

Gazette du Palais

EN LIGNE SUR
lextenso.fr

TRI-HEBDOMADAIRE
DIMANCHE 25 AU MARDI 27 OCTOBRE 2009 129^e année N^{os} 298 à 300

LES CAHIERS DE L'ARBITRAGE

N^o 2009 / 3

Série dirigée par
Alexis Mourre
Cabinet Castaldi Mourre & Partners

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 **RÉDACTIONNEL** P. 1 à 48 **RÉDACTION** : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 16 00 / FAX 01 56 54 57 50 / E-MAIL redactiongp@lextenso-editions.fr
ABONNEMENTS : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 42 10 / FAX 01 56 54 42 11 / E-MAIL abonnementgp@lextenso-editions.fr

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

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

www.gazette-du-palais.com

Série dirigée par Alexis Mourre
Cabinet Castaldi Mourre & Partners

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

Avant-propos		
<hr/>		
	ARBITRAGE ADMINISTRATIF ?	3
	par Serge Lazareff	
Doctrine		
<hr/>		
	COMPÉTENCE DE L'ARBITRE ET FAILLITE À LA LUMIÈRE DES ARRÊTS ANGLAIS ET SUISSE DANS L'AFFAIRE VIVENDI C/ ELEKTRIM	5
	par Domitille Baizeau	
	L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 28 USC 1782 À L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL	11
	par Yasmine Lahlou	
	LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET L'ÉGALITÉ DES PARTIES : UNE RELATION DIFFICILE	21
	par Friedrich Niggemann et Frédéric Jonglez de Ligne	
Sommaires de jurisprudence des cours et tribunaux		27
<hr/>	par Alexis Mourre et Priscille Pedone	
Panoramas de jurisprudences étrangères		
<hr/>		
	• PANORAMA DE JURISPRUDENCE AMÉRICAINE , par Éric Ordway et Bertrand Derains	31
	• PANORAMA DE JURISPRUDENCE SUISSE , par Pierre-Yves Gunter et Patrick Fleury	33
	• PANORAMA DE JURISPRUDENCE ALLEMANDE , par Valéry Denoix de Saint-Marc	39
	• PANORAMA DE JURISPRUDENCE ITALIENNE , par Tiziana Tampieri	40
	• PANORAMA DE JURISPRUDENCE NÉERLANDAISE , par Arnaud Ingen-Housz	42
Rendez-vous		
<hr/>		
	INSTITUT DU DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES DE LA CCI : FORMATION PIDA AVANCÉ (Paris, 16-19 novembre 2009)	44
Brèves		
<hr/>		
	INFORMATIONS – COLLOQUES – PUBLICATIONS	45

Arbitrage administratif ?

Le Tribunal des conflits devra bientôt trancher une affaire de très grande importance pour les milieux de l'arbitrage ⁽¹⁾.

L'Inserm, organisme public, avait conclu un protocole d'accord avec une fondation privée de droit norvégien. Cet accord contenait une clause compromissoire sommaire ⁽²⁾. Un différend étant intervenu entre les parties, l'Inserm a assigné la fondation en désignation d'un arbitre devant le président du Tribunal de grande instance de Paris, lequel a nommé un arbitre unique. Celui-ci a rendu sa sentence revêtue ensuite de l'exequatur.

L'Inserm a formé un recours en annulation de la sentence, mais a prié la Cour d'appel de Paris de sursoir à statuer jusqu'au prononcé de l'arrêt devant être rendu sur une demande d'annulation de la même sentence par le Conseil d'État et, à défaut, de dire nulle et de nul effet la clause compromissoire.

L'Inserm faisait en effet valoir que le protocole était un contrat administratif conclu par une personne morale de droit public en vue d'une mission de service public, et que ce protocole contenant des clauses exorbitantes de droit commun, celui-ci était un contrat administratif relevant de la juridiction administrative.

L'Inserm étant un établissement public national à caractère scientifique et technologique, placé sous la tutelle des ministres de la Recherche et de la Santé, et aucune loi ou convention internationale ne l'ayant autorisé à recourir à l'arbitrage, celui-ci n'aurait pu se soumettre à l'arbitrage que sur un compromis conclu après la naissance du litige, et non sur une clause compromissoire (article 19 de la loi du 15 juillet 1982 ⁽³⁾). Le défendeur soutenait quant à lui que les établissements publics à caractère scientifique et technologique, dont l'Inserm, peuvent se soumettre à l'arbitrage pour des litiges nés de l'exécution de contrats de recherche avec des organismes étrangers.

Reprenant un motif d'un très grand classicisme, la Cour d'appel retient « *qu'au vu du principe de validité de la clause d'arbitrage international, cette prohibition n'est pas d'ordre public international ; que, par suite, l'arbitrage entre l'Inserm et la Fondation Letten mettant en cause les intérêts du commerce international, le moyen unique pris de la nullité de la convention d'arbitrage en vertu de l'article 1502-1^o du Code de procédure civile et partant le recours en annulation sont rejetés* ».

Parallèlement à cet arrêt, que nous approuvons pleinement, le Conseil d'État avait été saisi par l'Inserm d'une demande d'annulation de la même sentence arbitrale rendue en matière internationale et impliquant un établissement public.

Le Conseil d'État, retenant que « *l'Inserm fait valoir que le Conseil d'État est compétent pour se prononcer en appel sur une sentence arbitrale relative à un litige opposant une personne publique à un cocontractant dès lors que le contrat en cause revêt le caractère d'un contrat administratif* », puis notant que la Cour d'appel de Paris s'est reconnue compétente, estime « *que ces questions soulèvent des difficultés sérieuses de nature à justifier le recours [au Tribunal des*

(1) C. Paris, 13 novembre 2008, Inserm c/ Fondation Letten, Gaz. Pal. Les Cahiers de l'Arbitrage, 2009/1 du 21 mars 2009, p. 48, Rev. arb. 2009. 389 ; Cons. d'État, 31 juillet 2009, n° 309277, Inserm c/ Fondation Letten, inédit au Recueil Lebon, publié sur le site www.legifrance.gouv.fr/, jurisprudence administrative : v. également l'extrait dans les sommaires de jurisprudence française du présent numéro (infra p. 30).

(2) L'article 4 du protocole d'accord signé entre l'Inserm et la Fondation Letten stipulait : « Si la médiation échoue, les parties auront recours à l'arbitrage », in C. Paris, 13 novembre 2008, op. cit.

(3) La loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France (loi Chevènement) dispose : « Les établissements publics à caractère scientifique et technologique peuvent être autorisés à prendre des participations, à constituer des filiales, à participer à des groupements et à recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers après approbation du conseil d'administration (...) ».

conflits] [...] » et décide donc qu'il y a lieu de renvoyer au Tribunal des conflits « *la question de savoir si l'action introduite par l'Inserm relève ou non de la compétence de la juridiction administrative* ».

Cette affaire survient dans un climat troublé par l'offensive administrative tendant à confier à la juridiction administrative une partie importante du contentieux de l'arbitrage (4). Fondé sur un rapport (5), dit rapport Labetoulle (du nom du président du groupe de travail), un article fut subrepticement inséré dans une loi sans aucun rapport avec le sujet (6), mais qui aurait permis d'étendre la compétence administrative en matière d'arbitrage par ordonnance. Sans la vigilance du Conseil constitutionnel, ceci aurait été fait.

C'est dans un tel climat que s'est très récemment tenu au Conseil d'État un fort intéressant colloque sur « *L'arbitrage et les personnes morales de droit public* » (7), colloque dont on peut imaginer qu'il n'est peut-être pas sans rapport avec l'instance pendante devant le Tribunal des conflits, et qui a vu s'opposer de façon courtoise mais ferme à l'idée d'un arbitrage administratif ceux qui pensent essentiellement que le moment n'est pas venu de créer de nouveaux incidents de procédure. En effet, compte tenu de la judiciarisation de l'arbitrage, on peut imaginer que lorsque des procédures seront à la limite du judiciaire et de l'administratif, les parties ne manqueront pas de soulever l'incompétence du tribunal arbitral. S'en suivront alors des recours multiples devant telle ou telle juridiction, ce qui ne pourra que compliquer et retarder l'arbitrage, en un mot, lui nuire. Il n'est pas question de soutenir un seul instant que le Conseil d'État ne jugerait pas aussi bien que la Cour de cassation. Remarquons cependant que cette dernière et la première chambre de la Cour d'appel de Paris ont, au cours des années, bâti une jurisprudence véritablement à l'avant-garde de l'arbitrage international et qui est un modèle pour le monde entier.

Pourquoi détruire ce qui marche aussi bien ? Pourquoi nuire une fois de plus à la place de Paris ?

Peut-on imaginer un meilleur moyen d'éloigner de Paris des parties étrangères qui hésiteront à s'engager dans une querelle tribale, sachant que les recours devant tel ou tel ordre de juridiction pourront retarder de plusieurs mois, sinon de plusieurs années, le prononcé de la sentence ? Les qualités essentielles de l'arbitrage sont sa simplicité et sa prévisibilité. Il n'est ni de droit privé, ni de droit public. C'est le dénaturer que de prendre en considération la nature du contractant. Il faut séparer ce qui est interne de ce qui est international.

Je crois représenter les vues d'une grande partie des praticiens de l'arbitrage international en France en demandant au Tribunal des conflits de ne pas prêter la main à cette tentative et de laisser intact le prestige que donne à la place de Paris l'admirable jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris.

SERGE LAZAREFF
 Avocat au Barreau de Paris
 Président de la Commission
 de l'arbitrage d'ICC France

(4) S. Lazareff, Paris place d'arbitrage : menacée, Les Cahiers de l'Arbitrage n° 2008/1, Gaz. Pal. du 29 mars 2008, n° 89, p. 3.

(5) Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative (13 mars 2007), Rev. arb. 2007. 651.

(6) Article 40 de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, article déclaré non conforme à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2007-552 DC du 1^{er} mars 2007.

(7) Colloque « L'arbitrage et les personnes morales de droit public », tenu à Paris le 30 septembre 2009.

Compétence de l'arbitre et faillite à la lumière des arrêts anglais et suisse dans l'affaire Vivendi c/ Elektrim

DOCTRINE

H5131

S P É C I A L A R B I T R A G E

La crise économique mondiale a suscité un intérêt croissant pour la question de l'impact des faillites transnationales sur l'arbitrage international, tout comme les récentes décisions des juridictions anglaises et suisse dans l'affaire Vivendi c/ Elektrim. La situation de l'arbitre peut en effet devenir délicate lorsqu'une procédure de faillite (ou d'insolvabilité) ⁽¹⁾ est ouverte à l'encontre d'une partie en cours de procédure, soit, en d'autres termes, après le début de l'arbitrage mais avant le prononcé de la sentence. De nombreuses questions se posent alors quant à l'effet de la procédure de faillite sur l'instance en cours, sur la convention d'arbitrage, sur l'arbitrabilité des demandes présentées au tribunal, et même sur le contenu de la sentence.

Le droit de la faillite tend nécessairement, de par son objet, à interférer avec l'arbitrage. Il est essentiellement fondé sur le principe de l'égalité des créanciers et se caractérise par une centralisation de toutes leurs réclamations, un contrôle poussé de la part de l'État, ainsi que l'application de lois de police procédurales et matérielles au débiteur en faillite, à son patrimoine, aux créanciers et à l'administrateur de la faillite. L'arbitrage, quant à lui, est basé sur les notions de relativité des contrats (*privity of contracts*), d'autonomie des parties, et de sécurité juridique des transactions commerciales ; il tend essentiellement à la sauvegarde de la convention d'arbitrage, expression de la relation juridique particulière unissant ses signataires.

La cohabitation entre faillite et arbitrage est d'autant plus difficile que l'arbitre est dépourvu de for et peut être appelé, selon les cas, à appliquer des lois différentes aux diverses questions qui se posent à lui : *lex arbitri* pour l'arbitrage, *lex causae* ou *lex contractus* pour le fond, ou bien encore règles de conflit de lois dans certaines hypothèses. Quelle est alors la place de la loi applicable à la faillite ? En l'absence d'instruments internationaux autres que la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, et face à la diversité des droits nationaux en la matière, le praticien se retrouve relativement dépourvu face à une

Domitille BAIZEAU
Avocate associée
Lalive Avocats (Genève)

série de questions particulièrement complexes ⁽²⁾. L'affaire Vivendi/Elektrim est à cet égard particulièrement éclairante.

