

Doctrine

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION EN MATIÈRE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL

par

Emmanuel GAILLARD

*Professeur à l'Université Paris XII,
Associé, Shearman & Sterling LLP*

RÉSUMÉ

L'étude systématique de la jurisprudence de la Cour de cassation au cours des dernières douze années en matière d'arbitrage international fait ressortir que la haute juridiction n'a eu de cesse d'assurer, par une utilisation systématique de la méthode des règles matérielles, l'efficacité de l'arbitrage, tant en ce qui concerne la convention d'arbitrage que l'exécution de la sentence. Même si, dans certains domaines, dont le contrôle de l'ordre public international et l'exécution des sentences à l'égard des Etats qui cherchent à s'y soustraire, l'œuvre demeure en cours de formation, cette jurisprudence, cohérente et forte, porte au plus haut les couleurs du droit français de l'arbitrage international.

SUMMARY

A systematic analysis of the Cour de cassation's case law relating to international arbitration over the past twelve years shows that the Court has consistently promoted the effectiveness of the arbitral process, both as regards the arbitration agreement and the enforcement of the arbitral award. Whilst in certain areas such as the control of international public policy and the enforcement of arbitral awards against reluctant States work remains to be done, the court's strong and coherent case law powerfully resonates as the voice of one of the most modern arbitration laws.

1. L'analyse de « la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international » ne se confond pas avec celle du droit français de l'arbitrage international. C'est l'apport spécifique de la Cour de cassation, par opposition à celui du législateur et à celui des autres juridictions françaises, spécialement de la Cour d'appel de Paris qui joue un rôle éminent en la matière, que le sujet invite à apprécier.

Pour prendre la mesure de cet apport, il a fallu lire, ou relire, de façon systématique, la matière brute que constitue l'ensemble des décisions rendues sur la période étudiée, en faisant provisoirement abstraction, pour les besoins de l'exercice, des commentaires qui leur ont été consacrés. En revanche, le choix de la période de référence n'allait pas de soi. L'attrait des chiffres ronds aurait pu conduire à ne s'intéresser qu'aux décisions rendues depuis le 1^{er} janvier 2000. De cette date au 31 décembre 2006, ce n'est pas moins de 72 décisions qui ont été rendues par la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, dont 42 ont fait l'objet d'une publication au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Cependant, pour apprécier, avec un recul suffisant, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est l'intégralité des décisions rendues par la Cour de cassation depuis le 1^{er} janvier 1995 que l'on a choisi d'étudier. Celles-ci sont au nombre de 102, sur une période de douze années. Certaines décisions intervenues au cours de l'année 2007 seront également évoquées.

L'examen fait apparaître d'emblée une augmentation sensible du nombre de décisions rendues au cours des dernières années : dix-sept en 2006 contre trois seulement en 1993. En réalité, le tournant date de 1999, avec onze décisions rendues dans l'année. Le contentieux de l'arbitrage international devant la Cour de cassation est plus fourni depuis cette date. Les décisions sont également plus intéressantes. Les cassations interviennent plus volontiers au visa des seuls principes généraux du droit : « vu le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres » (arrêt *Sonopra* de 1999) (1) ; « vu les principes du droit international régissant les immunités des Etats étrangers » (arrêt *Creighton* de 2000) (2) ; « vu les principes de validité de la

(1) Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, *Sté Sonopra c/ Sté Adeossi et fils*, *Bull. civ.*, I, n° 190.

(2) Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2000, *Sté Creighton c/ Ministre des finances de l'Etat du Qatar et autre*, *Bull. civ.*, I, n° 207 ; *Rev. arb.*, 2001.114, note Ph. Leboulanger ; *RTD com.*, 2001.410, note E. Loquin ; *JCP E*, 2001.223 ; *JCP*, 2001 II 10512,

convention d'arbitrage et de compétence-compétence » (arrêt *NBC* de 2006) (3) ; « vu le principe de compétence-compétence » (arrêt *Levantina* de 2007) (4). Ces principes se sont également affinés et affermis. Ainsi par exemple, là où, en 1999, l'arrêt *Zanzi* cassait au visa du « principe de validité de la clause d'arbitrage internationale sans condition de commercialité et [de] celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence » (5), l'arrêt *NBC* de 2006 se contente de viser « les principes de validité de la convention d'arbitrage et de compétence-compétence » (6).

2. Dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la période considérée, l'attention s'est d'abord portée sur les grands arrêts. Combien de décisions rendues dans cette période méritent le qualificatif, souvent galvaudé, de grand arrêt ?

Avec toute la subjectivité qui s'attache à ce type de classification, depuis le 1^{er} janvier 2000, on a pu dénombrer six candidats à une telle qualification. L'arrêt *Creighton c/ Qatar* de 2000 sur la renonciation aux immunités résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage prévoyant l'exécution « sans délai » de la sentence à intervenir en fait partie (7), même si cette décision restera sans doute dans l'histoire tout autant pour la fermeté de sa formulation que pour sa parfaite inefficacité (8). L'arrêt *Cubic* de 2001 également, parce qu'il fixe les obligations des institutions

note Ch. Kaplan et G. Cuniberti ; *Gaz. Pal.*, 1^{er} février 2001, p. 6, note S. Piédelièvre ; *JDI*, 2000.1054, note I. Pingel-Lenuzza ; v. aussi R. de Gouttes, « L'évolution de l'immunité de juridiction des Etats étrangers », in *Rapport de la Cour de cassation 2003*, p. 249 ; J. Moury, « L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger », *D.*, 2001.2139 ; Ph. Théry, « Feu l'immunité d'exécution ? », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2001, n° 163, p. 18 ; G. Zeyen, « Les immunités des Etats dans les contrats d'investissement : du nouveau avec l'arrêt *Creighton* ? », *RDAl*, 2006.333 ; E. Gaillard, « Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales », *Bull. ASA*, 2000.471.

(3) Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 2006, *Sté NBC c/ Bernadau*, *Bull. civ.*, I, n° 364 ; *JCP*, 2006 I 187, p. 2100, obs. Ch. Seraglini ; *JCP*, 2006 II 10182, note P. Callé.

(4) Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2007, *Sté Levantina de Hydraulica y Motores c/ Scala et autres*, *Rev. arb.*, 2007.279, obs. P. Pic.

(5) Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *Zanzi es qualité de curateur de la société Tripcovitch c/ Coninck et al.*, *Bull. civ.*, I, n° 2 ; *Rev. arb.*, 1999.260, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. DIP*, 1999.546, note D. Bureau ; *RTD com.*, 1999.380, note E. Loquin ; *D. et pat.*, 2000, n° 79, p. 110, note P. Mousseron.

(6) Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 2007, préc.

(7) Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2000, préc.

