissement des honoraires des arbitres puisque cette attitude peut être à l'origine d'une surcharge de travail.

1040. Mais comme le tribunal arbitral ne peut que trancher le litige qui oppose les parties et non rendre à proprement parler un jugement par défaut⁹⁶, il devra se comporter comme en présence des deux parties. En d'autres termes, il devra analyser les arguments, et devra, si la partie défaillante ne lui présente pas ses moyens de défense, les apprécier de par lui-même. « *La meilleure politique à suivre dans ce type de procédure est de considérer que la partie qui participe à l'instance doit prouver le bien-fondé de sa demande à la satisfaction du tribunal arbitral. Le tribunal n'est pas tenu de se faire l'avocat de la partie qui a préféré s'abstenir de participer à l'instance, mais doit analyser le bien fondé des fragments qui lui sont présentés tant en droit qu'en fait par la partie qui participe à l'instance, en vue de se convaincre de leur justesse. Il doit ensuite motiver sa décision* »⁹⁷. Dès lors, si la défaillance intervient au stade initial de la procédure, la problématique diffère puisque le contrat d'arbitre n'est pas formé. Même dans cette hypothèse, en application du principe du contradictoire, la partie récalcitrante doit pouvoir à tout stade de la procédure faire valoir ses droits et ses prétentions. A défaut, la sentence ne saurait être reconnue.

Le tribunal arbitral devra être d'autant plus diligent car si une partie refuse la procédure d'arbitrage il est presque acquis qu'elle s'opposera par la suite à l'exécution d'une sentence qui lui est défavorable⁹⁸. Selon la doctrine majoritaire⁹⁹, cette absence de participation à l'instance arbitrale n'implique nullement une acceptation par la partie défaillante des conclusions de la partie adverse. D'un autre côté, il paraît essentiel, pour que la sentence par défaut ait un effet incitatif, que cette attitude fautive d'une partie ne bloque pas ou ne ralentisse pas la procédure engagée.

96 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 286.

97 REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 286

98 V. en ce sens : REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 283 ; DIMOLITSA (A.), L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut, *Gaz. Pal.* 15-16 oct. 2008 n° 2008/3 Spéc. Arb. p. 9 : l'auteur note que l'arbitre doit s'efforcer de convaincre la partie défaillante de participer, notifier les actes et vérifier sa compétence. Cette dernière obligation est selon lui une obligation nécessaire puisque la partie défaillante s'opposera probablement à la sentence. L'arbitre doit juger comme si la partie était présente et analyser les arguments de la partie diligente avec le plus grand soin. Enfin, au regard des frais de l'arbitrage, selon lui la condamnation de la partie défaillante à l'intégralité des frais serait une sanction justifiée.

99 V. POUURET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002 n° 587

Le tribunal arbitral devra également veiller à respecter toutes les règles du procès contradictoire afin de ne pas encourir la sanction d'un recours en annulation ou d'un défaut *d'exequatur*. Dès lors, l'arbitre doit veiller à la notification de tous les actes de procédure à la partie défaillante¹⁰⁰.

1041. Une sentence prononcée sans l'une des parties, lorsqu'elle a pour origine l'attitude fautive d'une partie qui refuse de conclure un contrat d'arbitre ou de participer à la procédure, est tout à fait licite. Elle ne heurte en rien les normes du procès équitable. *In fine*, il s'agit probablement de la sanction la plus efficace et rationnelle. En effet, si une partie, alors qu'elle a signé une convention d'arbitrage, refuse d'honorer son engagement, elle prend le risque de voir juger son affaire par défaut, donc aux seules vues des conclusions de la partie adverse.

* *
*

1042. Lorsqu'une partie à la convention d'arbitrage refuse de donner son consentement à la formation du contrat d'arbitre, il en résulte deux conséquences. La première est que ce litigant n'est pas partie au contrat d'arbitre, la seconde est que nonobstant ce fait son consentement à la procédure d'arbitrage reste acquis. En effet, ce consentement est donné lors de la convention d'arbitrage et celle-ci ne voit pas sa validité remise en cause si sans excuse légitime, une partie refuse de souscrire au contrat d'arbitre. Le contrat d'arbitre peut être valablement formé à l'égard d'un seul des litigants et une sentence *ex parte* peut être rendue. Cette sentence « par défaut » sera opposable à la partie défaillante qui s'expose donc à une condamnation sans participer à l'instance.

B-Détermination des liens contractuels et de l'obligation au paiement des parties

1043. La mise en œuvre d'une procédure *ex parte* entraîne nécessairement des frais supplémentaires pour la partie diligente. S'il n'existe pas de lien contractuel entre la partie défaillante et les arbitres et centres d'arbitrage, en revanche la convention d'arbitrage et la sentence sont des titres permettant à la partie diligente de se retourner contre son colitigant à l'issue de la procédure d'arbitrage (1). Il convient de déterminer dans quelle mesure la partie diligente peut également contraindre son colitigant à participer aux frais de l'arbitrage au cours de l'instance (2).

1)- Obligation au paiement postérieure à la sentence

1044. Lorsqu'une seule partie demande et obtient la constitution du tribunal arbitral, elle souscrit un contrat d'arbitre avec un ou plusieurs arbitres d'une part, et un contrat d'organisation de la procédure avec le centre d'arbitrage en cas d'arbitrage institutionnel. Elle est donc la seule engagée par ces contrats et donc la seule à être tenue à l'obligation au paiement de la provision et des honoraires à l'égard du centre et des arbitres. Admettre la solution inverse serait transformer ces deux contrats en contrats forcés.

1045. Néanmoins, la non-participation d'une partie à une procédure d'arbitrage n'influence pas la répartition de la charge des frais et honoraires. Or, les frais d'arbitrage se décomposent, ils comprennent les honoraires et les frais accessoires à la mission des arbitres qui doivent leur

100 V. Civ 1, 5 mars 2008, *République du Congo c. Société Qwinzi Capital Group Ltd et autres*, Rev. Arb. 2008.339

être remboursés d'une part, et d'autre part, les frais dus à la gestion administrative de l'arbitrage et au bon déroulement de l'instance (frais du centre, de la location d'une salle, interprète, greffier etc...). En outre, les parties devront payer les honoraires et frais de leurs conseils et tous les frais relatifs aux expertises ou témoignages. « *Quiconque a participé à une procédure d'arbitrage international n'ignore pas que ces frais peuvent être substantiels* »¹⁰¹. La défaillance d'une partie à la procédure n'exclut pas cette répartition des frais mais cette compétence dans la répartition des frais de l'arbitrage dépend étroitement de la loi applicable à la procédure¹⁰².

1046. Dès lors, en application de la loi française, il convient de déterminer comment ces frais peuvent être répartis lorsqu'une seule partie est liée par le contrat d'arbitre, et d'analyser l'effet de la contractualisation d'un règlement d'arbitrage sur la charge de la dette, nonobstant la participation de la partie défaillante et son consentement à la formation du contrat d'arbitre. L'absence de participation à la procédure arbitrale de cette partie implique aussi une absence de frais déboursés pour cette procédure.

1047. En l'absence de renvoi à un règlement d'arbitrage, le partage des frais de la procédure est de la compétence des juridictions étatiques, sauf si la convention d'arbitrage a octroyé à l'arbitre un tel pouvoir. Certes la partie défaillante n'a pas conclu un contrat d'arbitre, néanmoins elle s'est engagée à avoir recours à la procédure d'arbitrage. La convention d'arbitrage peut prévoir également une clause de remboursement forfaitaire de frais de recouvrement judiciaire qui sera alors applicable¹⁰³.

1048. Lorsque le règlement d'arbitrage prévoit une modalité de répartition des frais de la procédure d'arbitrage, les dispositions du règlement, contractualisées par le renvoi qui en est fait par la convention d'arbitrage devraient être appliquées conformément à la loi du contrat. Ainsi, l'article 40 du règlement CNUDCI prévoit que la partie perdante supporte les frais d'arbitrage mais que les frais des parties pourront être répartis par le tribunal arbitral à sa discrétion. Si le règlement CCI (article 20) traite ces deux types de frais de manière similaire, la pratique des arbitrages CCI montre que les arbitres suivent la même logique que le règlement CNUDCI¹⁰⁴.

1049. Une fois la sentence rendue, cette répartition opérée sera un titre qui pourra être exécuté après *exequatur*. La partie défaillante pourra donc être poursuivie en paiement par celle ayant participé à la procédure en application de la convention d'arbitrage. À l'inverse, s'il s'avère que la procédure d'arbitrage n'avait pas lieu d'être, la partie défaillante ne saurait être tenue à un quelconque paiement. Les frais et honoraires d'arbitrage seront supportés par la partie ayant demandé à tort l'exécution d'un contrat nul ou non applicable.

2)- Recours lors de la mise en place et de l'exécution de la procédure d'arbitrage

1050. La solution précédente permet un remboursement des frais octroyés mais non un paiement anticipé de la charge de la dette des frais et honoraires de l'arbitrage.

101 REDFERN (A.), HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 330.

102 REDFERN (A.), HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 334.

103 V. pour une étude des clauses de remboursement forfaire : LOQUIN (E.), *Clauses dissuasives des litiges, Jurisclasseur Contrats-Distribution*, Facs. 135.

104 V. à ce sujet : REDFERN (A.), HUNTER (M.), *Law and pratique of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994 p. 331 et s.

1051. En l'absence de disposition spécifique, cette solution peut donc placer la partie souhaitant saisir la juridiction arbitrale dans une situation d'impossibilité de saisine des juridictions arbitrales, faute de moyens financiers. En ce cas, il s'agit d'un déni de justice économique, la juridiction étatique devra donc nécessairement intervenir et si la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage sont établies, elle se retrouvera devant le même choix : soit la déclarer caduque, soit trouver un mécanisme contractuel permettant sa mise en œuvre. Or, cette attitude injustifiée de « *boycott* » constitue un manquement à l'obligation de bonne foi dans l'exécution de la convention d'arbitrage. En conséquence, elle ouvre droit à l'octroi de dommages et intérêts.

1052. En outre, la répartition entre les parties des frais et honoraires n'étant pas affectée par l'absence de conclusion du contrat d'arbitre par l'une des parties, elle pourra donner lieu à une répartition soit par le centre d'arbitrage soit par les juridictions étatiques avant toute sentence au fond. Cette répartition sera effectuée conformément aux termes d'un règlement d'arbitrage si ces dispositions ont été contractualisées ou selon les modalités convenues entre les parties. Si aucune disposition contractuelle n'est applicable, la répartition sera donc proportionnelle ou, en cas d'impécuniosité de la partie diligente, équitable.

1053. Dès lors, la partie défaillante pourra être condamnée au paiement d'une partie des frais et honoraires de la procédure arbitrale. Son obligation au paiement envers la partie diligente n'est pas affectée par l'absence de lien contractuel avec les arbitres et le centre d'arbitrage. Une injonction de payer pourra être prononcée concernant la provision¹⁰⁵.

* *
*

1054. La convention d'arbitrage est une promesse de contracter un contrat d'arbitre mais elle traduit également le consentement définitif de se soumettre à la justice arbitrale. Or, lorsque la convention d'arbitrage est valable et applicable, ce consentement reste et permet le déroulement d'une procédure *ex parte* et le prononcé d'une sentence. L'absence de lien contractuel entre le litigant récalcitrant et les arbitres et centres d'arbitrage n'exclut pas le recours de la partie diligente contre ce dernier puisque la charge des honoraires s'inscrit dans la cadre de la relation *inter partes* et de l'application de la convention d'arbitrage. Dès lors, cette partie se voit offrir des voies de recours afin de lui permettre de financer la procédure d'arbitrage.

Conclusion de la section 2

1055. Lorsque l'impécuniosité n'a pas été constatée et que la convention d'arbitrage a été jugée valable, la question de la sanction pouvant être prononcée par les juridictions étatiques reste en suspens. En effet, tout semble plaider pour une sanction par équivalent et non en nature de cette obligation de faire. Le forçage du consentement reste illégal, y compris lorsque

105 CA Paris (1 Ch.), 14 juin 2006, n° 06/03451 *SA Kunick France c. Didier X et Marque...*: Lors d'un recours entre les parties en paiement du solde des honoraires une question de compétence se pose. Le contrat prévoyait une convention d'arbitrage donnant compétence au tribunal arbitral pour fixer le coût de l'arbitrage et répartir les frais entre les parties. La sentence fixe le montant des frais et les met à la charge égale des parties au litige. La CA décide que « *Considérant qu'il résulte de ces constatations que les arbitres, bien qu'ils aient signé le compromis d'arbitrage et la sentence arbitrale, ne sont pas parties à l'instance arbitrale, de sorte que, le compromis et la sentence ne leur étant pas opposables, la localisation à PARIS de la procédure d'arbitrage est sans incidence sur la détermination de la juridiction compétente pour trancher le litige les opposant à l'une des parties, relatif au recouvrement de leurs honoraires* » ; *Le contentieux du recouvrement n'entre pas dans la sphère arbitrale* ».

la convention d'arbitrage est jugée valable et licite. Ce manquement donne en revanche droit à l'octroi de dommage et intérêts. En outre, l'objet de la convention d'arbitrage reste possible puisque le contrat d'arbitre peut être constitué et une sentence par défaut prononcée *ex parte*. Cette sentence s'imposera à la partie récalcitrante puisque son consentement à l'arbitrage est maintenu.

Au regard du partage des frais de la procédure, l'absence de participation d'une partie n'a pas d'incidence sur la charge et la répartition des frais et honoraires qui concernent la relation *inter partes*. Dès lors, à l'issue de la procédure, la partie diligente aura des recours en remboursement des frais et honoraires contre la partie défaillante. Il en est de même au cours de la procédure concernant le paiement de la provision.

Conclusion du chapitre 2

1056. La convention d'arbitrage est d'une part, un contrat définitif par lequel les parties donnent définitivement leur consentement à l'arbitrage et d'autre part, une promesse de contracter en ce qu'elle suppose, pour être exécutée, la conclusion d'un contrat d'arbitre, obligation de faire, et une renonciation à saisir les juridictions étatiques du litige au fond, obligation de ne pas faire. Lorsqu'un litigant saisit les juges étatiques, il commet donc un manquement à une obligation de ne pas faire. En France, cette obligation s'impose également au regard de la contestation de la validité de la convention elle-même. Une partie commettrait une faute en contestant la compétence arbitrage. Néanmoins, faute de préjudice sa responsabilité ne saurait être engagée en l'absence de convention d'arbitrage valable et applicable.

En revanche, cette partie pourrait être condamnée sur le fondement de l'abus d'action en justice. Bien que théoriquement admissible, cette solution ne devrait être retenue qu'en cas d'abus donc en cas de validité évidente de la convention d'arbitrage.

La responsabilité contractuelle de cette partie pourra être valablement retenue en cas de convention d'arbitrage valable en application de la *lex contractus*. En France, le principe de validité présuppose l'existence de la convention d'arbitrage et facilite la mise en œuvre de cette responsabilité. Celle-ci sera automatique puisqu'en matière d'obligation de ne pas faire la loi française considère que la faute résulte du manquement et que la preuve d'un préjudice n'a pas à être rapportée. Néanmoins, ce préjudice devra être quantifié afin de déterminer les dommages et intérêts dus.

Le manquement à une obligation de ne pas faire n'autorise pas l'État à prononcer des *anti-suit injunctions* ni des injonctions *in personam* sous astreinte car la validité d'une convention d'arbitrage n'a pas d'incidence sur l'illicéité de telles mesures. Dans tous les cas, elles interfèrent avec la compétence internationale d'un État et sont, à ce titre, contraires au droit international public. En revanche, la sanction équivalente consiste en une décision d'incompétence interne. En d'autres termes, par cette décision la juridiction saisie ne rejette pas sa compétence internationale mais considère que le tribunal saisi n'est pas conforme aux règles de procédure interne applicables. Dès lors, dans le cadre du règlement Bruxelles I, les règles de litispendance interdisent aux juridictions des États membres de se saisir du litige. La partie se voit *de facto* contrainte de se soumettre à l'arbitre. En dehors du champ d'application du règlement Bruxelles I, un *forum shopping* existe et une juridiction étrangère peut accepter sa saisine. Cette situation pathologique est fréquente lorsque le litige présente un caractère international. Néanmoins, la décision rendue, en ce qu'elle contredit celle d'une juridiction d'un État membre, ne saurait être reconnue dans l'ordre européen. L'arbitrage est ainsi préservé.

1057. Au regard du manquement à l'obligation de faire, c'est-à-dire celle de conclure un contrat d'arbitre, la sanction ne peut être le forçage du consentement. En matière de promesse de contracter, la jurisprudence est fixe, la liberté contractuelle s'oppose à une telle sanction. En effet, le consentement à l'arbitrage se distingue du consentement au contrat d'arbitre. Ainsi, le consentement au contrat d'arbitre doit être réitéré par chaque litigant pour créer le lien contractuel entre celui-ci et l'arbitre et éventuellement le centre d'arbitrage. En conséquence, la seule sanction admissible est celle par équivalent.

Il s'agit d'un manquement à une obligation de moyen, la faute doit donc être prouvée et donnera lieu à des dommages et intérêts. Néanmoins, un contrat d'arbitre peut se former en l'absence de participation d'une partie et donner lieu à une procédure puis au prononcé d'une sentence *ex parte*. La validité de la convention d'arbitrage n'est donc pas affectée par ce

manquement à l'obligation de faire et, en conséquence, le consentement à se soumettre en cas de litige à la justice arbitrale reste acquis.

Néanmoins, en l'absence de consentement au contrat d'arbitrage et au contrat d'organisation de l'arbitrage par la partie défaillante, le lien contractuel existe uniquement au regard de la partie diligente qui est alors seule tenue à l'obligation au paiement envers les arbitres et centres d'arbitrage. Cependant, la répartition et la charge des honoraires s'inscrit dans la relation *inter* litigants, qui est établie par la convention d'arbitrage. Dès lors, la partie défaillante reste tenue d'une obligation de paiement envers la partie diligente, soit conformément à un règlement d'arbitrage contractualisé, soit conformément au droit commun des contrats en l'absence de disposition contractuelle. Dès lors, la partie diligente bénéficie d'une action en paiement, soit postérieurement à la procédure arbitrale, soit concomitamment afin d'assurer le financement de celle-ci.

Conclusion du titre 2

1058. L'arbitrage s'inscrit dans un ensemble contractuel complexe. La convention d'arbitrage est un contrat complexe qui traduit d'une part, l'engagement définitif à se soumettre à la justice arbitrale en cas de litige entre les parties au regard d'un contrat, et d'autre part, une promesse de contracter un contrat d'arbitre, obligation de faire. En outre, elle fait naître une obligation de ne pas saisir les juridictions étatiques au fond du litige. Pour déterminer les règles applicables à cette convention, il convient de se référer aux méthodes de droit international privé, donc à la loi d'autonomie en matière de contrat.

Néanmoins, le droit français en matière d'arbitrage applique une méthodologie spécifique qui consiste en des règles matérielles impératives. Ce sont des règles matérielles puisqu'elles diffèrent des règles internes du droit des contrats en matière d'arbitrage international. Parmi ces règles, on retrouve le principe de validité qui présume la convention d'arbitrage valable sous réserve des dispositions d'ordre public français. Ces règles sont impératives puisqu'elles ont vocation à être appliquées sans détour à la méthode internationaliste dès lors que les juridictions françaises ont vocation à connaître de la question, soit lors de la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage, soit lors de la reconnaissance d'une sentence. Cette méthodologie manque de cohérence puisque la Cour de cassation admet que ces règles matérielles impératives fondées sur la présumée volonté commune des parties ne sauraient aller à l'encontre d'une volonté expresse de voir s'appliquer une loi étrangère à la convention d'arbitrage. Ces règles ne seraient donc impératives qu'à défaut de volonté commune des litigants.

Néanmoins, en application de la *lex contractus* ou des règles matérielles françaises, il apparaît nécessaire de déterminer le régime de la convention d'arbitrage. Or, la Cour de cassation après avoir déclaré inapplicables les règles de droit commun des contrats, se doit de répondre au cas par cas aux questions juridiques posées. En effet, la règle matérielle impérative française déclarant la convention d'arbitrage valable et détachée de toute loi étatique est insuffisante à la construction de son régime juridique. Or, concernant les effets de la convention d'arbitrage, le régime reste flou. À défaut de règles matérielles de la Cour, il est donc possible de baser la réflexion sur le droit commun des contrats.

Il ressort qu'il existe une obligation de collaboration renforcée entre les parties dans l'exécution de la convention d'arbitrage, qui implique un devoir de cohérence et une exigence de bonne foi dans son exécution. Cette obligation de collaboration implique de tout mettre en œuvre pour permettre la conclusion du contrat d'arbitre puisqu'il existe un lien d'indivisibilité entre la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre. Or, le déni de justice économique peut provenir non du montant des frais et honoraires mais de leur répartition. Dès lors, si les parties ont ensemble une obligation au paiement conjointe ou solidaire envers les arbitres et centres d'arbitrage, la répartition entre elles de ce paiement dépend de la convention d'arbitrage. Une partie peut prendre à sa charge une part plus importante des frais et honoraires. Si elle s'y refuse, elle manque à son obligation de collaboration qui la lie avec la partie impécunieuse. En outre, elle doit faire preuve de cohérence semi-processuelle et donc ne saurait, d'une part manquer à son obligation de collaboration dans la formation du contrat d'arbitre et, d'autre part demander devant les juridictions étatiques la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage. Si elle ne supplée pas à la défaillance de la partie impécunieuse, elle doit s'abstenir de demander l'exécution de la convention, à défaut elle commettrait un abus de droit.

1059. Lorsque la partie forte manque à son obligation de collaboration, la partie impécunieuse peut demander que cette répartition soit judiciairement effectuée. En effet, le partage des frais d'arbitrage peut-être équitable et non égalitaire par assimilation au régime

des frais de justice. Le principal problème dans la mise en œuvre de cette solution provient de l'existence de modalités de répartition *inter partes* établies expressément, soit par les litigants, soit par contractualisation d'un règlement d'arbitrage. En effet, le juge est en France dépourvu de tout pouvoir de réfaction du contrat et de telles clauses ne sont pas assimilées par la Cour de cassation à des clauses pénales qui permettraient une modulation judiciaire. Néanmoins, même en présence de modalités de répartition contractuellement établies, l'obligation de collaboration renforcée impose une obligation de cohérence semi-processuelle et d'abstention.

Dès lors, une partie forte qui demanderait l'exécution d'une convention d'arbitrage qu'elle sait inapplicable du fait de l'impécuniosité de son colitigant commettrait un manquement à son obligation de collaboration, manquement contractuel ouvrant droit à l'octroi de dommages et intérêts au bénéfice de la partie impécunieuse. Or, ces dommages et intérêts peuvent compenser l'impécuniosité de la partie faible et constituer une cause de retour à meilleure fortune permettant ainsi la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage conformément à la volonté des parties.

1060. Il se peut qu'une partie invoque faussement son impécuniosité pour déjouer les règles matérielles françaises et forcer les juridictions étatiques à se saisir du litige. En effet, en ce cas, le droit au juge impose aux juridictions d'analyser la possibilité d'accès effectif. Dès lors, en l'absence de convention d'arbitrage, ce moyen pourrait apparaître comme une solution ultime. Néanmoins, en ce cas, la responsabilité contractuelle de la partie ne saurait être engagée faute de contrat ni sa responsabilité délictuelle faute de préjudice.

Reste que l'abus d'action en justice pourrait être retenu et donner lieu à des dommages et intérêts. Cette solution ne semble cependant pas opportune. En présence d'une convention d'arbitrage, si une partie saisit les juridictions étatiques elle commet un manquement à son obligation de ne pas faire, et si elle refuse de conclure le contrat d'arbitre, elle manque à sa promesse de contracter un contrat d'arbitre, obligation de faire. Lorsqu'elle manque à son obligation de ne pas faire, sa responsabilité contractuelle sera engagée, et en application du droit français la sanction sera presque automatique puisque la convention d'arbitrage est présumée valable et l'obligation de ne pas faire étant une obligation de résultat. La partie qui invoque son manquement est dispensée d'apporter la preuve d'une faute et d'un préjudice.

Néanmoins, cette inexécution contractuelle ne donnera lieu qu'à l'octroi de dommages et intérêts puisque les injonctions *in personam* sont illicites en application du droit international public qu'il y ait ou non convention d'arbitrage. Par ailleurs, le prononcé d'une telle sanction n'est pas nécessaire puisque la décision de la juridiction compétente internationalement de conserver sa compétence internationale déclarant la compétence interne infondée, est efficace. En effet, déclarant la convention d'arbitrage valable et ne déniait pas sa compétence internationale, cette décision d'incompétence bloque la saisine de toute juridiction d'un État soumis au règlement Bruxelles I et, en dehors de celui-ci, bloquerait la reconnaissance d'une décision d'un for étranger qui la contredirait.

Au regard de l'obligation de faire, à savoir contracter un contrat d'arbitre, une partie ne peut voir son consentement forcé. Dès lors, sa responsabilité contractuelle au titre d'un manquement à une obligation de faire ouvre droit uniquement à des dommages et intérêts. Néanmoins, la défaillance d'une partie à la procédure d'arbitrage n'a pas d'incidence sur son consentement à la justice arbitrale en elle-même. La convention d'arbitrage peut s'exécuter à l'initiative d'une seule partie et donner lieu à une procédure et une sentence *ex parte*. Son objet restant possible, la convention d'arbitrage perdure et la partie défaillante devra se soumettre à la sentence prise.

Un problème naît cependant au regard des frais et honoraires de la procédure d'arbitrage puisqu'il n'existe aucun lien entre cette partie défaillante et les arbitres et centres d'arbitrage. Néanmoins, la répartition des frais d'arbitrage s'inscrit dans la relation *inter*

partes, qui est régie par la convention d'arbitrage. La partie diligente conserve donc tous ses recours en paiement contre la partie défailante, en application de la convention d'arbitrage.

Conclusion de la Partie 2

1061. L'impécuniosité d'une partie ne permet pas la formation du contrat d'arbitre conformément aux normes du procès équitable. Elle se traduit par une impossibilité de formation du contrat d'arbitre, donc une absence d'investiture du tribunal arbitral à juger du litige opposant les litigants. Or, la question des honoraires, de leur montant ou de leur répartition est en principe de la compétence étatique puisque l'arbitre ne peut valablement être déclaré juge du contrat qui le lie aux litigants. Certes, la volonté des parties peut lui octroyer la compétence de répartir entre elles la charge des honoraires mais lorsque le paiement des honoraires provoque une situation de blocage, cette répartition relève intégralement de la compétence des juridictions étatiques. Or, la juridiction étatique devra, en application de ses règles de procédure internes, renvoyer les parties à l'arbitrage sauf si elle constate que la convention d'arbitrage est nulle ou inapplicable.

Si l'inapplicabilité est comprise en jurisprudence comme recouvrant le concept d'inexistence, elle peut être interprétée comme une inapplicabilité de fait c'est-à-dire comme une impossibilité de mettre en œuvre une procédure d'arbitrage. Or, cette impossibilité recouvre celle d'impécuniosité en cas de déni de justice économique, puisque la constitution d'un tribunal arbitral ne saurait respecter les normes du procès équitable et ne satisfait donc pas le droit d'accéder au juge.

L'impécuniosité sera constatée par le juge d'appui en cas de disproportion entre les frais découlant de la procédure d'arbitrage et les revenus disponibles de la partie faible. Elle ne correspond pas à l'hypothèse d'un abus dans la fixation du prix ou au concept objectif d'insolvabilité. La situation d'impécuniosité est une notion devant être appréciée concrètement au cas par cas par la juridiction saisie, qui doit déterminer ce qu'on est en droit d'attendre financièrement d'une partie afin d'assurer son droit au juge. Si le juge étatique constate l'impécuniosité, et en l'absence de solution alternative, il doit renvoyer les parties devant les juridictions étatiques, la convention d'arbitrage étant inapplicable.