I. LES FAITS DE L'AFFAIRE VIVENDI C/ ELEKTRIM

Le différend dans l'affaire Vivendi c/ Elektrim porte sur l'actionnariat de PTC, une importante société de téléphonie mobile polonaise, et oppose essentiellement Elektrim SA (ci-après « Elektrim »), société immatriculée en Pologne, à Vivendi Universal SA et Vivendi Telecom International SA (ci-après « Vivendi »), deux sociétés de droit français. L'affaire est à l'origine de nombreuses procédures devant des juridictions arbitrales et nationales à travers toute l'Europe, et notamment en Angleterre et en Suisse.

En 2001, Elektrim conclut un contrat avec Vivendi, intitulé « Troisième accord d'investissement » (ci-après, le « TAI »), par lequel Vivendi devait acquérir par l'intermédiaire d'Elektrim des actions dans PTC. Le 22 août 2003, invoquant la violation par Elektrim de son obligation de garantir l'acquisition d'actions dans PTC, Vivendi décida de recourir à l'arbitrage sur le fondement de la clause compromissoire contenue dans le TAI. Celle-ci prévoyait un arbitrage à Londres en application du règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (LCIA). La demande portait sur quelques 1,9 milliard de dollars.

(2) Il existe de nombreuses analyses nationales mais aussi comparées sur l'arbitrage et la faillite ; v. par ex. M. Bernet, *Schiedsgericht und Konkurs einer Partei*, in : *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag*, Bern 2005, 3-21 ; D. Brown-Berset et L. Lévy, *Faillite et arbitrage*, *ASA Bull* 4/1998, 664-680 ; G. Burn et E. Grubb, *Insolvency and Arbitration in English Law*, *Int. ALR* 4/2005, 124-130 ; P. Fouchard, *Arbitrage et faillite*, *Rev. Arb.* 3/1998, 471-494 ; B. Hanotiau, *La loi applicable par l'arbitre en cas de faillite d'une des parties à la procédure*, *RDAI/IBLJ* 1/1996, 29-49 ; S. Kröll, *Arbitration and Insolvency Proceedings – Selected Problems*, in L. Mistelis et J. Lew (eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, The Netherlands 2006, 357-376 ; V. Lazic, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, *The Hague* 1998 ; L. Lévy, *Insolvency in Arbitration (Swiss Law)*, *Int. ALR* 1/2005, 23-33 ; A. Mourre, *Arbitrage et droit de la faillite : Réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre*, in *Faillite internationale et conflit de juridictions, Regards Croisés Transatlantiques / Cross-Border Insolvency and Conflict of Jurisdictions, A US-EU Experience*, Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international (Feduci) 2007, p. 153-170 ; F. Perret, *Faillite et arbitrage international*, *ASA Bull.* 1/2007, 36-47 ; P. Wagner, *Abstimmungsfragen zwischen Internationalem Insolvenzrecht und Internationaler Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der Anerkennung grenzüberschreitender Insolvenzen durch Schiedsgerichte*, Lang Verlag, Frankfurt / M. 2008 ; P. Wagner, *When International Insolvency Law Meets International Arbitration*, *Dispute Resolution International*, vol. 3, n° 1, March 2009, 56-67. V. également, D. Baizeau, *Arbitration and Insolvency : Issues of Applicable Law*, in C. Müller et A. Rigozzi (Eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration* 2009, Schulthess, Zurich/Basel/Geneva 2009.

(1) Les termes « procédure d'insolvabilité » (termes utilisés dans le règlement EC n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité) ou « procédure de faillite » font référence aux procédures collectives, liquidation et redressement judiciaire ; « débiteur » ou « débiteur en faillite » à la personne contre laquelle la procédure est ouverte ; et « administrateur » au représentant des créanciers, mandataire liquidateur, administrateur judiciaire ou, en France, commissaire à l'exécution du plan.

Dans le volet suisse de l'affaire, les demandeurs, dont Vivendi, allèguent avoir conclu en mars 2006 avec les défendeurs, dont Elektrim, une « Transaction », rédigée par écrit mais qui ne fut jamais signée. La Transaction contient une clause compromissoire en vertu de laquelle tout différend doit être tranché selon le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) par un tribunal arbitral siégeant à Genève.

Un arbitrage CCI débuta donc en avril 2006, alors que, dans l'arbitrage LCIA, une première audience sur les questions de responsabilité fut, fixée début 2007, pour octobre 2007.

Le 21 août 2007, un tribunal polonais ordonna à la demande d'Elektrim l'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre de celle-ci. Le tribunal nommait un certain Josef Syska administrateur, et attribuait à la direction de la société le contrôle de son propre patrimoine et de sa gestion courante. En application de cette ordonnance, Elektrim devint débiteur en faillite au sens de la loi polonaise sur la faillite et le redressement (ci-après la « loi polonaise sur la faillite »).

Dans les deux arbitrages en cours, Elektrim informa les arbitres de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en Pologne et contesta la compétence du tribunal arbitral sur la base de l'article 142 de la loi polonaise sur la faillite, qui dispose, aux termes d'une traduction anglaise acceptée par les parties dans les deux procédures :

« *Any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued* » [« *Toute convention d'arbitrage conclue par un débiteur en faillite est privée d'effet juridique à partir de la date du jugement d'ouverture de la procédure de faillite, et les instances arbitrales en cours sont éteintes* »] (3).

II. LES DÉCISIONS ANGLAISES ET SUISSE

La question posée aux arbitres fut donc celle de l'effet sur une procédure d'arbitrage en cours à Londres ou à Genève de l'ouverture en Pologne d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de l'une des parties. En d'autres termes, quel est le droit applicable aux effets de la procédure de faillite sur l'arbitrage, et plus particulièrement sur la validité de la clause compromissoire : le droit anglais, le droit suisse ou le droit polonais ?

La question ne se posa cependant pas dans les mêmes termes dans les deux affaires, ni devant les arbitres ni lors des recours en annulation devant les tribunaux anglais et suisses. Dans le volet anglais, elle fut examinée sous l'angle de l'interprétation du règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures

d'insolvabilité (ci-après, le « Règlement ») (4), alors que dans le volet suisse, le débat tourna essentiellement autour de la capacité juridique du débiteur à être partie à l'arbitrage et du droit applicable à cette question.

Ainsi, à la suite des audiences d'octobre 2007, le tribunal arbitral siégeant à Londres sous l'égide de la LCIA (5) rejeta, dans une sentence partielle du 20 mars 2008 rendue à la majorité, les objections d'Elektrim sur sa compétence, affirmant qu'aux termes du Règlement, le droit anglais, et non le droit polonais, était applicable à la question des effets du jugement d'ouverture polonais sur la procédure arbitrale en cours. Le Tribunal CCI siégeant à Genève aboutit à une solution inverse. Le 21 juillet 2008, il se déclara incompétent à l'égard d'Elektrim par application de l'article 142 de la loi polonaise, affirmant que le droit polonais (et donc la loi polonaise sur la faillite) réglait la question de la capacité d'Elektrim à être partie à un arbitrage se déroulant en Suisse.

Les recours contre les deux sentences furent rejetés respectivement en octobre 2008 par la *High Court* anglaise (puis en juillet 2009 par la *Court of Appeal*) et en mars 2009 par le Tribunal fédéral suisse.

A – Les décisions de la *High Court* et de la *Court of Appeal* dans *Syska v. Vivendi Universal* (6)

Elektrim introduisit un recours contre la sentence partielle du tribunal LCIA sur la base de l'article 67 de l'*Arbitration Act* de 1996, pour défaut de compétence du tribunal arbitral.

Les parties s'accordaient au moins sur deux points : 1 – la question de la compétence des arbitres dépendait de la loi applicable aux effets de la procédure de faillite en Pologne sur la procédure d'arbitrage à Londres ; et 2 – la détermination de cette loi d'application dépendait elle-même de l'interprétation du Règlement (7). Soit le Règlement conduisait à l'application du droit du siège de l'arbitrage (droit anglais), et alors la clause compromissoire était valide ; soit il conduisait à l'application du droit de l'État d'ouverture (droit polonais, y compris la loi polonaise sur la faillite), et alors le tribunal arbitral devait se reconnaître incompétent. Le juge anglais analysa donc en détail le Règlement et son application aux procédures arbitrales en cours.

L'objectif principal du Règlement est défini dans son préambule. Il s'agit d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur en garantissant l'effet transfrontalier des procédures d'insolvabilité, et en évitant notamment que les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judi-

(4) Le règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité est entré en vigueur en mai 2002 et ne s'applique pas au Danemark. Il est disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu>

(5) Les membres du tribunal arbitral étaient : Wolfgang Peter (président), Jerzy Rajski et Alan Redfern.

(6) Syska (acting as the administrator of Elektrim SA (in bankruptcy)) et al. v Vivendi Universal SA et al. [2008] EWHC 2155 (Comm) (High Court) ; [2009] EWCA Civ 677 (Court of Appeal).

(7) Syska v Vivendi Universal [2008] EWHC 2155, N 9.

(3) Traduction en français par l'auteur.

ciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique (*forum shopping*). Pour ce faire, le Règlement contient un certain nombre de principes et de règles uniformes de droit international privé tendant, d'une part, à la mise en place d'une seule et unique procédure de faillite, basée dans l'État membre sur le territoire duquel le jugement d'ouverture a été rendu, et dotée d'une portée universelle pour toute la Communauté⁽⁸⁾, et, d'autre part, à l'application de la loi dudit État membre (*lex concursus*) à tous les effets de cette procédure⁽⁹⁾.

Les dispositions du Règlement intéressant l'arbitrage international sont essentiellement les articles 4 et 15. Aux termes de l'article 4.1, « la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte ». L'article 4.2 dispose pour sa part que : « La loi de l'État d'ouverture... détermine notamment :

e – les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie ;
f – les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, à l'exception des instances en cours ».

D'autres exceptions à la règle générale apparaissent aux articles 5 à 15 du texte, qui déterminent la loi applicable à certains droits et obligations⁽¹⁰⁾. L'objectif affiché de ces dispositions est de protéger « la confiance légitime des parties et la sécurité des transactions » commerciales⁽¹¹⁾. Ainsi, l'article 15 précise l'exception dite des « instances en cours » : « Les effets de la procédure d'insolvabilité sur une instance en cours concernant un bien ou un droit dont le débiteur est dessaisi sont régis exclusivement par la loi de l'État membre dans lequel cette instance est en cours ».

L'application conjuguée de ces articles, et notamment de l'article 4.2(e), d'une part, et des articles 4.2(f) et 15, d'autre part, conduit de prime abord à un conflit : le droit de l'État d'ouverture (ici, le droit polonais) est applicable aux contrats en cours, dont semble-t-il la convention d'arbitrage, mais le droit de l'État du siège de l'arbitrage (ici, le droit anglais) s'applique aux procédures en cours dans cet État, dont là encore, semble-t-il, l'arbitrage en cours.

Afin de résoudre ce conflit, le juge anglais devait répondre à plusieurs questions : 1 – l'article 15 s'applique-t-il aux arbitrages en cours ? ; 2 – l'expression « poursuites individuelles » de l'article 4.2(f) est-elle limitée aux voies d'exécution, comme le soutenait Elektrim, de telle sorte que l'exception des « instances en cours » ne peut pas couvrir l'arbitrage ? ; 3 – la clause compromissoire

est-elle effectivement, comme le soutenait également Elektrim, un « contrat en cours » au sens de l'article 4.2(e), auquel s'appliquerait le droit polonais ?

Sur les deux premières questions, le juge anglais affirma que l'exception des « instances en cours concernant un bien ou droit dont le débiteur est dessaisi » de l'article 15 couvrait toutes les actions, aussi bien judiciaires qu'arbitrales, mais non les voies d'exécution⁽¹²⁾. Sur la seconde, il considéra que la clause compromissoire constituait bien un « contrat en cours » soumis à la loi de l'État d'ouverture, mais uniquement lorsque la procédure arbitrale n'avait pas encore débuté (article 4.2(e)) ; dès l'instant où une procédure était en cours⁽¹³⁾, l'exception des « instances en cours » des articles 4.2(f) et 15 devait trouver à s'appliquer⁽¹⁴⁾.