(8) Sur la question, v. *infra*, n° 22.

d'arbitrage et que protéger les institutions d'arbitrage opérant sur le sol français, c'est protéger l'arbitrage. L'arrêt *NIOC* de 2005, rendu dans les termes suivants : « L'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral [...] constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du Président du Tribunal de grande instance de Paris » (9). Une création purement prétorienne destinée à répondre à un impératif de justice universelle et à renforcer l'efficacité de l'arbitrage mérite assurément le qualificatif de grand arrêt. On ajouterait volontiers, pour la pureté de sa formulation, essentiellement reprise de la Cour d'appel de Paris et adoubee par la Cour de cassation qui la déclare « exacte », l'arrêt *Jules Verne* de 2006 sur le régime de la convention d'arbitrage (10) et, pour l'adoption prétorienne de la notion d'*estoppel*, l'arrêt *Golshani* de 2005, même si l'arrêt laisse entière la question de savoir s'il s'agit d'*estoppel* à l'anglaise, avec la condition de « *reliance* » ou une version gallicisée de l'institution (11). Cependant, si l'on juge un grand arrêt à l'apport qu'il réalise à la théorie générale de l'institution sur laquelle il porte, plus encore qu'à la nouveauté de la solution qu'il consacre, c'est l'arrêt *Putrabali* de 2007 qui mérite de la manière la plus incontestable cette qualification. La décision reconnaît en effet, pour la première fois, non seulement que la sentence arbitrale n'est pas intégrée dans l'ordre juridique de l'Etat dans lequel l'arbitrage s'est déroulé, ce qui n'est pas nouveau, mais également — c'est là que réside l'apport à la théorie générale du droit de l'arbitrage — que la sentence arbitrale constitue « une décision de justice internationale » à l'image de celles qui sont rendues par les juridictions internationales permanentes : « Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées » (12).

(9) Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, *Etat d'Israël c/ sté National Iranian Oil Company*, *Bull. civ.*, I, n° 53 ; *Rev. arb.*, 2005.692, note H. Muir-Watt ; *JCP*, 2005 I 134, note J. Béguin, p. 780 ; *D.*, 2005.3054 chron. et *Rev. crit. DIP*, 2006.140, note Th. Clay ; *D.*, 2005.2727, note S. Hotte ; *JCP*, 2005 II 10101, note G. Kessler ; *RTD com.*, 2005.266, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train.

(10) Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c/ Sté American bureau of shipping et autres*, *Bull. civ.*, I, n° 287 ; *Rev. arb.*, 2006.945, note E. Gaillard ; *JDI*, 2006.1384, obs. A. Mourre ; *JCP*, 2006 I 187, p. 2100, obs. Ch. Seraglini.

(11) Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *Rev. arb.*, 2005.994, note Ph. Pinsolle.

(12) Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia c/ sté Rena Holding et sté Mnogutia Est Epices* (2 arrêts) *Rev. arb.*, 2007.507, rapport

3. Le sujet invite également à s'interroger sur d'éventuelles divergences de jurisprudence — ou à tout le moins de sensibilité — entre les chambres de la Cour de cassation.

La Chambre sociale est dans son rôle lorsqu'elle juge, de manière constante depuis 1999 (13), que « la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail » (14). Sans qu'il s'agisse à proprement parler d'une contradiction, on observe que la première Chambre civile ne traite pas de la même manière les contrats de consommation. Par son arrêt *Rado* (15) de 2004, la première Chambre civile a en effet maintenu la jurisprudence *Jaguar* (16) qui n'estimait pas, en matière de consommation, la clause compromissoire manifestement nulle ou inopposable au consommateur (17).

Il existe en revanche — ou du moins il a existé — une divergence de jurisprudence, entre la première Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation, sur la question de l'application de la doctrine de la compétence-compétence en matière d'arbitrage maritime. La divergence a été résorbée par l'alignement de la Chambre commerciale sur la jurisprudence de la première Chambre civile opérée par l'arrêt *Belmarine* du 21 février 2006 (18).

J.-P. Ancel, note E. Gaillard ; *RJDA*, 2007.883, note J.-P. Ancel ; *P.A.*, 2007, n° 192, p. 20, note M. de Boissésou ; *D.*, 2007. actu. jur. 1969, note X. Delpech ; *JDI*, 2007.1236, note Th. Clay ; *Gaz. Pal.*, 21-22 novembre 2007, p. 14, note Ph. Pinsolle.

(13) Cass. soc., 16 février 1999, *Sté Château Tour Saint Christophe et autres c/ Aström*, *Bull. civ.*, IV, n° 78 ; *Rev. arb.*, 1999.290, note M.-A. Moreau ; *LPA*, 14 janvier 2000, p. 16, note J.-G. Mahinga ; *Gaz. Pal.*, 2 mars 2000, p. 20, note M.-L. Niboyet.

(14) Cass. soc., 9 octobre 2001, *Sté Kis France c/ Lopez-Alberdi*, *Bull. civ.*, V, n° 312 ; *Rev. arb.*, 2001.347, note Th. Clay ; Cass. soc. 28 juin 2005, *Taiphon*, *Bull. civ.*, V, n° 216 ; *JCP*, 2005 I 179, p. 1945, obs. J. Béguin ; *DMF*, 2006.35, note P. Chaumette ; *D.*, 2005.3052, obs. Th. Clay ; *JDI*, 2006.616, note S. Chaillé de Néré.

(15) Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Dame Rado c/ sté Painvewebber et autre*, *Bull. civ.*, I, n° 97, *Rev. arb.*, 2005.115, note X. Boucobza ; *D.*, 2005.3053, obs. Th. Clay ; *RTD com.*, 2004.447, obs. E. Loquin ; *D.*, 2004.2459, note I. Najjar ; *JCP*, 2004 I 134, p. 779, obs. Ch. Seraglini.

(16) Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Meglio c/ sté Jaguar*, *Bull. civ.*, I, n° 159 ; *Rev. arb.*, 1997.537, E. Gaillard ; *JDI*, 1998.969, note S. Poillot-Peruzetto.

(17) Sur cette opposition, v. par ex. E. Loquin, note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, préc.

(18) Sur cette divergence et sa résorption récente, v. *infra*, n° 15.

4. La curiosité se porte également sur la répartition géographique des cours d'appels qui encourent le plus fréquemment la censure de la Cour de cassation. On observe ainsi qu'à l'exception de la Cour d'appel de Versailles qui a connu de 2000 à 2006 six annulations sur huit arrêts déferés, les cassations sont assez également réparties. Les cours d'appel d'Aix, de Bourges, de Douai ou de Rouen ont vu certaines de leurs décisions censurées par la Cour de cassation. La Cour d'appel de Paris n'échappe pas à la règle puisque, sur cette période, sept de ses décisions (toutes formations confondues) ont été annulées, sur un total, il est vrai élevé, de 46 décisions soumises à la censure de la Cour de cassation.

5. L'intérêt principal de l'étude tient cependant à l'identification de la nature des contentieux traités et à la recherche des lignes de force de la jurisprudence considérée.

Sur la nature des contentieux, c'est l'importance quantitative du contentieux de la compétence-compétence qui retient l'attention : trente-quatre décisions rendues par la Cour de cassation du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2006. Il est vrai que cette effervescence devrait se réduire après la résorption, en 2006, de la divergence observée entre la première Chambre civile et la Chambre commerciale à ce sujet (19).

Les lignes de force se dégagent, quant à elles, de manière très claire, toute la jurisprudence de la Cour de cassation s'articulant autour du souci d'assurer « l'efficacité de l'arbitrage ». La formule est mise en relief par l'arrêt *Jules Verne* de 2006 (20) qui évoque, après la Cour d'appel de Paris (21), « les principes qui consacrent [...] l'efficacité de l'arbitrage ». La préoccupation n'est en réalité pas nouvelle puisqu'il s'agissait déjà de l'ambition des rédacteurs de la Convention de New York. On mesure cependant, à la lecture des décisions récentes de la Cour de cassation française, le chemin parcouru depuis 1958. C'est du reste la raison pour laquelle la Convention de New York n'a, en pratique, aucune application en France. Réservant elle-même, en son article VII, l'application du droit commun plus favorable, la Convention se trouve, dans l'ordre juridique français, toujours

(19) V. *supra*, n° 3.

(20) Préc.