1062. Cette solution s'explique parfaitement par l'analyse des liens contractuels unissant la convention d'arbitrage au contrat d'arbitre. Le contrat d'arbitre est un cocontrat au sein duquel les litigants forment une partie commune. Ce contrat est un contrat de prestation de services par lequel les arbitres s'engagent à juger au fond un litige et donc à rendre une sentence mettant fin au litige opposant les litigants. Par nature gratuit, le contrat d'arbitre peut être onéreux sans pour autant perdre sa qualification. En pratique, d'ailleurs, ce contrat est conclu à titre onéreux. En tant que contrat il est soumis à une loi étatique qui, en principe, devrait être la même que celle régissant la convention d'arbitrage au vu des liens unissant ces contrats.

La convention d'arbitrage est un contrat traduisant la volonté commune des parties d'avoir recours à l'arbitrage. En application du droit français, elle est soumise à un régime spécifique puisqu'elle est considérée comme autonome par rapport au contrat principal qui la contient, et détachée de toute loi étatique. Néanmoins, ces règles sont des règles matérielles françaises. Dès lors, en application du droit français, la convention d'arbitrage suit un régime simple, elle est valable. Néanmoins, sa validité peut être affectée par les liens qu'elle entretient avec le contrat d'arbitre. En effet, convention d'arbitrage et contrat d'arbitre constituent un ensemble contractuel indivisible puisqu'en l'absence de convention d'arbitrage, le contrat d'arbitre devient caduc, faute d'objet, et à l'inverse, la convention d'arbitrage doit être déclarée caduque si la formation du contrat d'arbitre est impossible.

Cet ensemble a pour cause commune d'organiser l'accès à la justice arbitrale et aucune de ces deux conventions ne peut atteindre ce but sans le secours de l'autre. En conséquence, si l'impécuniosité d'une partie ne permet pas la formation du contrat d'arbitre, la convention

d'arbitrage est caduque, le recours aux juridictions étatiques pour juger du fond du litige s'impose. Néanmoins, ce recours à la caducité semble disproportionné dans l'hypothèse où la volonté commune d'avoir recours à la procédure arbitrale est établie. Il est possible de se fonder sur l'aspect contractuel de l'arbitrage afin de trouver une solution permettant d'assurer la formation du contrat d'arbitre en cas d'impécuniosité d'une partie.

1063. En effet, le lien entre la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre peut fonder une solution basée sur le contrat et responsabilisant le recours à la justice étatique. Pour ce faire, il convient de déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage afin d'en déterminer le régime juridique. Le droit français reste attaché à la méthodologie des règles matérielles impératives.

Ainsi, déclarée détachée de toute loi, la convention d'arbitrage n'a pas de régime juridique établi et la Cour de cassation se doit d'y suppléer au fur et à mesure des questions posées. Or, si la formation de la convention d'arbitrage a été largement étudiée par la Cour de cassation, notamment au travers des principes de validité, de séparabilité, et de transmission, nulle trace de règles concernant son régime juridique ou, plus spécifiquement, les obligations qu'elle comporte. Certes, deux types d'obligations ont été révélés, l'obligation de conclure un contrat d'arbitre et l'obligation de ne pas saisir une juridiction étatique au fond. Ces règles sont cependant insuffisantes et il est possible de réfléchir à un régime plus complet en fondant la réflexion sur le droit commun des contrats. Dans cette perspective, la convention d'arbitrage, unie par un lien d'indivisibilité avec le contrat d'arbitre, implique une obligation de collaboration renforcée entre les litigants dans son exécution et donc impose de tout mettre en œuvre afin de permettre la formation du contrat d'arbitre.

Or, si le déni de justice naît, non du montant des frais et honoraires, mais de leur répartition entre les parties, l'obligation de collaboration renforcée impose à la partie économiquement forte de prendre à sa charge une part plus importante de ceux-ci afin d'assurer la bonne exécution de la convention d'arbitrage. En outre, cette obligation lui impose une obligation de cohérence semi-processuelle, c'est-à-dire qu'une partie ne peut demander l'exécution de la convention d'arbitrage si son impossibilité d'exécution a pour cause un manquement à son obligation de collaboration. De même, ce comportement serait constitutif d'un abus de droit car le droit de demander l'exécution d'un contrat ne peut aboutir à détourner celui-ci de son utilité sociale. Dès lors, la convention d'arbitrage qui a pour objet d'organiser l'accès à la justice ne saurait devenir un contrat permettant d'en bloquer tout accès. En conséquence, lorsqu'une partie forte manque à son obligation de collaboration, la répartition des frais et honoraires d'arbitrage peut être judiciaire.

Cette possibilité de répartition équitable et non égalitaire est admise devant les juridictions judiciaires et rien ne s'oppose à une assimilation des frais d'arbitrage en frais de justice. Néanmoins, le pouvoir régulateur du juge a pour limite son absence de pouvoir de réfaction du contrat. Or, les litigants peuvent avoir organisé, soit au sein de la convention d'arbitrage soit par contractualisation, des dispositions d'un règlement d'arbitrage le partage des frais et honoraires entre eux. En conséquence, y compris en cas d'impécuniosité d'une partie, le juge ne peut modifier cette répartition. Néanmoins, une partie forte qui demande l'exécution d'une convention d'arbitrage qu'elle sait inapplicable manque à son devoir de collaboration, de cohérence semi-processuelle et d'abstention. Dès lors, sa responsabilité contractuelle peut être engagée et donne lieu à l'octroi de dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts permettent de compenser l'impécuniosité de la partie faible et donc d'assurer la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage.

1064. La principale crainte des juristes français est de voir l'arbitrage malmené par l'application de la loi du contrat, mais ce sont ces normes qui permettent d'assurer un

équilibre dans le recours à la justice arbitrale, permettant ainsi d'assurer l'accès effectif et général au juge et la force obligatoire de la convention d'arbitrage. Ainsi, lorsqu'une partie invoque à tort son impécuniosité, elle commet une faute contractuelle si la convention d'arbitrage vient à être déclarée valable et applicable. En conséquence, lorsqu'elle saisit les juridictions étatiques, elle manque à son obligation de ne pas faire et engage sa responsabilité envers la partie diligente. Ce manquement sera sanctionné par l'octroi de dommages et intérêts et non par le prononcé d'une injonction *in personam*, qui est illicite. Néanmoins, la sanction sera accompagnée d'une décision d'incompétence interne de la juridiction saisie. Elle ne se dessaisit pas de sa compétence internationale, qui reste acquise, mais renvoie les parties à mieux se pourvoir conformément à ses règles de procédure internes relatives à l'arbitrage international.

Dès lors, en cas d'application du règlement Bruxelles I, les juridictions des autres États membres ne sauraient juger du litige au fond, les règles de litispendance étant alors applicables. Lorsqu'une juridiction extra européenne juge au fond du litige, cette décision ne saurait être reconnue comme contraire à la décision d'une juridiction d'un État membre. En outre, bien que la promesse de contracter ne puisse donner lieu à un forçage du consentement au contrat d'arbitre, l'objet de la clause compromissoire restant possible à l'initiative d'une seule partie, une procédure par défaut peut valablement avoir lieu. La sentence rendue sera opposable au litigant défaillant puisque son consentement à la justice arbitrale reste acquis. Quant aux frais résultant de la procédure d'arbitrage, s'il n'existe aucun lien contractuel entre le litigant défaillant et les arbitres et centres d'arbitrage, faute de consentement de ce litigant, il reste lié à la partie diligente selon les termes convenus par la convention d'arbitrage. Dès lors, la partie diligente bénéficie d'un recours en paiement, soit postérieurement, soit au cours de la procédure d'arbitrage, afin d'assurer le financement de la procédure d'arbitrage.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1065. Le droit d'action s'entend du droit au jugement. Nécessaire à la garantie de l'état de droit et de l'état démocratique, le droit d'action ne saurait être restreint à une décision statuant uniquement sur la compétence car l'effectivité du droit au juge postule le droit au jugement effectif. De ce caractère fondamental du droit au juge découle la prohibition nécessaire du déni de justice, et donc une obligation positive à la charge de l'État d'assurer l'accès à la justice arbitrale ou, à défaut, étatique.

Dès lors, quand bien même les parties auraient conclu une convention d'arbitrage, elles ne renoncent pas à la protection juridictionnelle de l'État, qui reste garant de l'accès à la justice. Il doit s'assurer de l'accès effectif et donc condamne le déni de justice de droit ou de fait. L'une des hypothèses de déni de justice de fait est constituée par une impossibilité matérielle d'avoir recours au juge, qui peut être financière. Impossibilité qui se conjugue, dans le cadre d'un arbitrage, à un double refus de compétence : l'État refusant sa compétence du fait de l'existence d'une convention d'arbitrage, et l'arbitrage refusant sa saisine à défaut de provision.

En effet, dans le cadre de cette étude, la partie faible s'entend du litigant en situation d'impécuniosité, c'est-à-dire, lorsqu'un litigant ne peut assumer les frais d'accès au juge. Il s'agit donc d'une disproportion entre ses ressources et les frais demandés. L'appréciation de cette disproportion nécessite une analyse concrète. Le juge doit déterminer ce qu'il est possible de demander comme sacrifice à un justiciable pour satisfaire à son droit d'accès au juge. Seule l'analyse concrète de chaque situation permet, de déterminer à partir de quand l'impécuniosité devient source de déni de justice économique.

Bien qu'admis au regard de l'accès à la juridiction étatique, le déni de justice économique semble ignoré en matière d'arbitrage international. Seule une protection catégorielle semble voir le jour, protection assurément inefficace à garantir le droit d'action. Cette position semble justifiée par une absence de solution ne remettant pas en cause l'efficacité de la justice arbitrale. Reste que le déni de justice étant prohibé, y compris en matière d'arbitrage, l'État doit remédier à cette situation.

1066. Lorsque l'État français est compétent et donc responsable de l'accès au juge arbitral, il applique le principe de compétence-compétence de manière mécanique. Or, si l'aspect positif est opportun, la conception radicale donnée à l'effet négatif porte à discussion. En effet, renvoyant les parties sans examen préalable et nécessaire devant l'arbitre, le principe de compétence-compétence dans son aspect négatif contrevient au droit d'accès effectif à la justice, et, par là même, devient illégal. Or, si l'arbitrage doit être protégé, c'est dans la mesure de son effectivité.

Dès lors, les intérêts du commerce international ne sont pas atteints par une vision plus mesurée du principe permettant de contrôler toute contestation sérieuse portée à la connaissance du juge français dont fait assurément partie celle du droit d'accès au juge. Néanmoins, un État français n'a pas à garantir l'accès à la justice de toute partie impécunieuse au monde et il convient dès lors de déterminer quel État sera responsable de la situation de déni de justice et compétent à juger du litige au fond.

Cette interrogation ne pourra être levée qu'à condition de déterminer quelle est l'incidence d'une convention d'arbitrage sur la compétence internationale d'un État. Or, l'arbitrage est une question de compétence interne, dont les règles sont largement unifiées par la convention de New York de 1958. En conséquence, la convention d'arbitrage n'influe en rien sur la compétence internationale d'un État, qui reste donc libre de déterminer dans quelle mesure il accepte l'intervention de cette justice privée. Dès lors, il est nécessaire de « relocaliser » l'arbitrage et l'État internationalement responsable du déni de justice sera

l'État internationalement compétent à juger du litige au fond. Néanmoins, cette solution est altérée par l'existence d'une compétence internationale concurrente, celle du juge d'appui. Dès lors, ces chefs de compétence étant dissociés, ils peuvent aboutir à des décisions contradictoires qu'il convient de concilier. Cette dissociation aboutit à une compétence concurrente entre le for compétent pour la procédure arbitrale et celui compétent au fond. Si la coordination des décisions reste possible, cette dissociation pourrait être rationnellement résolue en admettant que le choix du siège de l'arbitrage équivaldrait à un choix plus large de juridictions, ce qui permettrait d'éviter la création d'un déni de justice secondaire et d'unifier les chefs de compétence. En conséquence, l'État français serait compétent, de par la volonté des parties, lorsque le siège de l'arbitrage se situe en France, et à défaut, en application des règles de compétence internationale françaises ou de celles découlant de l'application du règlement Bruxelles I.

1067. Dès lors, lorsque les juridictions françaises sont saisies du problème de constitution du tribunal arbitral et de l'impécuniosité d'une partie, il convient d'analyser les conséquences processuelles et contractuelles sur la convention d'arbitrage.

Au regard du problème de formation ou d'exécution du contrat d'arbitre et, plus spécifiquement, de celui des honoraires, la distinction entre pouvoir juridictionnel et compétence amène à considérer que seul le juge étatique est compétent. En effet, l'arbitre ne peut se reconnaître un quelconque pouvoir à cet égard, d'une part car faute de contrat d'arbitre celui-ci n'est pas investi du pouvoir de juger, et d'autre part, car en toute hypothèse, il ne peut être juge et partie. Dès lors, le juge d'appui devra impérativement remédier à la situation d'impécuniosité d'une partie afin d'assurer le droit d'accès au juge car en application du droit français, il est compétent pour tout problème relatif à la constitution du tribunal arbitral, donc à la formation du contrat d'arbitre.

À défaut de trouver une solution, il devra donc écarter la compétence arbitrale au bénéfice de la compétence française. L'impécuniosité d'une partie, en ce qu'elle interdit la formation du contrat d'arbitre, correspond à un cas d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Plus spécifiquement, le juge d'appui va devoir faire face à un dysfonctionnement de l'ensemble contractuel que constituent la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre. Or, la convention d'arbitrage s'analyse en une promesse de contracter un contrat d'arbitre.

Le contrat d'arbitre lie d'une part les litigants qui forment une partie commune, et d'autre part les arbitres. Il reçoit la qualification de cocontrat de prestation de services. Après analyse des liens unissant ces deux conventions, il ressort qu'il existe entre elles un lien d'indivisibilité du fait de l'existence d'une cause commune. L'un sans l'autre n'a aucun intérêt. Dès lors, si l'impécuniosité d'une partie ne permet pas la formation du contrat d'arbitre conformément aux normes du procès équitable, la convention d'arbitrage, privée de toute utilité, doit être déclarée caduque.

1068. Cependant, la caducité semble une sanction excessive car l'hypothèse de départ présuppose la volonté commune d'avoir recours à l'arbitrage. Il apparaît nécessaire de rechercher des sanctions alternatives permettant d'assurer, tant l'accès au juge, que le respect de la volonté contractuelle. Or, il ressort de l'analyse des contrats en présence qu'il existe entre les parties une obligation renforcée de collaboration dans l'exécution de la convention d'arbitrage, qui se poursuit au regard de la formation et de l'exécution du contrat d'arbitre. Dans le cadre de la formation du contrat d'arbitre, l'organisation des rapports de la partie commune, formée par l'ensemble des litigants, peut être formalisée de manière expresse ou implicite. Dès lors, les frais d'arbitrage n'ont pas à être répartis de manière mathématique entre les parties et peuvent valablement être à leur charge respective de manière équitable.

Cette répartition se justifie soit sur le fondement du devoir de collaboration qui les lie,

soit sur la qualification de frais de justice. En toute hypothèse, si la partie forte venait à manquer à ce devoir de collaboration, ce manquement pourrait donner lieu à une intervention judiciaire. En effet, en invoquant d'une part l'exception d'arbitrage tout en bloquant d'autre part toute possibilité de formation du contrat d'arbitre, la partie forte manquerait alors à son obligation d'exécution de bonne foi des conventions et au principe de cohérence semi-processuelle. Dès lors, sa responsabilité contractuelle pourrait être engagée et donnerait lieu à des dommages et intérêts à la mesure de l'impécuniosité de la partie faible, permettant ainsi le recours à la justice arbitrale.

1069. En outre, et enfin, l'impécuniosité ne doit pas non plus devenir un moyen dilatoire et son invocation ne doit pas donner lieu à un abus de faiblesse. Il convient d'établir la responsabilité pouvant être encourue par une partie invoquant à tort le risque de déni de justice économique et les sanctions pouvant être prononcées. Si la responsabilité pour abus d'action en justice paraît difficilement admissible, la responsabilité contractuelle est concevable. Néanmoins, elle nécessite la constatation préalable et nécessaire de l'existence d'une convention d'arbitrage. À défaut, le seul manquement à l'obligation de ne pas faire découlant du principe de compétence-compétence ne saurait donner lieu à une quelconque responsabilité, faute de préjudice. Au regard de la sanction, les injonctions *in personam* restent illicites et la sanction en nature est très contestable en matière de promesse de contracter. En revanche, le prononcé de dommages et intérêts pour inexécution contractuelle et la décision d'incompétence des juridictions étatiques paraissent suffisamment persuasifs. Sanctions efficaces dans la mesure où l'absence d'impécuniosité rend la reddition d'une sentence par défaut possible et n'a pas d'incidence sur le partage des frais de la procédure entre les litigants.

Bibliographie sélective

1)- Ouvrages

AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand colin, 10 éd., 2004

BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 3 éd. 2005

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4 éd. 2003

BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Préf. L.-E. Pettiti, Sirey, 8 éd. 2002

BOLLEE (S.), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, Paris, 2004

BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Thémis droit, PUF, 1 éd. 2007, Tome 1 partie générale

CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004

CADIET (L.), CLAY (TH.), JEULAND (E.), *Médiation et arbitrage, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Procédure, Litec, 2005

CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du Procès*, Thémis droit PUF, 1 éd. 2010

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, PUF 2004 vol. I

CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, LGDJ 10 éd. 2007

CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, PUF, 1994 (coll. Quadrige)

CHEVALLIER (J.), *L'état de droit*, Montchrestien, 4 éd., 2003 (Clefs politique)

CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8 éd. 2000

CORNU, FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, Thémis, Droit privé, 3 éd. 1996

CROZE (H.), MOREL (CH.), FRADIN (O.), *Procédure civile*, Manuel pédagogique et pratique, Litec, 2 éd.

DAVID (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982

DELACHENAL (R.), *Histoire des avocats au Parlement de Paris*, Plon, 1885

FAVOREU (L.), L. PHILIP (L.), *Les grands arrêts du Conseil constitutionnel*, 7 éd.

- FONTAINE (Ph.), *La justice*, Ellipses, Philo éd. 2005
- FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996
- FOYER (J.), *Histoire de la justice*, Paris PUF, 1996
- FRANÇOIS (E.) (coordin.), *Histoire du droit et de la justice en France*, PRAT 2007
- GAUDEMET (J.), *Institutions de l'antiquité*, Sirey, 2 éd, 1982
- GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, LGDJ éd. 4 (Droit des affaires)
- GAUDEMET-TALLON (H.), *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, 1993
- GOUIFFES (L.), GIRARD (P.), TAIVALKOSKI (P.) ET MECARELLI (G.), *Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé*, LGDJ, 1997
- GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), *Procédure civile, droit interne et droit communautaire*, Précis Dalloz, 28 éd. 2006, (coll. Droit privé)
- HARNAY (S.), MARCIANO (A.), POSNER (R.A.), *L'analyse économique du droit*, éd. Michalon, 2003
- HOAREAU-DODINAU (J.), METAIRIE (G.), TEXIER (P.), *Procéder, pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?*, Pulim, (Cah. De l'Inst. D'Anthrop. Juridique n° 13)
- JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (PH.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Précis Dalloz, 1^{re} éd., 2007
- JESTAZ (PH.), *Le droit, connaissance droit*, 5 éd., Dalloz, 2007
- JEULAND (E.), *Droit processuel*, LGDJ 2007 (Manuel)
- KYMLICKA (W.), *Les théories de la justice : une introduction*, (traduc. Par M. Saint-Upéry), éd. La découverte/Poche 1999
- LOQUIN (E.), LEGEAIS, *L'arbitrage du commerce international*, Lamy, Livre X, 2001 (Pratiques des contrats internationaux)
- MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2 éd. Thémis, 2008 (Méthode droit)
- MALAUURIE (PH.), AYNES (L.), *Droit civil. Les obligations*, Cujas, 10 éd. 1999
- MALAUURIE (PH.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (PH.), *Les obligations*, Defrénois 2005

- MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat, Montchrestien, 10 éd. 2010
- MOTULSKY (H.), *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Préf Cornu et J. Foyer, t. 1, Dalloz 1973
- MOTULSKY (H.), *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*. Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, t. 2, Préf. Cl. Reymond, Dalloz, 1974
- MOUSSERON (J.-M.), RAYNAUD (J.), SEUBE (J.B.), *Technique contractuelle*, Mémento Francis Lefebvre, 4 éd.
- NOUGEIN (H.-J.), REINHARD (Y.), ANCEL (P.), RIVIER (M.CL.), BOYER (A.), GENIN (PH.), *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, (Procédure)
- OBERDORFF (H.), ROBERT (J.), *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, (Textes français et internationaux), Montchrestien, 6 éd. 2004
- OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz précis, 1 éd. 1999
- OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998
- PETEL (Ph.), *Procédures collectives*, Dalloz cours, 5 éd. 2006
- PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P. H.) (Sous la dir.), *Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, Paris 2 éd. 1999
- POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002
- RAWLS (J.), *A theory of justice*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Havard University Press, 1971, *Théorie de la justice*, Seuil 1987, traduc. C. Audard
- REDFERN (A.) HUNTER (M.), *Law and practice of international commercial arbitration*, Sweet & maxwell, London, 1991 LGDJ 1994
- RICOEUR (P.), *Le juste, la justice et son échec*, Carnets 2005
- ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4 éd. 1999
- SAMAMA (G.) (sous la direction de), *La justice*, Ellipses, 2001, (philo)
- STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil des obligations 2. Contrat*, Litec, 6 éd. 1998
- TERRE (F.), SIMLER (PH.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, les obligations*, Précis Dalloz, 9 éd. 2005
- VIDAL (D.), *Droit français de l'arbitrage commercial international*, éd. Gualino, 2004
- VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, (1986 et 1984), Dalloz, 2001 (rééd.)

VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Dalloz 23 éd.

2)- Jurisclassseurs et Répertoires

a)- Répertoires

ALEXANDRE (D.), HUET (A.), Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciale), *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2007

BACACHE (M.), Indivisibilité, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2001 (2009)

BRENNER (CL.), Acte, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2006 (2010)

CADIET (L.), Le TOURNEAU (Ph.), Abus de droit, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008

CASSON (PH), Dommages et intérêts, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009

CHABOT (G.), Incompétence, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2008

DELVOLVE (J.-L.), Imprévision, *Répertoire international*, Dalloz, 1998

GAUDEMET-TALLON (H.), Compétence commerciale et civile, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2007 (2011)

GUERCHOUN (F.), Astreintes, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2008

GUINCHARD (S.), Procès équitable, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2006 (2010)

HASCHER (D.), Arbitrage du commerce international, *Répertoire international*, Dalloz, 2005

JACQUET (J.-M.), Contrats, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1998 (2010)

JARROSSON (CH.), IDOT (L.), Arbitrage, *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, 2010

LAGARDE (P.), Étranger, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2007

LEGIER (G.), Responsabilité contractuelle, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 1989

LE TOURNEAU (Ph.), POUMAREDE (M.), Bonne foi, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009

MELIN (Fr.), Droit international et procédure civil, *Répertoire de procédure civil*, Dalloz, 1995 (2011)

MOREAU (B.), Arbitrage commercial, *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2004 (2011)

MOREAU (B.), Arbitrage international, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2009 (2011)

NIBOYET-HOEGY (M.-L.), Action en justice, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1998

PANSIER (F.-J.), Frais et dépens, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2008

PASQUALINI (F.), Responsabilité du banquier, *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2005 (2010)

ROCHFELD (J.), Cause, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2005

STURLÈSE (B.), Entraide judiciaire, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 1998

b)- Jurisclasseurs

BONHOMME (R.), Sous-contrat et co-contrat adjonction et conjonction de contractants, *Jurisclasseur Contrats-Distribution*, Fasc. 105.