Ainsi, dès lors que l'arbitrage était « en cours » à la date d'ouverture de la faillite (ici, en Pologne), toutes les questions relatives à une éventuelle extinction de l'instance arbitrale, et notamment le sort de la convention d'arbitrage, devaient être déterminées par référence à l'article 15, et donc sur la base de la loi de l'État du siège de l'arbitrage, soit, en l'espèce, le droit anglais⁽¹⁵⁾.

La décision de la *High Court* fut confirmée en appel par la *Court of Appeal* le 9 juillet 2009⁽¹⁶⁾. La Cour, sans considérer qu'il y avait un véritable « conflit » entre les articles 4.2(e), d'une part, et 4.2(f) et 15, d'autre part, insista sur la logique de traiter différemment les actions « en cours », dont les arbitrages :

« The phrase « to protect legitimate expectations and certainty of transaction » [« l'attente légitime des parties » (§ 24 du préambule)] is, in my view, apt to include the expectation of businessmen that lawsuits (in which considerable sums of money may have been invested) should come to an appropriate conclusion »⁽¹⁷⁾.

La *Court of Appeal* confirma également le champ d'application de l'exception de l'article 15 :

« Where I part company with Mr Moss's [conseil d'Elektrim] argument is in its assumption that, in a case which otherwise falls within Article 15, the draftsman of the Regulation intended to prescribe a different system of law to govern the effect of the insolvency proceedings on the arbitration agreement from that which governs the procee-

(8) Préambule, § 22, articles 16 et 17. L'article 3.2 porte sur les procédures d'insolvabilité secondaires ouvertes sur le territoire d'un autre État membre, pour lesquelles les règles de reconnaissance diffèrent.

(9) Préambule, § 12 et 23 et article 4.

(10) Ces exceptions comprennent les droits réels des tiers (article 5) ; la compensation (article 6) ; la réserve de propriété (article 7) ; les contrats portant sur un bien immobilier (article 8) ; les contrats de travail (article 10) et la protection du tiers acquéreur (article 14).

(11) Préambule, § 24.

(12) Syska v Vivendi Universal SA [2008] EWHC 2155, N 103. Sur le champ d'application de l'article 15, v. aussi M. Virgos et F. Garcimartin, *The European Insolvency Regulation : Law and Practice*, The Hague 2004, 77 et 142, et Wagner (2008), op. cit., 156-160 et 167-168.

(13) Moment qui varie selon les droits ; en France, la procédure est pendante une fois le tribunal constitué : P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *On international commercial arbitration*, 2^e éd., The Hague, Boston, London 1999, 499-500.

(14) Syska v Vivendi Universal SA [2008] EWHC 2155, N 100.

(15) Ibid., N 101 : « I see no reason why it does not also apply to provide that the law of the State in which the arbitration is pending shall determine all questions which affect whether the arbitration shall remain pending, including any question as to whether the effect of the insolvency is to annul the arbitration agreement, or the reference contract, and hence the reference ».

(16) Syska v Vivendi Universal [2009] EWCA Civ 677.

(17) Id., N 17 ; v. aussi N 16.

dings themselves. Once it is accepted that an existing reference to arbitration constitutes a pending lawsuit within the meaning of Article 15 then the choice of national law to determine « the effects of insolvency proceeding on a lawsuit pending » would appear to comprehend any issues about the validity of the arbitration agreement which would affect the continuation of the arbitration itself. The only distinction made by Article 15 itself is between current and future proceedings. It seems to me unrealistic to assume that the Regulation was also intended to discriminate in its application of the choice of law rule between the types of lawsuit covered by Article 15 simply according to the jurisdictional basis (contractual as opposed to statutory) of the different types of possible proceeding » (18).

B – La décision du Tribunal fédéral suisse (19)

Dans le volet suisse de l'affaire, les demandeurs introduisirent un recours contre la sentence partielle devant le Tribunal fédéral suisse (20) le 15 septembre 2008, sur le fondement de l'article 190(2)(b) de la loi fédérale sur le droit international privé (ci-après « LDIP »), affirmant que le tribunal s'était à tort déclaré incompétent en statuant qu'Elektrim avait perdu sa capacité à être partie à l'arbitrage (21). Le recours fut rejeté.

Elektrim avait allégué avec succès devant les arbitres qu'en vertu de l'article 142 de la loi polonaise sur la faillite, ni la société, ni son administrateur ne possédaient la capacité à être partie à un arbitrage (22). Les arbitres avaient affirmé que le droit polonais – et non le droit suisse – s'appliquait à la question et qu'Elektrim avait effectivement perdu cette capacité en vertu de la loi polonaise sur la faillite (23).

Les demandeurs contestaient la décision, affirmant que la loi polonaise n'affectait en rien la capacité du débiteur failli à être partie à un arbitrage se déroulant à l'étranger, que la question devait en tout état de cause être déterminée à la seule lumière de la *lex arbitri*, et donc en l'espèce du droit suisse (24).

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt très succinct, n'examina la question que sous l'angle du droit applicable à la question de la capacité d'Elektrim à être partie à un arbitrage. La décision suivait cepen-

dant une audience publique (qui eut lieu en mars 2009) au cours de laquelle différents arguments furent analysés, notamment quant à l'interprétation et aux effets de la loi polonaise sur la faillite.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral rappela que le droit suisse de l'arbitrage international (chapitre 12 de la LDIP) contient bien une règle relative à la capacité d'une entité d'être partie à un arbitrage, mais que celle-ci ne s'applique qu'aux États et aux « entreprises dominées ou organisations contrôlées par lui » (article 177(2)) (25). La capacité des personnes morales de droit privé à être parties à un arbitrage doit donc être déterminée selon la loi désignée par les règles ordinaires de conflit de lois applicable en Suisse, et en l'espèce, pour les sociétés, par le droit de l'État « en vertu duquel elles sont organisées » (article 154 de la LDIP sur le droit applicable aux sociétés et article 155(c) de la LDIP sur la capacité des sociétés). Les règles de conflit de lois de l'article 178(2) de la LDIP, qui dispose que la convention d'arbitrage est valable « 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 », ne sont pas applicables (26).

Le Tribunal fédéral en conclut qu'aux termes des articles 154 et 155 de la LDIP, la capacité juridique d'Elektrim, société de droit polonais, et donc sa capacité à être partie à un arbitrage, relevait du droit polonais, y compris le droit polonais de la faillite. Il constata que les arbitres, s'appuyant notamment sur l'avis de professeurs polonais, avaient à raison retenu qu'en vertu du droit polonais, l'ouverture de la faillite avait fait perdre à la société sa capacité à être partie à une procédure d'arbitrage. Les demandeurs n'étaient pas parvenus à démontrer au Tribunal fédéral que cette interprétation du droit polonais était erronée (27).

III. LA PORTÉE DES DÉCISIONS ANGLAISES ET SUISSE : L'IMPACT DE L'ARGUMENTATION DES PARTIES

La décision des tribunaux anglais, sans doute plus que la décision du Tribunal fédéral suisse, est particulièrement importante, dans la mesure où elle est la première à envisager l'impact du Règlement sur les procédures arbitrales menées dans un pays de

(18) Id., N 33.

(19) ATF 4A_428/2008 du 31 mars 2009 (non publié).

(20) La plus haute instance judiciaire suisse et seule compétente en matière de recours contre les sentences arbitrales.

(21) Outre que le siège de l'arbitrage était en Suisse, le droit suisse était applicable au fond. La question de l'application du Règlement aux arbitres et de son interprétation ne se posait donc pas puisque la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne.

(22) Cet argument n'avait apparemment pas été soulevé dans le cadre de l'arbitrage anglais ni dans celui du recours en annulation de la sentence devant les tribunaux anglais. Il est intéressant de noter que le 5 février 2008, avant que la sentence ne soit rendue dans le volet suisse, le Tribunal de Varsovie révoqua le pouvoir des dirigeants de contrôler le patrimoine et d'effectuer des actes de gestion courante, et qu'il nomma M. Syska à leur place.

(23) Le Tribunal arbitral était composé d'Yves Fortier (président), Karl Hempel et Jacques Werner (Global Arbitration Review, GAR News, 29 May 2009).

(24) Le droit applicable au fond était également le droit suisse, sans exclusion des règles de conflits de lois.

(25) L'article 177(2) de la LDIP prévoit : « Si une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage ».

(26) ATF 4A_428/2008 du 31 mars 2009, consid. 3.2.

(27) Id., consid. 3.3 : « Gemäss den Ausführungen des Schiedsgerichts, die sich unter anderem auf Gutachten polnischer Rechtsprofessoren beziehen, hat die Beschwerdegegnerin 6 mit Konkurseröffnung die Fähigkeit verloren, in einem Schiedsverfahren als Partei teilzunehmen. Gemäss Artikel 142 pKSG, der insoweit einen spezifischen Aspekt der Parteifähigkeit regelt, wird einer polnischen Konkursistin mithin die subjektive Schiedsfähigkeit in einem laufenden Verfahren entzogen. Gründe, an dieser Rechtsauffassung zu zweifeln, sind nicht ersichtlich. Auch die Beschwerdeführer vermögen nicht darzutun, dass das polnische Recht anders ausgelegt werden müsste. Das Schiedsgericht hat sich damit gegenüber der Beschwerdegegnerin 6 zu Recht für unzuständig erklärt ».

l'Union européenne. Il est d'ailleurs à noter que les juges anglais tinrent pour acquis que les arbitres devaient appliquer le Règlement dans son intégralité, y compris ses règles de conflit de lois (articles 4 à 15). La question posée à la *High Court* était uniquement celle de l'interprétation du Règlement dans le cadre d'un recours en annulation contre la sentence partielle pour incompétence du tribunal arbitral. Il n'est cependant pas exclu que le non-respect du Règlement soit également considéré par certaines juridictions des États membres comme une violation de l'ordre public, et puisse conduire à l'annulation de la sentence sur ce fondement (28).

Toutefois, une question importante semble avoir été laissée en suspens par les juges anglais. Elle concerne l'application par les arbitres de l'article 15 du Règlement, et donc l'application de la loi du siège, non seulement à la validité de la clause compromissoire, mais aussi aux autres questions pouvant surgir à l'occasion de l'ouverture d'une procédure de faillite, quant à la capacité et la représentation du débiteur, la procédure arbitrale (par exemple, le sursis à statuer), ou bien encore la nature des mesures de réparations pouvant être ordonnées.

Il existe en effet des différences d'approche au sein de la jurisprudence et de la doctrine européennes sur ce point : le droit applicable en vertu de l'article 15 serait-il le droit de la faillite de l'État du siège (par analogie), y compris ses lois de police et ses dispositions d'ordre public (29) ? Ou les arbitres devraient-ils appliquer le droit du siège en prenant en compte ses règles de conflit de lois, en ce qu'il s'applique à l'arbitrage international et aux procédures de faillite étrangères « normalement » reconnues dans l'État du siège (30) ? Ou devraient-ils tout simplement appliquer la *lex arbitri*, ce qui pourrait laisser dans certains cas à la discrétion des arbitres le choix de la loi applicable ?

Si aucune solution n'est entièrement satisfaisante (31), celle de l'application par analogie du

droit de la faillite de l'État où l'arbitrage a son siège paraît difficile à justifier dans le cas d'un arbitrage international, en l'absence de lien de connexité autre que le siège de l'arbitrage, dont on sait le caractère souvent contingent, voire aléatoire. La solution pourrait dépendre pour beaucoup de la qualification des questions qui se posent à l'arbitre, comme l'illustre précisément la décision du Tribunal fédéral dans le chapitre suisse de l'affaire Vivendi c/ Elektrim.