(21) Paris, 4 décembre 2002, *Sté ABS American Bureau of Shipping c/ Copropriété Maritime Jules Verne*, *Rev. arb.*, 2003.1286, note E. Gaillard.

dépassée par le libéralisme plus grand du droit commun, comme le rappelle notamment la décision *Jules Verne* de 2006 (22).

L'ambition constante de la Cour de cassation d'assurer l'efficacité de l'arbitrage s'applique aussi bien à la convention d'arbitrage (I) qu'à la sentence (II).

I. – L'EFFICACITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

6. Pour assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage, la Cour de cassation met en œuvre une philosophie (A), une méthode (B) et des principes (C).

A) Une philosophie : la faveur à l'arbitrage

7. Dans toute sa jurisprudence, la Cour de cassation affiche clairement une philosophie de faveur à l'arbitrage, considéré comme le mode normal, sinon comme le mode privilégié, de règlement des différends du commerce international. L'interprétation des clauses pathologiques, le régime de la clause compromissoire par référence ou celui de la circulation des conventions d'arbitrage en fournissent autant d'illustrations.

1°) L'interprétation des clauses pathologiques

8. L'interprétation des clauses pathologiques relève à l'évidence du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Il arrive fréquemment que les cours d'appel sauvent des clauses pathologiques en leur restituant, sous couleur d'interprétation, le sens que des parties avisées auraient dû leur donner. Ainsi, par exemple, là où les parties avaient évoqué « la commission d'arbitrage de la chambre de commerce française de Paris », la Cour d'appel de Paris a parfaitement compris qu'elles avaient en réalité à l'esprit « la chambre arbitrale de Paris ». Pour rejeter le pourvoi — et toute idée de dénaturation — la Cour de cassation ne se contente pourtant pas de rappeler le pouvoir souverain des juges du fond. Elle prend soin d'observer que « la

(22) Préc. V. également Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Putrabali*, préc. ; Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, *Groupama transports c/ sté Regine Hans und Kaus Heinrich KG*, Bull. civ., I, n° 502 ; D., 2006.3028 et 3036, Panor., obs. Th. Clay ; DMF, 2006.404, note Ph. Delebecque.

cour d'appel a souverainement décidé, par une recherche de la commune intention des parties *permettant d'assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage* [...] » (23). C'est bien une interprétation *in favorem validitatis* que promeut la Cour de cassation. Dans le même esprit, l'arrêt de la Cour d'appel qui qualifie de manifestement inapplicable la clause dont les termes « qui désignent de façon impérative deux institutions arbitrales, sont contradictoires », doit être cassé au visa du principe de compétence-compétence et de l'article 1493 du nouveau Code de procédure civile : en présence d'une volonté manifeste de recourir à l'arbitrage, la clause doit faire l'objet d'une interprétation mais conserve son efficacité (24).

2°) *Le régime de la clause compromissoire par référence*

9. La Cour de cassation reconnaît la validité de la clause compromissoire par référence « lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, *fût-ce par son silence*, accepté cette référence ».

Lorsqu'elle est saisie d'une difficulté à ce sujet, la Cour de cassation n'hésite pas à censurer une décision qui s'était contentée d'évoquer la référence à un contrat contenant une convention d'arbitrage sans en tirer toutes les conséquences (25). L'esprit de faveur à l'arbitrage est, là encore, manifeste.

3°) *Le régime de la circulation des conventions d'arbitrage*

10. A propos de la circulation des conventions d'arbitrage et donc de leur application à des parties qui ne les ont pas initialement conçues, si la Cour de cassation juge qu'en principe, « la clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des cocontractants » (26), qu'elle « est transmise avec le contrat principal sauf preuve de *l'intuitus per-*

(23) Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2002, *Middle East Agricultural & Trading Cy Ltd. c/ sté Avicola Bucuresti*, inédit.

(24) Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Sté UOP NV c/ sté BP France et autres*, *Bull. civ.*, I, n° 62 ; *JCP*, 2007 I 168, p. 21, obs. J. Beguin ; *infra*, p. 775, note F.-X. Train.

(25) Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 2000, *Sté Prodexport c/ sté FMT Productions et autres*, inédit ; *Rev. arb.*, 2003.1341 (1^{re} esp.), note C. Legros ; *D. et pat.*, 2001, n° 95, p. 122, note P. Mousseron.

(26) Cass. civ. 1^{re}, 8 fév. 2000, *Sté Taurus Film et autres c/ sté Films du Jeudi*, *Bull. civ.*, I, n° 36 ; *JCP E*, 2001.1336, obs. D. Ammar.

sonae dans la convention d'arbitrage » (27), qu'elle se transmet avec l'action contractuelle, « sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause » (28), c'est bien qu'elle considère que l'arbitrage est le mode normal de règlement des litiges du commerce international.

Là encore, ce sont les arrêts de cassation qui sont les plus révélateurs. On se souvient de l'arrêt *Peavey* de 2001 qui censure l'arrêt de la Cour d'appel de Paris pour avoir déclaré la clause compromissoire inopposable à l'acquéreur final au « motif inopérant qu'[il] ne l'a pas acceptée » (29). Il ne suffit pas à l'acquéreur de ne pas avoir accepté la convention d'arbitrage pour ne pas être lié par celle-ci. Il faut qu'il l'ait expressément rejetée ou qu'il ait pu légitimement l'ignorer. Quant au cédé, il doit rapporter la preuve de l'*intuitus personae* dans la conclusion de la convention d'arbitrage pour que la cession ne lui soit pas opposable (30). En d'autres termes, c'est bien une véritable présomption de convention d'arbitrage que met en place la Cour de cassation, présomption qu'il appartient, en cas de cession du contrat de fond, tant au cessionnaire qu'au cédé de combattre, pour ne pas être lié par la convention d'arbitrage.

La Cour de cassation en livre la raison, à propos du cas particulier du transport maritime, mais par une formule susceptible d'être généralisée : « les assureurs subrogés ne peuvent pas se prévaloir de l'inopposabilité de la clause à leur égard en l'absence de consentement exprès *dès lors qu'il est habituel* qu'une clause d'arbitrage international soit insérée dans un contrat de transport maritime international » (31). C'est le

(27) Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2002, *Sté Burkinabé des Ciments et Matériaux c/ Société des Ciments d'Abidjan*, *Bull. civ.*, I, n° 146 ; *Th. Clay*, obs., *D.*, 2003.2471 ; *Rev. arb.*, 2003.397, note D. Cohen ; *Chron.*, *RTD com.*, 2002.667, obs. E. Loquin.

(28) Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2001, *Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et autres*, *Bull. civ.*, I, n° 22 ; *Rev. arb.*, 2001.765, note D. Cohen ; *D.*, 2001.1135, obs. Ph. Delebecque ; *JCP*, 2001 II 10567, note C. Legros ; *Cont. concu. conso.*, 2001, n° 6, p. 10, note L. Leveneur ; *RTD com.*, 2001.413, note Loquin ; *JCP E*, 2001.1238, note D. Mainguy et J.-B. Seube ; *D. et pat.*, 2001, n° 95, p. 120, obs. P. Mousseron ; M.-L. Niboyet, « Trois arrêts importants sur la portée des clauses d'arbitrage et de juridictions », *Cah. arb.*, vol. I, p. 97 ; Ch. Seraglini, « Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt *Peavey* », *Cah. arb.*, vol. I, p. 87.

(29) Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2001, *Peavey Company*, préc.

(30) V. Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2002, *Sté Burkinabé des Ciments et Matériaux*, préc.