CORBION (L.), Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle, *Jurisclasseur Civil Code art. 4*, Fasc. Unique (2007)

FOUCHARD (Ph.), Tribunal arbitral, Constitution du tribunal arbitral. Droit commun, *Jurisclasseur Arbitrage commercial international*, Fasc. 1066-1

FRISON-ROCHE (M.-A.), Dénier de justice et interprétation de la loi par le juge, *Jurisclasseur Code Civil article 4*, Fasc. Unique cote 11-1996

GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun et droit conventionnel, *Jurisclasseur Procédure civile*, Fasc. 1062

GOLDMAN (B.), Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun, *Jurisclasseur Procédure civile*, Fasc. 1062-1 (1992)

HUET (A.), Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, *Jurisclasseur Civil Code art. 14 et 15*, Fasc. 21

HUET (A.), Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux- compétence de la « lex fori », *Jurisclasseur Procédure civile*, Fasc. 57-10 (2001/2007)

LEGIER (G.), Contrats et obligation, Causes d'extinction des obligations, *Jurisclasseur Code Civil article 1234*, Fasc. Unique, cote 08 1996

LOQUIN (E.), Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflits entre compétence arbitrale et compétence judiciaire, *Jurisclasseur Procédure civile*, Fasc. 1034

LOQUIN (E.), Clauses dissuasives des litiges, *Jurisclasseur Contrats-Distribution*, Fasc. 135

LOQUIN (E.), Étendue de la compétence, *Jurisclasseur Procédure civile*, fasc. 1032

SIMLER (Ph.), Contrats et obligations, cause, rôle pratique, *Jurisclasseur Code Civil article 1131 à 1133*, Fasc. 20 (2002)

VEAUX (D.), Arbitrage, *Jurisclasseur Notarial Répertoire*, Fasc. 10

3)- Thèses

BOURRIER (CH.), *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant 2003 (coll. Thèses de sciences Humaines n° 12)

CLAVEL (S.), *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse Paris I, 1999

CLAY (Th.), *L'arbitre*, Thèse Paris II, Dalloz, 2001, vol.2 (coll. Nouvelle bibliothèque de thèses)

CORBION (L.), *Le déni de justice en droit international privé*, Préf. Y. Lequette, Marseille, PUAM, 2004

DE BOISSESON (M.), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. Préf. P. Bellet. GLN Joly, 1990

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé, droit international public et droit international privé*, Thèse Paris I, LGDJ, t. 257

GANNAGE (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé, étude du droit international privé de la famille*, Thèse Paris II 1998

GUEZ (PH.), *L'élection de for en droit international privé*, Thèse Paris X, Nanterre, 1992 (Disponible sur le site : <http://www.glose.org>)

JARROSSON (CH.), *La notion d'arbitrage*, Préf. B. Oppetit, Thèse LGDJ, 1987 (coll. Bibliothèque du droit privé, t.198)

PANOU (Ch.), *Le consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Préf. V. Heuzé, t.32 BIRJS éd. 2011

PATAUT (Et.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions, (étude de droit international privé)*, Préf. P. Lagarde, coll. Bibliothèque de droit privé t. 298, LGDJ 1999

SEUBE (J.B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. Cabrillac, Litec, t. 40, 1999 (coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise)

SINOPOLI (L.), *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux (recherche sur le champ d'application de l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme en droit international privé)*, Thèse Paris I, 2000

TESSYE (B.), *Les groupes de contrats*, Préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, t. 139, 1975 (coll. Bibliothèque de droit privé)

THERY (Ph.), *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, Thèse Paris II, 1981

VERGES (E.), *Principes directeurs du procès judiciaire*, Thèse Aix en Provence, 2000 (Disponible sur le site : <http://www.facdroit-grenoble.org/ctj/images/documents/these-verges.pdf>)

4)- Articles (par nom d'auteur)

-A-

AGOSTINI (E.), *L'exequatur : capilotade ou peau de chagrin ?*, *D.* 2008 p. 1110

D'AMBRA (D.), *L'aide à l'accès à la Justice : l'aide juridictionnelle*, in *Procédure[s] et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, coll. Droit et justice, t. 49, p. 43

ANCEL (B.), A propos de Coipel-Cordonnier (Nathalie), *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Préf. de Marc Fallon, avant-propos de Pierre Mayer, LGDJ, 1999, XIII, *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 392

ANCEL (M.-E.), *De la loi applicable à la détermination du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse*, *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 148

ANCEL (P.), *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, *RTD Civ.* 1999 p. 771

ANCEL (J.-P.), *L'arbitrage international en France (Principes et système)*, in *L'arbitrage*, Dalloz, 2009, *Arch. De Phil. Du droit*, tome 52, p.197

ANCEL (M.-E.), *La Justification d'un intérêt personnel et direct à l'action est nécessaire pour fonder la compétence des juridictions françaises*, *Rev. Crit. DIP* 2005 p. 671

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? De l'arrêt Kudla, de la Cour européenne des droits de l'homme à l'arrêt Magiera, du Conseil d'État. Le trésor et la perle ou le filet ?* *RFDA* 2003 p. 85

ATIAS (Ch.), *Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation, L'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable*, *D.* 2003 p. 2620

AUBERT DE VINCELLES (C.), *Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix*, *D.* 2006 p. 2629

AUDIT (B.), *L'arbitrage commercial et l'espace judiciaire européen*, *RAE* 2005/2 p. 37

AUDIT (B.), *L'arbitre, le juge et la convention de Bruxelles*, in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 15

AVENA-ROBARDET (V.), Annulation d'une sentence arbitrale en cas de clause abusive dans la convention d'arbitrage, *D.* 2006 p. 2910

AYNES (L.), La caution peut opposer la disproportion de son engagement dans le délai de deux ans à compter de la demande d'exécution du cautionnement, *D.* 2001 p. 698

AYNES (L.), Sanction du cautionnement disproportionné, *D.* 2004 p. 2707

AZZI (T.), Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire, *D.* 2009 p. 1621

-B-

BACCOUCHE (N.), La justice comme nécessaire garant des libertés, *in Justice et démocratie*, Pulim, d'Agusseau (textes réunis par S. Gaboriau et H. Pauliat) p. 171

BADINTER (R.), La mondialisation de la protection juridique des droits fondamentaux, *in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (TH.) (dir.), Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 12 éd. 2006 p. 121

BANDRAC (M.), Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi, *in Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003 p. 1

BANIFATEMI (Y.), Le droit au juge et l'arbitrage commercial international, *in Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 167

BARANÈS (W.), FRISON-ROCHE (M.-A.), Le souci de l'effectivité du droit, *D.* 1996, chron. 301 n°4 et 10

BAZIN (E.), Absence de mise en garde en cas de déloyauté de l'emprunteur, *D.* 2008 p. 256

BELLET (P.), MEZGER (E.), L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile, *Rev. Crit. DIP* 1981 p. 611

BÉNABENT (A.), Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, *D.* 1994 p. 454

BERMANN (G. A.), Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale, *in L'arbitrage*, Dalloz 2009, Arch. De Phil. Du droit, tome 52, p. 121

BERNARD (A.), La réforme des tribunaux de commerce : remises en ordre, *D.* 1999 p. 403

BERTIN (P.), Le juge des référés et le nouvel arbitrage, *Gaz. Pal.* 1980.2, doct. p. 520

BINET (J.-R.), De la fausse cause, *RTD Civ.* 2004 p. 655

BLARY-CLEMENT (E.), Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil, *JCP G* 1991. I. 3534

BLUMANN (C.), Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective du droit communautaire, *JCP G* 2007, I, 175

BOFFA (R.), Cause, caducité, indivisibilité : un bel ensemble notionnel, *D.* 2006 p. 2656

BOILLOT (Ch.), L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires, *RTD com.* 2010 p. 243

BOLARD (G.), Les principes directeurs du procès arbitral, *Rev Arb.* 2004 p. 511

BOLARD (G.), Voies de recours et refus de désigner l'arbitre, *D.* 1996 p. 153

BOLLEE (S.), Clauses abusives et modes alternatifs de règlement des litiges (l'article 6 de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005), *Rev. Arb.* 2005 p. 225

BOLLEE (S.), La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété, *D.* 2007 p. 2077

BOLLEE (S.), Quelques remarques sur les injonctions *anti-suit* visant à protéger la compétence arbitrale, *Rev. Arb.* 2007 p. 223

BOLLEE (S.), Le droit français de l'arbitrage après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, *Rev. Crit. DIP* 2011 p. 553

BONASSIES (P.), Des exceptions au principe compétence-compétence, et de la question de la légalité de ce principe, *Rev. Droit Maritime*, 2007.681

BOUGRAB (J.), L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ?, *AJDA* 2001 p. 1016

BRANDAC (M.), L'action en justice, droit fondamental, *in Mélanges R. Perrot*, Dalloz 1996 p. 1

BRETZNER (J.-D.), Table ronde: Les remèdes jurisprudentiels, Brèves réflexions sur un outil « alternatif » en temps de crise: la caducité (ou comment faire « du neuf » avec « du vieux » ?), *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, P. 487. n° 2 à 4

BROS (S.), Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, *D.* 2009 p. 960

BUSSY (F.), Nul ne peut être juge et partie, *D.* 2004 p. 1745

-C-

CACHARD (O.), De Bruxelles à New York : l'arbitrage est-il soluble dans le règlement CE 44/2001, *in Mélanges B. Gross*, P.U. Nancy, 2009 p. 347

CACHARD (O.), Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, *Rev. Arb.* 2006 p.893

CACHARD (O.), L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles, *Rev. Droit Maritime*, 2007.684

CADIET (L.), L'application de l'article 75 du NCPC, note sous Paris 23 juin 1993 (*Société Euro Disney*), *Rev. Arb.* 1994. 151 p. 162

CADIET (L.), Les clauses contractuelles relatives à l'action en Justice, in *Les principales clauses des contrats entre professionnels, av. propos J. Mestre. Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix en Provence*, 17-18 mai 1990, PUAM, Faculté de Droit et de science politique, 1990 p. 193.

CAROTENUTO (S.), MENDES CONSTANT (J.), L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, *Petites affiches*, 05 juillet 2002 n° 134, p. 4

CARRIER (R.), *Anti-suit injunction*: la CJUE met fin à un anachronisme, *DMF* 2004.403

CARRIER (R.), *Anti-suit injunctions* : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage, *D.* 2005 p. 2712

CARRIER (R.), Convention de Bruxelles : le devoir de confiance, *D.* 2004 p. 1919

CASEY (J.), De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat, *D.* 1998 p. 208

CATHIARD (A.), Quand la bonne foi trouve un second souffle, *D.* 2005 p. 1462

CERMOLACCE (A.), La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement, *Rev. Lamy droit civil* n° 57 février 2009 p. 7

CLAVEL (S.), *Anti-suit injunctions* et arbitrage, *Rev. Arb.* 2001 p. 669

CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005, *D.* 2005 p. 3050

CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, juin 2006 - octobre 2007, *D.* 2008 p. 180

CLAY (Th.), Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, octobre 2008 - décembre 2009, *D.* 2009 p. 2959

CLAY (Th.), Il était une fois..., *D.* 2004 p. 3186

CLAY (Th.), La responsabilité civile du centre d'arbitrage, *D.* 2007 p. 2916

CLAY (Th.), Le siège de l'arbitrage international entre « ordem » et « progresso », *Gaz. Pal.*, 02 juillet 2008 n° 184, p. 20

CLAY (Th.), Présentation du nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe, *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 1 janvier 2011 n° 1 p. 207

CLAY (Th.), Toute peine mérite salaire, *D.* 2003 p. 2475

CHEKROUN (D.), *L'impérium et l'arbitre*, in *L'arbitrage*, Dalloz, 2009, Arch. De Phil. Du droit, tome 52, p. 135

COHEN (D.), Contentieux d'affaires et abus de forum shopping, *D.* 2010 p. 975

COHEN (D.), L'engagement des sociétés à l'arbitrage, *Rev. Arb.* 2006 p. 35

COIPEL-CORDONNIER (N.), Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, *Rev. Arb.* 2000.173

CONNAN (R.), Les dispositifs de médiation et d'arbitrage aux États-Unis, L'arbitrage des conflits commerciaux en France et aux États-Unis, *Petites affiches*, 13 décembre 2007 n° 249, P. 21

COULON (J.-M.), La justice à l'épreuve, *D.* 2002 p. 2683

CORNU (G.), Présentation de la réforme, in *La réforme du droit de l'arbitrage*. Décret du 14 mai 1980, travaux de la confédération syndicale des avocats et du comité français de réforme de l'arbitrage, Paris, 25 septembre 1980, *Rev. Arb.* 1980. 583

COSTA (J.-P.), Le droit à un tribunal et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour EDH, in *Mélanges Buffet*, 2004, p. 159

COUCHEZ (G.), Référé et arbitrage, *Rev. Arb.* 1986 p.155

CROCQ (P.), Cautionnement : le retour jurisprudentiel et législatif de la proportionnalité, *RTD Civ.* 2004 p.124

CROCQ (P.), Le cautionnement disproportionné et les juges du fond : résistance et précisions, *RTD Civ.* 1998 p. 421

CUNIBERTI (G.), La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais, A propos de l'affaire *Gambazzi-Stolzenberg*, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 685

CURTI-GIALDINO (C.), Schengen et le troisième pilier, le contrôle juridictionnel organisé par le Traité d'Amsterdam, *Rev. du marché Unique Européen* 1998 p. 89

-D -

DAVID (R.), Arbitrage du XIX et arbitrage du XX siècle, in *Mélanges offerts à René Sabatier*, p. 221

DAVID (R.), Théorie et réalité dans l'application du droit. Une enquête internationale sur l'accès à la justice, *RID comp.* 1979 p. 617

DE FONTBRESSIN (P.), L'effet transcendantal de la convention européenne des droits de l'homme, in *Mélanges Louis Edmond Pettiti*, Bruyant, Bruxelles, 1998 p. 231

DE FONTMICHEL (A.), La décision du « juge d'appui » contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage international, *Gaz. Pal. Spéc. Arb.* 2008/1 28-29 mars 2008 p.21

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires, *Rev. Crit. DIP* 1996 p. 397

DE VISSCHER (Ch.), Le déni de justice en droit international, *RCADI* 1935 p. 369

DEGOS (L.), L'absence de pouvoir d'injonction du juge étatique envers l'arbitre en application d'un principe de non-interférence, *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 01 juillet 2010 n° 3, p. 853

DEGOS (L.), La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome, *D.* 2008 p. 1429

DELANOY (L.-C.), PORTWOOD (T.), La responsabilité de l'État pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement, *Rev. Arb.* 2005 p.603

DELEBECQUE (Ph.), L' « anti-suit injunction », *Bull. Transp. et Logistique* 2006 p. 3122

DELEBECQUE (Ph.), L'opposabilité d'une clause d'arbitrage à l'épreuve de la Convention de New York, *Rev. Droit Maritime*, 2007. 681

DELEBECQUE (PH.), Affrètement. Affrètement maritime. Clause d'arbitrage. Protection. Injonction « anti-suit ». Ordre communautaire. Illégalité, *RTD com.* 2009 p. 644

DELPECH (X.), Admission de *l'exequatur* en France d'une sentence arbitrale étrangère annulée Confirmant la jurisprudence Hilmarton, la Cour de cassation considère que l'annulation d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger ne fait pas obstacle à ce que celle-ci reçoive *l'exequatur* en France, *Dalloz actualité* 4 juillet 2007

DELPECH (X.), Appréciation de l'engagement d'une société à l'arbitrage : les règles matérielles chassent les conflits de lois, *Dalloz actualité* 20 juillet 2009

DELPECH (X.), Approfondissement du principe de l'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international, *Dalloz actualité*, 5 août 2006

DELPECH (X.), Arbitrage : appréciation de l'engagement d'une société, *D.* 2009 p. 1957

DELPECH (X.), Arbitrage, *estoppel* et faillite internationale, *Dalloz actualité* 13 mai 2009

DELPECH (X.), Clause attributive de compétence : l'attrait du droit de l'arbitrage, *Dalloz Actualité* 19 juillet 2010

DELPECH (X.), Critère de l'arbitrage international : définition économique, *D.* 2011 p. 312

DELPECH (X.), Interdiction de s'attribuer une mission d'arbitre sans l'accord des parties, *Dalloz actualité* 5 août 2006

DELPECH (X.), Le principe de compétence-compétence encore devant la Cour de cassation,

Dalloz actualité 5 janvier 2007

DELPECH (X.), Qu'est-ce qu'un arbitrage international ?, *Dalloz actualité* 15 mars 2007

DELPECH (X.), Sentence arbitrale internationale, force exécutoire et conflit de juridictions, *Dalloz actualité* 9 juillet 2007

DEMARE-LAFONT (S.), Jugement et arbitrage en Mésopotamie, Droit et Cultures, *Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, Centre Droit et Cultures de l'Université Paris X-Nanterre et l'Association Droit et culture n° 47-2004/1 p. 67

DESDEVISES (Y.), Accès à la justice/accès au droit, in CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF p. 1

DESDEVISES (Y.), Quelques remarques sur la responsabilité des juges et de la justice, in *Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003 p. 167

DESHAYES (O.), Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles, *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n° 2, p. 726

DELABRUYERE (S.), Réflexions économiques sur l'Europe juridique et judiciaire, *D.* 2005 p. 1652

DELEBECQUE (Ph.), Affrètement. Affrètement maritime. Clause d'arbitrage. Protection. Injonction « anti-suit ». Ordre communautaire. Illégalité, *RTD com.* 2009 p. 644

DIMOLITSA (A.), Autonomie et « *kompetenz-kompetenz* », *Rev. Arb.* 1998, p. 305

DIMOLITSA (A.), L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut, *Gaz. Pal.* 15-16 octobre 2008 n° 2008/3 *Spéc. Arb.* p. 9

DION (N.), Le juge et le désir du juste, *D.* 1999 p. 195

DROZ (G. A. L.) Variations *Pordéa*, *Rev. Crit. DIP* 2000 p. 181

DUBARRY (J.-Cl.), LOQUIN (E.), ARBITRE. Désignation, Arbitrage multipartite, Arbitre commun à deux parties, Nullité de la sentence, Principe d'égalité des parties, Règle d'ordre public, Renonciation nécessairement postérieure au litige, *RTD com.* 1992 p. 796

DUBARRY (J.-Cl.), LOQUIN (E.), ARBITRES. Pouvoir de statuer sur les dépens, Répartition entre les parties de la charge du paiement des honoraires des arbitres, Fixation des honoraires dans la sentence, Absence d'autorité de la chose jugée, Élément du contrat d'arbitrage, Contestation, Compétence de la juridiction de droit commun, *RTD com.* 1995 p. 396

DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), Droit à un juge, accès à la justice européenne, in *Pouvoirs, Les Cours européennes*, 2001-96, p. 123

DUPONT (N.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française, *RTD civ.* 2010 p. 459

-E-

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation, *RTD civ.* 2006 p. 505

-F-

FADLALLAH (I.), Le recouvrement de la provision pour frais dans l'arbitrage CCI : de l'obligation des parties entre elles, *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, juillet 2004 p. 105

FADLALLAH (I.), Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? *Gaz. Pal.*, 6 juin 2002 n° 157, p. 26

FAGES (B.), Les avant-contrats et les tiers, *RTD civ.* 2007 p. 562

FAVOREU (L.), Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge, in *Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 513

FERREIRA DA CUNHA (P.) La balance, le glaive et le bandeau. Essai de symbologie juridique, in *Arch. Phil. Dr.*, vol. XL, 1996 p.107

FOUCHARD (Ph.), Quand l'arbitrage est-il international ?, *Rev. Arb.* 1970 p. 50

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage judiciaire, in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 241

FOUCHARD (Ph.), La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international, *Petites affiches*, n° 252, 18 décembre 2003, p. 36

FOUCHARD (Ph.), Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, *Rev. Arb.* 1996 p. 325

FRAISSEIX (P.), Droit au juge et amende pour recours abusif, *AJDA* 2000 p. 20

FRANÇOIS (J.), La responsabilité des établissements de crédit en raison de l'octroi d'un prêt excessif à un particulier, *D.* 2006 p. 1618

FRICERON (N.), L'aide juridictionnelle dépend du sérieux du moyen de cassation, *D.* 2001 p. 1063

FRICERON (N.), L'article 6 § 1er, Conv. EDH n'est pas applicable à la procédure d'aide juridictionnelle, *D.* 2003 p. 2268

FRICERON (N.), Le bureau d'aide juridictionnelle n'a pas à apprécier les chances de succès du pourvoi envisagé, *D.* 1999 p. 270

FRISON-ROCHE (M.-A.), La procédure et l'effectivité des droits substantiels, in D'AMBRA (D.), BENOIT-ROHMER (F.) et GREWE(C.) (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Droit et justice coll. Dirigée par P. Lambert n° 49, colloque. des 31 mai et 1 juin 2002

organisé par l'IRCM et l'équipe droits de l'homme du GRICE, BRUYANT, p. 2

FRISON-ROCHE (M.-A.), BARANES (W.), Le souci de l'effectivité du droit, *D.* 1996 p. 301

FRISON-ROCHE (M.-A.), L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, *Petites affiches*, 19 mai 2005, n° 99, p. 15

FRISON-ROCHE (M.-A.), Le droit d'accès à la justice et au droit, in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.A.), REVET (TH.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 12 éd. 2006 p. 450

FRISON-ROCHE (M.-A.), Le juge et le sentiment de justice, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Préf. R. Badinter, Montchrestien, 2002, p. 42

-G-

GAILLARD (E.), Distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, in *Études offertes à pierre Bellet*, Litec 1991 p. 203 s.

GAILLARD (E.), Il est interdit d'interdire: réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international, *Rev. Arb.* 2004 p. 45

GAILLARD (E.), L'effet négatif de la compétence-compétence, in *Études de procédure et d'arbitrage, Mélanges en l'honneur de Jean-François Poudret*, 1999, p.387

GAILLARD (E.), L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine, *JDI* 1998 p. 654

GAILLARD (E.), La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, *Rev. Arb.* 2007 p. 697

GAILLARD (E.), Portée du principe de compétence-compétence, sous Cass. Civ 1, 21 mai 1997, Jaguar (2 déc.), *Rev. Arb.* 1997 p.537

GAILLARD (E.), DE LAPASSE (P.), Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, *D.* 2011 p. 175

GALLOIS (A.), Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles?, *D.* 2010 p. 335

GARAPON (A.), Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile, *D.* 1997 p. 69

GAUDEMET-TALLON (H.), L'introuvable juge naturel, in *Mélanges en hommage à J. Gaudemet*, PUF 1999 p. 591

GAUTIER (P.-Y.), Contre Bentham : l'inutile et le droit, *RTD civ.* 1995 p. 797

GAUTIER (P-Y), La dispense de preuve du dommage subi du fait de l'inexécution contractuelle

(suite), *RTD Civ.* 1998 p. 696

GAUTIER (P-Y), Le propriétaire indemnisé sans avoir à prouver son dommage (suite), (à propos de Civ. 3, 30 janvier 2002), *RTD civ.* 2002 p. 321

GAUTIER (P-Y), Pas de contestation possible des honoraires, fussent-ils excessifs, déterminés après l'exécution de la prestation, *RTD civ.* 2004 p. 114

GHESTIN (J.), La notion de contrat, *D.* 1990 p. 147

GOLDMAN (B.), Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international, 11 colloque des Instituts d'Études judiciaires, Dijon, 6-8 octobre 1977, *Rev. Arb.* 1980 p.323

GONZALEZ DE COSSIO (F.), Compétence-compétence à la mexicaine et à l'américaine: une évolution douteuse, *Gaz. Pal.*, 17 juillet 2007 n° 198, p. 27

GOUIFFÈS (L.), L'arbitrage international propose-t-il un modèle original de justice ?, in *Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé*, Préf. B. Oppetit, H. Gaudemet Tallon, Ph. Fouchard, LGDJ, 1997, p. 41

GOUT (O.), L'exécution en nature du contrat : fondements substantiels et contraintes processuelles, *D.* 2007 p. 1119

GREWE (C.), L'accès au juge : le droit processuel d'action, in D'AMBRA (D.), BENOIT-ROHMER (F.) et GREWE(C.) (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Droit et justice coll. Dirigée par P. Lambert n° 49, colloque. des 31 mai et 1 juin 2002 organisé par l'IRCM et l'équipe droits de l'homme du GRICE, BRUYANT, p. 30

GRIGNON-DERENNE (F.X.), A propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant, *D.* 2001 p. 1382

GUÉGUEN (J.-M.), Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, *D.* 1999 p. 352

GUINCHARD (S.) Menaces sur la justice des droits de l'homme et les droits fondamentaux de procédure, in *Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003 p. 209

-H-

HAMMJE (P.), Droits fondamentaux et ordre public, *Rev. Crit. DIP* 1997 p. 1

HANOTIAU (B.), L'arbitrabilité et la favor arbitralement : un réexamen, *JDI* 1994 p. 899

HASCHER (D.), Le juge d'appui, in CADIET (L.), CLAY (TH.), JEULAND (E.), *Médiation et arbitrage, Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, Procédure, Litec, 2005 p. 243

HEBRAUD (P.), La juridiction arbitrale et la notion de compétence, *RTD civ.* 1962 p.160

HERON (J.), Localisation de l'autorité de la chose jugée ou l'autorité positive de la chose jugée, *in* nouveaux juges nouveaux pouvoirs ?, *in Mélanges Roger Perrot*, Dalloz 1996 p. 131.

HEUZE (V.), La morale, l'arbitre et le juge, *Rev. Arb.* 1993 p. 179

HILAIRE (J.), L'arbitrage dans la période moderne (XVIIe-XVIIIe siècles), *Rev. Arb.* 2000 p. 187

HOTTE (S.), Droit au juge et arbitrage international, *D.* 2005 p. 2727

HOUTCIEFF (D.), Quand tout ce qui est disproportionné devient insignifiant, *D.* 2010 p. 1985

HUMBERT (M.), Arbitrage et jugement à Rome, *in Droit et Cult.*, vol n° 28, 1994 p.47

-I-

IZORCHE (M.-L.), Contrats conditionnels et définitifs, *RTD com.* 1998 p.521

-J -

JACQUES (Ph.), Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans heur (Cour de cassation, aud. sol., 30 mai 2007), *RTD civ.* 2007 p. 514

JALLAMION (C.), Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII au XIX siècle, *Rev. Arb.* 2005 p. 3

JAMIN (Ch.), Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives, *JCP* 1996. I. 3959

JAMIN (Ch.), Économie et droit, *in* ALLAND (D.), RIALS (St.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Quadrige, 1 ed. 2003 p. 578

JARROSSON (Ch.), Fixation des honoraires de l'arbitre dans la sentence elle-même et bénéfice de l'autorité de la chose jugée (C. Cass. 2 civ., 28 octobre 1987), *Rev Arb.* 1988 p. 149

JARROSSON (Ch.), Qui tient les rênes de l'arbitrage ? Volonté des parties et autorité de l'arbitre, note sous Paris 19 mai 1998, 3 décembre 1998 et 19 janvier 1999, *Rev. Arb.* 1999 p. 601

JARROSSON (Ch.), L'arbitrage et la CEDH, *Rev. Arb.* 1989 p. 573

JARROSSON (Ch.), Réflexions sur l'imperium, *in Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1992 p. 241

JARROSSON (Ch.), Remarques sur le contrat d'arbitrage, à propos de l'irrecevabilité du contrat en annulation pour contester les honoraires des arbitres, (Paris 19 décembre 1996), *Rev. Arb.*

1998 p.121

JAULT-SESEKE (F.), Du contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, à propos de Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - 25 avril, 23 mai et 11 juillet 2006 (3 arrêts, *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin), *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 128

JEAN (J.-P.), PAULIAT (H.), L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité, *D.* 2005 p. 598

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BREMOND (V.), Le droit civil des affaires. Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires, De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants, *RTD com.* 1999 p. 327

JOLIVET (E.), Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : l'incompétence de l'arbitre, *Gaz. Pal.* 22 avril 2006 n° 112 p. 38

JOURDAIN (P.), Le devoir de mise en garde du banquier dispensateur d'un crédit excessif, *RTD civ.* 2007 p. 779

JOURDAIN (P.), Les dommages-intérêts contractuels ne seraient qu'une modalité d'exécution de l'obligation inexécutée, (à propos de Soc. 4 décembre 2002, *AGS de Paris et autres c. Marquis et autres*, Bull. civ. IV, n° 368), *RTD civ.* 2003 p. 711

-K-

KARILA DE VAN (J.), Le droit de nuire, *RTD civ.* 1995 p. 533

KENFACK (H.), Pour une lecture européenne du règlement Bruxelles I, *D.* 2008 p. 1729

KESSEDJIAN (C.), Arbitrage et droit européen : une désunion irrémédiable ?, *D.* 2009 p. 981

KESSEDJIAN (C.), L'arbitrage comme mode de règlement des différends est-il remis en cause par le droit européen, in *Le droit européen de l'investissement*, éd. Panthéon Assas 2009, p.107

KHAIRALLAH (G.), note à propos de com. 5 décembre 1989, crim. 12 novembre 1990, civ. 25 juin 1991, *Rev. Crit. DIP* 1991 p. 667

KINSCH (P.), L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel, *Rev. Crit. DIP* 2003 p. 403

KLEIN (F.-E.), Autonomie de la volonté et arbitrage, *Rev. Crit. DIP* 1958 p. 255

KLEIN (Th.), La fonction de juge, in *Mélanges Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998 p. 507

KNOEPFLER (F.), Les mesures provisoires et l'arbitrage, in CADIET (L.), CLAY (Th.) (dir.), *Médiation et arbitrage, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Prat. Professionnelle, Litec, ouvrage coll. E. Jeuland 2005 p. 243

KRIEGK (J.-F.), La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique, *D.* 2005 p. 1592

-L

LAAZOUZI (M.), Portée et limites du principe compétence-compétence (à propos décembre Cass. Civ. 1, 8 avril 2009, *Société Gefu Kuchenboss GmbH et autres c. Société Corema*), *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 771

LAGARDE (X.), Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, *Rev. Arb.* 2001. 423

LAGARDE (X.), Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique, *D.* 2005 p.82

LAGARDE (X.), Sur l'utilité de la théorie de la cause, *D.* 2007 p. 740

LALIVE (P.), De la responsabilité des institutions d'arbitrages, note sous Paris 15 septembre 1998 *Société Cubic*, *Rev. Arb.* 1999 p.103

LALIVE (P.), Les problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international, *RCADI* 1967.I.565

LAMBERT (P.), Les procédures d'arbitrage et la convention européenne des droits de l'Homme, in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges Jacques Velu*, Bruyant, Bruxelles, 1992, t. 2, p. 1281

LAZAREFF (S.), De l'amour du juge, *Gaz. Pal.*, 22 octobre 2005 n°295 p. 3

LAZAREFF (S.), Le juge et l'arbitre, *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 14 décembre 2008 n° 349 à 351 n° 2008/4, p. 3

LAZAREFF (S.), Rapport du groupe de travail et résolution d'ICC-France sur l'application à l'arbitrage du rapport relatif à l'application du Règlement de Bruxelles I dans les États membres de l'Union européenne, *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 16 oct. 2008, n° 289 à 290, n° 2008/3 p. 20

LE BARS (B.), La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime, *D.* 2002 p. 381

LE BAUT-FERRARESE (B.), Les procédures d'urgence et le langage du droit, *RFDA* 2002 p. 296

LE GAC-PECH (S.), Rompre son contrat, *RTD civ.* 2005 p. 223

LE NABASQUE (H.), Le droit civil des affaires. Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, *RTD com.* 1999 p. 273

LEBOULANGER (Ph.), La notion d'« intérêts » du commerce international, *Hommage à la*

mémoire de Philippe Fouchard, *Rev. Arb.* 2005 p.487

LECUYER (H.), Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire, *Rev. Arb.* 2006 p.573

LEQUETTE (Y.), Le droit international privé et les droits fondamentaux, in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.A.), REVET (Th.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz 12 éd. 2006 p. 99