La question centrale était alors celle de la capacité d'Elektrim à être partie à l'arbitrage. Le régime juridique de la capacité est déterminé par le droit international privé de chaque État, mais la loi applicable à la capacité est généralement la loi du siège de la société, de son lieu d'incorporation, d'établissement principal ou de domicile (32). En dehors du contexte de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales, peu de lois sur l'arbitrage traitent spécifiquement la question de la capacité. Les arbitres, appliquant soit les règles de conflit de lois d'un État donné, soit une autre méthode de choix de loi, tendent cependant généralement à examiner la question de la capacité selon la loi personnelle de la partie concernée (33). Sur ce fondement, il se peut alors que, lorsque la procédure de faillite a été ouverte au siège du débiteur, la loi de fond applicable à sa capacité à être partie à l'arbitrage comporte des dispositions relatives à la faillite.

En pratique, la question se pose rarement, dans la mesure où la plupart des droits de la faillite prévoient que le débiteur conserve sa capacité à être partie à un arbitrage, même s'il doit alors en passer par l'administrateur ou le juge de la faillite (34). Cependant, lorsque le débiteur perd sa capacité, au moins deux problèmes se posent à l'arbitre : a – celui de l'identification des règles de conflit de lois (ou de méthode de choix de la loi) qui lui sont applicables ; et b – celui de déterminer si une disposition particulière du droit de la faillite affecte, ou non, la capacité du débiteur à être partie à la procédure arbitrale. Ce sont précisément ces deux difficultés qu'illustre la décision du Tribunal fédéral suisse.

L'approche du tribunal arbitral et du Tribunal fédéral quant au choix de la loi applicable à la question de la capacité d'Elektrim, en l'absence de disposition spécifique dans le chapitre 12 de la LDIP,

(28) Wagner (2009), op. cit., 62. Telle est la position acceptée par la CJCE et par quelques États membres dans le contexte du droit de la concurrence communautaire (article 81 du Traité CE) : e.g. en Allemagne, Oberlandesgericht, Thuringe, 8 août 2007, 4 Sch 03/06 ; aux Pays-Bas, Gerechtshof, La Haye, 24 mars 2005, cas n°s 04/694 et 04/695 ; CJCE, décision n° C-126/97, *Eco Swiss China Ltd. c/ Benetton International NV*, 1^{er} juin 1999. On peut cependant argumenter que le Règlement (au moins ses articles 4 à 15) est d'une nature différente en ce qu'il édicte des règles de conflit de lois et non des règles matérielles.

(29) Dans le contexte d'instances judiciaires en cours, ce fut l'approche prise par les tribunaux autrichiens lorsqu'ils appliquèrent le droit de la faillite autrichien à une procédure d'insolvabilité ouverte en Allemagne, tenue pour similaire à un certain type de faillite autrichienne : 9 Ob 135/04z, C. sup. Autriche, 23 février 2005, cité dans J. Marshall, *European Cross Border Insolvency*, London, Sweet & Maxwell 2006, 109 N 2.078/1 ; v. aussi 8 Ob 131/04d, C. sup. Autriche, 17 mars 2005.

(30) Dans un cas où une instance judiciaire était en cours en Angleterre et où une procédure d'insolvabilité avait été ouverte en Allemagne, la *High Court* anglaise décida qu'elle devait appliquer le droit anglais de la faillite, mais que : 1 – le régime juridique de la liquidation contenu dans l'*English Insolvency Act* de 1986 n'était pas applicable par analogie avec la procédure étrangère et que 2 – l'*English Insolvency Act* de 1986 ne permettait pas de suspendre l'instance en Angleterre en présence d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger : *Mazur Media Ltd & Anor v Mazur Media GmbH & Ors* [2004] EWHC 1566.

(31) La doctrine apparaît également divisée sur la question de la suspension de l'instance judiciaire en cours : v. par ex. D. Hass, P. Huber, U. Gruber, B. Heiderhoff, *EU-Insolvenzverordnung, Kommentar zur Verordnung (EG) n° 1346/2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO)*, München

2005, 159 (« Article 15 EuInsVO [enthält] eine Sonderanknüpfung ») en faveur de l'application du droit de la faillite du pays où l'instance judiciaire est en cours ; contra G. Moss, I. Fletcher, S. Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings : A Commentary and Annotated Guide*, Guildford and King's Lynn, Biddles Ltd 2002, 193 (c'est à chaque loi de déterminer si une suspension doit être ordonnée, en fonction de la nature de la procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger et en tenant compte du principe d'entraide judiciaire).

(32) V. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer 2003, 117, n°s 6-50 à 6-51 ; J.-F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2^e éd., London/Zürich 2007, 232-233, N 270-271.

(33) Ibid. Dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, v. F. Mantilla-Serano, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, Arb., Int'l 1/1995, 64. Pour une discussion sur la question de savoir quelles règles de conflit de lois, s'il en existe une, doivent être appliquées, v. par ex. Fouchard, Gaillard, Goldman, op. cit., 245, n°s 460 et s.

(34) V. Poudret et Besson, op. cit., 897, N 995.

peut susciter le débat d'un point de vue doctrinal. En particulier, peut se poser la question de l'application à un arbitrage international de dispositions de droit international privé suisse autres que celles apparaissant dans le chapitre 12 de la LDIP relatif à l'arbitrage international. L'approche adoptée par les juges suisses n'est cependant pas sans soutien dans la doctrine ⁽³⁵⁾. Par ailleurs, le même résultat aurait, semble-t-il, pu être obtenu par référence à l'article 187(1) de la LDIP qui prévoit que « *le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits* » ⁽³⁶⁾.

Le plus problématique dans la sentence du tribunal arbitral, telle qu'approuvée par le Tribunal fédéral, est sans doute la qualification de l'article 142 de la loi polonaise sur la faillite comme une disposition affectant la capacité juridique d'Elektrim et celle de son administrateur à être partie(s) à un arbitrage. L'un des principaux arguments de Vivendi, tant devant les arbitres que devant le Tribunal fédéral, était en effet que la faillite d'Elektrim n'avait pas entraîné, du fait du droit polonais, la perte de sa capacité juridique, puisqu'Elektrim pouvait être autorisée par la masse des créanciers à commencer un nouvel arbitrage. Il s'agissait donc d'une question de cession et de validité de la clause compromissoire *ratione personae*, déterminée par référence à la loi d'arbitrage suisse, soit par l'article 178(2) de la LDIP ⁽³⁷⁾. Le débat (qui a eu lieu lors de l'audience publique) n'est malheureusement pas reflété dans l'arrêt et l'argument n'a finalement pas été retenu.

L'arrêt du Tribunal fédéral a déjà été critiqué par la doctrine suisse ⁽³⁸⁾. Il semble cependant refléter une volonté de ne pas annuler la sentence, confirmant ainsi la difficulté de recourir avec succès contre une sentence rendue en Suisse. Il semble également se fonder sur une certaine déférence des juges à l'égard de l'analyse juridique faite par les arbitres, même si le Tribunal fédéral confirma dans son arrêt qu'il était libre de revoir toutes les questions de droit relatives à la compétence des arbitres, y compris celles relevant du droit étranger ⁽³⁹⁾. Il faut également noter que le recours n'a été rejeté que par une majorité de trois voix contre deux, et

que le Tribunal fédéral a décidé de ne pas publier cet arrêt – volontairement court – au recueil officiel. Ces indices semblent suggérer la volonté des juges de limiter la portée de leur décision en évitant d'en faire un arrêt de principe ayant vocation à s'appliquer en dehors du contexte spécifique, peut-être même unique, de la loi polonaise sur la faillite ⁽⁴⁰⁾.

La prolifération de « faillites » volontaires par des parties à des procédures arbitrales basées en Suisse destinées à profiter de cette nouvelle « jurisprudence » et à échapper à l'arbitrage semble donc peu probable. Ceci semble d'autant plus vrai que, dans la plupart des cas, l'ouverture de la procédure de faillite suffira à créer des difficultés considérables au niveau de l'exécution de la sentence dans l'État d'ouverture. Là encore, le cas de l'affaire Vivendi était tout à fait particulier puisqu'apparemment, pour le règlement du différend au fond, il importait peu aux demandeurs que la sentence ne respecte pas la loi polonaise sur la faillite et que, au moins dans le cas du contentieux suisse, elle soit par conséquent susceptible de ne pas être reconnue ou exécutée en Pologne, l'État d'ouverture ⁽⁴¹⁾. Cela ne sera, du point de vue du créancier, que peu souvent le cas.

Par ailleurs, même si la divergence des solutions anglaise et suisse montre l'importance du choix du siège d'un arbitrage, elle semble illustrer avant tout l'importance de la qualification juridique des questions qui se posent lorsqu'arbitrage et faillite se rencontrent. Dans le cas anglais, le Règlement imposait le choix d'une loi au tribunal arbitral. Ainsi, aucune difficulté n'existait quant aux règles de conflit de lois pouvant s'appliquer à l'arbitre. De plus, Elektrim ne souleva pas la question de sa capacité, si bien que celle-ci ne fut traitée ni par le tribunal arbitral, ni par la *High Court* et la *Court of Appeal*. Si cela avait été le cas, et s'il avait été accepté que la capacité d'Elektrim était bien en cause, un tribunal arbitral siégeant à Londres sous l'égide de l'*Arbitration Act* anglais aurait, pour décider de cette question, sans doute également dû appliquer la loi de l'État d'incorporation d'Elektrim, soit la loi polonaise, y compris la loi polonaise sur la faillite ⁽⁴²⁾. Le résultat aurait alors probablement été précisément le même qu'en Suisse.

(35) Par ex. Poudret et Besson, op. cit., 232-233, n^{os} 270-271 (cités par le Tribunal fédéral au consid. 3.2).

(36) B. Berger et F. Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern 2006, 115, N 328. Pour un commentaire de la décision du Tribunal fédéral, v. G. Naegli, *Die Auswirkungen der Konkursklärung auf ein hängiges Schiedsverfahren – Der Entscheid Nr. 4A_428/2008 des Bundesgerichtes vom 31. März 2009*, Jusletter 31 août 2009, www.jusletter.ch

(37) Cet argument avait été retenu positivement par un Tribunal arbitral CCI dans sa sentence partielle n^o 7337 de 1996, *Yearbook Comm. Arb'n XXIV* (1999), 149-161. V. aussi Lévy, op. cit., 26.

(38) Naegli, op. cit. La portée de la décision a également été discutée au sein de l'ASA, au niveau national et cantonal (notamment par le Groupe genevois de l'ASA).

(39) ATF 4A_428/2008 du 31 mars 2009, consid. 3.1.

(40) Le caractère unique de la loi polonaise sur la faillite fut même l'argument d'Elektrim devant la *High Court* : *Syska v Vivendi Universal SA* [2008] EWHC 2155, N 96. V. aussi Wagner (2008), op. cit., 135.

(41) Notamment sur le fondement de l'article V.1(a) de la Convention de New York (incapacité et invalidité de la convention d'arbitrage) ou de l'article V.2(b) (violation de l'ordre public) ; v. Baizeau, op. cit., section IV.

(42) L'English Arbitration Act de 1996 est muet sur la question de la capacité mais selon le droit international privé anglais, cette question est essentiellement soumise à la loi du lieu d'incorporation : Dicey, Morris et Collins, *The Conflict of Laws*, Vol. II, London 2006, 1345, N 30R-020, Rule 162(1).

L'applicabilité de l'article 28 USC 1782 à l'arbitrage commercial international

Yasmine LAHLOU
Avocat au Barreau de New York
Chaffetz Lindsey LLP

L'article 1782 du Titre 28 du Code des États-Unis (« l'article 1782 ») permet aux plaideurs étrangers d'obtenir, au moyen d'une procédure simplifiée, du juge américain qu'il ordonne à une partie établie aux États-Unis de produire certains documents ou de fournir son témoignage, lesquels seront utilisés au cours de la procédure à l'étranger. Cette disposition est de plus en plus fréquemment invoquée par des parties engagées dans un arbitrage commercial international. Les tribunaux américains sont à ce jour divisés sur l'applicabilité de l'article 1782 à l'arbitrage commercial international.

L'article 1782 a été refondu par le Congrès américain en 1964. À cette époque, l'essor du commerce international a appelé une coopération inter-étatique accrue afin de faciliter le contentieux transfrontalier. En 1958, le Congrès a mis en place la Commission sur les règles de procédure judiciaire (« la Commission »), et lui a donné le mandat « d'étudier les pratiques existantes de coopération entre les États-Unis et les États étrangers en vue de les améliorer » (1).