(31) Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 2005, *Cie d'ass. AXA Corporate Solutions et a. c/ Nemesis Shipping*, *Bull. civ.*, I, n° 420 ; *JDI*, 2004.1187, note S. Sana Chaillé de Néré ; *JCP E*, 2006.1156, obs. J. Beguin.

caractère habituel de la convention d'arbitrage dans certains types de transactions — en réalité dans toutes les opérations du commerce international — qui explique l'existence d'une présomption d'arbitrage qu'il appartient à ceux qui en nient l'existence de renverser.

B) Une méthode : les règles matérielles du commerce international

11. La mise en œuvre de la philosophie de faveur à l'arbitrage qui inspire toute la jurisprudence de la Cour de cassation passe par l'application systématique de la méthode des règles matérielles du commerce international.

La Cour de cassation l'a rappelé sans ambiguïté à de nombreuses reprises. Tout d'abord, dans la décision *Uni-Kod* de 2004 : « Attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat qui la contient directement ou par référence » (32). Ensuite, dans la décision *Nemesis* de 2005 : « la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision au regard de la règle matérielle du droit de l'arbitrage selon laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité, sous le contrôle éventuel du juge de l'annulation, sur sa compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage » (33). Enfin, dans la décision *Jules Verne* de 2006 : « le principe de validité de la convention d'arbitrage et celui de compétence-compétence sont des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international [...] » (34). Il n'y a rien de fondamentalement nouveau, l'arrêt *Dalico* — pour sa part incontestablement un grand arrêt — ayant, dès 1993, imposé la méthode (35). Si des doutes (36) — ou des espoirs (37) — ont

(32) Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Sté Uni-Kod c/ Sté Ouralkali*, *Bull. civ.*, I, n° 95 ; *Rev. arb.*, 2005.961, obs. Ch. Seraglini ; *JCP*, 2004 II 10132, note G. Chabot ; *RTD com.*, 2004.443, obs. E. Loquin ; *Adde*, S. Bollée, « Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence *Dalico* et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève », *JDI*, 2006.127.

(33) Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 2005, préc.

(34) Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2006, préc.

(35) Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1993, *Sté Dalico contractors c/ Comité de la municipalité de Khoms El Mergeb*, *Bull. civ.*, I, n° 372 ; *Rev. arb.*, 1994.116, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*, 1994.432, note E. Gaillard ; *JDI*, 1994.690, note E. Loquin ; *Rev. crit. DIP*, 1994.663, note P. Mayer.

(36) E. Loquin, note préc.

(37) S. Bollée, Ch. Seraglini, notes préc.

pu surgir, c'est que l'arrêt *Uni-Kod* a paru accepter qu'il faille également considérer la loi expressément choisie par les parties pour régir la convention d'arbitrage lorsqu'un tel choix a eu lieu, ce qui est très rare en pratique. On connaît cependant le régime très particulier de cette fausse règle de conflit qu'est la loi d'autonomie (38). Ce n'est en réalité pas déroger au principe de l'appréciation de l'existence et de l'efficacité de la convention d'arbitrage « d'après la commune volonté des parties » que de consulter la loi expressément choisie par les parties à cet effet, non parce qu'elle régit la matière, mais parce qu'elle fait partie intégrante de cette commune volonté. La loi étrangère est ici envisagée comme un fait pris en compte par la règle matérielle du droit français de l'arbitrage. Il n'y a donc aucun retour, même « timide » (39), à la méthode conflictuelle.

Ainsi mise au service de l'efficacité de la convention d'arbitrage, la méthode des règles matérielles a permis à la Cour de cassation de dégager des principes.

C) Les principes destinés à assurer l'efficacité de l'arbitrage

12. Les principes destinés à assurer l'efficacité de l'arbitrage sont fermement établis. Ils sont au nombre de trois. Il s'agit de l'autonomie de la convention d'arbitrage, de la validité de la convention d'arbitrage et de l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

1°) Autonomie de la convention d'arbitrage

13. La Cour de cassation retient une conception très exigeante de l'autonomie de la convention d'arbitrage puisqu'elle admet, dans le contexte de la circulation des clauses compromissoires, que la clause compromissoire puisse être transférée même si la transmission de la convention de fond n'a pas pu avoir lieu valablement. Le principe a été affirmé très clairement dans la décision *Société Burkinabe des Ciments et Matériaux* de 2002 (40). La constance et l'ancienneté de la solution française offre un contraste saisissant avec les attermoissements de la jurisprudence anglaise. L'autonomie de la convention d'arbitrage n'a

(38) Sur la question, v. J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1984.

(39) Ch. Seraglini, note préc., spéc. p. 972.

(40) Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2002, préc.

été admise en droit anglais qu'en 1993, avec l'arrêt *Harbour v. Kansa*, trente ans après l'arrêt *Gosset* (41). Encore le principe a-t-il donné lieu, tout récemment, à des hésitations qui illustrent le fait qu'en dépit d'une législation favorable à l'arbitrage, l'idée du détachement de l'arbitrage de la tutelle des juridictions étatiques a encore beaucoup de mal à s'imposer Outre-Manche (42). En 2006, la *High Court* a refusé de reconnaître le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage dans une affaire *Fiona Trust* dans une situation dans laquelle il était soutenu que le contrat avait été obtenu par corruption (43). Fort heureusement, la *Court of Appeal*, par un arrêt du 24 janvier 2007, est revenue sur ce faux pas et a réaffirmé le principe d'autonomie (44). La Chambre des Lords a approuvé la décision par un arrêt du 17 octobre 2007 (45). Ces atermoiements montrent cependant que des principes très fermement établis dans la jurisprudence française ont encore du mal à être acceptés dans des droits qui demeurent, quoi qu'en dise la publicité qui entoure aujourd'hui le marché de l'arbitrage dans certains États (46), beaucoup moins favorables à l'institution que le droit français.

2°) Validité de la convention d'arbitrage

14. Le principe de validité de la convention d'arbitrage a été rappelé par la Cour de cassation dans son arrêt *Jules Verne* du 7 juin 2006 : « Le principe de validité de la convention d'arbitrage [est une] règle matérielle du droit français de l'arbitrage international qui consacre la licéité de la clause d'arbitrage indépendamment de toute loi étatique » (47). La règle n'est pas

(41) *Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.* [1992] 1 Lloyd's Rep. 81.

(42) Sur les tendances régressives de la jurisprudence anglaise dans les dix ans qui ont suivi l'*Arbitration Act* de 1996, v. J. Paulsson, « Arbitration-Friendliness : Promises of Principle and Realities of Practice », *Arb. Int'l*, 2007.477.

(43) *Fiona Trust & Holding Corp. & others v. Yuri Privalov & others*, [2006] EWHC 2583 (Comm).

(44) *Court of Appeal, Fiona Trust and Holding Corporation and Others v. Yuri Privalov and Others*, 24 janvier 2007, [2007] EWCA Civ 2.

(45) *House of Lords, Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others (Respondents) c/ Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others (Appellants)*, 17 octobre 2007, [2007] UKHL 40.

(46) V. par ex. la brochure diffusée en octobre 2007 par la *Law Society* sur « *The Jurisdiction of Choice* », qui présente, sans nuances, une vision idyllique du droit et des tribunaux anglais assez éloignée des réalités de la pratique.