LETURMY (L.), La responsabilité délictuelle du contractant, *RTD civ.* 1998 p. 839

LEVEL (P.), Brèves réflexion sur l'office de l'arbitre, in nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? in *Mélanges Roger Perrot*, Dalloz 1996 p. 259

LEVEL (P.), L'arbitrabilité, *Rev. Arb.* 1992 p.219

LOKIEC (P.), La décision et le droit privé, *D.* 2008 p. 2293

LOKIEC (P.), Le droit des contrats et la protection des attentes, *D.* 2007 p. 321

LOQUIN (E.), De l'irrésistible et regrettable empiétement du droit européen sur le droit de l'arbitrage international, (à propos de CJUE 10 févr. 2009, *Allianz Spa c. West Tankers*), *RTD com.* 2010 p. 529

LOQUIN (E.), De la contradiction non manifeste résultant de la présence dans un même contrat d'une clause compromissoire et d'une clause attributive de compétence à une juridiction étatique (Cass. 2e civ., 18 décembre 2003, *SCI La Chartreuse et autres c. Th. Cavagna et autres*), *RTD com.* 2004 p. 255

LOQUIN (E.), De la nature de mandat commun de la mission du Président du tribunal de commerce désigné par les parties pour régler les difficultés de constitution d'un tribunal arbitral international présentant des liens avec la France (Paris 5 juin 2003, *J. Rose c. SA Waterfront et autres*), *RTD com.* 2003 p. 700

LOQUIN (E.), De la non-application de la Convention de Lugano à l'exécution des décisions des tribunaux des États signataires statuant sur des recours contre une sentence arbitrale et de la recevabilité de l'appel nullité dirigé contre l'ordonnance d'exequatur rendue par un juge incompétent (Cass. 1re civ., 9 décembre 2003, *Gouvernement de la Fédération de Russie c. Cpe Noga d'importation et d'exportation*), *RTD com.* 2004 p. 256

LOQUIN (E.), Du droit aux honoraires des arbitres (CA Paris, 13 décembre 2001, *A. Perrin c. T. Benne et autres*), *RTD com.* 2002 p. 282

LOQUIN (E.), L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace judiciaire européen, in *Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001 p. 155

LOQUIN (E.), L'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire (Cass. 1re civ., 27 avril 2004, *Société Bureau Veritas c. Mme Aaliste et autres*), *RTD com.* 2005 p. 486

LOQUIN (E.), La contribution des juridictions françaises au bon fonctionnement de l'arbitrage international *ex urbi et orbi* (Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, *État d'Israël c. Société National Oil Company*), *RTD com.* 2005 p. 266

LOQUIN (E.), La jurisprudence Hilmarton est toujours d'actualité, (Civ. 1re, 29 juin 2007, *Société Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*), *RTD com.* 2007 p. 682

LOQUIN (E.), La partie impécunieuse et les conséquences de l'impossibilité pour elle de payer les frais d'arbitrage (CA Paris, 14 avril 2005, *Maître Stebler c. Société La Croissanterie*), *RTD com.* 2006 p. 308

LOQUIN (E.), Le contrôle de l'exercice par l'arbitre de son pouvoir d'amiable compositeur, suite ! (Civ. 1re, 17 décembre 2008), *RTD com.* 2009 p. 550

LOQUIN (E.), Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, *RTD com.* 2006 p. 764

LOQUIN (E.), Les illusions perdues du contrôle d'arbitrabilité du litige international, *in Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003, p. 339

LOQUIN (E.), Les limites de l'étendue de la compétence des arbitres : des difficultés pour les arbitres de juger des actions en responsabilité délictuelle (CA Paris, 6 avril 2006, *Société Distribution Casino France SAS c. Société Prodim*), *RTD com.* 2006 p. 771

LOQUIN (E.), Les parties peuvent-elles écarter l'application des règles matérielles françaises de validité de la clause compromissoire internationale en soumettant expressément la clause à une loi étatique étrangère ? (Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*) *RTD com.* 2004 p. 443

LOQUIN (E.), Nouvelles illustrations de l'incompétence du juge étatique en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage (Cass. 2e civ., 13 juin 2002, *Société Prodim c. Société Ocalenn* ; Cass. 2e civ., 27 juin 2002, *Société Verreries de Masnières c. Société Serve France*), *RTD com.* 2002 p. 655

LOQUIN (E.), Nouvelles lumières sur le contrat d'organisation de l'arbitrage, (à propos de : CA Paris, 22 janvier 2009, *Chambre de commerce internationale*), *RTD com.* 2010 p. 542

LOQUIN (E.), Toutes les clauses d'arbitrage pathologiques ne peuvent être sauvées (CA Paris, 12 décembre 2001, *T. Cavagna et autres c. SCI La Chartreuse* ; CA Paris, 7 févr. 2002, *SA Alfac c. Société Irmac Importacao*), *RTD com.* 2002 p. 659

LOQUIN (E.), Un jugement étranger rendu en violation d'une clause compromissoire peut-il être reconnu en France pour application de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968?, *RTD com.* 2002 p. 47

-M-

MAINGUY (D.), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD civ.* 2004 p. 1

MAISONNEUVE, Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de *l'unconscionability*, *Rev. Arb.* 2005 p. 102

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST (A.), Jurisprudence de la CJUE relative au règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 sur la compétence du juge, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CJUE 10 févr. 2009, *Allianz SPA*), *RTD com.* 2009 p. 482

MATHIEU-IZROCHE (M.A.), La liberté contractuelle, in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.A.), REVET (TH.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 12 éd. 2006 p. 677

MARTIN (P.M.), La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt Tadic, Tribunal pénal international, chambre d'appel, 2 octobre 1995), *D.* 1996.chron. 157.

MATSCHER (F.), L'arbitrage et la convention, article 6 (suite), in *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica 1995 2 éd. p. 281

MAYER (P.), De l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, (CJUE, 25 juillet 1991, *Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*), *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 310

MAYER (P.), Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, *Rev. Crit. DIP* 1979 p.1

MAYER (P.), L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, in DELMAS-MARTY (M.), LUCAS DE LEYSSAC (Cl.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 1996, coll. Points, Série essai, p. 250

MAYER (P.), L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence, *RCADI*, 1989, V, t. 217 p. 319

MAYER (P.), L'obligation de concentrer la matière litigieuse s'impose-t-elle dans l'arbitrage international?, *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 01 avril 2011 n° 2, p. 413

MAYER (P.), Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, *Rev. Arb.* 1998 p. 359

MAZEAUD (D.), Contrat - bonne foi, (à propos de Cass. com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14768), *Revue des contrats*, 01 octobre 2007 n° 4, p. 1110

MAZEAUD (D.), Exécution des contrats préparatoires, in *L'exécution forcée du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005. 61

MAZEAUD (D.), Groupe de contrats: effets de l'annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement, *D.* 1998 p. 110

MAZEAUD (D.), Indivisibilité des contrats, (à propos de Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 2006, pourvoi n° G 02-18277), *Revue des contrats*, 01 juillet 2006 n° 3, p. 700

MAZEAUD (D.), L'endettement des acquéreurs, *Revue de droit immobilier*, 1995 p. 641

MAZEAUD (D.), La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat, (à propos de Cass. civ.3^e, 9décembre 2009, pourvoi n°04-19923), *Revue des contrats*, 01 avril 2010 n°2, p. 561

MAZEAUD (D.), Les groupes de contrats, *LPA* 5 mai 2000

MESTRE (J.), L'article 1101 du code civil et la reconnaissance de la notion de contrat conjonctif, *RTD civ.* 1990 p. 65

MESTRE (J.), Des conditions d'exercice de la résiliation unilatérale, *RTD civ.* 1996 p. 904

MESTRE (J.), L'obligation d'agir au mieux des intérêts de son cocontractant, *RTD civ.* 1997 p. 425

MESTRE (J.), Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi, *RTD civ.* 1996 p. 898

MESTRE (J.), Une exécution qui, pour sa part, continue à être placée sous le sceau de la bonne foi..., *RTD civ.* 1999 p. 390

MESTRE (J.), FAGES (B.), Cause : toujours plus !, *RTD civ.* 2007 p. 105

MESTRE (J.), FAGES (B.), Il ne faut pas confondre « déséquilibre structurel » et « modification imprévue des circonstances économiques », *RTD civ.* 2004 p. 290

MESTRE (J.), FAGES (B.), Testing, scoring, ranking..., *RTD civ.* 2002 p. 498

MESTRE (J.), FAGES (B.), Co... et Cie, *RTD civ.* 2002 p. 805

MEZGHANI (A.), Arbitrage forcé et fondement contractuel de l'arbitrage ?, *Gaz. Pal.*, 25-26 juin 2003, p. 1

MOREAU (B.), Le prononcé de la sentence entraîne-t-il le dessaisissement des arbitres ?, in *Études de procédure et d'arbitrage, Mélanges en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 453

MOREL (R.), Le contrat imposé, in *Le droit privé au milieu du XX siècle. Mélanges Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 2 p. 116

MORIN (J.Y.), L'état de droit, émergence d'un principe du droit international, *RCADI* 1995 n° 254, p. 180 et 124

MOTULSKY (H.), Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile, in *Mélanges Roubier* t. II 1974 p.175

MOTULSKY (H.), Le respect de la clause compromissoire, *Rev. Arb.* 1955 n°1 p.13

MOTULSKY (H.), Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale, *JCP* 1957, I p. 1383

MOULY (J.), De quelques aspects de l'évolution de la jurisdictio (en droit judiciaire privé), in

nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? in *Mélanges Roger Perrot*, Dalloz 1996 p. 299

MOURRE (A.), LAHLOU (Y.), L'incompatibilité avec la Convention de Bruxelles des anti-suit injunctions, *RDAI*, 2004, p. 553

MOURRE (A.), note sous CJUE, 26 octobre 2006, *Claro*, *JDI* 2007, p. 581

MOURRE (A.), Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme, *Gaz. Pal.* 2000 p.2066

MOURRE (A.), VAGENHEIM (A.), À propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement n° 44/2001, notamment après l'arrêt *West Tankers* de la CJUE, *Gaz. Pal.*, 18 juillet 2009 n°199, p. 20

MOURY (J.), De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.* 1994 p. 255

MOURY (J.), Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs, *D.* 2002 p. 2744

MOURY (J.), Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D.* 2000 p. 382

MUIR WATT (H.), De l'application du *forum non conveniens* à l'arbitrage international, (Cour fédérale d'appel des États-Unis (2e Circuit), 15 novembre 2002, *Monégasque de Réassurances SAM Monde Re c. NAK Naftogaz of Ukraine et État ukrainien*), *Rev. Crit. DIP* 2003 p. 471

MUIR WATT (H.), De la compatibilité d'une injonction *anti suit* avec le règlement communautaire du 22 décembre 2000, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 373

MUIR WATT (H.), De la compétence juridictionnelle pour déclarer exécutoire en France une sentence arbitrale rendue à l'étranger, (CA Orléans, 5 octobre 2000, *SA Recam Sonofadex c. SNC Cantieri Rizzardi de Gianfranco Rizzardi*), *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 354

MUIR WATT (H.), L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel, *Rev. Crit. DIP* 2002 p. 509

MUIR WATT (H.), La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, n° 1 ; Disponible sur le site internet de la Cour de cassation :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_mme_muir_watt_9474.html?idprec=8586

MUIR WATT (H.), Les forces de résistances à l'analyse économique du droit dans le droit civil, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37

MUIR WATT (H.), Litispendance européenne et clause attributive de juridiction, (à propos de CJUE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl.*), *Rev. Crit. DIP* 2004 p. 444

MUIR WATT (H.), Reconnaissance d'un jugement étranger rendu malgré l'existence d'une clause compromissoire non invoquée, (à propos de C. Cass., 14 novembre 2000, *Société*

Assurances générales de France et autres c. M. Karl Goettgens), *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 172

MUIR WATT (H.), PATAUT (E.), Les actes *iure imperii* et le règlement Bruxelles 1, A propos de l'affaire *Lechouritou*, *Rev. Crit. DIP* 2008 p. 61

-N-

NIBOYET (M.-L.), Action en justice, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Quadrige, 1 ed. 2003 p. 17

NIBOYET (M.-L.), L'inopposabilité au salarié de la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international : une divergence de doctrine entre la chambre sociale et la première chambre civile, *Gaz. Pal.*, 02 mars 2000 n° 62, p. 20

NIBOYET (M.-L.), Le droit civil des affaires. Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires, De la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme en matière économique, *RTD com.* 1999 p. 351

-O -

OPPETIT (B.), Droit et économie, in *Archives de philosophie du droit*, t. 37, Sirey, 1992

OPPETIT (B.), La clause compromissoire par référence, *Rev. Arb.* 1990 p. 501

OPPETIT (B.), Philosophie de l'arbitrage commercial international, *JDI* 1993. 811

OPPETIT (B.), Sur le concept d'arbitrage, in *Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 19, p. 229

-P -

PACLOT (Y.), La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, *Rev. Soc.* 2011 p. 395

PAILLUSSEAU (J.), Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle, *D.* 2003 p. 260

PAPADATOU (D.), L'arbitrage byzantin, *Rev. Arb.* 2000. 349

PAULIAT (H.), La justice, un instrument de confiance dans la démocratie ? in *Justice et démocratie*, Pulim, d'Agusseau (textes réunis par S. Gaboriau et H. Pauliat) p. 487

PERCEROU (R.), Quel est le coût de l'arbitrage ?, *Cah. Dr. Ent.* 1999 n° 3 p. 18

PEREIRA (F.P.), La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives, *Rev. Crit. DIP* 2010 p. 1

PERRIN (L.), Indépendance et impartialité d'un tribunal arbitral établi par l'UNESCO, *Dalloz*

actualité 2 mars 2009

PERROT (R.), Autorité de la chose jugée : sa relativité et le principe de concentration (Civ. 1re, 28 mai 2008, pourvoi n° 07-13.266), *RTD civ.* 2008 p. 551

PERROT (R.), Frais et dépens... de la justice anglaise, *RTD civ.* 1999 p. 469

PERROT (R.), L'application à l'arbitrage des règles du nouveau code de procédure civile, *Rev. Arb.* 1980. 645

PERROT (R.), L'application à l'arbitrage des règles du nouveau code de procédure civile, *Rev. Arb.* 1980 p. 645

PHILIPPE (M.), Les pouvoirs de l'arbitre et de la cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence, *Rev. Arb.* 2006 p.591

PICARD (E.), L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA* 1998 p. 6

POLLAUD-DULIAN (F.), De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires, *RTD com.* 1997 p. 349

POMART-NOMDEDEO (C.), Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité, *RTD civ.* 2010 p. 209

PRADEL (X.), Cession de créance et transfert de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 20 décembre 2001), *D.* 2003 p. 569

PUECHAVY (M.), L'aide juridictionnelle et la Convention européenne des droits de l'homme, *in Mélanges Pettiti*, p. 621

-R -

RACINE (J.B.), l'affaire Abela ou les Vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale, *Gaz. Pal. Spéc. Arb.*, n° 2009/2, 17-18 juillet 2009 p.13

RAYNARD (J.), De l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public... international : de l'extra territorialité de la Convention européenne des droits de l'homme (CJUE 28 mars 2000, *Krombach c. Bamberski* ; Civ. 1re, 16 mars 1999, *Pordéa*), *RTD civ.* 2000 p. 944

REMY (Ph.), La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, *RTD civ.* 1997 p. 323

REMY-CORLAY (P.), L'influence du droit communautaire sur l'office du juge (CJUE 4 juin 2009, *Pannon GMS* ; CJUE 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*), *RTD civ.* 2009 p. 684

RENOUX (Th. S.), La constitutionnalisation du droit au juge en France, *in Rapport au colloque du CEDORE sur le droit au juge dans l'Union européenne*, Nice 25 et 26 avril 1997, LGDJ

1998, p. 109

RENOUX (Th. S.), Le droit au juge naturel, droit fondamental, *RTD civ.* 1993 p. 33

RENOUX (Th. S.), Le droit au recours juridictionnel, *JCP* 1993 .I.3675

RETORNAZ (V.), VOLDERS (B.), Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif, *Rev. Crit. DIP* 2008 p. 225

REYMOND (Cl.), Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et de sa répartition, in *Études de procédure et d'arbitrage, Mélanges en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 495

RIGAUX (F.), Souveraineté des États et arbitrage transnational, Hommage à Jean Robert: les États et l'arbitrage international, *Rev. Arb.* 1985 p. 261

ROBERT (J.), L'arbitre est-il compétent pour statuer sur la validité de la clause compromissoire?, (Com. 6 octobre 1953 Courtieu) *S.1954.I.149*

ROBERT (J.), Vers l'État de droit, in *Enjeux du siècle, nos libertés, Economica*, 2002 p. 35

ROETS (D.), Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ?, *D.* 1997 p. 92

ROLIN (F.), L'aide juridictionnelle face aux exigences du procès équitable, *D.* 2001 p. 725

ROUCHE (J.), Le paiement par le défendeur de sa part de provision sur les frais d'arbitrage : simple faculté ou obligation contractuelle ?, *Rev. Arb.* 2002. 841

ROUSSEAU (D.), L'état de droit est-il un état de valeurs particulières?, in *Mélanges Pactet*, Dalloz 2003

ROUX (X), Le rôle de la protection juridique, *Gaz. Pal.* 26-27 juillet 2002 p.28

-S-

SACHS (K.), La portée du contrôle exercé par les tribunaux étatiques allemands sur les sentences arbitrales relatives au droit communautaire de la concurrence, *Gaz. Pal. Spéc. Arb.* n° 2008/2, 2-3 juillet 2008 p. 3

SACHS (K.), La protection de la partie faible en arbitrage, *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, n° 2007/2, 17 juillet 2007, p. 22

SAINTE-ROSE (J.), Arbitrage international : sursis à statuer et recours en annulation des sentences, *D.* 2006 p. 199

SAINTOURENS (B.), Opposabilité du règlement intérieur d'une société coopérative au dirigeant d'une société associée (C. Cass. Civ. 1, 22 octobre 2008, *Société coop. Système U c. X*), *Revue des sociétés* 2009 p. 363

SAUSER-HALL (G.), L'arbitrage en droit international privé, Rapport à la session de Sienna de l'Institut de droit international, *Annuaire Inst. Dr. Inter.* 1952 p.469

SAUTEL (O.), Sur la déchéance en droit privé, (contribution à la théorie de la permanence de la cause), *D.*1999 p. 487

SCHLOSSER (P.), La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage, *Rev. Arb.* 1998. 291

SCHLOSSER (P.), Les propositions du rapport Heidelberg concernant l'application de « Brussel I » à l'arbitrage, *Gaz. Pal.* 2008, n° 290, p. 26

SCHLOSSER (P.), HESS (B.), PFEIFFER (Th.), Les propositions du rapport Heidelberg concernant l'application de « Brussel I » à l'arbitrage- une réponse à l'éditorial de Serge Lazareff, *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 16 oct. 2008, n° 289 à 290, n° 2008/3 p. 26

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, *RTD civ.* 2000 p. 25

SCHNAPPER (B.), De la charité à la solidarité : l'assistance judiciaire française (1851-1972), *Revue d'histoire du droit* 1984, tome 52, p. 105-117

SERAGLINI (Ch.), Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre, *Gaz. Pal.*, 15 décembre 2007 n° 349, p. 5

SERVERIN (E.), Une confirmation bienvenue du contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la clause compromissoire et le choix de la loi applicable dans les contrats de travail internationaux, *Revue de droit du travail* 2008 p. 326

SIMLER (Ph.), La détermination du prix : nouveaux enjeux, *D.* 1997 p. 75

SINAY-CYTERMANN (A.), Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation international, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 427

SPITZ (J.F.), « *Qui dit contractuelle dit juste* » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.* 2007 p.281

STOFFEL-MUNCK (Ph.), L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ?, *D.* 2002 p. 1974

STONE SWEET (A.), GRISEL (F.), L'arbitrage international: du contrat dyadique au système normatif, in *L'arbitrage, Arch. De Phil. Du droit*, tome 52, Dalloz 2009 p. 75

SOYER (J.C.), de SALVIA (M.), Article 6, in L. E. PETTITI, E. DECAUX et P. H. IMBERT (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2 éd. p. 240

THERY (PH.), A la recherche du juge de *l'exequatur* : de l'intérêt de distinguer compétence et procédure... (Civ. 1re, 9 décembre 2003, *Noga*), *RTD civ.* 2004 p. 547

THERY (PH.), Aux frontières du règlement 44/2001 : arbitrage, injonction et confiance mutuelle... (CJUE 10 fév. 2009), *RTD civ.* 2009 p. 357

THERY (PH.), Compétence, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Quadrige, 1 ed. 2003, p. 247

THERY (PH.), Heurs et malheurs des injonctions *in personam* (à propos de CJUE 27 avril 2004, *Turner c. Grovit, Harada Ltd. & Changepoint SA*), *RTD civ.* 2004 p. 549

THERY (PH.), Inapplicabilité de la convention d'arbitrage : variations sur vouloir et pouvoir..., (Civ. 1re, 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 62), *RTD civ.* 2008 p. 151

THERY (PH.), Injonction et compétence internationale : vérité au-delà des frontières de l'Union européenne, erreur en deçà..., *RTD civ.* 2010 p. 372

THERY (PH.), La responsabilité de l'arbitre (Civ. 1re, 6 décembre 2005, n° 03-13.116), *RTD civ.* 2006 p. 144

THERY (PH.), Le juge et la convention d'arbitrage ou l'instrumentalisation des notions juridiques... (Civ. 1re, 8 novembre 2005, n° 02-18.512), *RTD civ.* 2006 p. 143

TERRE (F.), La proportionnalité comme principe ?, *JCP G*, 15 juin 2009 n°25 p. 52

-U-

USUNIER (L.), De la compatibilité des injonctions *anti-suit* avec le Règlement CE 44/2001, *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 434

USUNIER (L.), La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for Beaucoup de bruit pour rien ?, *Rev. Crit. DIP* 2010 p. 37

-V-

VALENCIA (F.), Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, *Rev. Arb.* 2007 p. 45

VEEDER (V.V.), La nouvelle loi anglaise de l'arbitrage de 1996 : la naissance d'un magnifique éléphant, *Rev. Arb.* 1997 p. 3

VERDERA Y TUELLS (E.), La nouvelle loi espagnole sur l'arbitrage (loi no 60/2003 du 23 décembre 2003), *Gaz. Pal.*, 04 décembre 2004 n° 339, p. 5

VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS (J.), L'arbitrage dans la Grèce antique. Époque archaïque et classique, *Rev. Arb.* 2000 p.9

VIANGALLI (F.), Immunité de juridiction et déni de justice, *D.* 2005 p. 1540

VIATTE (J.), L'amende civile pour abus du droit de plaider, *Gaz. Pal.* 1978. Doctr. 305

VONSY (M.), Actes de gouvernement et droit au juge, (à propos de l'arrêt CEDH, 14 décembre 2006, *Markovic c. Italie*), *RFDA* 2008 p. 728

-W-

WACONGNE (M.), L'inefficacité de l'engagement excessif, ou la protection de la caution par le droit de la consommation, *D.* 1997 p. 515

WAQUET (Ph.), L'aide juridictionnelle et l'instance, *D.* 2009 p. 2178

WIEDERKEHR (G.), Action en justice, in CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF p. 6

WILLMANN (Ch.), Le chômage du débiteur, *Revue de droit sanitaire et social* 1998 p. 691

-Z-

ZELCEVIC-DUHAMEL (A.), La notion d'économie du contrat en droit privé, *JCP G* n° 9, 28 février 2001, I. 300

ZOLLER (E.), Bonne foi, in ALLAND (D.), RIALS (St.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Quadrige, 1 ed. 2003 p. 143

5)- Jurisprudence

a)- Française

i)- Juridictions du fond:

Décisions de première instance

Trib. Civ. Lille 20 février 1946 *Cochon*, *RTD civ.* 1947 p. 220 obs. crit. H. Vizioz ; *D.* 1946 p. 208

Trib. Civ. Lille 12 juillet 1957, *Vanhoucke*, *Rev. Arb.* 1957 p. 135

TGI Paris, 1 octobre 1976, *J.*1977 p. 879 obs. Ph Kahn

TGI Paris, 10 juin 1982, *Rev. Arb.* 1983 p. 191, note B. Moreau

T. Com. 3 déc.1985, *Société pétroles Miroline* ; *Rev. Arb.* 1986 p. 250

TGI Paris, réf., 11 mai 1987, *Rev. Arb.* 1988 p. 699, (1 esp.), note Ph. Fouchard

TGI Paris, ord. réf., 12 juillet 1989, et Paris 24 novembre 1989, *Rev. Arb.* 1990 p. 176, (1 et 3 esp.), note P. Kahn

TGI Paris, 18 janvier 1991, *Société Chérifienne des pétroles*, *Rev. Arb.* 1996 p. 503, (1 esp.), note P. Fouchard

TGI Lyon 25 janvier 1994, *Rev. Arb.* 1994 p. 525 note M.-C. Rondeau-Rivier

TGI Bressuire, 6 févr. 1994, *Rev. Arb.* 1995 p. 132, obs. P. Véron

TGI Paris, 6 juillet 1994, *Gaz. Pal.*, 25 août 1994, p. 589

TGI Paris (ord. Réf.), 15 février 1995, *SA Industrial Export*, *Rev. Arb.* 1996 p. 503 note Ph. Fouchard

TGI Paris, 10 janvier 1996, *Bull. ASA* 1996. 319, note H. Arfazadeh ; *Rev. Arb.* 2002 p. 427 note Ph. Fouchard

TGI Paris, 5 novembre 1997, *D.* 1998 p. 9, note Frison-Roche

TGI Beauvais, 9 avril 1998, (1 esp), *Rev. Arb.* 2002 p. 993

T. Com. Paris (Ord Réf.), 18 décembre 1998, (2 esp.), *Rev. Arb.* 2002 p. 993

TGI Paris, 25 novembre 1999, *B. c. Société Lipha SA*, *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer

TGI Paris, 9 février 2000, *Rev. Arb.* 2002 p. 427 note Ph. Fouchard

TGI Sens, 28 avril 2000, *X. et D. c. P.*, *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer

Décisions de cours d'appel

CA Nîmes, 16 mars 1842, *Imbert et Duplan c. Rocher*, *JP*, 1842, I, 421

CA Paris, (2 esp.), 9 et 31 janvier 1843, *Prugniaux Lesselin et Simon c. Dupont*, *JP* 1843, I, 232 et *JP*, 1843, I, 233

CA Lyon, 30 av. 1951, *Courtieu*, *D.* 1951.610, *RTD civ.* 1954 p. 141 obs. P. Hébraud

CA Paris, 22 janvier 1957, *Buck*, *D.* 1957.566 ; *JCP* 1957.II.10165

CA Paris, 10 novembre 1959, *Dawn Adams*, *Rev. Crit. DIP* 1960 p. 218 note Ph. Fouchard

CA Colmar, 29 novembre 1968, *Impex*, *Rev. Arb.* 1968 p. 149

CA Paris, 25 janvier 1972, *Rev. Arb.* 1973 p. 158 note P. Fouchard

CA Paris, 16 décembre 1974, *JDI* 1976 p. 146 note D. Holleaux

CA Paris, 13 déc. 1975, *Rev. Crit. DIP* 1976 p. 506 note Oppetit

CA Paris, 14 oct. 1977, *SARL Primor*, *D.* 1978 p. 298 note J. Robert

CA Paris, 21 octobre 1983, *Rev. Arb.* 1984 p. 98 note Chapelle

CA Paris, 20 février 1984, *Adda et autres c. Société C.H.M2* ; *Rev. Arb.* 1986 p. 236

CA Rouen, 26 septembre 1985, *Société Engrais de Saint-Wandrille c. Société Les engrais de Gabès*, *Rev. Arb.* 1986 p. 241