Comme le Congrès ne lui avait pas alloué de fonds, les travaux de la Commission ont été financés par la Carnegie Corporation, laquelle a exigé en contrepartie que ces travaux soient conduits par une institution académique. Compte tenu de son prestige en matière d'études internationales et comparatives, le choix s'est porté sur l'école de droit de l'Université de Columbia à New York, qui a confié au professeur Hans Smit la direction du projet. C'est donc en substance à l'équipe du professeur Smit qu'est revenue la charge d'évaluer et de réformer les règles existantes de procédure civile visant à améliorer la coopération internationale en matière de contentieux. Après avoir adopté sans modifications, les propositions de l'équipe du professeur Smit, la Commission a recommandé au Congrès divers amendements des règles américaines de procédure civile afin d'assister les procédures internationales, dans l'espoir d'encourager les États étrangers à faire de même (2). Une des mesures principales a été la révision complète de l'article 1782 (3).

En substance, l'article 1782 (a) exige : 1 – que la personne faisant l'objet de la demande de production de preuves ou devant témoigner réside (ou se trouve) dans le district du Tribunal fédéral auquel la demande est présentée ; 2 – que la production de preuves ou de témoignage soit destinée à être utilisée devant un tribunal étranger ou international, et 3 – que la demande émane de ce tribunal ou de « toute personne intéressée » (4).

Les auteurs avaient entendu façonner un texte de loi clair afin d'en favoriser l'application la plus large possible : « [l]es réformes développées par la Commission... reposent fortement sur le besoin de supprimer, au besoin de manière unilatérale, tout obstacle inutile. Elles soulignent la grande libéralité avec laquelle les États-Unis autorisent l'exécution d'acte de procédure étranger sur leur territoire et offrent aux tribunaux et aux plaideurs étrangers le type d'assistance la plus adaptée à la procédure [dans l'État d'origine] » (5).

Malgré cette volonté affichée des auteurs du nouveau texte, et en dépit de sa clarté, de nombreuses juridictions américaines en avaient soumis l'application à des conditions qu'il ne prévoyait pas, en rendant ainsi l'application erratique.

La situation a évolué lorsqu'en 2004, la Cour suprême des États-Unis a répondu, dans l'arrêt Intel, aux interrogations les plus importantes que soulevait l'article 1782. L'arrêt Intel a été rédigé par le juge Ginsburg de la Cour suprême, qui avait collaboré avec le professeur Smit en 1964 sur les travaux préparatoires à la révision de l'article 1782 (6).

nir son témoignage, une déclaration ou de produire des documents ou autre chose devant être utilisés dans le cadre d'une procédure devant un tribunal étranger ou international, y compris des enquêtes criminelles conduites avant l'acte formel d'accusation. L'ordonnance peut être émise à la suite d'une commission rogatoire, ou d'une demande présentée par un tribunal étranger ou international ou à la suite d'une demande présentée par toute personne intéressée et peut ordonner que le témoignage ou la déclaration soient pris, ou le document ou autre chose soient produits, devant une personne nommée par le tribunal [fédéral]. L'ordonnance peut prescrire la pratique et la procédure à suivre, lesquelles peuvent être en tout ou partie la pratique et la procédure en vigueur devant le tribunal étranger ou international, pour recevoir le témoignage, la déclaration ou pour la production du document ou d'autre élément de preuve. Dans la mesure où l'ordonnance ne dispose pas autrement, le témoignage ou la déclaration seront reçus, et le document ou autre chose produits, en conformité avec les règles fédérales de procédure civile. Une personne ne peut être forcée de donner son témoignage ou déclaration ou de produire un document ou autre élément de preuve si cela contrevient ».

(4) In re Esses, 101 F.3d 873, 875 (2d Cir. 1996).

(5) Smit, International Litigation Under the United States Code, 65 Colum. L. Rev. 1015-1018 (1965).

(6) Cf. H. Smit, American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals, 25 Syracuse J. Int'l L. & Com. 1, 3 n. 10 (1998).

(1) Pub. L. n° 85-906, § 2, 72 Stat. 1743 (1958). Cf. Smit, Recent Developments in International Litigation, 35 S. Tex. L. Rev. 215, 217 (1994). À la même époque, se posait également la question de la compétence extraterritoriale des juridictions américaines, la notification de documents à l'étranger, l'obtention de preuves à l'étranger, la preuve du droit étranger et des documents officiels étrangers. Cf. Smit, International Litigation Under the United States Code, 65 Colum. L. Rev. 1015 (1965).

(2) HR Doc. n° 88-88, at 20 (1963) ; cf. [cite NBC] at 189.

(3) L'article 1782 dispose : « a – le tribunal [fédéral] du district dans lequel une personne réside ou se trouve peut ordonner à cette personne de four-

À ce titre, le juge Ginsburg a adopté dans l'arrêt Intel une interprétation libérale de l'article 1782, rappelant que cette disposition n'est soumise à aucune autre condition que celles contenues dans le texte.

L'arrêt Intel a ainsi ouvert le débat sur la question de savoir si l'arbitrage commercial international rentre ou non dans le champ d'application de l'article 1782. Avant cette décision, deux Cours fédérales semblaient avoir définitivement clos le débat et exclu l'aide des juridictions américaines aux tribunaux arbitraux privés.

Après avoir analysé l'arrêt Intel de la Cour suprême (I) et les conditions d'application de l'article 1782 (II), nous étudierons l'évolution de la jurisprudence des tribunaux américains quant à l'application de l'article 1782 au soutien d'une procédure d'arbitrage commercial international (III).

I. L'ARRÊT INTEL DE LA COUR SUPRÊME

En 2004, la Cour suprême a rendu l'arrêt Intel Corp. c. Advanced Micro Devices, Inc. (7) (ci-après « l'arrêt Intel »), sa première et seule décision à ce jour relative à l'interprétation de l'article 1782.

Dans cette affaire, après avoir porté plainte contre la société américaine Intel Corporation (« Intel ») auprès de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (« DG Concurrence »), la société américaine Advanced Micro Devices, Inc. (« AMD ») a demandé à la DG Concurrence d'ordonner à la société Intel de produire certains documents que cette dernière avait produits dans le cadre d'une action en concurrence déloyale engagée par un tiers à son encontre devant un Tribunal fédéral en Alabama. Après que la DG Concurrence ait rejeté cette demande, AMD a saisi un Tribunal fédéral en Californie afin que ce dernier ordonne à Intel de produire ces documents. Alors que ce tribunal avait décidé que l'article 1782 n'était pas applicable à la demande d'AMD, la Cour d'appel pour le neuvième circuit (8) a censuré cette décision, jugeant que les conditions de l'article 1782 étaient remplies en l'espèce. La société Intel s'est alors pourvue devant la Cour suprême des États-Unis.

Après avoir tranché certaines divergences d'interprétation du texte de l'article 1782, qui avaient divisé les juridictions fédérales (A), la Cour a identifié divers facteurs que ces tribunaux devraient prendre en compte pour apprécier l'opportunité de faire droit à une demande fondée sur l'article 1782 (B).

(7) Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., 542 US 241 (2004).

(8) Juridiction d'appel des tribunaux fédéraux situés dans les États de l'Alaska, Arizona, Californie, Hawaï, Idaho, Montana, Nevada, Oregon et Washington.

A – La Cour suprême offre une interprétation littérale et libérale de l'article 1782

Alors que de nombreux tribunaux avaient ajouté un certain nombre de conditions implicites au texte de l'article 1782 afin d'en limiter un usage extensif, selon eux contraire à l'objectif du texte, la Cour a au contraire réaffirmé le libéralisme affiché de ses rédacteurs.

1 – Toute personne "intéressée" peut se prévaloir de l'article 1782

Selon l'article 1782, une ordonnance peut être émise « à la suite d'une commission rogatoire, ou sur requête, d'un tribunal étranger ou international ou à la demande de toute personne intéressée ».

La première question qui se posait dès lors était de déterminer si AMD était une « personne intéressée » autorisée à recourir à l'article 1782. Intel lui contestait ce droit parce qu'AMD n'était pas formellement partie à la procédure d'enquête ou de sanction conduite par la Commission contre Intel.

La Cour suprême a cependant adopté une interprétation extensive, et dit pour droit qu'une personne intéressée inclut non seulement les parties au litige, mais aussi toute personne « ayant un intérêt raisonnable à obtenir l'assistance [des juridictions américaines] » (9). Même si AMD n'était pas formellement partie au litige devant la Commission européenne, la Cour suprême a relevé qu'elle avait le droit, en vertu du droit communautaire, de (i) porter plainte et solliciter de la Commission qu'elle engage une enquête contre Intel, (ii) soumettre des éléments de preuve à la DG Concurrence et (iii) engager un recours à l'encontre d'une décision de la Commission de mettre fin aux poursuites. La Cour suprême en a conclu qu'AMD était une personne intéressée au sens de l'article 1782.

La question de savoir si le demandeur est ou non une « personne intéressée » demeure une question de fait et de droit qui doit être déterminée au cas par cas. Il ne s'agira néanmoins pas seulement d'une appréciation subjective de l'intérêt du demandeur, mais d'une appréciation et d'une reconnaissance de l'étendue de la qualité et de l'intérêt à agir qui lui auront été reconnus par le droit applicable devant la juridiction d'origine.

2 – La Commission peut être un "tribunal étranger ou international" au sens de l'article 1782

Intel contestait également la validité de la requête d'AMD au motif que la Commission européenne n'était pas un « tribunal étranger ou international ». La Cour suprême a également rejeté cet argument.

Examinant le fonctionnement de la DG Concurrence et de la Commission, la Cour a relevé qu'après une enquête préliminaire, la DG Concurrence pouvait soit recommander d'abandonner les

(9) Intel, 542 US 256 citant un article du professeur Smit, International Litigation Under the United States Code, 65 Colum. L. Rev. 1015, 1027 (1965).

poursuites, soit renvoyer l'affaire devant la Commission, laquelle pouvait à ce stade également, soit abandonner les poursuites, soit au contraire décider que le défendeur avait violé les règles de concurrence et lui imposer une amende. Ces décisions, quelles qu'elles soient, pouvaient faire l'objet d'un recours, par la personne ayant déposé la plainte ou par celle faisant l'objet de la plainte, devant le Tribunal de première instance (« TPI ») puis devant la Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE »). Se livrant alors à une analyse fonctionnelle de la Commission, la Cour a décidé que rien ne permettait d'exclure *a priori* la Commission du champ d'application de l'article 1782, lorsque cette dernière agissait en tant qu'autorité décisionnelle de première instance⁽¹⁰⁾. Le juge Ginsburg, qui a rédigé l'arrêt, a relevé que le Congrès avait amendé l'article 1782 et inclus les termes « *tribunal arbitral et international* » précisément afin de permettre une assistance judiciaire « *aux tribunaux et agences quasi-juridictionnelles étrangers* »⁽¹¹⁾. M^{me} Ginsburg s'est en outre appuyée non seulement sur le contenu du rapport remis au Sénat américain en vue de l'adoption de la réforme de 1964⁽¹²⁾, mais aussi sur un article du professeur Smit selon lequel le terme « tribunal » inclut « *les magistrats d'instruction, les tribunaux administratifs et arbitraux, et les agences quasi-juridictionnelles, ainsi que les cours civiles, commerciales, pénales et administratives au sens conventionnel du terme* », de sorte que l'article 1782 « *permet la fourniture de l'assistance adéquate dans les procédures devant la Commission [européenne] lorsque la Commission exerce des pouvoirs quasi-juridictionnels* »⁽¹³⁾.

Enfin, la Cour a décidé que la Commission Européenne était un Tribunal au sens de l'article 1782 parce que le TPI et la CJCE, qui sont eux-mêmes incontestablement des tribunaux au sens de l'article 1782, ne pouvaient connaître que des éléments de preuve, y compris ceux obtenus au moyen de l'article 1782, qui auraient été préalablement portés à la connaissance de la Commission⁽¹⁴⁾.

3 – La procédure étrangère n'a pas à être en cours

L'article 1782 permet l'obtention de preuves en vue de leur utilisation « *dans une procédure* » à l'étranger.