(47) Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2006, *Jules Verne*, préc.

nouvelle. Elle a déjà été affirmée par l'arrêt rendu en des termes de principe par la Cour de cassation dans l'affaire *Zanzi* du 25 janvier 1999 (48) et trouve son origine dans l'arrêt *Hecht* du 25 janvier 1972 (49). Elle ne signifie à l'évidence pas que la convention d'arbitrage est « indestructible » (50). La règle n'était destinée à l'origine qu'à prendre le contrepied du principe posé par l'ancien article 2061 du Code civil selon lequel une convention d'arbitrage n'était valable que par exception. Le principe est aujourd'hui inverse tant en raison de la réforme de ce texte par la loi du 15 mai 2001 que de la position de la jurisprudence, réaffirmée après la réforme, par la Cour de cassation. Encore faut-il, pour que la convention d'arbitrage soit efficace, qu'elle repose sur une volonté saine des parties de soumettre la matière litigieuse à l'arbitrage. En vertu du principe de compétence-compétence (51), c'est aux arbitres qu'il appartient, en cas de contestation à ce sujet, de se prononcer les premiers sur la question. En revanche, une fois la sentence rendue, le juge français saisi au titre du contentieux de l'annulation ou de l'exécution de la sentence apprécie, en fonction de cette règle matérielle du droit français de l'arbitrage, l'existence d'une convention exempte de vices et couvrant la matière litigieuse. La convention d'arbitrage n'est pas indestructible ; elle est seulement soustraite aux aléas de la méthode conflictuelle.

3°) *Compétence-compétence*

15. Le véritable signe de la maturité d'un droit par rapport à l'arbitrage réside aujourd'hui, selon nous, dans la reconnaissance du principe de compétence-compétence et spécialement de son effet négatif.

Le principe de compétence-compétence permet à l'arbitre dont la compétence est contestée de poursuivre sa mission et se prononcer lui-même sur les objections avancées. C'est son effet positif. Le principe développe également un effet négatif qui s'adresse non plus aux arbitres mais aux juridictions étatiques

(48) Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *Zanzi*, préc.

(49) Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1972, *JDI*, 1972.843, note B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP*, 1974.82, note P. Level. Sur l'évolution de la jurisprudence à ce sujet, v. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 418 et s.

(50) Comp. les obs. T. Clay sous Cass. soc., 9 octobre 2001, préc.

(51) V. *infra*, n° 15.

saisies d'un litige couvert *prima facie* par une convention d'arbitrage. En présence d'une convention d'arbitrage qui n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, le juge est invité à renvoyer les parties à l'arbitrage, de façon à mettre les arbitres en mesure de statuer les premiers sur la question de la validité et de la portée de la convention d'arbitrage, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou du juge de l'exequatur. L'effet négatif du principe appelle trois remarques.

La première est d'ordre terminologique. Suggérée en 1994 (52), l'expression d'effet négatif de la compétence-compétence, qui prolonge l'effet négatif de la convention d'arbitrage interdisant au juge de connaître d'un différend couvert par une convention d'arbitrage, a connu un certain succès, tant en doctrine (53) que dans la jurisprudence étrangère (54). Cette terminologie a également été reprise par le Service de Documentation et d'Etudes de la Cour de cassation puisqu'en juillet 2006, le *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* lui-même renvoie à certaines décisions antérieures en signalant que cette jurisprudence porte « sur l'effet négatif du principe de compétence-compétence » (55).

La deuxième remarque tient au fait que c'est en cette matière que la première Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation ont connu, pendant quelque temps, une divergence de jurisprudence. Celle-ci était en réalité double, et portait à la fois sur le fond et sur la méthode. La Chambre commerciale exigeait, en matière maritime, un consentement spécial

(52) E. Gaillard, « Arbitrage commercial international, Convention d'arbitrage, Effets, Droit commun et conventionnel », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 586-5, n° 49 ; repris in Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 661.

(53) V. par ex. en dernier lieu, S. Bollée, note sous Paris, 15 juin 2006, *Rev. arb.*, 2007.87 ; Ch. Seraglini, « Retour sur la force de l'effet négatif du principe de compétence-compétence en droit français », *JCP*, 2006 I 187, p. 2100 ; E. Loquin, Chron. sous Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001, *RTD com.*, 2002.49 ; J.-F. Poudret, note sous Trib. Féd. suisse, 14 mai 2001, *Fomento de Construcciones*, *Rev. arb.*, 2001.835 ; J.-B. Lee et C. Valença Filho, note sous Trib. Féd. Sup. brésilien, 12 décembre 2001, *Rev. arb.*, 2003.529 ; A. Prujiner, note sous Cour suprême du Canada, 13 juillet 2007, *Dell Computer Corp. c/ Union des Consommateurs*, *Rev. arb.*, 2007.567.

(54) V. par ex. Tribunal de Première Instance du canton de Genève, ord. du 2 mai 2005, *Bull. ASA*, 2005.528.

(55) Références sous Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 2006, *Sté Generali France Assurances et autres c/ Sté Universal legend et autre*, *Bull. civ.*, I, n° 365, et sous Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 2006, *Sté PT Andhika Lines c/ Axa Corporate Solutions*, *Bull. civ.*, I, n° 366.

à la convention d'arbitrage du destinataire de la marchandise alors que la première Chambre civile avait tendance à présumer cette acceptation (56). Ensuite et peut-être surtout, sur le terrain de la méthode, la Chambre commerciale avait tendance à accepter que les juridictions étatiques contrôlent elles-mêmes la portée de la convention d'arbitrage stipulée dans la charte-partie (57) alors que la première Chambre civile estimait qu'en application du principe de compétence-compétence, c'est aux arbitres eux-mêmes qu'il appartenait, en amont, d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage (58). La première Chambre imposait même cette démarche par substitution de motifs. Ainsi par exemple, dans l'arrêt *Stein Heurtey* de 2004, la première Chambre civile a pu juger : « attendu qu'il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ; que, par ce seul motif de pur droit, substitué dans les conditions de l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile, à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié dès lors que la nullité de la clause compromissoire n'était pas alléguée et qu'il résultait des propres demandes de la société Stein Heurtey que la clause n'était pas manifestement inapplicable » (59). Cette double divergence, de méthode et de fond, a été résorbée par l'alignement de la Chambre commerciale le 21 février 2006, par un arrêt *Belmarine* — que les maritimistes connaissent sous le nom de *Navire Pella* — rendu au rapport de M. Potocki. L'arrêt dispose que : « en retenant qu'il n'existait pas de cause de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire et sans avoir à examiner l'inopposabilité alléguée de cette stipulation, la cour d'appel qui s'est déclarée incompétente au regard du principe selon lequel il appartient à l'arbitre, par priorité, de statuer sur sa propre compétence, n'a pas encouru les griefs du moyen ; que celui-ci n'est pas fondé » (60).

(56) Sur cette divergence, v. par ex. O. Cachard, *Rev. arb.*, 2006.893 ; J. Béguin, note sous *Axa Corporate Solutions c/ Nemesis shipping*, préc.

(57) Cass. com., 8 octobre 2003, *Sté Borsa Shipping Ltd. et autres c/ Cie Axa corporate solutions*, *Bull. civ.*, IV, n°154 ; *Rev. arb.*, 2004.77, note O. Cachard ; *JDI*, 2004.1187, note S. Sana Chaillé de Néré.

(58) Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001, *Sté American Bureau of Shipping c/ copropriété maritime Jules Verne et autres*, *Bull. civ.*, I, n° 183 ; *Rev. arb.*, 2001.529, note E. Gaillard ; *RTD com.*, 2002.49, note E. Loquin ; *JCP E*, 2002, 274, note Ch. Kaplan et G. Cuniberti.

(59) Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Sté Stein Heurtey c/ sté Nippon Steel corporation*, *Bull. civ.*, I, n° 96.

(60) Cass. com., 21 février 2006, *Sté Belmarine et autres c/ sté Trident Marine Agency INC et autres*, *Bull. civ.*, IV, n° 41 ; *DMF*, 2006.379, note Ph. Delebecque.