CA Paris, 22 octobre 1985, *Société King Production*, *D.* 1986, IR 66, *Rev. Arb.* 1986 p. 213 et p. 250

CA Paris, 25 avril 1986, *Gaz. Pal.* 1987,2 p. 800

CA Paris, 14 mai 1986, *Rev. Arb.* 1986 p. 565

CA Paris, 20 janvier 1987, *E.T.A.P.*, *JDI* 1987 p. 954 note Loquin

CA Paris, 7 juillet 1987, *Rev. Arb.* 1988 p. 648, note E. Mezger

CA Paris, 28 octobre 1987, *Rev. Arb.* 1988 p. 149 note Ch. Jarrosson

CA Paris, 18 novembre 1987 (1 esp), *Rev. Arb.* 1988 p. 657 note Ph. Fouchard ; *Rev. Arb.* 1990 p. 487 obs. Ph. Fouchard

CA Paris 20 avril 1988 *Rev. Arb.* 1988 p. 570

CA Paris, 4 mai 1988, *Rev. Arb.* 1988 p. 644 et p. 657 (2 esp) note Fouchard

CA Paris, 16 juin 1988, *Société Swiss oil c. Société Petrogab et République du Gabon*, *Rev. Arb.* 1989 p. 309 note Ch. Jarrosson

CA Paris, 24 novembre 1989, *La Belle Créole*, *Rev. Arb.* 1990 p. 176, 1re et 3e esp., note P. Kahn

CA Paris, 8 mars 1990, *Rev. Arb.* 1990 p. 657, (2 esp.) note P. Mayer

CA Paris, 5 avril 1990, *Rev Arb.* 1992 p. 110 note H. Synvet

CA Paris, 21 juin 1990, *Compagnie Honeywell Bull S.A. c. Computacion Bull de Venezuela C.A.*, *Rev. Arb.* 1991 p. 96 note Delvolvé

CA Paris, 7 février 1991, *Rev. Arb.* 1992 p. 630 obs. Pellerin

CA Paris, 22 mai 1991, *Rev. Arb.* 1996 p. 476 (2 esp) obs. Ph. Fouchard

CA Paris, 14 novembre 1991, *Consorts Legrand*, *Rev. Arb.* 1994 p. 545 (2 esp.) obs. Ph. Fouchard

CA Paris, 29 novembre 1991, *Rev. Arb.* 1993 p. 617, note Aynès

CA Paris, 17 décembre 1991, *Rev. Arb.* 1993 p. 281, note H. Synvet

CA Paris, 9 avril 1992, *Société l'Oréal*, *D.*1992 p. 173

CA Paris, 29 mai 1992, *Consorts Rouny*, *Rev. Arb.* 1996 p. 408 obs. Ph Fouchard p. 325

CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal c. Sociétés Mors et Westland Aerospace*, *Rev. Arb.* 1993 p. 645 note Jarrosson

CA Paris 23 juin 1993, *Rev. Arb.* 1994 p. 151 et p. 162 note L. Cadiet

CA Paris, 7 juillet 1994, *Uzinexportimport Romanian Co c. Attock Cement Co*, *Rev. Arb.* 1995 p. 107 note S. Jarvin

CA Paris, 23 septembre 1994, *Société Hôtelière de montagne c. époux d'Amade et autres; RTD com.* 1995 p. 396, obs. J-Cl Dubarry et E Loquin ; *Rev. Arb.* 1996 p. 393 et obs. Ph. Fouchard p. 325

CA Paris, 7 déc. 1994, *Jaguar*, *RTD com.* 1995 p. 401 obs. Bubarry et Loquin

CA Paris, 20 septembre 1995, *Société Matra Hachette*, *Rev. Arb.* 1996 p. 87 note D. Cohen

CA Paris, 26 octobre 1995, *Société nationale des chemins de fers Tunisiens c. J.M. Voith A.G.*, *Rev. Arb.* 1997 p. 553

CA Paris, 15 févr. 1996, *D.* 1996 p. 414, note H. Garidou

CA Paris, 19 déc. 1996, *Société Qualiconsult et autres c. Groupe Lincoln*, *Rev. Arb.* 1998 p. 121 note Ch. Jarrosson

CA Paris, 14 janvier 1997, *Rev. Arb.* 1997 p. 395 note Fouchard

CA Paris, 3 juillet 1997, *Millac Deletang c. SCOP Couécou*, *Rev. Arb.* 1997 p. 611

CA Paris, 25 novembre 1997, *Société V.R.V.-SPA, c. La Société Pharmachim LTD Co* n° 96/80888

CA Paris, 2 avril 1998, *D.* 1998, IR 137, *Petites affiches*, 15 mars 1999, p. 15 obs. J. Massip

CA Paris, 19 juin 1998, *Boulois c. UNESCO*, *Rev. Arb.* 1999 p. 343 note Jarrosson

CA Paris, 15 septembre 1998, *Société Cubic Defense Systems*, *Rev. Arb.* 1999 p. 103 note P. Lalive ; *Rev. Arb.* 2001 p. 511 note Th. Clay

CA Paris, 25 mars 1999, *Rev. Arb.* 2003 p. 123 note Ph. Fouchard

CA Paris, 30 mars 1999, *Rev. Arb.* 2003 p. 207 note Ph. Fouchard

CA Reims (ord. 1^{er} Prés.), 16 décembre 1999, *Société Adidas c. André Fresco et Société Ventex*, *Rev. Arb.* 2000 p. 316 note Th. Clay

CA Paris, (1 ch.), 25 octobre 2000, *Rev. Arb.* 2001 p. 573 note Legros

CA Paris, 28 fév. 2001, *Rev. Arb.* 2001 p. 236

CA Paris, (1 ch. C.), 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC) c. État d'Israël*, *Rev. Crit. DIP* 2002 p. 838 ; *Rev. Arb.* 2001 p. 609 ; *Rev. Arb.* 2002 p. 427 note Ph. Fouchard

CA Paris, 7 juin 2001, *Rev. Arb.* 2001 p. 605

CA Paris, (1 ch. C.), 12 décembre 2001, *T. Cavagna et autres c. SCI La Chartreuse*, *RTD com.* 2002 p. 659 Éric Loquin

CA Paris, 13 décembre 2001, *A. Perrin c. T. Benne et autres (P. c. X)*, *RTD com.* 2002 p. 282 obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 2003 p. 1312 note H. Lécuyer ; *D.* 2003 p. 2476 note Th. Clay

CA Paris, (1 ch. C.), 7 févr. 2002, *SA Alfac c. Société Irmac Importacao*, *Rev. Arb.* 2002 p. 413, note Fouchard ; *RTD com.* 2002 p. 659 E. Loquin

CA Dijon, 23 avril 2002, *Rev. Arb.* 2002 p. 743, note M.-C. Rivier

CA Paris, 27 juin 2002, *Société Comecin c. Société Theobroma*, *Rev. Arb.* 2003 n° 2 p. 427 note C. Legros ; *Rev. Crit. DIP* 2002 p. 522 ; *Rev. Arb.* 2001 p. 765 note Cohen

CA Paris, 4 déc. 2002, *Société American Bureau of Shopping (ABS) c. Copropriété maritime Jules Verne et autre*, *Rev. Arb.* 2003 p. 1286 note E. Gaillard

CA Paris, 30 juin 2004, *Société Frantonin c. ITM entreprises*, *Rev. Arb.* 2004 p. 272 note Racine

CA Paris, 10 févr. 2005, *D.* 2005. Pan. 3050, spéc. 3057, obs. Th. Clay ; *Rev. Arb.* 2005 p. 709 (2^e esp.), note M. Henry

CA Paris, 14 avril 2005, *Stebler c. Société La Croissanterie*, *Gaz. Pal., Spéc. arb.*, vendredi 21, samedi 22 octobre 2005 n°295 Rec. III, p. 359 ; *RTD com.* 2006 p. 308 Éric Loquin

CA Paris, 29 septembre 2005, *Rev. Arb.* 2006 p. 695 note Muir Watt

CA Aix en Provence, 23 février 2006, *RTD com.* 2006 p. 766 note E. Loquin,

CA Paris, 14 juin 2006, *SA Knick France c. Didier X et Marque*, n° 06/03451

CA Paris, 15 juin 2006, *Legal Departement du ministère de la justice de la République d'Irak c. Société Fincantieri Cantieri navali italiani et autres*, *Rev. Arb.* 2007 p. 87 note S. Bollée, *D.* 2006 p. 3035 obs. Th. Clay ; *Rev. Arb.* 2006 p. 950 note E. Gaillard

CA Versailles, 15 septembre 2006, *Société Flakt Solyvent Ventec c. Société ABB* ; *RTD com.* 2006 p. 764 obs. Loquin

CA Paris, 25 octobre 2006, *Société Nuova Pignone*, *Rev. Arb.* 2008 p. 678 note O. Cachard

CA Versailles.(1 Ch.), 12 décembre 2006, *Ronald Cécil X... c. Ulrich Y...*, n° 05/05738

CA Paris, 23 octobre 2008, n° 08/10510, *Société Limak Insaat San Vetic As* ; *D.* 2009 p. 2959 obs. Th. Clay

CA Paris, (1^{re} ch. C), 22 janvier 2009, *Chambre de commerce internationale*, n° 07/19492, *D.* 2009. Pan. 2959, obs. Th. Clay ; *JDI* 2009 p. 617, note Th. Clay ; *RTD com.* 2010 p. 542 Eric Loquin

CA Paris, 6 janvier 2011, *NEFTGAZ*, n° 10/20243

CA Paris, 29 septembre 2011, *Société des Autocars Transmaghreb*, n° 11/08019

ii)- Cour de cassation

1. Chambres civiles

C. Cass. Req. 28 juillet 1818, *Roselly*, *S.* 1818.I.510

C. Cass. Req., 8 avril 1851, *Moser*, *D.P.* 1851.I.137

C. Cass. Civ. 10 juillet 1843, *Compagnie l'Alliance c. Prunier*, *D.* 1843, I, 343, *Rev. Arb.* 1992 p. 399, concl. Av. Gén. Hello

C. Cass. Civ., 7 mars 1855, *Quertier*, *D.* 1855.I.81

C. Cass. Civ., 29 janvier 1867, *GAJC t. 2*, 11e éd., 2000, spéc. n° 266

C. Cass. Civ., 24 mai 1948, *Lautour*, *Rev. Crit. DIP* 1949 p. 89 note Batiffol

C. Cass. Civ., 21 juin 1948, *Patino*, *GADIP* n° 38-39

C. Cass. Civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, *Rev. Crit. DIP* 1950 p. 609 note H. Battifol ; *D.* 1951 p. 749 ; *GAJDIP* n°22

C. Cass. Civ., 16 févr. 1954, *D.* 1954, jurispr. p. 534, note R. Rodière

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 19 oct. 1959, *Pelassa*, GADIP n° 37 § 6 ; *D.* 1960.37 note G. Holleaux

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 29 janvier 1960, *Rev. Arb.* 1960 p. 121

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Gosset*, *Bull. civ.* I, n°246 ; *D.* 1963, Jur. p. 545, note J. Robert ; *Rev. Crit. DIP* 1963 p. 615, note H. Motulsky

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1964, *JCP* 1964. II. 13590, note Ancel

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 1964, *Bull. civ.* I, n° 134

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 19 février 1968, *Bull civ* I, n° 69

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 févr. 1969, *Société des comédiens français* ; *JCP G* 1969, II, 16030, note D. Prieur ; *D.* 1969, jurispr. p. 601 note J. Mazeaud ; *RTD civ.* 1969 p. 798 obs. G. Viney

C. Cass. Civ. 2, 13 avril 1972, *Ury*, *Bull. civ.* n° 91 ; *Rev. Arb.* 1975 p. 235 note E. Loquin

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 20 juin 1972, *JCP* 1972. II. 17202, note E.-J. Guillot

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1972, *Hecht*, *Rev. Crit. DIP* 1974 p. 82 note P. Level ; *JCP* 1971, II, 16927 note B Goldman ; *JDI* 1972 p. 843, note B. Oppetit

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 9 juin 1979, *Rev. Arb.* 1980 p.78, note Courteault

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 9 juillet 1979, *JCP* 1980. II. 19389 note G. Couchez ; *Rev. Arb.* 1980 p. 78 note Courteault

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 20 décembre 1982, *S.C.I. Le Panorama c. S.I.M.T.*, *Bull. civ.* III, n° 260, *Rev. Arb.* 1986 p. 235

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 19 janvier 1983, n° 81-16.159, *Bull. civ.* I, n° 27, *Rev. Crit. DIP* 1984 p. 492 note P. Mayer

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 29 février 1984, *Rev. Arb.* 1986 p. 43 note B. Moreau

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1984, 2 esp., *Rev. Arb.* 1985 p. 69 note Couchez

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1984, *Norsolor*, *Rev. Crit. DIP* 1985 p. 551

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 janvier 1985, *Bull. Civ.* I n° 25

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1985, *Sorelec*, GAJDIP n° 72 ; *Rev. Crit. DIP* 1986 p. 537 note H. Gaudemet-Tallon

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 18 juin 1986, *Rev. Arb.* 1986 p. 565 note G. Couchez

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 novembre 1986, *SEEE*, *JDI* 1987 p. 125 note E. Gaillard ; *Rev. Arb.* 1987 p. 149 note Delvolvé

- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1987, *R.*1987. 617 note P-Y Gautier
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1987, *Plateau des pyramides*, *JDI* 1987 p. 638 note Goldman
- C. Cass. Civ. 2^{ème}, 28 octobre 1987, *SARL Bureau Qualitas*, *Rev. Arb.* 1988 p. 149 note Ch. Jarrosson
- C. Cass. Civ. 2^{ème}, 4 novembre 1988, *D.* 1989 p. 609, note M.-A. Frison-Roche
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 décembre 1988, *Navimpex*, n° 86-14.396, *Bull.* 1988 I n° 343 p. 233 ; *Rev. Arb.* 1989 p. 641 note B. Goldman, *JDI* 1992 p. 168 note E. Loquin
- C. Cass. Civ. 2^{ème}, 1 février 1989, *Rev. Arb.* 1989 p. 494 note G. Couchez
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 28 juin 1989, *Eurodif c. Rép. Islamique d'Iran*, *Rev. Arb.* 1989 p. 653, 2 esp. Note Fouchard ; *JDI* 1990 p. 1004, 2 esp. note P. Ouakrat
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 29 novembre 1989, *Société Balenciaga c. Société Allieri et Giovanozzi* et 6 mars 1990, *Société Horeva c. Société Sitas*, *Rev. Arb.* 1990 p. 633 note H. Gaudemet-Tallon
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 fév. 1990, *Bull. civ* I, n° 43, n° 88-16.395
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juillet 1990, *Cassia*, *JDI* 1992 p. 168 note E. Loquin
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1990, *Rev. Arb.* 1991 p. 71 chron. Delebecque
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1990 *RTD civ.* 1991 p. 603 obs. Perrot
- C. Cass. Civ. 2^{ème}, 10 octobre 1990, *Société Bureau Qualitas et autres c. J. Viet et autres*, *D.*1990 p. 239 ; *Rev. Arb.* 1996 p. 393 et p. 325 note Ph. Fouchard
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 février 1991, *Rev. Arb.* 1991 p. 625 note L. Idot
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *Rev. Crit. DIP* 1991 p. 667 note G. Khairallah.
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 19 novembre 1991, *Rev. Arb.* 1992 p. 462 note D. Hascher
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 22 octobre 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c. Primary Coal Inc.* (et CA 1re Ch. civ., 13 juillet 1989), *JDI* 1990 p. 430, note B. Goldman ; *Rev. Arb.* 1990 p. 663, note P. Lagarde
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1992, *Société Siemens et autres c. Société Dutco Construction*, *Bull. civ.* I, n° 2, p. 2 ; *Rev. Arb.* 1992 p. 470 note P. Bellet; *RTD com.* 1992 p. 796 Dubarry (J.-Cl.), Loquin (E.)
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Rev. Arb.* 1993 p. 255 (2e esp.) note D. Hascher
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 1er décembre 1993, n° 91-20.539, *RTD civ.* 1994 p. 858 note J Mestre

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993 n° 91-16.828, *Dalico*, *Bull. civ. I*, n° 372 ; *D.* 1994. IR. 13 ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 663 note P. Mayer; *Rev. Arb.* 1994 p. 116 note H. Gaudemet Tallon ; *JDI* 1994 p. 432 note Gaillard et p. 692 note Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 260 note Ph. Fouchard ; *JDI* 1994 p. 690 note Loquin ; *RTD com.* 1994 p. 254, obs. Dubarry et Loquin

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, *Hilmarton*, *Rev. Crit. DIP* 1995 p. 356 note B. Oppetit

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 10 mai 1995, *Société Coprodag et autres c. dame Bohin*, *Rev. Arb.* 1995 p. 615 note E. Gaillard

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 8 juin 1995, *D.* 1995, IR 184, *Rev. Arb.* 1996 p. 125, obs. J. Pellerin

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 décembre 1995, *Hintermann*, *Rev. crit. DIP* 1996 p. 337, note H. Muir Watt

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 17 janvier 1996, *Société Euro Disney*, *Rev. Arb.* 1996 p. 620 note L. Cadiet.

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mars 1996, *Rev. Crit. DIP* 1996 p. 670 note Ponsard

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 3 juillet 1996, *Rev. Arb.* 1996 p. 405 note Ph. Fouchard

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 1996, *Bull. civ. I*, n° 335 ; *RTD civ.* 1997 p. 115 obs. J. Mestre

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 1996, n° 94-18.657, *Bull. civ. I*, n° 332, *D.* 1996, IR 232

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 5 février 1997, *Proc. avril* 1997 n° 82 obs. Perrot

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 2 avril 1997, *Société Fiduciaire européenne c. Jerusalmi et autres*, *Rev. Arb.* 1998, p. 673 note L. Degos

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, *Renault c. Société V 2000 (Jaguar)*, *Bull. civ. I*, n° 159, *RTD com.* 1998 p. 330 obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1998 p. 87, note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998 p. 330, obs. Loquin ; *Rev. Arb.* 1997 p. 537 note E. Gaillard

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, n°95-15.642, *Bull. civ. I*, n° 224, *D.* 1998 p. 32, note L. Aynès et somm. 110, obs. D. Mazeaud

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1997, *D.* 1998, somm., p. 110, obs. D. Mazeaud

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 21 octobre 1997, *Société Rantec c. SDIT Europe*, *Rev. Arb.* 1998 p. 673 note L. Degos

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1997, *Société Pontoizeau Automobile*, n° 95-20.280, *Bull. civ. II*, n° 274, *JCP* 1998. I. Pan. 71

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1997, *Raoul Duval*, *Rev. Arb.* 1999 p. 253

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *GMAO*, n° 96-21.485, *D.* 1999 p. 197 note C. Jamin ; *GAJC*, 12^e éd. 2008 p. 266 ; *RTD civ.* 1999 p. 394, obs. J. Mestre

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *Zanzi c. J. de Coninck et autres*, *Rev. Arb.* 1999 p. 260 note Ph. Fouchard ; *D.* 1999 p. 31 ; *RTD com.* 1999 p. 380 note E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 1999 p. 546 note D. Bureau ; *D.* 1999 p. 115 note Delebecque

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, *Banque Worms*, n° 96-20.202, *Bull.* 1999 I n° 1 p. 1 ; *Rev. Crit. DIP* 1999 p. 536 obs. Pataut ; *Rev. Arb.* 2000 p. 85 note D. Cohen

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, n° 96-21.997, *Giraud*, *D.* 2000 p. 360, obs. D. Mazeaud, *Bull. civ.* I, n° 52

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 11 mars 1999, *Société Project XJ 2000*, *Rev. Arb.* 1999 p. 853 (2 esp.) obs. J. Pellerin

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, *Pordéa c. Society Times Newspapers Limited*, *Rev. Crit. DIP* 2000 p. 223, *JDI* 1999 p. 271, obs. O. Bachelet, 794, note Huet et 773, obs. A. Huet ; *RTD civ.* 1999 p. 469, obs. Perrot ; *Rev. Crit. DIP* 2000 p. 223 et p.181, chron. G. A. L. Droz ; *RTD civ.* 2000 p. 944, obs. J. Raynard ; *D.* 1999 p. 497 note P. Courbe ; *Gaz. Pal.*, 1999 p. 1, panor. Cass. p. 133 n° 177, p. 133 (26 juin 1999) *Bull. cass.*, 1999 p. 1, n° 92. M. Huet

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 25 mars 1999, *Bull. Civ.* II n° 58, *Rev. Arb.* 1999 p. 807 note P. Level

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 8 avril 1999, *Société Soulier et autres*, *Rev. Soc.* 2000 p. 278 note J. Moury

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 1 décembre 1999, *Société Metu System France et autres c. Société Sulzer Infra, et Société Exportles c. Société Rusbois*, *Bull. Civ.* n° 325 p. 213 ; *Rev. Arb.* 2000 p. 96 note Fouchard

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2000, *Rev. Arb.* 2000 p. 447 note A. Lacabarats ; *RTD com.*, 2000 p. 345 note E. Loquin

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2000, *Société Assurances générales de France et autres c. M. Karl Goettgens*, n° 99-15.690, *RTD civ.* 2002 p. 93, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2002 p. 359, obs. B. Bouloc ; *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 172 note Muir Watt (H.)

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 février 2001, *Peavey Company*, n° 98-20.776 *Bull. civ.* 2001 I n° 22 p. 15 *RTD com.* 2001 p. 1135 obs. Delebecque ; *Rev. Crit. DIP* 2001 p. 522 note Jault-Seseke

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, *Europe Expertise*, n° 99-15.170, *D.* 2001 p. 1568, note Ch. Jamin ; *D.* 2001 p. 3239, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2001 p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *Société American Bureau of Shopping (ABS) c. Copropriété maritime Jules Verne et autres*, *Rev. Arb.* 2001 p. 529, note E. Gaillard

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 octobre 2001, *Société Quarto Children's books*, *Rev. Arb.* 2002 p. 919, *Rev. Crit. DIP* 2002 p. 555 note F. Fault Seseke

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 20 décembre 2001, *Société Quille le Trident*, n° 00-10.806 (n° 1895 FS-P+B), *D.* 2003 p. 569 note Pradel (X.) ; *RTD com.* 2002 p. 279 note E. Loquin

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 30 janvier 2002, *D.* 2002. Jur. 2288, note J.-L. Elhoueiss ; *RTD civ.* 2002 p. 321 note Gautier (P-Y)

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mars 2002, *SNC Bon Puits*, n° 01-12.751, *Bull. civ.* III, n° 54, p. 47 ; *RTD Civ.* 2002 p. 805 obs. Mestre et Fages

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 4 avril 2002, *Bull. civ.* II, n°68 ; *D.* 2003, Jur. p. 1117, note L. Degos ; *Rev. Arb.* 2003 p. 103, note Ph. Didier

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 29 mai 2002, *Bull. civ.* II n° 115

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juin 2002, *Prodim*, n°00-19.458, *Bull. civ.* II, n° 130, *D.* 2002 p. 2439, note I. Najjar ; *Rev. Arb.* 2002 p. 679

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 30 octobre 2002, *Bull. civ.* III, n° 211 ; *RTD com.* 2003 p. 56, obs. B. Saintourens

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2002, *Banque Worms*, *JCP* 2002 II 10201 note S. Chaillé de Néré ; *Gaz. Pal.* 2003 p. 29, note M.-L. Niboyet ; *D.* 2003 p. 797 note Khairallah ; *Rev. Crit. DIP* 2003 p. 631 note H. Muir Watt

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2002, *Rev. Arb.* 2002 p. 371 obs. Théry

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, *Nègre c. Vivendi*, *Rev. Arb.* 2003 p. 1337 obs. C. Legros ; *Rev. Crit. DIP* 2003 p. 641 note F. Jault- Seseke ; *JDI* 2003 p. 473 note Ph Kahn ; *RTD com.* 2001 p. 57 obs. E. Loquin

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, *Gouvernement de la Fédération de Russie c. Cpe Noga d'importation et d'exportation*, *Bull. civ.* I, n° 250, p. 199 ; *RTD com.* 2004 p. 256 note Éric Loquin ; *D.* 2004, Jur. p. 1055, note G. Weiszberg et 3186, obs. Th. Clay ; *Rev. Arb.* 2004 p. 337 note Bollée ; *D.* 2004 p.1055, note Weiszberg ; *JCP G.* 2004. II.10029, note Mahinga ; *RTD civ.* 2004 p. 547 note Théry (Ph.)

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 18 décembre 2003, *SCI La Chartreuse*, n° 02-13.410 (n° 1774 FS-P+B) *D.* 2004 p. 321 ; *JCP G* n° 20, 12/ 05/2004, p. 902 note Noblot; Defrénois 2004 p. 990 note R. Libchaber ; *RTD com.* 2004 p. 255 note Eric Loquin

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Rado*, n° 02-12.259, *Bull. civ.* I, n° 97 ; *Rev. Arb.* 2005 p. 959 note X. Boucobza ; *RTD com.* 2004 p. 447 obs. Loquin ; *D.* 2004, Jur. p. 2458 note I. Najjar ; *Rev. Arb.* 2005 p. 115, 1^{re} esp., note X. Boucobza ; *JCP* 2005, I, 134, § 3, obs. C. Seraglini

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Société Uni-kod c. Société Ouralkali*, *Bull. civ.* I, n° 95 p. 77 ; *RTD com.* 2004 p. 443 Éric Loquin; *Rev. Arb.* 2005 p. 959, note C. Seraglini; *JCP E* 2004 p. 1640, note Chabot ; Panou (Ch.), *Le consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Préf. V. Heuzé, Tome 32 BIRJS éd. 2011 n° 250 *in fine*

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 27 avril 2004, *Société Bureau Véritas c. Mme Aaliste et autres*, *Bull. civ.* I, p. 91, n° 112 ; *RTD com.* 2005 p. 486 note E Loquin ; *Rev. Arb.* 2004 p. 851

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 277, n° 02-17.381

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 1 février 2005, *État d'Israël c. NIOC*, n°01-13.742, *Bull. civ. I*, n°53 ; *Rev. Arb.* 2005 p. 692 note H. Muir Watt ; *D.* 3 novembre 2005, n°39/7224 p. 2697 note S. Hotte ; *RTD com.* 2005 p. 266, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP* 2006 p. 140, note Th. Clay, *D.* 2005, pan. 3054, obs. Th. Clay ; *JCP* 2005. I. 134, § 4, obs. J. Béguin ; *D.* 2005 p. 2727, note S. Hotte

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 1er fév. 2005, *Société Fancia Franco*, n°03-19.692 (n° 245 FS-P+B), *D.* 2005, AJ p. 565, obs. V. Avena-Robardet, et Pan. p. 2840, obs. S. Amrani Mekki ; *RTD civ.* 2005 p. 393 obs. J. Mestre et B. Fages

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, n° 01-15.912, *Bull. civ. I*, n° 302 ; *D.* 2005 p. 3050, obs. Th. Clay, note E. Agostini ; *Rev. Crit. DIP* 2006 p. 602 note H. Muir Watt ; *D.* 2006. Jur. 1424, note Agostini ; *Rev. Arb.* 2005 p. 993, note Pinsolle ; *JDI* 2006 p. 608 note Béhar-Touchais

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, *G... c. Crédit Lyonnais*, n° 03-10.770, et *Epx S... c. BNP Paribas* et *Epx J... c. BNP Paribas* n° 02-13.155, et n° 03-10.921, *JCP E* 2005, n° 38, note D. Legeais ; *D.* 2006 p. 1618 note J. François

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005, *JDI* 2006 p. 169 note Jacquet

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *Société Omenex c. M. Hugon*, *Bull. civ. I*, n° 378 n° 02-13.252, *D.* 2005, IR p. 2822 ; *D.* 2006. Jur. 199, avis J. Sainte-Rose, et 2005. Pan. 3050, obs. Th. Clay ; *Rev. Arb.* 2006 p. 103 note J.-B. Racine ; *JDI* 2006 p. 996, note F.-X. Train ; *JCP* 2006. I. 148, § 6, obs. J. Béguin ; *D.* 2005, IR p. 2822 ; *JCP* 2005, Act. 617, et IV, 3522

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 8 novembre 2005, n° 02-18. 512 ; *D.* 2005.2896, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2006 p. 143 note Ph. Théry

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, n° 03-10.087, *Société Axa Corporate solutions c. Société Nemesis Shipping Corporate Ltd*, *RTD com.* 2006 p. 251, obs. P. Delebecque ; *Rev. Arb.* 2006 p. 437, note O. Cachard ; *D.* 2005, IR p. 3031

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 décembre 2005, n° 03-13.116, (P+B), *Revue Lamy de droit civil*, avril 2006 n° 26 p. 14 note Fr. X. Train ; *D.* 2006 p. 270 note P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2006 p. 144 Ph. Théry

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 17 janvier 2006, *Rev. Arb.* 2006 p. 284

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 avril 2006, n° 02-18.277, *Bull. civ. I*, n° 190 ; *RTD civ.* 2007 p. 105 note J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2006. 2656, note R. Boffa ; *Revue des contrats*, 01 juillet 2006 n°3, p. 700 note D. Mazeaud

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, *Société CSF c. Société Chays frères et autres*, *Rev. Arb.* 2007 p. 79 note J. El Ahdab ; *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 128, Fabienne Jault-Seseke ; *RTD com.* 2006 p.764 obs. E. Loquin

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, *BRI*, n° 04-13.800 ; *RTD com.* 2006 p.764 obs. Loquin ; *Rev.*

Crit. DIP 2007 p. 128 note Jault Seseke

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Copropriété Maritimes Jules Vernes et autres c. ABS et autres (Navire Tag Heuer)*, n° 03-12.034 (n° 937 FS-P+B+I), *D.* 2006 p. 1701 ; *Rev. Arb.* 2006 p. 945 note E. Gaillard

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 7 juin 2006, n°04-15.880

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, *Société Prodim*, n° 05-17.019, *Bull. civ. I*, n° 311 ; *D.* 2006. IR. 1840, obs. V. Avena-Robardet ; *Rev. Arb.* 2007 p. 463, note J. Ortscheidt ; *JCP* 2006. II. 10155, note G. Chabot ; *JCP* 2006. I. 187, § 4, obs. J. Béguin

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, *Société Champion supermarché France (CSF) c. Société Recape*, n° 05-11.591, *Rev. Arb.* 2006 p. 959 note X. Train

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, *Société Prodim c. Mohimont*, n° 05-17.460 (n° 1128 FS-P+B+I) *D.* 2006 p. 1985 note Delpech

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, *Banque populaire Loire et Lyonnais c. Société Sangar*, n° 03-11.983, *Rev. Arb.* 2006 p. 969 ; *RTD com.* 2006 p. 773 note Loquin

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, *Navire Turcia*, *Rev. Arb.* 2006 p. 977

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, *Société Andhika Lines (Andhika Chartering) c. Société Alcan Rubber et Chemical*, n° 03-19.838, *D.* 2006, IR p. 2273, *Rev. Arb.* 2006 p. 870 ; *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 128, Fabienne Jault-Seseke ; *RTD com.* 2006 p. 764, obs. E. Loquin ; *Rev. Arb.* 2006 p. 979 ; *JDI* 2007 p. 4 comm. Sana-Chaillé de Néré (S.)