Selon Intel, la requête d'AMD était prématurée parce que l'action n'en était encore qu'au stade de l'enquête. Or, une Cour d'appel avait précédemment décidé que la procédure étrangère devait être « en cours », ou à tout le moins « imminente »⁽¹⁵⁾. La Cour suprême a rejeté cette interprétation, contredite par l'histoire du texte. En 1964, le

(10) Intel, 542 US 258.

(11) Intel, 542 US 258.

(12) S. Rep. No. 1580, 7-8, US Code Cong. & Admin. News 1964, p. 3782, 3788 in Intel, 542 US 258.

(13) Smit, International Litigation Under the United States Code, 65 Colum. L. Rev. 1015, 1027, n. 71, 73 (1965).

(14) Intel, 542 US 257.

(15) In re Ishihara Chem. Co., 251 F. 3d 120, 125 (2d Cir. 2001).

Congrès avait en effet supprimé du texte l'exigence que la procédure soit « en cours » (*pending*) et avait en 1996 amendé le texte afin de préciser que l'article 1782 était également applicable aux enquêtes pénales précédant l'acte formel d'accusation.

La Cour suprême a jugé que l'article 1782 était applicable dès lors qu'une détermination de fait et de droit par la Commission européenne susceptible d'un réexamen par les juridictions communautaires était « *raisonnablement prévisible* »⁽¹⁶⁾. Ce faisant, le juge Ginsburg a repris le critère qu'elle avait précédemment énoncé lorsqu'elle était juge à la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Letter of Request from the Crown Prosecution Service of the United Kingdom*, à l'occasion de laquelle elle avait jugé qu'une demande fondée sur l'article 1782 était recevable pour recueillir des éléments de preuve alors même que la procédure pénale étrangère n'en était encore qu'à la phase d'instruction⁽¹⁷⁾.

Selon le professeur Smit, cette solution se justifiait d'un point de vue d'économie procédurale dans la mesure où les documents obtenus au moyen de l'article 1782 devraient permettre de décider de l'opportunité de procéder au-delà de la phase d'enquête⁽¹⁸⁾.

Dans le contexte d'un litige de nature purement privée, la question peut se révéler délicate dans la mesure où une action fondée sur l'article 1782 peut relever d'une *fishing expedition* destinée à permettre à une partie de bâtir son dossier avant même d'engager son action. Dans une affaire où une société établie en Allemagne invoquait l'existence d'une clause compromissoire soumise au Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (« CCI ») dans un contrat la liant à une partie établie au Japon, pour solliciter la production de preuves à l'encontre d'une tierce partie établie aux États-Unis, un juge fédéral du Massachusetts a décidé que l'arbitrage international relevait de l'article 1782 (cf. ci-dessous) et qu'il pouvait faire droit à la demande, alors même que l'arbitrage n'avait pas été engagé. Le juge a néanmoins usé de son pouvoir discrétionnaire et rejeté la demande de la société allemande, sans préjudice de la possibilité pour cette dernière de montrer que le tribunal arbitral serait réceptif aux éléments de preuve recherchés⁽¹⁹⁾.

4 – Les règles de preuve étrangères ne sont pas impératives

Intel a enfin invoqué l'argument selon lequel l'application de l'article 1782 est soumise à une condition implicite de *foreign discoverability*, selon laquelle le juge américain ne pourrait ordonner la production d'éléments de preuves que le juge étranger ne serait pas lui-même en mesure

(16) Intel, 542 US 259.

(17) *Letter of Request from the Crown Prosecution Service of the United Kingdom*, 870 F.2d 686, 687 (DC Cir. 1989).

(18) [cite].

(19) In re Application of Babcock Borsig AG for Assistance before a Foreign Tribunal, 583 F. Supp. 2d 233 (D. Mass. 2008).

d'ordonner selon le droit de l'État d'origine. En effet, selon Intel, la DG Concurrence ou la Commission européenne n'auraient pas été en mesure d'ordonner la production des preuves recherchées par AMD en vertu du droit communautaire.

Cette question est particulièrement pertinente pour ce qui concerne les mesures de *discovery* dirigées avant le procès contre des tiers à la procédure, lesquelles sont généralement permises par le droit américain mais absentes des systèmes continentaux. Diverses Cours d'appel fédérales avaient soumis l'article 1782 à une condition de *foreign discoverability* afin de (i) ne pas offenser les juridictions étrangères en permettant à une partie d'obtenir des éléments de preuve que ces dernières n'auraient pas été en mesure d'obtenir, et (ii) d'assurer une égalité de traitement en faveur des parties américaines comparaisant à l'étranger, lesquelles ne disposent pas d'un outil équivalent à l'article 1782 à l'encontre de leurs adversaires ⁽²⁰⁾.

Interprétant le texte de loi à la lettre, la Cour suprême a jugé que l'article 1782 n'est soumis à aucune condition de *foreign discoverability* ⁽²¹⁾.

L'application systématique d'une telle condition serait en effet absurde toutes les fois que le juge étranger est disposé à admettre les éléments de preuve obtenus aux États-Unis. De même, le désavantage des parties américaines pourrait être évité en conditionnant l'octroi d'une ordonnance fondée sur l'article 1782 à une obligation réciproque du demandeur de satisfaire aux demandes de son adversaire ⁽²²⁾.

La Cour a dès lors jugé que, contrairement aux arguments d'Intel, la demande de la société AMD répondait aux conditions de l'article 1782.

B – L'octroi d'une ordonnance fondée sur l'article 1782 relève du pouvoir discrétionnaire des tribunaux fédéraux

La Cour suprême a également rappelé que, même lorsque les conditions de l'article 1782 sont remplies, cette disposition donne aux juridictions fédérales le pouvoir, et non l'obligation, de faire droit à une demande fondée sur l'article 1782 ⁽²³⁾.

La Cour a dès lors énoncé certaines directives afin que les juridictions (i) décident de l'opportunité de faire droit ou non à une demande fondée sur l'article 1782 et, dans l'affirmative, (ii) en définissent les modalités.

En premier lieu, la Cour suprême a invité les juges à rechercher si la partie établie aux États-Unis est partie à la procédure étrangère, comme c'était le cas pour Intel en l'espèce ⁽²⁴⁾. Dans ce cas, le juge étranger, qui est compétent à l'égard des

parties comparaisant devant lui, est normalement en mesure de leur ordonner de produire les éléments de preuve souhaités, de sorte que l'assistance juridictionnelle offerte par l'article 1782 est *a priori* moins nécessaire que si la demande était dirigée contre un tiers à la procédure étrangère.

En second lieu, selon la Cour, les tribunaux devraient tenir compte (i) de la nature du tribunal étranger, (ii) des caractéristiques de la procédure étrangère en cours, et (iii) de la manière dont l'assistance judiciaire américaine sera reçue par les autorités étatiques ou judiciaires étrangères ⁽²⁵⁾.

En troisième lieu, même si la Cour a refusé la thèse d'Intel, qui tentait d'ajouter certaines conditions à la lettre de l'article 1782, la Cour a néanmoins souligné la pertinence des arguments invoqués par Intel et invité les juridictions américaines à tenir compte du statut du demandeur à la requête, de la nature du tribunal étranger, du stade d'avancement de la procédure étrangère et des règles étrangères sur l'admissibilité des preuves en usant de leur pouvoir discrétionnaire. La Cour suprême a notamment invité les juridictions inférieures à s'assurer que l'article 1782 n'est pas utilisé afin de contourner l'application du droit étranger ou de faire échec à d'autres impératifs politiques, qu'ils soient étrangers ou américains ⁽²⁶⁾.

Enfin, lorsqu'une requête est susceptible de représenter un fardeau excessif sur la partie contre laquelle elle est dirigée, la Cour a invité les juges du fond à la rejeter ou à la modifier afin de protéger les intérêts du défendeur ⁽²⁷⁾.

Ainsi, la Cour suprême a réaffirmé l'intention des rédacteurs de l'article 1782 d'offrir aux tribunaux étrangers l'assistance quasiment inconditionnelle des juridictions américaines en matière d'obtention de preuves. Ce faisant, elle a également affirmé le caractère malléable et flexible de cette disposition, qui accorde aux juges le pouvoir de façonner l'assistance judiciaire de la façon la plus juste et opportune compte tenu des circonstances de chaque espèce.

II. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1782

Le champ d'application de l'article 1782 est limité quant aux personnes visées par cette disposition (A) et à la localisation des éléments de preuve recherchés (B). L'article 1782 ne précise pas la procédure à suivre pour l'obtention d'une ordonnance de *discovery*, laquelle a été façonnée par la pratique (C). Enfin, il convient de s'interroger sur le point de savoir dans quelle mesure l'article 1782 coexiste avec la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile et commerciale (la « Convention de La Haye ») (D).

(20) In re Asta Medica SA, 981 F.2d 1 (1st Cir. 1992) ; In re Ministry of Legal Affairs of Trinidad and Tobago, 848 F.2d 1151 (11th Cir. 1988).

(21) Intel, 542 US 262.

(22) Intel, 542 US 262.

(23) Ledit texte dispose en effet qu'un tribunal « peut » ordonner la production de preuves.

(24) Intel, 542 US 264.

(25) Intel, 542 US 264.

(26) Intel, 542 US 264-65.

(27) Intel, 542 US a 265.

A – Application *ratione personae*

L'article 1782 dispose qu'un Tribunal fédéral peut ordonner à toute personne qui réside ou qui se trouve dans son district de fournir son témoignage, des documents ou autres éléments de preuve.

Une personne morale se « trouve » dans un « district » si elle y est immatriculée, y a son siège ou conduit dans le district des activités de « manière continue et systématique » (28). Un tribunal du Michigan a ainsi jugé qu'une société établie en Allemagne qui contrôlait une filiale immatriculée dans cet État ne s'y trouvait pas au sens de l'article 1782, alors même que cette dernière avait indiqué, dans un document produit dans une autre procédure pendante dans une juridiction de ce même État, qu'elle y exerçait une activité (29).

En plus d'y résider ou d'y être domiciliée, une personne physique se « trouve » dans un district si elle fait l'objet d'une signification à personne de l'ordonnance de production de documents ou de témoignage dans le district (30). Dans l'affaire Edelman, la Cour d'appel pour le second circuit (31) a jugé qu'une personne, qui résidait en France, se trouvait dans le district au sens de l'article 1782 lorsque cette dernière avait reçu une signification à personne d'une ordonnance alors qu'elle assistait à un vernissage dans une galerie à New York. Néanmoins, l'article 1782 dispose expressément que toute procédure de *discovery* est soumise aux règles fédérales de procédure civile. Or, lorsqu'une personne physique qui doit faire l'objet d'une déposition n'est ni partie à l'instance ni un dirigeant d'une partie à l'instance, elle ne peut être forcée à se déplacer plus de 100 miles de l'endroit où elle réside ou travaille (32). Selon la Cour d'appel, une telle règle peut constituer un obstacle aux *depositions* à l'encontre de personnes établies à l'étranger qui ne sont pas parties à la procédure (33). Or, il convient de rappeler que, selon la Cour suprême, « la nécessité de l'assistance fondée sur l'article 1782 est moins évidente [à l'égard d'une partie à l'instance étrangère parce qu'] un tribunal étranger est compétent à l'égard des parties comparissant devant lui et peut leur ordonner de produire des éléments de preuve » (34).

B – Localisation des éléments de preuve pouvant être recherchés

Certains plaideurs ont tenté de recourir à l'article 1782 pour solliciter la production de documents

(28) In re Godfrey, 526 F. Supp. 2d 417, 422 (SDNY 2007) citant le professeur Smit : lorsqu'il est appliqué aux personnes morales, « il peut aisément être interprété comme se référant aux décisions juridictionnelles qui assimilent la présence à une activité continue et systématique dans un endroit donné ». Cf. Smit, American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals : Section 1782, Title 28 of the USC Revisited, 25 Syracuse J. Int'l L. & Com. 1, 10 (1998).

(29) In re Application of Nokia Corp., 2007 US Dist. Lexis 42883, 2007 WL 1729664 (WD Mich. 2007) *4.

(30) In re Edelman, 295 F. 3d 171, 179 (2d Cir. 2001).

(31) Jurisdiction d'appel des tribunaux fédéraux basés dans les États de New York, du Connecticut et du Vermont.