La troisième remarque tient au fait qu'en droit français de l'arbitrage, la règle joue aussi bien lorsque l'arbitrage a son siège en France que lorsque l'arbitrage a son siège à l'étranger. La précision est expressément donnée par l'arrêt *Jules Verne* du 7 juin 2006. L'énoncé de la règle est précédé de la formule « quel que soit le lieu du siège du tribunal arbitral » : cet *obiter dictum* très bien venu distingue, sur une nuance, la jurisprudence de la Cour de cassation française de celle du Tribunal fédéral suisse. Elle repose sur l'idée de confiance à l'arbitrage qui ne dépend en aucune manière du siège. Un arbitrage se déroulant en Suisse ou à Mexico mérite tout autant la protection du droit français de l'arbitrage qu'un arbitrage se déroulant à Paris. Dans les deux cas, le droit français de l'arbitrage et — peut-on l'espérer, le droit suisse si la question devait se poser à nouveau au Tribunal fédéral (61) — fait prévaloir l'idée que dès lors qu'il existe *prima facie* une convention d'arbitrage valable et couvrant la matière, c'est aux arbitres qu'il appartient de statuer les premiers sur les questions plus délicates de validité et de portée de la convention d'arbitrage. Le pouvoir donné aux arbitres de se prononcer sur les contestations relatives à leur compétence par l'effet positif de la compétence-compétence n'a de réalité concrète qu'à ce prix.

16. C'est dire que la Cour de cassation française va très loin dans le souci d'assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage. La jurisprudence s'attache également — c'est son second pilier — à assurer l'efficacité de la sentence, une fois celle-ci rendue.

II. – LE SOUCI D'ASSURER L'EFFICACITÉ DE LA SENTENCE

17. Le souci d'assurer l'efficacité de la sentence se manifeste tant en droit commun de l'arbitrage (A) que lorsque l'arbitrage oppose une partie privée et un État souverain (B).

A) En droit commun de l'arbitrage

18. En droit commun de l'arbitrage, trois règles concourent à assurer l'efficacité de la sentence.

(61) En faveur d'un alignement de la position suisse actuelle sur la solution du droit français, v. E. Gaillard « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, p. 311 et, en sens contraire, J.-F. Poudret, note sous Trib. Féd. Suisse, 14 mai 2001, préc.

1°) *L'interdiction de critiquer la sentence pour des griefs qui n'ont pas été soulevés, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même*

19. La règle selon laquelle la sentence ne peut être critiquée devant les juridictions étatiques pour des griefs qui n'ont pas été soulevés, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même est très fermement établie dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Seules les justifications varient. La Cour de cassation avance parfois l'idée de renonciation (62) ou celle d'*estoppel* (63) et présente parfois la règle sans autre justification, comme un principe général du droit français de l'arbitrage (64). C'est ce qu'elle a fait le 31 janvier 2006 encore dans l'arrêt *Intercafco*. La formule est très claire : « tout grief invoqué à l'encontre d'une sentence au titre de l'article 1502 NCPC doit, pour être recevable devant le juge de l'annulation, avoir été soulevé, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même ». Il s'agit d'une exigence de loyauté procédurale, un plaideur ne pouvant se réserver un grief qui lui permettrait de contester la validité de la sentence sans avoir mis le tribunal arbitral à même d'y remédier lorsqu'il était encore temps de le faire.

2°) *L'absence de contrôle de la contradiction de motifs par la cour d'appel au titre de l'article 1502-3° du nouveau Code de procédure civile*

20. La deuxième règle concourant à l'efficacité de la sentence résulte de l'abandon du contrôle de la contradiction de motifs, susceptible d'être contenue dans la sentence faisant l'objet d'un contrôle de l'annulation ou de l'exécution devant le juge français. Par deux arrêts des 14 juin 2000 (65) et 3 novembre

(62) Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *Sté AIC-El Amiouny international contracting et trading c/ sté Skanska et autre*, *Bull. civ.*, I, n° 301 ; *JCP E*, 2005, 1684, p. 1986, obs. J. Ortscheidt ; en somm. in *Rev. arb.*, 2005.802.

(63) Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *Golshani c/ Gouvernement de la République Islamique d'Iran*, *Bull. civ.*, I, n° 302 ; *D.*, 2006.1424, note E. Agostini ; *D.*, 2006.3050, obs. Th. Clay ; *RTD com.*, 2006.309, obs. E. Loquin ; *JCP E*, 2005, 1684, p. 1988, obs. J. Ortscheidt ; *Rev. arb.*, 2005.993, note Ph. Pinsolle ; *Gaz. Pal.*, 24-25 février 2006, p. 18, note F.-X. Train. *Adde*, B. Fauvarque-Cosson, « *L'estoppel*, concept étrange et pénétrant », *RDC*, 2005.1279.

(64) Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2003, *SOPIP c/ El banco arabe espanol*, *Bull. civ.*, I, n° 102 ; *Rev. arb.*, 2004.311, note J.-B. Racine.

(65) Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2000, *Société Inter Arab Investment Guarantee Corporation c/ BAIL*, *Rev. arb.*, 2001.729 (1^{re} esp.), note H. Lécuyer ; *Bull. civ.*, I, n° 181 ; *JDI*, 2001.127, note A. Bencheneb.

2004 (66), la première Chambre civile de la Cour de cassation a jugé que le moyen de recours en annulation — ou en refus d'exequatur — à l'encontre d'une sentence arbitrale, fondé sur une contradiction de motifs était irrecevable. Ces décisions ne font en réalité que confirmer l'application en matière internationale d'une jurisprudence établie depuis 1999 en matière interne (67). La règle est parfaitement fondée (68). Une erreur de droit, pas plus qu'une erreur de fait, commise par l'arbitre n'est pas une cause d'annulation de la sentence. L'adage selon lequel une contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs ne vaut que pour le juge chargé de contrôler la rectitude de l'application de la règle de droit. En présence de motifs contradictoires, la Cour de cassation se trouve dans l'incapacité d'exercer son rôle régulateur. Le contrôle qu'exerce la Cour d'appel sur la sentence au titre des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile est d'une nature différente. Ce contrôle ne portant pas sur le fond, la contradiction de motifs n'est qu'un type d'erreur de fond et n'a pas lieu d'être contrôlée, la Cour d'appel n'étant pas juge de la rectitude du raisonnement des arbitres. Comme l'a rappelé très justement la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt *Hudault* du 29 janvier 2002, « la pertinence du raisonnement échappe au juge de l'annulation » (69).

3°) *Le recul du contrôle de la violation par les arbitres de l'ordre public international*

21. La troisième règle susceptible de donner à la sentence arbitrale une efficacité maximale est celle qui se dessine dans la

(66) Cass. civ. 1^{re}, 3 novembre 2004, *Sté Auchan c/ sté Puerto Loisirs*, inédit.

(67) Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 1999, *Sté Rivers c/ Fabre et autres*, et Paris, 26 octobre 1999, *Jean Patou parfumeur c/ sté européenne distribution parfumerie « edipar »*, *Rev. arb.*, 1999.811, note E. Gaillard.

(68) En sens contraire, v. A. Mourre, « Réflexions critiques sur l'abandon du contrôle de la motivation des sentences arbitrales en droit français », *Bull. ASA*, 2001.634.