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, *Société National Broadcasting Co c. Bernadaux et autres*, n° 04-14.950 (n° 1325 F-P+B+I) ; *Rev. Arb.* 2006 p. 981 note p. 893 O. Cachard ; *D.* 2006 p. 2051

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, n°03-11.768, *Société Roger Albert c. Société British American Tobacco UK*, *D.* 2006 p. 2052

C. Cass. Civ. 2^{ème}, 12 octobre 2006, *Bull. civ. II*, n° 270 ; *D.* 2006. IR. 2627 et Pan. 3027, obs. Clay

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2006, *Société So Good International Ltd*, n° 05-10.464, *D.* 2008 p. 180 note Th. Clay

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 décembre 2006, *Société Cartier*, n°05-21.557, PIBD 2007.III.95

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2007, *Société Caisse fédérale de Crédit mutuel du Nord c. Banque Delubac*, n° 05-10.098, *Bull. civ. I*, n° 10 ; *Rev. Arb.* 2007 p. 471 note D. Bensaude ; *D.* 2007. AJ. 451 ; *Rép. Dalloz dr. com.*, act. mars 2007, p. 8, obs. X. Delpech

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *Total Petrochemicals France*, n° 06-14.107 (n° 228 FS-P+B+I) *Bull. civ. I*, n° 62, *D.* 2007 p. 734, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2008 p. 151 Ph. Théry ; *Rev. Arb.* 2007 p. 775 note F.-X. Train

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Société Chefaro*, *Bull. civ. I*, n° 102, n°04-10.970 (n° 406 FS-P+B+I) ; *Rev. Arb.* 2007 p. 500, note Jaeger ; *Rev. Crit. DIP* 2007 p. 455 note Bureau ; *D.* 2007. AJ. 949 obs. X. Delpech

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, *Bull. civ. I*, n° 129 ; *D.* 2007. AJ. 1086, obs. X. Delpech, et *Jur.* 2007, note S. Bollée ; *JDI* 2007 p. 968, note C. Legros ; *LPA* 2007, n° 192, note F. Parsy ; *JCP* 2007. II. 10118, note C. Golhen ; *JCP* 2007. I. 168, § 11, obs. C. Seraglini, et 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 21-22 novembre 2007, note F.-X. Train

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, (2 arrêts), *Société Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*, n° 05-18.053, n°1021 FP-P+B+I, et 06-13.293, et n° 1022 FP-P+B+I, *Bull. civ. I*, n° 250 et 251 ; *Rev. Arb.* 2007 p. 507 note J.-P. Ancel et note E. Gaillard ; *JDI* 2007 p. 1236, note Th. Clay ; *D.* 2007. AJ. 1969, obs. X. Delpech ; *JCP G* 2006. I. 216, § 7, obs. C. Seraglini ; *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 21-22 novembre 2007 p. 3, obs. S. Lazareff, et p. 14, note P. Pinsolle ; *RTD com.* 2007 p. 682 obs. E. Loquin ; *D.* 2008 p. 1429 note L. Degos ; *D.* 2008 p. 180 note Th. Clay

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2007, *Société Libanaise Groupe Antoine Tabet*, n°05-16.586, 05-16.605 ; *D.* 2007 p. 2025 obs. Delpech ; *D.* 2008 p.451 obs. Clay

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, *République du Congo c. Société Qwinzi Capital Group Ltd et autres*, *Rev Arb.* 2008 p. 339

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, *Société Grenke*, n°06-19.339 ; *RDC* 2008 p. 841 note J.-B. Seube

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, *Société G et A Distribution c. Prodim*, n° 07-13.266 ; *D.* 2008. AJ. 1629, note X. Delpech ; *JCP* 2008, act. n° 411, note Béguin ; *RTD civ.* 2008 p. 551 Note R. Perrot ; *RTD com.* 2010 p. 535 note Loquin

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 22 octobre 2008, *X. c. Société coop. Système U*, n° 07-18.744, *Rev. Sociétés* 2009 p. 363, obs. B. Saintourens, et 618, note J. El-Ahdab ; *RTD com.* 2009 p. 149, obs. C. Champaud et D. Danet ; *JCP* 2008. I. 222, § 2, obs. J. Ortscheidt ; *Bull. Joly* 2008. 360, § 70, note P. Le Cannu

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, *Société Odalys*, n° 07-19.915, *Bull.* n° 1257 FS-P+B+I, *D.* 2009 p. 173 obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2009 p. 550 note Loquin (E.)

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 28 janvier 2009, *SBEPEC*, n° 07-20.891, *D.* 2009 p. 2008 note D. Houtcieff

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 févr. 2009, *Société Afitex*, n° 08-10.341, *Rev. Arb.* 2009 p. 155, note F.-X. Train ; *JCP* 2009. I. 148, § 6, obs. C. Seraglini

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 février 2009, *Société Laviosa Chimica Mineraria*, n° 08-10.341, *Rev. Arb.* 2009 p. 155 obs. F.-X. Train ; *JCP G* 2009. I. 148, obs. Ch. Seraglini, n° 6

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 février 2009 n°06-18.746, *Société China Shipbuilding Corporation*,

Bull. n°128 ; *D.* 2009 p. 557 note Delpech

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 8 avril 2009 n° 08-17.548, *Société Gefu Kuchenboss Gmbh et autres c. Société Corema*, *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 771 note M. Laazouzi

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, *Société Income*, n° 08-10.281, *D.* 2009 p. 1422 obs. X. Delpech

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, *Société Ineos*, n° 08-13.983 ; *D.* 2009 p. 2959

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009 *Société Soerni*, *Bull.* n° 956 (n° 08-16.025); *D.* 2009 p. 1957 note X. Delpech ; *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 779 note Jault-Seseke

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2009, *In Beverage international*, n° 08-16.369/08-16.549, *Bull. civ. I*, n° 207 ; *RTD Civ.* 2010 p. 372 note Ph. Thery; *D.* 2010 p. 177, S. Bollée ; *Rev. Crit. DIP* 2010 p. 158 note H. Muir Watt

C. Cass. Civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, *Société HDC c. Société La Belle Epoque*, n°04-19.923, *Revue des contrats*, 01 avril 2010 n° 2, p. 561 note Mazeaud (D.) ; *D.* 2010 p. 1103 note Monge et Nési

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 3 févr. 2010, *Société Merial c. Société Klocke*, n° 08-21.288 ; *D.* 2010 p. 448, obs. X Delpech

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, *INSERM*, n° 09-10.198, (n° 71 FS-P+B+I), *D.* 2011 p. 312 note X. Delpech

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, *Société ER schiffahrt*, n° 10-11.986

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2011, *Société LABM Caraïbes*, n° 10-11.008

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, *CMN*, n° 10-17.708

C. Cass. Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n° 10-15.968

2. Chambre commerciale

C. Cass. Com., 22 février 1949, *Caulliez*, *JCP* 1949 éd. G, II, 4899 note Motulsky et MOTULSKY (H.), *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, t.2, Préf. Cl. Reymond, Dalloz éd. 1974 p. 222

C. Cass. Com., 6 octobre 1953, *D.* 1954, jurispr. p. 25

C. Cass. Com., 6 octobre 1953, *Courtieu S.* 1954, 1, 149 note J. Robert, *D.* 1954, jurispr. p. 25

C. Cass. Com., 29 mai 1967, *JCP* 1967. II. 15205, note A. Jack-Mayer

C. Cass. Com., 22 février 1983, n° 78-13.153, 78.14.373 *Bull.* n° 71

C. Cass. Com., 5 décembre 1989, Crim. 12 novembre 1990, *Rev. Crit. DIP* 1991 p. 667 note G. Khairallah

C. Cass. Com., 2 octobre 1990, *PTE*, n° 88-17.506, *Bull. Civ. IV* n° 222 p. 153

C. Cass. Com., 29 janvier 1991, *JCP* 1991. II. 21751 obs. L. Leveneur

C. Cass. Com., 19 janvier 1993, *Société Dargaud*, *Bull. Civ. IV* n° 24

C. Cass. Com., 4 avril 1995, n° 93-20.029, *Société V Conseil*, *Bull. civ. IV*, n° 115, *D.* 1995, somm. 231, obs. L. Aynès

C. Cass. Com., 4 avril 1995, n° 93-14.585 et n° 93-15.671, *Société V Conseil*, *Bull. civ. IV*, n° 116, *D.* 1995. Somm. 231, obs. L. Aynès

C. Cass. Com., 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 188, *RTD civ.* 1998 p. 100 obs. J. Mestre

C. Cass. Com., 15 juin 1999, n° 97-12.122, *Société SDMT*, *D.* 2000 somm. 363 obs. D. Mazeaud

C. Cass. Com., 29 juin 1999, *Société Firma Waibel*, *Bull. IV*, n° 147, *D.* 1999 p. 649 note I. Najjar ; *Rev. Arb.* 1999 p. 817 note A. Hory

C. Cass. Com., 15 février 2000, *D.* 2000, somm., p. 364, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2000 p. 325 obs. J. Mestre et B. Fages

C. Cass. Com., 20 mars 2001, n° 98-13.961, *Société générale*, *D.* 2001 p. 1245, obs. A. Lienhard

C. Cass. Com., 27 mars 2001, n° 98-22.828, *BIC*, *D.* 2001 p. 1534, obs. V. Avena-Robardet

C. Cass. Com., 29 mai 2001, n° 96-18.118, *Société Chaudronnerie Sico*, *D.* 2002 p. 1741, note A.-M. Luciani et 2114, obs. M.-N. Jobard-Bachellier

C. Cass. Com., 17 juillet 2001, n° 98-19.258, *Société JVD*, *Bull. Civ. IV*, n° 153 ; *D.* 2001 p. 2674, obs. E. Chevrier ; *RTD civ.* 2002 p. 93, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2002 p. 149, obs. B. Bouloc

C. Cass. Com., 8 janvier 2002, n° 98-17.373, *Société La Financière privée*, *Bull. Civ. IV*, n° 3

C. Cass. Com. 8 octobre 2002, *D.* 2003 p. 414 ; *RTD civ.* 2003 p. 125, obs. Crocq

C. Cass. Com., 14 janvier 2004, *Société Prodim c. Société Evolys*, *Bull* n°84, 2 juin 2004, *Société Gaussin et autres c. Société Alstom*, *Rev. Arb.* 2004 p. 591 note P. Ancel

C. Cass. Com., 30 mars 2004, *Bull. IV*, n° 98 p. 79

C. Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-15.783, *Société Fibronique*, *D.* 2005 p. 883, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2005 p. 391, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005 p. 397 obs. D.

Legeais

C. Cass. Com., 21 février 2006, *Société Belmarine c. Société Trident Marine Agency (Navire Pella)*, n° 04-11.030, *Rev. Arb.* 2006 p. 943 ; *Rev. Crit. DIP* 2006 p. 606 note Jault Seseke ; *D.* 2006 p. 670 ; *RTD com.* 2006 p. 764 note Loquin

C. Cass. Com., 13 juin 2006, *Société Prodim c. Société Gemodis*, n° 03-16.695, *Rev. Arb.* 2006 p. 955 ; *Rev. Arb.* 2006 p. 893 note O. Cachard

C. Cass. Com., 13 février 2007 n° 05-17.407, *Société Faurecia* ; *D.* 2007. AJ. 654 obs. X. Delpech, *RDC* 2007 p. 707 note D. Mazeaud, *RTD civ.* 2007 p. 567 obs. B. Fages

C. Cass. Com., 15 mai 2007, n° 05-17.464, *Sociétés Lely*, *PIBD* 2007. III. 473

C. Cass. Com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *D.* 2007. AJ. 1723 obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2007 p. 569 obs. B. Fages

C. Cass. Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n°188 ; *D.* 2007. AJ. 1955 obs. X. Delpech ; *Revue des contrats*, 01 octobre 2007 n°4 p. 1110 note D. Mazeaud

C. Cass. Com., 22 janvier 2008, *Société Bahé*, n° 06-18.708 et n° 06-19.610

3. Chambre sociale

C. Cass. Ch. Soc., 16 févr. 1999, *Société française Château Tour Saint-Christophe*, *Bull. civ.* V, n° 78 ; *Rapport de la Cour de cassation* 1999 p. 328 ; *D.* 1999, IR p. 74 ; *Rev. Crit. DIP* 1999 p. 745, 1re esp., note F. Jault-Seseke ; *Rev. Arb.* 1999 p. 290, 1re esp., note M.-A. Moreau ; *JCP E* 1999 p. 1685 note P. Coursier, et p. 748 obs. F. Taquet ; *Gaz. Pal.* 2000, 1, Somm. p. 699, 1re esp., obs. M.-L. Niboyet ; *LPA* 2000, n° 158 p. 4, 1re esp., obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. Arb.* 1999 p. 290, 2e esp., note M.-A. Moreau ; *JCP* 2000, II, 10337, note D. Ammar

C. Cass. Ch. Soc., 4 mai 1999, n° 97-41.860, *Société Sacinte*, *Bull. civ.* V, n°191 ; *D.* 1999, IR p. 140 ; *Rev. Crit. DIP* 1999 p. 745, 2e esp. ; *Rev. Arb.* 1999 p. 290, 2e esp., note M.-A. Moreau ; *JCP* 2000, II, 10337, note D. Ammar ; *Rev. Arb.* 1999 p. 290 note Moreau

C. Cass. Ch. Soc., 9 octobre 2001, *SA KIS France*, n° 99-43.288, *Bull. civ.* V, n° 312 ; *D.* 2001, IR p. 3170, obs. C. Dechristé ; *Rev. Arb.* 2002 p. 347 note Th. Clay ; *LPA* 2002, n° 242 p. 19, obs. F. Jault-Seseke ; *Dr. Soc.* 2002 p. 122 note M.-A. Moreau

C. Cass. Ch. Soc., 4 décembre 2002, *AGS de Paris et autres*, n° 00-44.303, *Bull. civ.* IV, n° 368, *RTD civ.* 2003 p. 711 note Patrice Jourdain

C. Cass. Ch. Soc., 25 janvier 2005, *Banque africaine de développement M.A. Degboe* ; n° 04-41.012 ; *D.* 2005 p. 1540 note F. Viangelli, *JDI* 2005 p. 1142 note Corbion ; *Rev. Crit. DIP* 2005 p. 477 note I. Pingel

Cass. Soc., 28 juin 2005, *Société Taiphon limited*, n° 03-45.042, *D.* 2005, IR p. 2035 ; *JCP*

2005, I, 179, § 2, obs. J. Béguin

C. Cass. Ch. Soc., 10 mai 2006, *Époux Moukarim c. Isopehi*, JCP 2006 II 10.121 note S. Bollée, D. 2006 IR 1400 note P. Guiomard

C. Cass. Ch. Soc., 11 février 2009, UNESCO, n° 07-44.240, Bull. 2009, V, n° 45

4. Assemblée plénière et Chambre mixte

Cass. Ch. Mixte 23 novembre 1990, *Société France-Bail*, n°87-17.044, n°86-19.396 et n°88-16.883, Bull. n° 2, 3 et 4, D. 1991.121, note C. Larroumet

C. Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995, JCP II 22478 concl. Jeol, note Perdiau

C. Cass. Ass. Plén., 1 décembre 1995 (4 arrêts), GAJC, t. 2, 11 éd. Dalloz, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette n° 151-154

C. Cass. Ass. Plén., 26 janvier 2001, n° 99-15.153, D. 2001.631 ; RTD com. 2001 p. 508, obs. A. Martin-Serf

C. Cass. Ass. Plén., 7 juillet 2006 n° 04-10.672, Bull. Civ. Ass. Plén. N° 8 ; RTD civ. 2006 p. 825 note Perrot ; D. 2006 p. 2135 note Weiller

Cass., ch. Mixte, 29 juin 2007, *Forest c. CRCAM Centre-Est*, n° 05-21.104, (P+B+ R+I), *Fusco c. Union bancaire du Nord*, n° 06-11.673, (P+B+R+I) ; D. 2007 p. 2081 note S. Piedelièvre et 1950, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2007 p. 779 Patrice Jourdain

C. Cass. Ass. Plén., 27 févr. 2009, *Société Sédéa électronique*, n° 07-19.841, D. 2009. 1245, § B3, BICC 15 avril 2009 ; Rapport de M. le conseiller rapporteur Boval disponible sur le site www.courdecassation.fr.

iii)- **Autres juridictions**

Cons. Const. 27 décembre 1973, *Relative à la loi de finance de 1974*, Rec. 25 ; Disponible sur le site du Conseil

Cons. Const. 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, n° 93-325, JO du 18 août 1993, Rec. 224 ; GAJCC Sirey, 7^e éd., 1993, n° 47, p. 827 ; Rev. Crit. DIP 1993 p. 597 ; AJDA 1998 p. 6 note E. Picard ; Disponible sur le site du Conseil

Cons. Const. 21 janvier 1994, *Urbanisme et construction*, n° 93-335 DC, JO du 26 janvier 1994, JCP 1994.I.3761 obs. PICARD ; D. 1995 somm. 302 obs. Gaia ; Disponible sur le site du Conseil

T. Conflit, 27 février 1995, *Tourangelle d'exploitation de marques Stem Tirone*, D. 1995, inf. rap. p. 111

Cons. Const. 9 avril 1996, n°96-373 DC, *Polynésie française*, JO 13 avr., p. 5724, *Justices* 1997/5 p. 247 obs. Drago, *AJDA* 1996 p. 371 note O. Scharmek et Molfessis ; Disponible sur le site du Conseil (et commentaire au Conseil constitutionnel également disponible)

Cons. Const. 23 juillet 1999 n° 99- 416, *Couverture maladie universelle*, JO 28 juillet 11250, § 38 ; *AJDA* 1999 p. 738, chron. J.-E. Schoettl ; Disponible sur le site du Conseil (et commentaire au Conseil constitutionnel également disponible)

CE 10 janvier 2001, n° 211878, 213462, *Mme Coren*, *RFDA* 2001, p. 518 ; *Lebon* 2002 p. 5

T. Conflit, 5 mai 2008 n° 3613, *AJDA* 2008 p. 1622

T. Conflit, 6 juillet 2009, n° 3692, *AJFP* 2009 p. 284 ; Disponible sur le site de la Cour de cassation

b)- Européenne

i)- CJUE

CJUE, 30 juin 1966, *Vaassen Göbbels*, Aff. 61/65, *Rec. P.* 377 ; Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>

CJUE, 14 octobre 1976, *L.T.U. c. Eurocontrol* ; *Rev. Crit. DIP* 1977 p. 772 note Droz ; *JDI* 1977 p. 707 note Huet

CJUE, 9 novembre 1978, *Meeth c. Glaceta* ; *JDI* 1979 p. 663 note Huet ; GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n° 259

CJUE, 17 janvier 1980, *Zelger c. Salinitri* ; *JDI* 1980 p. 435 note Huet ; GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n° 151-196

CJUE, 23 mars 1982, *Entreprise Nordsee* ; *Rev. Arb.* 1982 p. 473 note Ph. Fouchard

CJUE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, Aff. 222- 84, *Rec.* 1651 ; 15 octobre 1987 Heylens, *Rec.* 4097 ; *D.* 1986 IR 454 obs. Cartou

CJUE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur Hagen c. Zeehage*, Aff C- 365/88, *Rev. Crit. DIP* 1990 p. 568 note H. Gaudemet Tallon ; *JDI* 1991 p. 498 note Huet

CJUE, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance c. New Hampshire Insurance*, Aff. C 351/89, *JDI* 1992 p. 493 obs. A. Huet ; *RC* 1991 p. 769 note Gaudemet-Tallon

CJUE, 25 juillet 1991, *Marc Rich & Co AG c. Società italiana Impianti PA*, Aff. C-190/89, *Rev. Crit. DIP* 1993 p. 316 note P. Mayer ; *JDI* 1992 p. 488 obs. A. Huet ; *Rev. Arb.* 1991 p.

677 note D. Hascher

CJUE, 3 décembre 1992, *Oleifinit Borelli SPA c. commission CEE*, Aff. N° C 97/91, S. Guinchard, Procès équitable, *Rép. Proc. Civ.* Dalloz n° 35

CJUE, 1^{er} juillet 1993, *Rev. Crit. DIP* 1994 p. 633 note de G. A. L. Droz

CJUE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres c. Energiebedrijf Ijsselmij NV* ; *Rev. Arb.* 1995 p.503 note Ph. Fouchard

CJUE, 26 septembre 1996 ; *Rev. Crit. DIP* 1997 p. 33 note G. A. L. Droz

CJUE, 20 mars 1997 ; *Rev. Crit. DIP* 1997 p. 475 note G. A. L. Droz

CJUE, 3 juillet 1997, *Fransceso Benincasa c. Dentalkit*; *JDI* 1998 p. 581 note Bischoff ; GAUDEMET-TALLON (H.), Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n°139

CJUE, 2 octobre 1997 ; *Rev. Crit. DIP* 1998 p. 283 note de G. A. L. Droz

CJUE, (TPI) 17 juillet 1998, *ITT Promedia NV c. commission*, Aff. T 111/ 96 ; Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>

CJUE, 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line E.A.*, aff. C-391/95, *Rec. I.* 7091, *Rev. Arb.* 1999 p. 143 note H. Gaudemet-Tallon, *RTD com.* 2000 p. 340 note E. Loquin ; *JDI* 1999 p. 613 note Huet ; Disponible sur le site de la Cour

CJUE, 1er juin 1999, *RTD com.* 2000 p. 232 obs. S. Poillot-Peruzzetto et p. 340, obs. E. Loquin

CJUE, 23 novembre 1999, *Arblade*, *Rec. CJUE* p. I-08453 ; Disponible sur le site de la Cour

CJUE, 28 mars 2000, *Krombach c. Bamberski*, *R.* 2000 p. 493 note Huir Watt; *RTD civ.* 2000 p. 944 note Raynard; Disponible sur le site de la Cour

CJUE, 28 mars 2000, *Krombach c. Bamberski*, *RTD civ.* 2000 p. 944 note Raynard (J.), *RC* 2000 p. 481 note Muir Watt ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, Aff. C-240/98, *RTD. Civ.* 2000 p. 939, obs. J. Raynard et 2001 p. 878, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2001 p. 291 obs. M. Luby ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE, 13 juillet 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA c. UGIC*, *JDI* 2002 p. 623 obs. F Leclerc ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE, 9 novembre 2000, *Coreck maritime c. Handelsveen*, Aff. C-387/98 ; *JDI* 2001 p. 710 note Bischoff ; GAUDEMET-TALLON (H.), Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), Droit des

affaires, LGDJ éd. 4 n° 130-132, 161 ; Disponible sur le site de la Cour

CJUE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, Aff. C-159/02, *D.* 2004 p.1046 note Ch. Bureau ; *Rev. Dr. Soc.* 2004 p. 444 note H. Muir Watt ; *JDI* 2004 p. 64 note A. Huet ; *Rev. Crit. DIP* 2004 p. 444 note Muir Watt (H.) ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE, 27 avril 2004, *Turner c. Grovit, Harada Ltd. & Changepoint SA*, Aff. C-159/02, *Rec. CJUE*, p. I-3565, *Rev. Crit. DIP* 2004 p. 654 note H. Muir Watt ; *RDAl* n° 4 2004 p. 538 note A. Mourre et Y. Lahlou ; *RTD Civ.* 2004 p. 549 Philippe Théry ; *RDAl* 2004 p. 553 note A. Mourre et Y. Lahlou ; *D.* 2005 p. 2712 note Renaud Carrier ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE, 27 janvier 2005, *Denuit & Cordenier c. Transorient*, *Rev. Arb.* 2005 p. 765 note L. IDOT ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, Aff. N° C-168-05 ; *D.* 2006. AJ 2910 obs. V. Avena-Robardet, Pan. 3027, obs. Th. Clay et 2007 Pan. 2562 obs. S. Bollée ; *RTD civ.* 2007 p. 113 obs. J. Mestre et B. Fages, et 633, obs. P. Thery ; *JDI* 2007 p. 581 note A. Mourre ; *Rev. Arb.* 2007 p. 109 note L. Idot ; *JCP* 2007. I. 168, § 1, obs. C. Seraglini ; *Gaz. Pal.* 2006 n° 347-348, I. Jur. 63, obs. A. Mourre et P. Pedone ; *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2007 p. 17, obs. F.-X. Train ; *LPA* 2007 n° 152 obs. C. Legros et n° 189 note G. Poissonnier et J.-P. Tricoit ; *Europe* 2006 n° 378 p. 28 obs. L. Idot ; *RDAl* 2007 n° 14, p. 55 obs. C. Nourissa ; *Rev. Arb.* 2007 p. 109 note L. Idot ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE, 13 mars 2007, *Commission c. Finlande*, Aff. C-342/05 ; *JCP* 2007, I, 175 note C. Blumann ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE, 10 fév. 2009, *Allianz SpA c. West Tankers (« Front Comor »)*, Aff. N° C-185/07 ; *LPA* 2009 n° 53 note S. Clavel ; *D.* 2009. Jur. 981, note C. Kessedjian, et Pan. 2384, obs. S. Bollée ; *RTD civ.* 2009 p. 357, obs. P. Thery ; *RTD com.* 2009 p. 644, obs. P. Delebecque ; *Rev. Arb.* 2009 p. 407 note S. Bollée ; *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 373, note H. Muir Watt ; *JCP* 2009. I. 148, § 3, obs. C. Seraglini ; *JCP* 2009. I. 462, § 4, obs. J. Béguin ; *JCP* 2009. I. 181, § 18, obs. F. Riem ; *JCP* 2009. II. 227, note P. Callé ; *Gaz. Pal.*, 17-18 juillet 2009, Cah. Arb. 2009/2, p. 20, obs. A. Mourre et A. Vagenheim ; *JDI* n° 4/2009, 1281 note B. Audit ; *RTD com.* 2009 p. 644 note Ph. Delebecque ; *DMF* 2009 p. 211 obs. Carrier ; *RTD com.* 2010 p. 529 note Loquin (E.) ; *RTD com.* 2009 p. 482 note Marmisse-d'Abbadie d'Arrast (A.) ; *Gaz. Pal.*, 18 juillet 2009 n° 199, p. 20 note Mourre (A.), Vagenheim (A.) ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE (1re ch.), 2 avril 2009, *M. Gambazzi c. DaimlerChrysler Canada Inc. et CIBC Mellon Trust Company*, Aff. C-394/07 ; *Rev. Crit. DIP* 2009 p. 685 ; GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Droit des affaires, LGDJ éd. 4 n° 404-1 ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE, 4 juin 2009, *Pannon GMS*, Aff. C-243/08, *RTD Civ.* 2009 p. 684 note Pauline Remy-Corlay ; *D.* 2009 p. 1690 note G. Poissonnier ; Disponible sur le site de la Cour

CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, Aff. N° C-40/08, D. 2009. AJ 2548 ; LEDC 2009, n° 11, p. 7 obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *Arbitrage-adr* n° 1671, obs. C. Manara ; D. 2009 p. 2548 obs. Th. Clay ; Disponible sur le site de la Cour (et conclusions)

CJUE, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft*, C-279/09 Rapport annuel CJUE 2010 p. 11 ; Disponible sur le site de la Cour

ii)- CEDH

CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, série A, n°11 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n°216, 242, 289 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, série A, n° 18 & 36 Berger, n° 46 ; n° 1 /1973/11/18 ; L. E. Pettiti, E. Decaux et P. H. Imbert (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Art. 6 par J.C. Soyer p. 251 ; SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ADRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2003 n° 3 ; Disponible sur le site de la Cour en version anglaise

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A, n° 32, Berger n° 45 et 47 *AFDI* 1980 p. 470-473 obs. Pelloux ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 63, 840 ; CORBION (L.), *Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle*, *Jurisclasseur Civil Code art. 4*, Fasc. Unique (2007) n° 81 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 24 octobre 1979, *Winter Werp c. Pays-Bas*, Série A, n° 33 ; *JDI* 1982 p.191 note Rolland

CEDH, 27 février 1980, *Dewer c. Belgique*, Série A n° 35 Berger n° 54

CEDH, 13 mai 1980, *Artico c. Italie*, Série A n° 37, p. 16, § 33, Berger n° 113, 715-721 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n°0226 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 10 juillet 1980, *X. c. Royaume-Uni*, Req. n° 8158/78 ; DR 21/95 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n°0233 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van leuven et De Meyer c. Belgique*, série A, n° 43, § 51 ; S. Guinchard, *Procès équitable*, *Rép. Proc. Civ.* n°27, n° 320 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, série A, n° 58, § 29 ; Berger n°59 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 939 ; S. Guinchard, *Procès équitable*, *Rép. Proc. Civ.* n° 320 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 25 avril 1983, *Pakelli c. Allemagne*, n° 8398/78, Série A, n°69 : Berger, n° 114 ;

CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 939 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, série A, n°80 ; Berger n° 79 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 479, 600 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, série A, n° 84, § 36 ; S. Guinchard, Procès équitable, *Rép. Proc. Civ.* n° 198 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 6 mai 1985, *Bönisch c. Autriche*, série A, n° 92, § 32 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 30 septembre 1985, *Bentham c. Pays-Bas*, série A, n° 97 ; BANDRAC (M.), Perruche et le père *Ubu*. Observations sur le déni d'action par la loi, *in Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003 p. 10 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 21 février 1986, *James c. Royaume-Uni*, Série n° 98 ; Berger n° 211 ; *JDI* 1987.772 chron. Rolland et Tarvernier ; Berger n° 79 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 624 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

Comm. EDH, 4 mars 1987, *R. c. Suisse*, Req. n°10881/84 ; Disponible sur le site de la cour en version française

CEDH, 24 septembre 1987, *Boden c. Suède*, Req. n° 10930/84 ; BANDRAC (M.), Perruche et le père *Ubu*. Observations sur le déni d'action par la loi, *in Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003 p. 13 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 28 avril 1988, *Belilos c. suisse*, Req. n° 10328/83 ; BANDRAC (M.), Perruche et le père *Ubu*. Observations sur le déni d'action par la loi, *in Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec 2003 p. 10 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 28 juin 1990, *Obermeier c. Autriche*, Série A, n° 179, § 70 ; Berger n° 50 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 263 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, série A, n° 296-A, § 56 ; *JCP G* 1995, I, 3823 ; Berger n° 218 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 189, 226 ; *Gaz. Pal.* 27 septembre 1995 p. 39, ch. Pettiti ; *JCP* 1996, I, 3910, chron. Sudre ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 9 décembre 1994, *Affaire des saints monastères c. Grèce*, Req. n° 13092/87 et 13984/88 *Gaz. Pal.* 28 septembre 1995 note D. Worms ; Disponible sur le site de la cour en version française

CEDH, 28 septembre 1995, *Masson et Van Zon c. Pays-Bas*, Série A 327, §49 Req. n° 15346/89 et 15379/89 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c. France*, série A n° 333-B, p. 41, § 31 : *JCP* 1996, I, 3910 chron. F. Sudre ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n°226 ; *D.* 1996 p. 357 note Collin-Demurieux ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 20 février 1996, *Lobo Machado c. Portugal*, Rec. p. 296 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 316 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

Comm. EDH, 27 novembre 1996, req. n° 28101/95, *Nordstöm-Janzon c. Pays-Bas* : DR 97/112 ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 232

CEDH, 30 juillet 1998, *Aerts c. Belgique*, *D.* 1998, cahier n° 35, obs. F. Rolin; *D.* 2001 p. 1063 note N. Fricero ; *D.* 1999 somm. p. 270 obs. Fricero; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n°226 ; CORBION (L.), Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle, *Jurisclasseur Civil Code art. 4*, Fasc. Unique (2007) n° 81 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 28 octobre 1998, *Aït-Mouhoud c. France*, Rec. 1998-VIII, n° 96, p. 3214 ; *D.* 1999, somm. comm. p. 268, obs. Jean-François Renucci

CEDH, 18 fév. 1999, *Beer er Regan c. Allemagne*, Rec. 1999-1 Req. n° 28934/95 ; *DTDH* 200 p.77 obs. Tigroudja; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 30 novembre 1999, *Faulkner c. Royaume-Uni*, Req. n° 30308/98 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu c. Roumanie*, *JCP* 2000. I. 203, n° 10, obs. F. Sudre, *D.* 2000, somm. 187, obs. N. Fricero, *JDI* 2000 p. 127 obs. S. Restencourt ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 19 septembre 2000, *Gnahore c. France*, *D.* 2001 p. 725 note. F. Rolin, et 1063 obs. N. Fricero, *JCP* 2001.I.291 n° 19, obs. Sudre ; *JDI* 2001 p. 207 obs. D. Leclerc-Delapirarre et S. Restencourt ; CHERRIER (J.-L.), *Code de la convention européenne des droits de l'homme*, éd. 2003-2004, Litec, n° 226 ; CORBION (L.), Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle, *Jurisclasseur Civil Code art. 4*, Fasc. Unique (2007) n° 81 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 19 juin 2001, *Kreuz c. Pologne*, n° 28249/95, § 60, CEDH 2001-VI, *JCP* 2001.I.342, n° 11, obs. Sudre ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 21 novembre 2001, *Fogarty c. Royaume Uni*, Req. n° 37112/97 ; *D.* 2003 p.1246 note Flauss ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 6 décembre 2001, *Yagtzilar et autres c. Grèce*, Req. n° 41727/98 ; *Journal des droits*

de l'homme, Annonces de la Seine, suppl. n° 7, 31 janvier 2002 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 26 février 2002, *Del Sol c. France* ; *Gaz. Pal.*, 05 octobre 2002 n° 278, p. 32 note M. Puéchavy

CEDH, 1 sect. 7 mai 2002, *Burdov c. Russie*, Req. n° 59498/00 ; *D.* 2002 somm. Com. 25572, obs. N. Fricero ; Disponible sur le site de la cour en version anglaise

CEDH, 12 juin 2003, *Gutfreund c. France*, *D.* 2003 p. 2268 obs. N. Fricero ; Disponible sur le site de la cour en version française

CEDH, 19 octobre 2005, *Roche c. Royaume Uni*, §119, *JCP* 2006.I.109 n° 4 obs. Sudre ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 14 décembre 2006, *Markovic c. Italie*, req. n° 1398/03 (1), *RFDA* 2008 p. 728 note Moea Vonsy ; Disponible sur le site de la cour en version française

CEDH, 12 juin 2007, *Bakan c. Turquie*, Req. n° 50939/99 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 20 mai 2008, *Ciğerhun Öner c. Turquie*, Req. n° 33612/03 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 18 novembre 2008, *Serin c. Turquie*, Req. n° 18404/04 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 8 décembre 2009, *Osman Yılmaz c. Turquie*, Req. n° 18896/05 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 2 février 2010, *Eyüp Akdeniz c. Turquie*, n° 11011/05 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

CEDH, 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, Req n° 34869/05 ; Disponible sur le site de la cour en version française et anglaise

c)- Autres juridictions : internationales, étrangères, sentences arbitrales

i)- Internationales

CPJI série A, n°10 du 7 septembre 1927, *Rev. Crit. DIP* 1928 p. 377 note H. Donnedieu de Vabres

TPIY (chambre d'appel), 2 octobre 1995, *Tadic*, *D.* 1996.chron. 157 note MARTIN (P.M) (<http://www.icty.org/>)

ii)- Étrangères

Tribunal fédéral suisse, 28 avril 1992, *Rev. Arb.* 1993 p. 124

Tribunal fédéral suisse, 16 janvier 1995, *Mediterranean*, Bull. ASA 1995 p. 503 note J-F Poudret

Tribunal fédéral suisse, 3 ch., 1 civ. 29 avril 1996, *Fondation M c. Banque X*, Bull ASA 1996 p. 527, *Rev. Suisse Dr. Intern. Et dr. Europ.* 1996 p. 586, obs. F. Knoepfler

US District Court for the Southern District of Texas, Galveston division, Gutierrez v. Academy corporation, 30 juin 1997, 967 F. Supp. 945 (S.D. Tex. 1997); Gary le Born, *International commercial arbitration: commentary and materials*, Wolters Kluwer Law International, 2001, p.217 et s.

Teleserve System, Inc. and MCI Telecomm. Corp., c (N.Y. App. 1997) ; Yves Derains, Eric A. Schwartz, *A guide to the ICC rules of arbitration*, Kluwer Law International, 2005 p. 350 ; Gary le Born, *International commercial arbitration: commentary and materials*, Wolters Kluwer Law International, 2001, p. 223

Cour suprême du Pakistan, 14 juin 2000, *Société Hubco v. Water and Power Development Authority of Pakistan (wapda)*, et Tribunal arbitral (CIRDI), Procedural Order n° 2 du 16 octobre 2002, *SGS Société générale de surveillance SA v. Islamic Republic of Pakistan*, *Gaz. Pal.*, 07 décembre 2004 n° 342, p. 9 obs. Éric Teynier

Cour fédérale du Minnesota (8ème circuit), *Northwest Airlines, Inc. v. R & S Company S.A.*, 2001 WL 1640031 - 17 décembre 2001, Panorama de jurisprudence américaine, *Gaz. Pal.*, 13 juin 2002 n° 164, p. 32 note E. Ordway et B. Derains

Fence Gate Limited c. NEL Construction Limited [2001] All ER (D.) 214 (Décembre 2001), *Gaz. Pal.*, 21 décembre 2002 n°355, p. 24 note DM LEW (J.)

Cour fédérale d'appel des États-Unis (2e Circuit), 15 novembre 2002, *Monégasque de Réassurances SAM Monde Re c. NAK Naftogaz of Ukraine et État ukrainien*, *Rev. Crit. DIP* 2003 p. 471 note H. Muir Watt

United States Court of Appeals, (11^e circuit) *Karaha Bodas Co., LLC. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F. 3d 357 (5th Cir. 2003) - 18 juin 2003 ; *Gaz. Pal.*, 08 novembre 2003 n° 312, p. 50 note E. Ordway et B. Derains et *Gaz. Pal.*, 07 décembre 2004 n° 342 p. 47

Cour Suprême des États-Unis, *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle et al.*, 123 S.Ct 2402 (2003) - 23 juin 2003 ; *Gaz. Pal.*, 08 novembre 2003 n° 312 p. 49 note E. Ordway et B. Derains

Cour suprême de l'Inde, 12 août 2005, *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd v. Aksh Optifibre Ltd et autres*, *Rev. Arb.* 2006 p. 951

English Court of Appeal (civil division), 20 juillet 2009, [2009] Ewca Civ 755, *Dallah Estate And Tourism Holding Company v. The Ministry Of Religious Affairs, Government Of Pakistan, Before Lord Justice Ward Lord Justice Rix And Lord Justice Moore-Bick*; *Gaz. Pal.*,

cah. Arb., 1 janvier 2010 n° 1, p. 159 note G. Cuniberti

Supreme Court of India, 18 septembre 2009, n°6399, *The B. Manager, M/S. Magma Leasing & Fin. Ltd & ANR v. Potluri Madhavalata & ANR*, *Cah. Arb.*, 01 octobre 2010 n° 4, p. 1133 note Z. Mody

iii)- Sentences

Sentence CCI n°4695, en date du 13 avril 1984, *YCA*, vol. XI 1986 p. 148

Sentence préjudicielle du 30 juin 1994, *Bull. ASA* 1995 p. 268

Sentence préliminaire, 2 septembre 1996, CCI n° 7289, *Rev. Arb.* 2002 p.1001

Sentence CCI, 10 août 1998, n° 9667, *Rev. Arb.* 2002 p. 1009 (reproduction partielle), *JDI* 2000 p.1096 obs. D. Hascher

Sentence partielle, 27 mars 2001, CCI n° 10526, *Rev. Arb.* 2002 p. 1035 (reproduction partielle)

6)- Sites internet

Pour la jurisprudence française et les rapports de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Pour le site du Conseil constitutionnel et un accès à la jurisprudence :
www.conseil-constitutionnel.fr

Pour la jurisprudence de la CJUE et l'accès aux textes de l'Union Européenne:
<http://www.curia.europa.eu>

Pour la jurisprudence de la CEDH (HUDOC):
<http://www.echr.coe.int>

Pour une analyse financière de la justice française :
<http://www.français.doingbusiness.org>

Pour accéder à la Cour internationale de justice :
www.icj-cij.org

Pour le site du Tribunal des conflits et un accès à la jurisprudence :
www.tribunal-conflits.fr

7)- Règlements d'arbitrage

Pour le règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale de Paris:

<http://www.arbitrage.org>

Pour le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe :

<http://www.ccf franco-arabe.org>

Pour le règlement d'arbitrage de la CMAP (CEFAREA-CMAP) :

<http://www.cmap.fr>

Pour le règlement d'arbitrage de la Chambre d'Arbitrage et de Médiation asbl:

<http://www.arbitrage-mediation.be>

Pour le règlement d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris:

<http://www.arbitrage-maritime.org>

Pour le règlement d'arbitrage du Centre Français d'Arbitrage de Réassurance et d'Assurance :

<http://www.cefarea.com>

Pour le règlement d'arbitrage du Centre interprofessionnel de médiation d'arbitrage :

<http://www.cima-mediation.com>

Pour le règlement d'arbitrage de la Cour Européenne d'Arbitrage :

<http://cour-europe-arbitrage.org>

Pour le règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce international (C.C.I.):

<http://www.iccwbo.org>

Pour le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI:

<http://www.wipo.int>

Pour le règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA :

<http://www.ohada.org>

Pour le règlement d'arbitrage CNUDCI :

<http://www.cnudmi.org>

Pour le règlement d'arbitrage de la China International Economic and Trade Arbitration Commission:

<http://www.cietac.org>

Pour le règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration :

<http://www.lcia.org>

Index thématique

A

- Abus de droit** 874, 876
- et arbitrage **915**
- et contrat **880, 921**
Action en justice **863**
Critères de l' - **913**
Sanction de l' - **924**
- Accès au juge**
- effectif **90**, 196
- et aide financière 116, **181**
- et arbitrage 473
- et démocratie **91**
- et droit au jugement 47
- et garantie des droits 33
- et prééminence du droit **47**
- et principe de gratuité **5**, 94
- matériel **53, 93**, 115, 177
Décision au fond et - **54**, 110, 173
Droit fondamental d' - 97, 33, 25
Limites au droit d' - 674, **109**
Protection catégorielle du droit d' - 198
Renonciation au droit d' - 32, 132, 169, **192**
- Anti-suit injunctions** 430, 453, 525
Anti Anti-suit injunctions **977**
- Arbitrage** 377
- et article 6 § 1 de la CESDH 195, 316
- et compétence internationale 367, 371, 408
- et compétence interne 414, 514, 621
- et convention internationale 316, **414**
- et *forum shopping* **316, 456**
- et *lex mercatoria* 406
- et non-professionnel **200**
- et salarié **208**
- international 15, 624, 817
- règles de procédure 365
Caractère multi-localisé de l' - **405, 438**
Définition de l' - 4
Effectivité de l' - 127
Histoire de l' - 5, **8, 9**
Localisation de l' - **397, 436, 553**
Nature contractuelle de l' - 11, 339, 344, 403
Nature procédurale de l' 424
Procédure d' - 430
Question incidente 418
- Arbitre**
- et notion de juge naturel 313, 339, **401**
Droit à l' - **157**
Investiture de l' - 288
Juge et partie 609
Mission 10
Qualité de l' - 8
Responsabilité de l' - 169
- Article 6 § 1 de la CESDH**
- et arbitrage **132**, 149, 162
- et responsabilité étatique 135

B

Banque Worms 977

C

CEDH

Airey c. l'Irlande 115
Bakan c. Turquie 182, 674
Eyüp Akdeniz c. Turquie **676**
Golder 44, 63
Pakelli c. Allemagne 183
UNESCO c. Boulois **104**

Centres d'arbitrage

451, 460
- et frais d'arbitrage 847
Compétitivité des - **455**, 473
Protection des intérêts des - 312, 462

CJUE

Asturcom Telecomunicaciones **204**
Elisa Maria Mostaza Claro **203**
Gambazzi 320
Marc Rich **378**, 397, 418, 424
Van Uden 517
West Tankers **421, 425**, 442

Clause de juridiction

363
- et convention d'arbitrage 363

Compétence

226, 582, **618**
- en droit international public **618**
- et convention d'arbitrage 588, 624
- et effet positif du principe de compétence-
compétence 617
- et frais d'arbitrage **888**
- et investiture
distinction 607
- et pouvoir juridictionnel 139, 622
- interne 144, 619, **620**
- interne et internationale 621
- normative de l'Etat **280**
Conflit de - 281
Conflit négatif de - **173**

Compétence arbitrale

225
- et investiture **599**
- et principe de compétence-compétence 228
- et principe de compétence-investiture 611
- sur sa compétence *Voir* Principe de compétence-
compétence
Contestation infondée de la - **946**
Contrôle étatique de la - 245
Contrôle indirect de la - **261**
Exclusivité de la - 260
Fondement de la - **600**

Compétence internationale

316, **485**
- concurrente(s) 512
- et arbitrage **430, 458**, 465, **466, 488**
- et bonne administration de la justice 460
- et décision d'incompétence interne **927**
- et déni de justice 102, **112**, 155, **535**, 626
- et procédure 364, 409, 427

- propre à la procédure d'arbitre 439
 - siège de l'arbitrage 559
 - Dissociation des - 439, 485
 - Harmonisation **509**
 - Consentement à l'arbitrage** 1030
 - Maintien du - **1031**
 - Constitution du tribunal arbitral** **129**, 147, 153, 162, 486, 680
 - et article 6 § 1 de la CESDH **132**
 - et compétence du juge d'appui **683**
 - et inapplicabilité de la convention d'arbitrage **686**
 - Echec du juge d'appui dans la- **693**
 - Impossibilité de - 530
 - Moment de la- 111, **284**
 - Contrat d'arbitre** 517, 587, **702**, 801, *Voir*
 - Investiture, 13, **579**
 - et cocontrat **710**
 - et contrat de louage d'ouvrage **712**
 - et investiture 142, 707
 - et obligations des litigants **722**
 - et pouvoir juridictionnel 579
 - Caractère onéreux du- **713**
 - Caractère synallagmatique du- 717
 - Consentement d'une partie au- 1033
 - Formation du - 308, **1031**
 - Loi applicable au - **732**
 - Moment de formation du- *Voir* Promesse de contracter, **723**
 - Obligations des parties au - **718**
 - Paiement des frais d'arbitrage *Voir* **Frais d'arbitrage**, **728**
 - Partie plurale au - 710
 - Qualification du - **707**, **708**
 - Contrats interdépendants** *Voir* Indivisibilité
 - Contrôle prima facie** *Voir* Principe de compétence-compétence (Aspect négatif du -)
 - Convention d'arbitrage** *Voir* Promesse de contracter, *Voir* Consentement à l'arbitrage, *Voir* Obligation de faire, *Voir* Obligation de collaboration, *Voir* Indivisibilité, 587, **702**, **737**, *Voir* Compétence internationale, 13
 - et arbitrabilité **755**
 - et choix de loi des litigants **818**
 - et compétence internationale 142, **371**
 - et effet positif du principe de compétence-compétence 143
 - et inexécution d'une obligation de ne pas faire 957
 - et pouvoir de juger de l'arbitre 607
 - et qualification de procédure 364
 - et responsabilité 966
 - Avant-contrat 782
 - Caducité de la - 326, **788**
 - Contractualisation d'un règlement d'arbitrage 842
 - Devoir de collaboration et - 802
 - et méthode des règles matérielles impératives **815**
 - Inopposabilité de la - 209
 - Insuffisance de la - 157
 - Lex contractus* 350
 - Loi applicable à la - 751, **753**, **812**
 - Principe de séparabilité et - **740**
 - Problèmes d'exécution de la - *Voir* Inapplicabilité
 - Régime de la - *Voir* Obligation de collaboration, **825**
 - Sanction de l'inexécution de la - 337
 - Terme de la - 334
 - Convention d'arbitrage/contrat d'arbitre**
 - Cause commune 785
 - Convention de Genève de 1961** 238, 259
 - Convention de New York de 1958** 143, 238, 258, 365, 466, 474, **509**, 515, 549
 - et règlement Bruxelles I 513, **520**
 - Loi applicable à la convention d'arbitrage 754
- D**
- Dalico* 309, 747
 - Décision**
 - statuant en matière d'arbitrage 379, 419, **517**
 - Conflit de- 520
 - Coordination des - 511
 - Degboe* 108
 - Déni de justice** 163, *Voir* *NIOC c. Etat d'Israël*, 15, **103**,
 - de fait **112**
 - et droit international privé **102**
 - et droit international public **100**
 - et principe de compétence-compétence 26
 - et responsabilité étatique 480
 - par omission **108**, 110, **172**
 - secondaire **530**
 - Notion de - **100**
 - Déni de justice économique** 30, **114**, 166, 832, 848
 - arbitral **178**
 - et principe de compétence-compétence 178
 - Déni de justice en matière d'arbitrage** **153**
 - économique 136, **192**
 - et accès au juge 317
 - et arbitrabilité **201**
 - et article 6§1 de la CESDH **159**
 - et effectivité de la justice 127
 - et problème de constitution du tribunal arbitral 147
 - et propositions doctrinales **212**
 - et protection du salarié **208**
 - et règlement d'arbitrage de la CCI 329
 - et responsabilité étatique **140**, 160, **172**
 - Critères du- **152**
 - Détermination du for responsable du - 365
 - Notion de - **169**
 - Règlement de la chambre de commerce franco-arabe et- **324**
 - Droit**
 - au juge 168
 - d'accéder à la justice 29
 - et accès au juge 84
 - et justice 28
 - et procès 24
 - Critère de juridicité du - **83**
 - et *lex mercatoria* **406**
 - Usage légitime d'un - **874**, 880
 - Droit d'action** 44

- et déni d'action **60**
- et droit à un tribunal 47
- et droit au juge 24, 28, 51
- et droit au jugement **44, 55**
- Aperçu historique du - **37**
- Conception française du - **50**
- Droit autonome **38**
- Liberté fondamentale **42**
- Limites admises au - **67**
- Notion de - 32, **35, 41**

Droit de nuire 871

- et contrat 876
- et devoir d'abstention **873**
- et intention de nuire 872
- Abus du - 872

E

Effet négatif du principe de compétence-compétence 249, 332

- et droit d'accès au juge 348
- et économie de moyens 250
- et partialité du juge étatique 254
- et présomption de mauvaise foi 346

Atténuation de l'- **467**

Automatisme de l'- **334**

Contestation sérieuse **342**

Droit au juge et - **338**

Droit comparé **261**

Droit français **267**

Effet indirect de l'- **276, 315, 387, 391, 443**

Fondement juridique du - 256

Inapplicabilité manifeste **287**

Nullité manifeste **286**

Règle de procédure interne 257

Renonciation à l'- **271**

Etat de droit

- et accès au juge 78, 82
- et arbitrage 341
- et état du droit **81**
- et justice effective **90**
- Notion d'- **76**

Exception d'arbitrage 952

- et abus de droit, 501
- et interdiction de se contredire au détriment d'autrui 864
- et obligation de cohérence 868

F

Frais d'arbitrage 628

- et charge excessive 678
- et compétence arbitrale **630, 891**
- et frais de justice **893**
- et impécuniosité **845**
- et obligation de collaboration 833
- Abus dans la fixation des - **902**
- Clause de répartition des - 901
- Contractualisation d'un règlement et - 847, **903**
- Interdiction de réfaction du contrat et - **899**
- Non-paiement des - **847**

- Obligation au paiement des - 838, **839**
- Obligation solidaire 728
- Obligation solidaire/obligation conjointe 849
- Paiement par un litigant des - 845
- Principe déontologique 854
- Recours entre les parties **1051**
- Refus de révision pour imprévision des - **900**
- Répartition contractuelle des - **898, 905**
- Répartition des - 631, **852, 859, 888, 1045**
- Répartition inégalitaire et équitable des - **854**

G

Gutierrez v. Academy Corporation 667

I

Impécuniosité 13, 177, 179, 324, 585, 688, 936

- et abus dans la fixation du prix 659
- et arbitrage **678**
- et article 6 § 1 de la CESDH **182, 194**
- et disproportion 180, 185, **668, 672, 668**
- et force majeure 664
- et frais de justice **657**
- et inapplicabilité de la convention d'arbitrage **580**
- et insolvabilité 665
- et procès équitable **689**
- et sentence par défaut ou *ex parte* 323, **692**
- Appréciation *in concreto* **182**
- Critères de l'- **184, 674**