(32) FRCP Rule 45.

(33) In re Edelman, 295 F. 3d 171, 181 ; In re Godfrey, 526 F. Supp. 2d 423.

(34) Intel, 542 US 264.

se trouvant hors des États-Unis, ce que les rédacteurs du texte n'avaient jamais eu l'intention de permettre. Selon le professeur Smit, l'objectif de la loi est de rendre disponibles des éléments de preuve aux États-Unis : « Ainsi, un dispositif harmonieux est établi : des éléments de preuve situés en Espagne sont obtenus au moyen d'une procédure en Espagne, des éléments de preuve situés en Grande-Bretagne sont obtenus au moyen d'une procédure en Grande-Bretagne, et des éléments de preuve situés aux États-Unis sont obtenus au moyen d'une procédure aux États-Unis ». En second lieu, une telle application extraterritoriale du texte créerait une interférence avec les juridictions étrangères si des parties à un litige dans un pays étranger pouvaient avoir recours aux tribunaux américains afin d'obtenir des éléments de preuve situés dans le pays étranger qui ne pourraient être obtenus en vertu du droit de ce pays. Enfin, une application extraterritoriale de l'article 1782 transformerait les tribunaux américains en « chambres de compensation pour des demandes d'information par des tribunaux et des plaideurs à travers le monde à la recherche d'éléments de preuve à travers le monde » (35).

De fait, de nombreuses juridictions ont décidé que l'article 1782 était inapplicable pour obtenir des éléments de preuve situés hors des États-Unis (36).

C – Procédure applicable à une demande fondée sur l'article 1782

L'article 1782 ne précise pas la procédure à suivre. Même si le professeur Smit a déploré l'usage des procédures sur requête, estimant qu'un principe élémentaire de *due process* constitutionnel est qu'une partie soit entendue avant qu'une obligation lui soit imposée par une décision de justice (37), il apparaît que la pratique la plus répandue consiste bien à solliciter une ordonnance hors la présence de la partie faisant l'objet de la demande de *discovery* (38), cette dernière ayant ensuite le droit de saisir le juge ayant émis l'ordonnance afin qu'il la réexamine. Certains tribunaux ont aussi admis que les parties à l'instance étrangère ont intérêt à agir afin de contester l'ordonnance, et imposé que l'ordonnance leur soit signifiée (39).

La procédure à suivre pour la production des preuves écrites et orales est normalement définie par le juge dans son ordonnance ; à défaut, les règles fédérales de procédure civile s'appliquent.

(35) Smit, American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals : Section 1782 Title 28 of the USC Revisited, 25 Syracuse J. Int'l L. & Com. 1, 11 (1998).

(36) In re Godfrey, 526 F. Supp. 2d 423 ; In re Microsoft, 428 F. Supp. 2d 188, 194, n° 5 (SDNY 2006) ; In re Nieri, 2000 US Dist. Lexis 540, 2000 WL 60214 at *1 (SDNY 2000) ; Norex Petroleum Ltd. v. ADA, 384 F. Supp. 2d 45, 50 (DDC 2005). Cf. aussi In re Sarrio, SA, 119 F.3d 143, 147 (2d Cir. 1997) ; Four Pillar Enterprises Company v. Avery Dennison Corporation, 308 F.3d 1075 (9th Cir. 2002). Cf. contra In re Gemeinschaftspraxis, 2006 US Dist. Lexis 94161, 2006 WL 3844464 at 85 (SDNY 2006).

(37) Smit, American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals : Section 1782 Title 28 of the USC Revisited, 25 Syracuse J. Int'l L. & Com. 1, 16 (1998).

(38) In re Supreme Court of Hong Kong, 138 FRD 27, 32 (SDNY 1991).

(39) Cf. e.g., In re Sarrio SA, 1995 WL 598988 (SDNY, octobre 11, 1995).

L'article 1782 réserve enfin l'application des règles de confidentialité, notamment afin de protéger les communications entre un client et son avocat (*attorney client privilege*). En effet, l'article 1782 dispose expressément qu'une personne ne peut être astreinte à produire des éléments de preuve qui seraient protégés par la confidentialité. En cas de désaccord entre les parties, il appartient au juge d'identifier les éléments de preuve ne pouvant être divulgués. Le libellé de l'article 1782 est suffisamment large pour permettre – voire imposer – aux juges de déterminer, selon leurs règles de conflits de lois, les règles de confidentialité applicables. La règle de conflit de lois la plus répandue au sein des juridictions américaines est que le juge doit appliquer les règles de confidentialité du for, notamment lorsqu'il s'agit de communications entre un client et son avocat⁽⁴⁰⁾. Il n'est néanmoins pas exclu que, dans le contexte d'une demande fondée sur l'article 1782, des lois étrangères aient également vocation à s'appliquer.

D – Relation avec d'autres instruments

L'article 1782 coexiste avec la Convention de La Haye (« la Convention »). Selon certains États l'ayant ratifiée, la Convention constitue un mécanisme exclusif d'obtention des preuves à l'étranger. La Cour suprême a néanmoins jugé que la Convention n'était pas le moyen exclusif d'obtenir des preuves à l'étranger⁽⁴¹⁾. Même si l'affaire à l'occasion de laquelle cette décision a été rendue n'était pas relative à l'article 1782, mais portait sur le pouvoir d'un juge fédéral d'ordonner à une partie établie en France de produire certains éléments de preuve dans le contexte d'un contentieux en cours devant lui, il semble que le raisonnement adopté par la Cour suprême soutienne l'argument selon lequel l'article 1782 peut être invoqué malgré le fait que la procédure soit en cours dans un État partie à la Convention.

III. L'APPLICATION DE L'ARTICLE 1782 À L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

L'arrêt Intel a ranimé le débat sur l'applicabilité de l'article 1782 à l'arbitrage international.

Avant cet arrêt, deux Cours d'appel fédérales avaient décidé que le Congrès américain n'avait pas entendu offrir aux tribunaux arbitraux privés l'assistance des juridictions américaines en matière d'obtention de preuves. Depuis l'arrêt Intel, un certain nombre de tribunaux américains ont revisité la question à la lumière des développements consacrés par le juge Ginsburg à la notion de tribunal étranger et international.

A – Des tribunaux fédéraux rejettent l'applicabilité de l'article 1782 à l'arbitrage commercial international

Dans l'arrêt NBC v. Bear Stearns du 26 janvier 1999⁽⁴²⁾, la Cour d'appel fédérale pour le second circuit⁽⁴³⁾ a décidé qu'une procédure arbitrale conduite sous l'égide de la CCI n'était pas « *une procédure devant un tribunal étranger ou international* » au sens de l'article 1782. En l'espèce, la société de diffusion mexicaine TV Azteca SA de CV (ci-après « Azteca ») avait engagé une procédure arbitrale au Mexique à l'encontre des compagnies de diffusion National Broadcasting Company, Inc. et NBC Europe (ensemble « NBC »). Après avoir notifié sa réponse et sa demande reconventionnelle, mais avant que le tribunal arbitral ne soit constitué, NBC a saisi un Tribunal fédéral à New York sur le fondement de l'article 1782 et obtenu une ordonnance enjoignant à diverses institutions financières établies à New York, ayant conseillé Azteca, de produire certains documents. Après avoir reçu signification de cette ordonnance, certaines institutions financières et Azteca ont formé opposition devant le même Tribunal fédéral, lequel a annulé les *subpoenas* (ordre de produire une preuve ou de témoigner) au motif qu'un tribunal arbitral commercial international n'était pas un tribunal étranger ou international au sens de l'article 1782. Après que NBC ait interjeté appel, la Cour d'appel pour le second circuit a confirmé cette décision.

La Cour, jugeant que l'expression « *tribunal étranger ou international* » était ambiguë, s'est fondée sur l'historique du texte et sur les conditions de sa révision par le Congrès américain en 1964. L'assistance des juridictions américaines est possible depuis 1964 « *dans le cadre d'une procédure devant un tribunal étranger ou international* », et non plus seulement « *dans le cadre de toute procédure judiciaire en cours devant toute juridiction dans un pays étranger* ». Examinant le contenu des rapports remis à la Chambre des représentants et au Sénat américains en 1964, la Cour a décidé qu'il était clair que les promoteurs du texte « *avaient seulement à l'esprit des entités gouvernementales, tels que des tribunaux administratifs ou d'instruction, agissant en tant qu'instrumentalités de ou avec l'autorité étatique* », parce que les modes privés de résolution des conflits n'étaient nulle part mentionnés pour illustrer l'élargissement du champ d'application de l'article 1782⁽⁴⁴⁾.

Selon la Cour, le nouveau texte de l'article 1782 adopté en 1964 s'applique sans conteste aux tribunaux arbitraux interétatiques. En effet, lorsqu'il a amendé l'article 1782, le Congrès a également abrogé les articles 22 USC 270-270g (« l'article 270 »). L'article 270, applicable aux tribunaux

(40) Restatement (Second), Conflict of Laws, § 139(2) (1971).

(41) Société nationale industrielle aéronautique v. United States District Court for the Southern District of Iowa, 482 US 522 (1987).

(42) National Broadcasting Co. Inc. and NBC Europe v. Bear Stearns & Co., Inc et al., 165 F.3d 184 (2d Cir. 1999).

(43) Jurisdiction d'appel pour les tribunaux fédéraux établis notamment dans l'État de New York.

(44) NBC, 165 F.3d 189.

arbitraux interétatiques établis sur le fondement d'un traité conclu par les États-Unis, autorisait les arbitres à recueillir des témoignages sous serment et à convoquer des témoins établis aux États-Unis sous peine de *contempt of court* (outrage à la Cour). Selon la Cour d'appel, l'abrogation de l'article 270, conjuguée à la refonte de l'article 1782, visait donc bien à permettre de recourir à l'article 1782 dans le cadre de procédures en cours devant tout tribunal arbitral interétatique, que ce tribunal implique les États-Unis ou non ⁽⁴⁵⁾. En revanche, la Cour estima que si le Congrès avait entendu inclure les tribunaux arbitraux privés dans le domaine de l'article 1782, les travaux préparatoires relatifs à l'abrogation de l'article 270 en auraient fait explicitement état ⁽⁴⁶⁾.

La Cour s'est par ailleurs appuyée sur trois considérations propres à l'arbitrage pour justifier la non-application de l'article 1782 à l'arbitrage commercial international. En premier lieu, l'application de l'article 1782 à l'arbitrage privé serait incompatible avec sa vertu première, qui consiste à permettre de résoudre des litiges plus rapidement et à moindre coût qu'une procédure judiciaire classique, et serait dès lors contraire à la politique américaine qui favorise l'arbitrage comme mode alternatif de résolution des conflits. En outre, cela favoriserait les parties à des arbitrages en cours à l'étranger au détriment des arbitrages ayant leur siège aux États-Unis. En effet, l'article 7 de la loi américaine sur l'arbitrage, le *Federal Arbitration Act* ⁽⁴⁷⁾, qui est applicable aux procédures arbitrales ayant leur siège aux États-Unis, autorise seulement les arbitres à convoquer des témoins à l'audience afin qu'ils fournissent leur témoignage ou produisent des documents ⁽⁴⁸⁾. Selon la Cour, une telle différence de régime serait une anomalie, de sorte que si le Congrès avait entendu appliquer l'article 1782 à l'arbitrage privé,

(45) NBC, 165 F.3d a 190. En plus de s'appuyer sur le contenu des rapports remis à la Chambre des représentants et au Sénat, la Cour d'appel s'est également fondée sur un article publié en 1962 par le professeur Smit. Dans cet article, le professeur Smit indiquait « qu'un tribunal arbitral tirait tant son existence que son autorité d'une convention internationale ». Cf. H. Smit, Assistance Rendered by the United States in Proceedings Before International Tribunals, 62 Colum. L. Rev. 1264 (1962). À cet égard, la Cour a rejeté la position prise par le même professeur Smit dans un article publié plus de 35 ans plus tard, selon laquelle l'article 1782 s'applique tant à l'arbitrage privé qu'à l'arbitrage intergouvernemental. Cf. Hans Smit, American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals, 25 Syracuse J. Int'l L. & Com. 1 (1998). La Cour a jugé cette position, qui ne prétendait se fonder sur aucune analyse de l'intention du législateur, peu convaincante. NBC, 165 F.3d a 190.