(69) Cass. civ. 1^{re}, 29 janvier 2002, *Hudault c/ SGS*, inédit. V. aussi, en matière d'arbitrage interne, Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2006, *Sté Eiffage construction c/ Sté Letierce*, *Bull. civ.*, I, n° 468. Plus généralement sur le sujet des moyens qui tendent à remettre en cause l'appréciation des arbitres des droits des parties v. par exemple Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2001, *Sté Emmelev AS c/ SA Danisco semences*, en somm. in *Rev. arb.*, 2001.917 ; Cass. civ. 1^{re}, 25 octobre 2005, *Sté Omenex c/ Hugon*, *Bull. civ.*, I, n° 378 ; *Rev. arb.*, 2006.103, note J.-B. Racine. Adde, D. Hascher, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 2005.391.

jurisprudence française à propos du contrôle de la violation par les arbitres de l'ordre public international. Ainsi qu'on aura l'occasion de l'exposer, on touche peut être ici aux limites du libéralisme acceptable en la matière.

Si la tendance consistant à limiter le contrôle de la violation par les arbitres de l'ordre public international aux hypothèses dans lesquelles la violation est manifeste devait se confirmer, on assisterait à un phénomène curieux du point de vue de la théorie générale des sources du droit : un arrêt obscur, non publié au *Bulletin* et passé presque totalement inaperçu de la doctrine pourrait devenir un « grand arrêt ». Ce paradoxe s'explique de la manière suivante. Dans un arrêt rendu le 21 mars 2000, dans l'affaire *André Verhoeft*, la première Chambre civile de la Cour de cassation a relevé que « la violation de l'ordre public au sens de l'article 1502-5°, appréciée au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, doit être flagrante, effective et concrète » (70).

L'actualité de l'ordre public et l'exigence de son caractère « effectif et concret » n'ont rien de novateur et ne peuvent qu'être approuvés. En revanche, l'exigence de son caractère « flagrant » contenait en germe des conséquences d'une importance capitale. Alors que dans l'affaire *André Verhoeft*, l'expression ne justifiait aucune conséquence singulière, ce qui explique que la décision ait été traitée comme banale tant par la Cour de cassation elle-même que par la doctrine, elle a permis à la Cour d'appel de Paris, dans deux affaires *Thalès c/ GIE Euromissile* et *SNF c/ Cytec*, d'en tirer des conclusions beaucoup plus audacieuses. Dans la première de ces affaires, la Cour d'appel a refusé d'annuler une sentence au motif que « le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, effectuer en l'absence de fraude ou, comme il a été dit, de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux, aucune annulation n'étant d'ailleurs encourue simplement parce que les arbitres, [...] n'ont pas soulevé d'office les questions du droit communautaire de la concurrence » (71). La violation alléguée du

(70) Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000, *Verhoeft c/ Moreau*, inédit, *Rev. arb.*, 2001.804 (3^e esp.), chron. Y. Derains, spéc. p. 817.

(71) Paris, 18 novembre 2004, *SA Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile*, *JCP*, 2005 II 10038, note approb. G. Chabot ; *JDI*, 2005.357, note A. Mourre,

droit communautaire de la concurrence n'ayant, dans cette affaire, pas été soutenue devant les arbitres eux-mêmes, on pouvait se demander si cette circonstance n'avait pas influencé de manière déterminante la réaction de la Cour d'appel. Le doute a été levé avec l'affaire *SNF* dans laquelle la Cour d'appel de Paris a refusé de contrôler l'application faite par les arbitres des règles des articles 81 et 82 du traité CE en l'absence de violation flagrante au motif que « s'agissant de la violation de l'ordre public international, la cour, qui n'est pas juge du procès, mais de la sentence, n'exerce [...] sur celle-ci qu'un contrôle extrinsèque » et que « le tribunal arbitral, dont l'aptitude à comprendre les questions de droit de la concurrence soulevées devant lui n'est pas disputée même si le résultat est combattu, s'est ainsi expliqué sur la conformité du contrat [...] aux prescriptions des articles 81 et 82 du traité CE, tant au regard de l'ensemble des faits et arguments de droit qui lui ont été présentés par les parties que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, qu'en l'absence de toute démonstration par l'appelante d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international, il n'existe aucune raison de tenir pour insignifiant ce qui a été jugé par le tribunal arbitral aux termes d'une instruction, d'ailleurs parfaitement acceptable pour un arbitrage international de cette ampleur, et y substituer la propre appréciation de la Cour » (72). Dans le même temps, le Tribunal de première instance de Bruxelles annulait la sentence par une décision du 8 mars 2007 motif pris de la méconnaissance par la sentence de l'article 81 du Traité CE. Au passage, le Tribunal a tenu à observer qu'« en vertu de l'article 1704, 2 [du Code judiciaire belge] toute violation de l'ordre public est sanctionnée par l'annulation de la sentence et pas seulement les violations flagrantes, effectives et concrètes (termes de l'arrêt *Thalès*, Paris, 18 novembre 2004, *JCP*,

Rev. Lamy Concurrence, février/avril 2005, p. 68, note crit. E. Barbier de la Serre et C. Nourissat ; *RTD com.*, 2005.263, note crit. E. Loquin ; *Rev. crit. DIP*, 2006.104, note crit. S. Bollée ; *JCP*, 2005 I 134, obs. crit. Ch. Seraglini et « L'affaire *Thalès* et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation) », *Cah. arb.*, vol. III, p. 86 ; L. Radicati di Brozolo, « L'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.*, 2005.529 ; C. Lucas de Leyssac, « Arbitrage et concurrence : retour sur Ecoswiss », *Concurrences*, 2005/1, p. 1.

(72) Paris, 23 mars 2006, *Sté SNF SAS c/ Sté Cytec Industries BV*, *Rev. arb.*, 2007.97 (3^e esp.), obs. S. Bollée ; *D.*, 2006.3033, obs. Th. Clay. V. aussi L.-Ch. Delanoy, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.*, 2007.177.

2005, p. 571) » (73). Il n'était pas possible de se démarquer de manière plus claire de la solution retenue par la Cour d'appel de Paris. De fait, la solution qu'elle consacre paraît à la fois ajouter à la lettre de l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile et être dangereuse pour l'arbitrage. Tout le mouvement de faveur à l'arbitrage qui a conduit à considérer, dans les Etats favorables à l'institution, comme arbitrable l'essentiel des litiges de nature patrimoniale (74) repose sur l'idée qu'il y a lieu de faire confiance, au moins dans un premier temps, à l'arbitre pour faire respecter les exigences de l'ordre public international, celui-ci statuant sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou de l'exécution. Le contrôle est ainsi concentré sur la sentence dans un double souci d'économie de moyens et de faveur à l'arbitrage. La suppression de tout contrôle à l'issue du processus dès lors que la violation de l'ordre public n'est pas « flagrante » revient en pratique à supprimer le contrôle étatique du respect de l'ordre public économique dont la violation est, par nature, rarement flagrante. Ainsi, sur un plan de stricte politique juridique, auquel se limitent ces propos, paraît-il de loin préférable de ne retenir de l'ordre public international que les impératifs les plus fondamentaux tout en évitant d'affirmer que l'ordre juridique français serait prêt à accueillir en son sein une sentence contraire à l'ordre public international pour autant que cette contrariété n'est pas flagrante. Les plaideurs ayant choisi de soumettre, dans l'affaire *Thalès*, la question de la conformité du contrat à l'ordre public communautaire à un autre tribunal arbitral, le Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur l'orthodoxie de la solution retenue par la Cour d'appel de Paris dans cette affaire. En revanche, l'affaire *SNF* lui donnera prochainement l'occasion de fixer sa jurisprudence sur cette épineuse question.