Inapplicabilité Voir Constitution du tribunal arbitral, 287, 294, 480, 518

- et caducité 789
- et contrat d'arbitre **673**
- et convention d'arbitrage 296, 532, 643
- et droit au juge 653
- et impécuniosité 647
- et inefficacité 654
- manifeste **645**

Conception concrète de l'- **649**

Notion d'- 641

Preuve de l' - 332

Prima facie 647

Indivisibilité

- et arbitrage **775**
- et cause commune **766**
- et ensemble contractuelle en arbitrage **778**
- et organisation de l'accès à la justice arbitrale **783**
- Caducité **773, 787**
- Conséquences juridiques de l'- **770**
- Critères de l'- **766**
- Notion d'- **764**

Injonction in personam Voir Anti-suit injunctions

Intérêts du commerce international 305, 339, 460

- et arbitrage **306**
- et effet négatif du principe de compétence-compétence **303**

Investiture 609

- et compétence arbitrale **594**
- et contrat d'arbitre 288, 588
- et principe de compétence-compétence 288, 243

Notion d' - 582, 594, 614

J

- Juge d'appui** *Voir* Constitution du tribunal arbitral, 521
- déni de justice **162**
 - échec dans sa mission 694
 - et clause de juridiction **499**
 - et déni de justice en matière d'arbitrage **500**
 - et déni de justice secondaire **503**
 - et inapplicabilité de la convention d'arbitrage 505
 - et loi de la procédure **493**
 - et recours en excès de pouvoir **147**
 - et siège de l'arbitrage **491**
 - transposition des compétences internationales 546
- Compétence internationale du - **489, 508**
- Excès de pouvoir du - **153**
- Mission du - **683**
- Justice 1**, 85, 253
- a-nationale **170**
 - arbitrale 4, **10**, 97
 - autonome 407
 - complémentaire 610
 - et démocratie **91**
 - exclusive 250, 379, 383
- Accès matériel à la - 6
- concurrente 614
- Devoir étatique **10**, 177
- Effectivité de la - 93
- Histoire de la - 3
- Monopole étatique de la - 8

L

Litigant

- et frais d'arbitrage **12**
- Présomption de mauvaise foi du - 225, **339**

M

Marc Rich 429

Metu system France 270

N

Nègre c. Société Vivendi **194**

NIOC c. État d'Israël 105, **135, 149, 153**

O

- Obligation de collaboration** 825, **827**
- et abus de droit **911**
 - et devoir d'abstention **873**
 - et droit de nuire **870**
 - et exécution de la convention d'arbitrage **828**
 - et faute de la partie forte **910**
 - et frais d'arbitrage 802, 805, **834**
 - et nature de la responsabilité 917
 - et préjudice **927**
 - et principe de cohérence **863**
 - et responsabilité de la partie faible 937
- Incidence de l' - **831**

Manquement à l' - **909**

Obligation de faire *Voir* Contrat d'arbitre:

- Formation du -
- et consentement à l'arbitrage **1029**
 - et principe de liberté contractuelle **1018**
 - et responsabilité contractuelle **1026**

Faute **1014**

Obligation de moyen 1012

Sanction **1019**

Obligation de ne pas faire **958**

- et compétence arbitrale **966**
- et décision d'incompétence **986**
- et responsabilité contractuelle **960**

Anti-suit injunction **974, 976, 979**

Faute 961

Sanction de l' - **974**

Sanction d'incompétence **988, 993**

P

Partie faible 14, 187

- et abus de faiblesse **936**

Notion de - **16, 17, 187**

Protection catégorielle de la - **18**

Pordéa **114, 118, 125, 177, 532**

Pouvoir juridictionnel 143

- et arbitrage **141**
- et déni de justice **139**
- et investiture 142

Principe de compétence-compétence *Voir* Effet négatif du principe de compétence-compétence, 13, **230, 232**

- et abus d'action en justice 952
- et contrôle des contestations sérieuses **331**
- et référé **272**

- et responsabilité des parties 949

Aspect négatif du - **248**

Aspect positif du - 237, **243**

Atténuation du - **475**

Droit au juge et - **338**

Justifications du - 350

Règle matérielle du - 270

Principe de compétence-investiture, 360

- et théorie de la délocalisation 610

Principe de séparabilité **741**

Principe de validité 310, 334, **746, 815, 820**

- et convention d'arbitrage 749

Conséquence du - 827

Exclusion de la méthode conflictuelle **747**

Loi de police 824

Théorie du contrat sans loi **748**

Promesse de contracter

- et cocontrat **1009**
- et consentement au contrat d'arbitre **1003**
- et consentement des litigants 1007
- et convention d'arbitrage **779**
- et principe de liberté contractuelle 1011
- et réitération du consentement 1001, **1023**

Faute *Voir* Obligation de faire

Sanction **1020**

R

Rado 205

Règlement Bruxelles I 415, 463

- et *Anti-suit injunction* 432, 433
- et arbitrage 375, 431
- et convention d'arbitrage 434
- et convention de New York de 1958 528
- et déni de justice 538
- et exception d'arbitrage 416
- et exclusion de l'arbitrage 377, 389, 415
- et inclusion de l'arbitrage 474, 542, 548
- et procédure d'arbitrage 419
- et question incidente 418, 426, 443
- et Rapport Schlosser 542, 546
- et règle de procédure 364
- Effet utile du - 450
- Principe de confiance mutuelle 444

Règles matérielles d'application impérative 822

Renault c. Société V 2000 201

République de Guinée 137, 267

S

SA Kis c. Lopez-Alberdi 208

Sentence 389

- d'incompétence 600, 604
- et article 6 § 1 de la CESDH 323
- et impécuniosité 319
- et incompétence 527
- et pouvoir juridictionnel 602
- par défaut ou *ex parte* 320, 322, 690, 854, 1031, 1039
- Autorité de chose jugée 600, 604
- Décision de justice 603
- Efficacité de la - 756

Rétention de - 691

Siège de l'arbitrage 385, 545, 552

- et clause de juridiction 559
- Société CSF c. Société Chays frères et autres* 111
- Société Metu system France* 245
- Société So Good International* 335
- Société Uni-Kod* 818

T

Théorie de la délocalisation 369, 374, 384, 386, 456

- autonomie de la justice arbitrale 400
- et compétence internationale 387, 410
- et contrat sans loi 815
- et effet indirect du principe de compétence-compétence 392
- et effet négatif du principe de compétence-compétence 404
- et exclusion de l'arbitrage du Règlement Bruxelles I 388
- et présomption de mauvaise foi 394
- et règlement Bruxelles I 377
- Apréciation critique de la - 398
- Finalité de la - 402
- Incidence de la - 456
- Notion de - 408
- Pertinence de la - 479

Théorie de l'unconscionability 667

Théorie du contrat sans loi 747, 751

V

Valenciana, 242

Z

Zanzi 244

Plan

INTRODUCTION GENERALE	9
PARTIE 1 : L'INCIDENCE DU DROIT FONDAMENTAL D'ACCEDER A LA JUSTICE SUR LE PRINCIPE DE COMPETENCE-COMPETENCE	29
TITRE 1 : LA GENERALITE DU DROIT D'ACCEDER A LA JUSTICE ET L'EXCEPTION ARBITRALE	31
<i>Chapitre 1 : Le contenu du droit fondamental d'accéder à la justice</i>	33
Section 1 : Sens et portée du droit d'accéder à la justice	35
§1- Le droit d'action comme moyen de réalisation des droits	35
A- La nature du droit d'action en justice, un droit fondamental autonome	35
1) - Le droit d'action en tant que droit autonome	36
2)- Le droit d'action en tant que liberté fondamentale	37
B- Conséquence du droit fondamental et effectif d'accéder à la justice en droit français	41
1)- Consécration du droit d'accéder à la justice en tant que liberté fondamentale effective	41
2)- Insuffisance d'une décision statuant sur la compétence	42
§2- Suppression du droit d'accéder au juge	44
A- Le déni d'action et le principe de compétence-compétence	45
B- Droit d'accéder au juge et immunité de juridiction	46
Conclusion de la section 1	47
Section 2 : Nécessité politique et juridique d'assurer un droit d'accès général à la justice	48
§1- Justice effective : condition de la démocratie et de l'état de droit	48
A- L'accès à la justice comme corollaire de l'état de droit	49
1)- Analyse sommaire de l'essor de la théorie de l'état de droit et rôle du juge	49
2)- Le juge comme critère de juridicité du droit : une nécessité sociale	52
B- L'accès effectif à la justice des plus démunis comme corollaire d'un État démocratique	55
1)- Droit au recours effectif et justice démocratique	55
2)- Droit effectif au recours et accès matériel des plus démunis	57
§2- Droit d'accéder au juge général et prohibition du déni de justice	58
A- Dénis de justice et déni d'une justice	58
1)- Distinction	59
2)- Rapprochement des notions	61
B- Le déni de justice économique par omission	62
1)- Déni de justice par omission	62
2)- Déni de justice de fait	65
Conclusion de la section 2	68
Conclusion du chapitre 1	69
<i>Chapitre 2 : Le déni de justice économique en matière d'arbitrage international</i>	71
Section 1 : De la constitution du tribunal arbitral et de l'accès financier à la justice arbitrale	72
§1- Déni de justice et constitution du tribunal arbitral	72
A- L'accès à la justice arbitrale et l'application directe de l'article 6 § 1 de la CESDH	73
1)- Applicabilité <i>de facto</i> de l'article 6 § 1 de la CESDH à l'arbitre, applicabilité de droit à l'État	73
2)- L'arbitrage et la question de pouvoir juridictionnel de l'État	77
B- Réaction du droit français face à l'impossibilité de constitution du tribunal arbitral	79
1)- De l'intervention nécessaire des juridictions étatiques en cas de problème de	

constitution du tribunal arbitral	80
2)- Critère limitatif du déni de justice en matière d'arbitrage reconnu en application de l'effet dérivé de l'article 6 § 1 de la CESDH	81
§2- Reconnaissance française du déni de justice par omission et du déni de justice économique	86
A- Reconnaissance française du déni de justice par omission en matière d'arbitrage	87
B- Reconnaissance en droit français du déni de justice économique en tant que disproportion	89
1)- Responsabilité étatique d'assurer l'accès matériel au juge	89
2)- Partie faible en matière de droit d'accès au juge : une notion concrète et casuistique	91
Conclusion de la section 1	96
Section 2 : De l'insuffisance d'une protection catégorielle face à un droit général d'accéder au juge	96
§1- Négation du problème du déni de justice économique ou de l'arbitrage international comme renonciation du droit au juge	97
2§- Une protection catégorielle insuffisante	99
A- Insuffisance d'une méthode abstraite	100
1)- L'ordre public européen, l'arbitrabilité et le droit de la consommation	100
2)- Principe de compétence exclusive des juridictions françaises en droit du travail	104
B- Absence de proposition concrète assurant l'accès au juge en matière d'arbitrage	106
Conclusion de la section 2	107
Conclusion du chapitre 2	109
CONCLUSION DU TITRE 1	111
TITRE 2 : LA GENERALITE DU DROIT D'ACCEDE A LA JUSTICE APPLIQUEE A L'ARBITRAGE	113
<i>Chapitre 1 : Légalité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence</i>	115
Section 1 : Consécration du principe : le droit reconnu à l'arbitre d'être juge de sa propre compétence de manière prioritaire et exclusive	117
§1- Le droit de se prononcer sur sa compétence : aspect positif du principe de compétence-compétence	117
A- Consécration de l'aspect positif du principe en droit conventionnel, au sein des règlements d'arbitrage et en droit comparé	117
B - Consécration de l'aspect positif du principe de compétence-compétence en droit français	119
§2- L'aspect négatif du principe : la priorité procédurale accordée à l'arbitre	120
A - Acceptation de l'effet négatif du principe de compétence-compétence	120
1)- La compétence arbitrale, une concession des juridictions étatiques	121
2)- Analyse du droit comparé et conventionnel quant à l'admission de l'effet négatif du principe de compétence-compétence	124
B- Originalité du droit français : consécration pleine et entière de l'effet négatif du principe de compétence-compétence	126
1)- Le rejet du contrôle judiciaire direct de la compétence arbitrale et effet indirect du principe	127
2)- Modalités d'application du principe en France	132
a) - À quel moment le tribunal arbitral doit-il être considéré comme saisi?	132
b)- Exceptions au principe de priorité	133
Conclusion de la section 1	138
Section 2 : Légalité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence français	139
§1- Radicalisation française de l'effet négatif du principe de compétence-compétence :	

une nécessité ? _____	139
A- La protection des intérêts du commerce international et l'efficacité économique _____	140
B- Condition de la licéité de la sentence arbitrale par défaut et impécuniosité d'une partie _____	145
1)- Légalité des sentences par défaut : impécuniosité du défendeur _____	145
2)- Règlement d'arbitrage de la chambre de commerce franco-arabe, une exception _____	148
2§- De l'admission d'un effet mesuré du principe ou de l'illégalité de l'effet négatif radical français _____	150
A- De l'illicéité d'une sanction postulant la formation du contrat d'arbitre _____	150
B- La contestation sérieuse comme condition du droit d'accès au juge _____	155
Conclusion de la section 2 _____	160
Conclusion du chapitre 1 _____	163
<i>Chapitre 2: La détermination de la juridiction étatique garante de l'effectivité du droit d'accéder à la justice</i> _____	165
Section 1 : La « relocalisation » de l'arbitrage international _____	168
§1- La délocalisation de l'arbitrage international, une fiction doctrinale et jurisprudentielle française _____	169
A- Analyse de l'exclusion de l'arbitrage dans l'espace européen et de sa qualification : un rejet français _____	169
1)- Position du problème : l'arbitrage, une question de compétence interne ou internationale ? _____	170
2)- Position doctrinale partisane et interprétation volontariste de la jurisprudence _____	173
B- Analyse critique d'un rejet quasi unanime _____	178
1)- La compétence internationale et le caractère prétendument délocalisé de l'arbitrage _____	179
2)- La compétence internationale, le règlement Bruxelles I et la convention de New York de 1958 _____	185
§2- De la non interférence sur la compétence internationale étatique d'une convention d'arbitrage _____	188
A- Consécration par la Cour de justice de l'Union européenne du caractère procédural de l'arbitrage _____	188
1)- L'arbitrage, une question de compétence secondaire au regard de la compétence internationale _____	189
2)- Généralisation de la solution en dehors du cadre du règlement Bruxelles I _____	195
B- Compétence internationale et prohibition du déni de justice : une faveur envers l'arbitrage ou une remise en cause ? _____	197
1)- Une solution opportune pour la protection des intérêts économiques en jeu dans le cadre européen _____	197
a) - Principe de confiance mutuelle versus les intérêts économiques « cruciaux » : des enjeux inconciliables ? _____	198
b)- L'effet utile du règlement Bruxelles I versus les intérêts économiques cruciaux _____	200
2)- Conséquence sur l'arbitrage international de l'absence d'incidence de la convention d'arbitrage sur la compétence internationale _____	201
a)- Remise en cause de la théorie du caractère délocalisé de l'arbitrage et compétitivité des centres d'arbitrage européens et français _____	201
b)- Atténuation de l'effet négatif du principe de compétence-compétence : une torpille anti-arbitrage ? _____	206
Conclusion de la section 1 _____	211

Section 2 : Dissociation des compétences internationales en droit français et déni de justice secondaire _____	212
§1- De la compétence fondée sur la procédure et du déni de justice secondaire à la charge du for du juge d'appui _____	213
A- Compétence fondée sur la procédure d'arbitrage et compétence au fond, principe de dissociation et articulation _____	213
1)- Compétence internationale fondée sur le siège de l'arbitrage et loi de la procédure _____	214
a)- Siège de l'arbitrage comme chef de compétence internationale _____	214
b)- Chefs de compétence internationale alternatifs : loi applicable à la procédure d'arbitrage _____	215
2)- Les nouveaux chefs de compétence introduit par le décret de 2011 _____	216
a)- Compétence fondée sur la volonté des parties _____	216
b)- Compétence fondée sur le déni de justice _____	217
B- Conséquence d'une absence d'harmonisation des compétences internationales en matière de procédure d'arbitrage _____	220
1)- Coordination et harmonisation des décisions statuant en matière d'arbitrage _____	221
a)- De la non incidence de la convention de New York, une convention unifiant les règles de procédure interne _____	221
b)- Conciliation des décisions rendues en matière d'arbitrage lorsque la formation du contrat d'arbitre est possible _____	224
2)- Déni de justice secondaire et compétence du for de la procédure _____	229
§2- Réflexion sur l'incidence du siège de l'arbitrage comme choix de juridiction _____	234
A- Inclusion de l'arbitrage dans le règlement Bruxelles I : unification de la compétence relative à la procédure et au fond du litige, une nécessité ? _____	235
1)- Rapport Schlosser : de l'inclusion de l'arbitrage et de l'unification de la compétence du juge d'appui _____	235
2)- Appréciation critique de la proposition Schlosser _____	236
B- Le choix du siège de la procédure comme choix de juridiction : solution satisfaisante _____	238
Conclusion de la section 2 _____	243
Conclusion du chapitre 2 _____	245
CONCLUSION DU TITRE 2 _____	247
CONCLUSION DE LA PARTIE 1 _____	251
PARTIE 2 : L'INCIDENCE DU DROIT FONDAMENTAL D'ACCEDER A LA JUSTICE SUR LE CARACTERE CONTRACTUEL DE L'ARBITRAGE _____	255
TITRE 1 : LES EFFETS DE L'IMPECUNIOSITE SUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE _____	259
<i>Chapitre 1 : Inapplicabilité de la convention d'arbitrage</i> _____	263
Section 1 : De la compétence et de l'investiture arbitrale au regard des honoraires _____	264
§1- Notion et source de la compétence et de l'investiture de l'arbitre _____	265
A - Négation de la dissociation entre compétence et investiture arbitrale _____	265
B- Absence de compétence de l'arbitre sur son investiture et contrat d'arbitre _____	267
1)- Compétence de l'arbitre relative à sa compétence indépendamment de sa compétence au fond _____	267
2)- Négation de la compétence de l'arbitre sur son investiture : de l'exclusion d'un principe de compétence-investiture _____	270
§2- Délimitation des notions d'investiture et de compétence interne _____	273
A- Détermination de la compétence et de l'investiture arbitrale en application des règles de compétence interne _____	275

B- Application de la répartition des compétences au regard du contrat d'arbitre valablement formé _____	281
Conclusion de la section 1 _____	284
Section 2 : Du constat d'échec du juge d'appui dans sa mission d'aide à la constitution du tribunal arbitral _____	285
§1- Inapplicabilité d'un contrat ou de son caractère inapplicable... _____	285
A- De l'inutilité de la notion abstraite d'inapplicabilité _____	285
B- L'inapplicabilité factuelle entendue comme l'inefficacité de la convention d'arbitrage _____	289
§2- L'impécuniosité au sens d'inapplicabilité : un comparatif de la compétence souveraine des juges du fond _____	291
A- L'impécuniosité appliquée aux frais de justice _____	291
1)- Ce que ne recouvre pas l'impécuniosité _____	291
a)- Exclusion des notions voisines _____	292
b)- Exclusion des notions intervenant lors de la formation du contrat _____	295
2)- Ce que recouvre le concept d'impécuniosité : une disproportion <i>in concreto</i> lors de l'exécution du contrat _____	298
B- Compétence du juge étatique ou l'aide à la constitution du tribunal arbitral : un constat d'échec _____	301
1)- Compétence du juge d'appui en cas de déni de justice économique _____	302
a)- Compétence du juge d'appui conformément à sa mission _____	302
b)- Traitement de l'impécuniosité devant le tribunal arbitral et étatique : une obligation du procès équitable et du droit d'accès au juge _____	304
2)- Constat d'échec dans la mission du juge _____	307
Conclusion du chapitre 1 _____	311
<i>Chapitre 2 : Caducité de la convention d'arbitrage</i> _____	313
Section 1 : Analyse des contrats organisant l'accès à la justice arbitrale _____	314
§1 - Du contrat d'arbitre _____	314
A- Qualification et régime du contrat d'arbitre _____	315
1)- Un cocontrat de prestation de service par nature gratuit _____	315
a)- Un cocontrat _____	315
b)- Un contrat de louage d'ouvrage gratuit ou onéreux _____	316
2)- Obligations des parties au contrat d'arbitre _____	318
a)- Une sentence contre rémunération _____	318
b)- Obligations à la charge des litigants, partie plurielle _____	319
B- Loi applicable au contrat d'arbitre _____	322
§2- De la convention d'arbitrage _____	324
A- Principe de séparabilité ou d'autonomie au sens restreint _____	325
B- Principe de validité ou d'autonomie au sens large _____	328
1)- La règle matérielle française : un contrat valable selon aucune loi _____	328
2)- Recherche de la loi applicable à la convention d'arbitrage _____	330
Conclusion de la section 1 _____	334
Section 2: Des liens unissant les contrats organisant l'accès à la justice arbitrale _____	335
§1-Du lien contractuel entre deux contrats indépendants d'un ensemble contractuel _____	335
A- Définition et régime de l'interdépendance de contrats indivisibles _____	335
1)- Qualification de l'interdépendance contractuelle _____	336
2)- Conséquence de l'interdépendance _____	339
B- Du contrat d'arbitre et de la convention d'arbitrage : deux contrats <i>a priori</i> indépendants _____	341
§2- De la conséquence de l'impossibilité de formation du contrat d'arbitre sur la	

convention d'arbitrage	343
A- Un avant-contrat autonome d'un ensemble indivisible	343
B- Caducité de la convention d'arbitrage	346
Conclusion de la Section 2	349
Conclusion du chapitre 2	351
CONCLUSION DU TITRE 1	353
TITRE 2 : LES EFFETS DE L'IMPECUNIOSITE SUR LA RESPONSABILITE DES PARTIES A LA CONVENTION D'ARBITRAGE	355
<i>Chapitre 1 : Responsabilité de la partie forte en cas d'impécuniosité</i>	357
Section 1: Obligation de collaboration dans l'organisation de l'accès à l'arbitrage	358
§1- Reconnaissance d'une obligation de collaboration par la <i>lex contractus</i>	358
A- De la <i>lex contractus</i> et de la convention d'arbitrage	359
1)- Rattachement à la <i>lex contractus</i>	359
a)- Solutions de droit comparé et de droit conventionnel, comparaison avec le droit français	359
b)- Solution du droit français : un pas vers une solution plus rationnelle ?	362
2)- Obligation de collaboration renforcée en droit français	365
B- Paiement des honoraires et charge de la dette de l'arbitrage	369
1)- Obligation au paiement des litigants en application de la jurisprudence française : relation arbitres-litigants	370
a)- Obligation au paiement conjointe et/ou solidaire des litigants, un régime dissocié d'une même obligation à l'épreuve du déni de justice économique	370
b)- Le paiement de la provision au regard de la jurisprudence	373
2)- Charge de la dette : relation inter litigants	375
§2- Implication de l'obligation de collaboration dans l'exécution de la convention d'arbitrage	378
A- Obligation de cohérence semi-processuelle	378
B- Obligation d'exécuter la convention d'arbitrage	380
1)- Droit de nuire dans la demande d'exécution d'un contrat	381
2)- Devoir d'abstention et collaboration	382
Conclusion de la section 1	385
Section 2 : De la bonne exécution de la convention d'arbitrage	385
§1- Répartition judiciaire de la charge des honoraires	386
A- Répartition de la charge des honoraires	386
1)- Compétence du juge étatique, du centre d'arbitrage ou de l'arbitre	386
2)- Principe d'une répartition judiciaire équitable	388
B- Interférence dans le pouvoir régulateur du juge	390
1)- Interdiction de réfaction du contrat et répartition contractuelle des frais et honoraires d'arbitrage	390
2)- L'incidence des règlements d'arbitrage	392
§2 - Sanction du manquement à l'obligation de collaboration	395
A- De la faute de la partie forte	395
1)- Exception d'arbitrage et abus d'action en justice	395
2)- Abus de droit et manquement au devoir de collaboration	398
B- De la sanction	401
Conclusion de la section 2	404
Conclusion du chapitre 1	407
<i>Chapitre 2 : Responsabilité des parties en l'absence d'impécuniosité</i>	409
Section 1 : De l'inexécution de l'obligation de ne pas faire	410
§1- Résistance infondée à la compétence arbitrale	410

A- Responsabilité pour saisine des juridictions étatiques _____	411
1)- Exception d'arbitrage et convention d'arbitrage _____	411
a)- Abus d'action en justice _____	411
b)- Responsabilité contractuelle cas d'exception d'arbitrage infondée _____	414
2)- Inexécution de l'obligation de ne pas faire et convention d'arbitrage _____	415
B- Compétence arbitrale ou compétence étatique _____	417
§2- Aspect processuel et sanction de l'obligation de ne pas faire _____	420
A- Exclusion définitive des injonctions <i>in personam</i> _____	420
B- La décision d'incompétence, une sanction procédurale licite _____	429
1)- Dans le cadre de l'application du règlement Bruxelles I _____	430
2)- Hors du cadre de l'application de règlement Bruxelles I _____	431
Conclusion de la section 1 _____	432
Section 2 : De l'inexécution de l'obligation de faire _____	433
§1- De l'obligation de conclure un contrat d'arbitre _____	433
A- Responsabilité pour violation d'une obligation de faire _____	433
1)- Convention d'arbitrage et contrat d'arbitre, le problème de la réitération du consentement _____	433
a)- Moment de formation du contrat objet de la promesse de contracter _____	434
b)- Consentement séparé des membres d'une partie plurale ou unicité du consentement de la partie plurale _____	435
2)- Manquement à une obligation de moyen de contracter _____	436
B-Sanction contractuelle d'une promesse de contracter en droit français appliquée à la convention d'arbitrage _____	438
1)- Impossibilité d'une sanction en nature en application de la liberté contractuelle _____	438
2)- Octroi de dommages et intérêts en application de la force obligatoire d'un contrat _____	440
§2- Conséquence du maintien du consentement à l'arbitrage _____	441
A- Sentence prononcée <i>ex parte</i> _____	442
1)- Maintien du consentement à l'arbitrage et formation du contrat d'arbitre _____	442
2)- Licéité de la procédure arbitrale par défaut ou <i>ex parte</i> _____	444
B-Détermination des liens contractuels et de l'obligation au paiement des parties _____	445
1)- Obligation au paiement postérieure à la sentence _____	445
2)- Recours lors de la mise en place et de l'exécution de la procédure d'arbitrage _____	446
Conclusion de la section 2 _____	447
Conclusion du chapitre 2 _____	449
CONCLUSION DU TITRE 2 _____	451
CONCLUSION DE LA PARTIE 2 _____	455
CONCLUSION GENERALE _____	459
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE _____	463
1)- <i>Ouvrages</i> _____	463
2)- <i>Jurisclasseurs et Répertoires</i> _____	466
a)- Répertoires _____	466
b)- Jurisclasseurs _____	467
3)- <i>Thèses</i> _____	468
4)- <i>Articles (par nom d'auteur)</i> _____	469
5)- <i>Jurisprudence</i> _____	492
a)- Française _____	492
i)- Juridictions du fond: _____	492

Décisions de première instance _____	492
Décisions de cours d'appel _____	493
ii)- Cour de cassation _____	497
1. Chambres civiles _____	497
2. Chambre commerciale _____	506
3. Chambre sociale _____	508
4. Assemblée plénière et Chambre mixte _____	509
iii)- Autres juridictions _____	509
b)- Européenne _____	510
i)- CJUE _____	510
ii)- CEDH _____	513
c)- Autres juridictions : internationales, étrangères, sentences arbitrales _____	516
i)- Internationales _____	516
ii)- Étrangères _____	516
iii)- Sentences _____	518
6)- Sites internet _____	518
7)- Règlements d'arbitrage _____	519
<i>INDEX THEMATIQUE</i> _____	521
PLAN _____	527