B) L'efficacité de la sentence à l'égard des Etats

22. Si le droit commun de l'arbitrage a connu, au cours des dernières décennies, des progrès spectaculaires non seulement en France, comme on a pu le voir dans les développements qui précèdent, mais très généralement dans le monde où la modernisation des lois sur l'arbitrage a participé à l'acceptation

(73) Tribunal de première instance de Bruxelles, 8 mars 2007, *Sté SNF SAS c/ Sté Cytec Industries*, *Rev. arb.*, 2007.303, note A. Mourre et L. Radicati di Brozolo, spéc. p. 310.

(74) Sur les restrictions en matière de contrat de travail, v. *supra*, n° 3 et note 12.

de plus en plus large du phénomène arbitral, force est de reconnaître que la question de l'exécution des sentences à l'égard des Etats qui ont accepté de recourir à l'arbitrage mais qui, une fois la sentence rendue, quand ce n'est pas au cours de la procédure arbitrale (75), s'efforcent de s'y soustraire, n'a guère progressé. Dès 1983, Bruno Oppetit dénonçait, à propos des Etats qui s'arqueboutent sur leur immunité d'exécution pour échapper pendant des années à l'exécution des sentences rendues à leur rencontre, le fait que ceux-ci se voient ainsi reconnaître la faculté exorbitante de ne s'engager dans les liens d'une convention d'arbitrage « que sous condition potestative » (76). L'observation des procédures auxquelles a donné lieu, tant en France qu'à l'étranger, l'affaire *Noga*, pour ne prendre qu'un exemple parmi les plus spectaculaires, montre qu'aucun progrès significatif n'a été réalisé dans ce domaine (77). C'est sans doute la conscience aiguë de ce que cet état de fait peut avoir de peu satisfaisant qui a conduit la Cour de cassation à juger, dans l'affaire *Creighton c/ Qatar*, le 6 juillet 2000, que les Etats qui ont conclu une convention d'arbitrage prévoyant, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, l'exécution sans délai de la sentence à intervenir, renonçaient par là même à leur immunité d'exécution. Comme l'affirme l'arrêt en des termes d'une particulière fermeté, « l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale [devenu l'article 28 (6) du règlement entré en vigueur au 1^{er} janvier 1998 qui prévoit l'exécution « sans délai » de la sentence à intervenir] impliqu[e] renonciation de cet Etat à cette immunité » (78).

On sait cependant que la Cour d'appel de Paris a aussitôt repris l'essentiel de cette avancée jurisprudentielle en jugeant, dans l'affaire *Noga*, dans laquelle la renonciation à l'immunité d'exécution était pourtant expresse, que les formules utilisées

(75) Sur l'inquiétant développement des *anti-suit injunctions* hostiles à l'arbitrage, v. spéc. *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration n° 2, Juris Publishing, 2005.

(76) Note sous Paris, 21 avril 1982, *Eurodif*, *JDI*, 1983.145, spéc. p. 152.

(77) Pour un exposé général de l'affaire, v. par ex. E. Gaillard, « The *Noga* case and the seizure of the *Sedov*. Observations on the Validity of Enforcement Measures in France Against Russian Federation Property », *Stockholm Arbitration Report*, 2000, n° 2, p. 119.

(78) Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2000, préc. V. déjà Rouen, 20 juin 1996, *Bec Frères c/ Office des Céréales de Tunisie*, *Rev. arb.*, 1997.263, note E. Gaillard.

par les parties ne manifestaient pas « la volonté non équivoque de l'Etat emprunteur de renoncer, en faveur de son cocontractant, personne morale de droit privé, à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution et d'accepter que cette société commerciale puisse, le cas échéant, entraver le fonctionnement et l'action de ses ambassades et représentations à l'étranger » (79). La Cour en a déduit, contrairement au juge de l'exécution du Tribunal de grande instance de Paris, que la sentence de condamnation de la Fédération de Russie, successeur de l'URSS, ne pouvait trouver à s'exécuter sur les comptes ouverts au nom de l'ambassade de la Fédération de Russie en France, de la Délégation permanente de la Fédération de Russie auprès de l'UNESCO et de la représentation commerciale de la Fédération de Russie en France. Sur le plan de la stricte technique juridique, le raisonnement est loin d'être convaincant. Comme toutes les autres, les immunités diplomatiques peuvent faire l'objet d'une renonciation et les termes de la renonciation intervenue dans l'affaire *Noga* paraissaient suffisamment larges pour couvrir ce type d'immunité. Les tribunaux n'en sont pas moins réticents à permettre la saisie de biens servant à l'activité *jure imperii* de l'Etat. Le créancier de l'Etat est donc invité à se tourner vers les biens affectés à des activités *jure gestionis*. La difficulté tient alors au fait que la plupart de ces biens sont aujourd'hui isolés dans des structures bénéficiant d'une personnalité morale séparée, même si celle-ci est intégralement détenue par l'Etat. Pour obtenir satisfaction, le créancier doit percer le voile de la personne morale, ce qui n'est pas davantage tâche aisée. C'est la raison pour laquelle on a pu insister sur le fait que les trois principes que sont l'immunité d'exécution des Etats, la personnalité morale distincte des entités qu'il contrôle et l'efficacité des sentences arbitrales rendues à leur encontre ne peuvent se concilier que deux à deux (80). L'arrêt *Creighton* s'est efforcé de faire reculer le principe d'immunité d'exécution au bénéfice de l'efficacité des sentences arbitrales mais on a pu constater que cette tentative n'avait pas eu, en pratique, les effets escomptés. Aussi paraîtrait-il aujourd'hui de meilleure

(79) Paris, 10 août 2000, *JDI*, 2001.121, note I. Pingel-Lenuzza ; *JCP*, 2001 II 10512, note C. Kaplan et G. Cuniberti ; *RTD com.*, 2001.410, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *D.*, 2001.2157, note E. Fongaro ; *Bull. ASA*, 2000.610, avec le commentaire E. Gaillard, p. 471.

(80) V. E. Gaillard, « Effectivité des sentences arbitrales, immunité d'exécution des Etats et autonomie des personnes morales dépendants d'eux. Réflexions sur trois principes incompatibles », in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, I. Pingel (dir.), Pedone 2005, p. 119.

politique juridique, si l'on souhaite maintenir pour l'essentiel les immunités des Etats sur des biens affectés aux activités *jure imperii*, d'aborder la question de l'autonomie des personnes morales dépendant d'eux de manière plus réaliste que cela n'a été le cas par le passé. La Cour de cassation a fait un pas timide dans cette direction avec les arrêts *Société Nationale des Pétroles du Congo Holdings Ltd.* du 6 février 2007 dans lesquels elle reconnaît que, dès lors qu'une société nationale n'est pas « dans une indépendance fonctionnelle suffisante pour bénéficier d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de l'Etat et que son patrimoine se confon[d] avec celui de l'Etat », elle doit être considérée comme une émanation de celui-ci et répondre des dettes de l'Etat (81). Cette voie mérite, à notre sens, d'être élargie dans le souci d'assurer aux sentences arbitrales rendues à l'encontre des Etats leur pleine efficacité, conformément aux vœux exprimés par la Cour de cassation dans son arrêt *Creighton* du 6 juillet 2000, sans sacrifier à l'excès le principe d'immunité d'exécution des Etats sur les biens affectés aux activités *jure imperii* auquel les tribunaux demeurent, dans leur ensemble, très attachés.

(81) Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2007, *Société nationale des pétroles du Congo c/ sté AF-CAP Inc*, *Rev. arb.*, 2007.483, note L. Franc-Menget. *Adde*, Paris, 29 avril 2003, *Rev. arb.*, 2003.1296, note Ch. Jarrosson.