(46) NBC invoquait un article du professeur Hans Smit qui avait critiqué deux décisions par lesquelles un Tribunal fédéral à New York avait jugé que l'article 1782 était inapplicable à l'arbitrage international ; la Cour a rejeté son analyse, relevant qu'elle ne s'appuyait nullement sur l'intention du législateur et était dès lors de peu de poids.

(47) Selon l'article 7 du *Federal Arbitration Act* (FAA), le tribunal arbitral peut ordonner à tout témoin de produire certains documents devant le tribunal. Si le(s) témoin(s) ne s'y conforme pas, le Tribunal fédéral du district du siège du tribunal arbitral peut ordonner au témoin de se conformer à l'ordre du tribunal. Ainsi, comme l'a relevé la Cour d'appel dans NBC, l'article 7 du FAA est plus limité que l'article 1782 de trois manières : (i) seul le tribunal, et non les parties, peut ordonner la production de preuves ; (ii) une telle production n'est recevable que lors d'une audience devant le tribunal, ce qui exclut les dépositions et productions de preuve avant l'audience ; et (iii) seul le Tribunal fédéral du district où le tribunal arbitral a son siège peut donner force exécutoire aux subpoena des arbitres, ce qui en limite le champ d'application dans la mesure où un Tribunal fédéral a une compétence territoriale limitée.

(48) 9 USC 7. *Life Receivables Trust v. Syndicate 102 at Lloyd's of London*, 549 F.3d 210 (2d Cir. 2008).

il aurait concomitamment réformé le *Federal Arbitration Act*. En outre, une telle différence de régime entre arbitrages internationaux et arbitrages domestiques soulèverait la question de savoir si certains tribunaux ayant leur siège aux États-Unis sont néanmoins des tribunaux internationaux entrant dans le champ d'application de l'article 1782. Le professeur Smit a émis l'hypothèse selon laquelle un tribunal arbitral établi aux États-Unis serait étranger si au moins l'un de ses membres n'est ni citoyen ni résident américain. La Cour a rejeté cette thèse parce qu'il suffirait alors à une partie désireuse d'éviter les limites du *Federal Arbitration Act* de nommer un arbitre étranger dans le cadre d'un arbitrage, qui serait autrement purement domestique ⁽⁴⁹⁾.

Peu de temps après, la Cour d'appel fédérale pour le cinquième circuit ⁽⁵⁰⁾, adoptant un raisonnement similaire, décida « de suivre la récente décision [de la Cour d'appel] du second circuit selon laquelle [l'article] 1782 n'est pas applicable à l'arbitrage international privé » ⁽⁵¹⁾.

Ces deux décisions semblaient avoir clos le débat et définitivement rejeté l'applicabilité de l'article 1782 à l'arbitrage commercial international.

B – L'arrêt Intel relance le débat sur l'applicabilité de l'article 1782 à l'arbitrage commercial international

1 – Une analyse fonctionnelle du terme "tribunal"

Lorsqu'elle a recherché si la Commission européenne était un tribunal au sens de l'article 1782, la Cour suprême s'est livrée, non pas à une analyse structurelle du terme « tribunal », excluant *a priori* certaines institutions de son champ, mais a procédé à une analyse fonctionnelle de la notion, recherchant si la Commission exerçait en l'espèce des fonctions de nature juridictionnelle. Le juge Ginsburg avait, pour ce faire, inclus dans la motivation de sa décision une citation d'un article du professeur Smit selon laquelle le terme « tribunal » inclut les « tribunaux arbitraux » ⁽⁵²⁾.

Au-delà de cette référence explicite à l'arbitrage, la motivation retenue par la Cour suprême est un argument en faveur de l'application de l'article 1782 aux tribunaux arbitraux, ces derniers exerçant indéniablement une fonction juridictionnelle. Cette motivation se démarque de la logique adoptée par les Cours d'appel du second et du cinquième circuit dans NBC et Biedermann.

Depuis Intel, plusieurs tribunaux fédéraux de première instance ont rendu des décisions divergentes sur l'applicabilité de l'article 1782 en matière d'arbitrage international.

(49) NBC, 165 F.3d a 191.

(50) Juridiction d'appel des tribunaux fédéraux basés dans les États du Texas, de la Louisiane et du Mississippi.

(51) *Republic of Kazakhstan v. Biedermann International*, 168 F. 3d 880, 881 (5th Cir. 1999)

(52) *Intel*, 542 US 241, 257. Smit, *International Litigation Under the United States Code*, 65 Colum. L. Rev. 1015, 1027, n^{os} 71, 73 (1965).

2 – Les décisions favorables à l'application de l'article 1782 aux procédures arbitrales privées

À une exception près, les juridictions qui ont décidé qu'un tribunal arbitral entrerait dans le champ d'application de l'article 1782, se sont fondées sur l'arrêt Intel.

• Oxus Gold

Dans l'affaire Oxus Gold, un juge fédéral du New Jersey a décidé, par une décision du 11 août 2006, que l'article 1782 était applicable dans le cadre d'une procédure arbitrale engagée, sur le fondement du traité bilatéral de protection des investissements entre le Royaume-Uni et le Kirghizstan (le « Traité »), par la société Oxus Gold plc à l'encontre de la République du Kirghizstan. Oxus Gold reprochait au Kirghizstan d'avoir violé le Traité lorsqu'il a annulé le permis d'exploration minière qu'il avait octroyé à l'une de ses filiales au bénéfice d'une société autrichienne, Global Gold GmbH. Après que le juge ait ordonné à Jack Barbanel, tiers à l'arbitrage, de produire certains documents et de se soumettre à une *deposition* (interrogatoire), ce dernier a fait opposition à la décision. Alors qu'Oxus Gold sollicitait la confirmation de la première décision sur le fondement d'Intel, le *Chief Judge* du Tribunal fédéral du New Jersey a éludé la question.

Ce dernier a en effet jugé que les arrêts NBC et Biedermann n'étaient pas applicables à l'espèce dès lors que la procédure arbitrale en cause était conduite en vertu d'un traité bilatéral d'investissement, et non d'un accord commercial privé. L'article 8 du Traité « dispose explicitement que les litiges entre nationaux des deux États parties seraient résolus par un arbitrage soumis au droit international. La procédure arbitrale en cause, même si elle oppose deux parties privées, est ainsi conduite dans un cadre défini par deux nations souveraines et soumise au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le développement du commerce international [le « Règlement Cnudci »]. En vue de ce qui précède, ce tribunal conclut que la décision du Magistrate Judge selon laquelle le tribunal arbitral de l'espèce était un « tribunal étranger » aux fins de l'article [1782] n'est ni erronée ni contraire au texte de loi »⁽⁵³⁾.

• Roz Trading

Fin 2006, le Tribunal fédéral pour le district nord de la Géorgie a fait droit à une demande de *discovery* fondée sur l'article 1782 à l'encontre de la société The Coca Cola Co. dans le cadre d'un arbitrage commercial conduit en Autriche sous l'égide du Centre d'arbitrage international de Vienne⁽⁵⁴⁾. L'arbitrage avait été engagé par la société Roz Trading, qui reprochait à la société Coca Cola Export Company (« CCEC »), filiale de Coca Cola Co., d'avoir violé un contrat conclu entre Roz Trading, CCEC et le gouvernement de l'Ouzbékistan.

(53) In re Oxus Gold plc, MISC 06-82-GEB, 2007 WL 1037387 (D.N.J. Apr. 2, 2007). Cf. Lindsey, Hosking, Lahlou, Application of US Discovery Law Upheld on Appeal, 22-5 Mealey's Int'l Arb. Rep. 17 (2007).

(54) In re Roz Trading Ltd., 469 F. Supp. 2d 1221, 1223 (ND Ga, 2006).

Le juge américain a décidé que l'article 1782, dont les termes n'étaient aucunement ambigus, s'appliquait aux procédures devant des tribunaux arbitraux privés dès lors que le Congrès n'avait pas manifesté l'intention de les exclure⁽⁵⁵⁾. En outre, le juge a décidé que l'arrêt Intel « [a] révé[é] les failles structurelles et analytiques » du raisonnement des Cours d'appel du second et cinquième circuit dans NBC et Biedermann, et désavoué leur interprétation selon laquelle un tribunal arbitral privé ne pourrait jamais relever de l'article 1782. Relevant que le tribunal arbitral en cause exercerait des fonctions juridictionnelles, sans que la nature publique ou privée de la décision puisse avoir une importance quelconque, le juge américain a décidé que le Centre d'arbitrage international de Vienne était bien un « tribunal » au sens de l'article 1782⁽⁵⁶⁾.

• In re Hallmark Capital Corp.

Dans l'arrêt In re Hallmark Capital Corp.⁽⁵⁷⁾, le Tribunal fédéral pour le district du Minnesota a fait droit à une demande de *discovery* fondée sur l'article 1782 présentée par une partie à une procédure arbitrale commerciale conduite en Israël. Selon le juge, l'interprétation extensive par la Cour suprême de l'article 1782 « suggère [qu'elle] ne limiterait pas le champ du terme « tribunal » de manière à exclure systématiquement toute assistance [judiciaire] à des procédures arbitrales privées »⁽⁵⁸⁾. Le juge s'est également fondé sur la référence faite dans la décision Intel à l'article du professeur Smit⁽⁵⁹⁾ et sur l'arrêt Roz Trading⁽⁶⁰⁾.

• In re Babcock

Dans l'arrêt In re Babcock Borsig AG⁽⁶¹⁾, le Tribunal fédéral pour le district du Massachusetts a décidé qu'un tribunal arbitral CCI était un tribunal au sens de l'article 1782⁽⁶²⁾ : « [la] CCI, comme la Commission européenne, est une « entité décisionnaire de première instance » conduisant une procédure qui donne lieu à des décisions tranchant et mettant fin au litige »⁽⁶³⁾. Le juge a cependant rejeté la demande dans l'attente que le demandeur à la requête démontre que les arbitres, qui n'avaient pas été encore nommés, seraient réceptifs à l'aide juridictionnelle américaine.

3 – Les décisions ayant refusé d'appliquer l'article 1782 aux tribunaux arbitraux privés

Plusieurs juridictions ont cependant, dans la période la plus récente, décidé que l'assistance judiciaire offerte par l'article 1782 n'était pas disponible dans le cadre de procédures en cours devant des tribunaux arbitraux privés. Alors que la Cour d'appel pour le cinquième circuit a purement et simplement décidé que l'arrêt Intel n'avait aucune pertinence, deux autres tribunaux ont adopté l'ana-

(55) In re Roz Trading Ltd., 469 F. Supp. 2d 1226.

(56) In re Roz Trading Ltd., 469 F. Supp. 2d 1228.

(57) In re Hallmark Capital Corp., 534 F. Supp. 2d 951 (D. Minn. 2007).

(58) In re Hallmark Capital Corp., 534 F. Supp. 2d a 951.

(59) In re Hallmark Capital Corp., 534 F. Supp. 2d a 954-955.

(60) In re Hallmark Capital Corp., 534 F. Supp. 2d a 954-955.

(61) In re Babcock Borsig AG, 583 F. Supp. 2d 233 (D. Mass. 2008).

(62) In re Babcock Borsig AG, 583 F. Supp. 2d a 240.

(63) In re Babcock Borsig AG, 583 F. Supp. 2d a 238.

lyse fonctionnelle de la Cour suprême, mais l'ont interprétée dans le sens que l'entité en cause doit non seulement exercer des fonctions juridictionnelles, mais aussi que ses décisions doivent être susceptibles d'un recours. Le réexamen des sentences arbitrales étant par principe exclu, ces juridictions ont ainsi décidé que les tribunaux arbitraux privés n'étaient pas des tribunaux au sens de l'article 1782.

• **El Paso Corp.**

Dans l'affaire *El Paso Corp. v. La Comision Ejecutiva Hidroelectrica del Rio Lempa* ⁽⁶⁴⁾, la Cour d'appel pour le cinquième circuit a fait application de sa jurisprudence *Biedermann* et rejeté une demande fondée sur l'article 1782 formulée par une partie à un arbitrage commercial conduit en Suisse et régi par le Règlement d'arbitrage de la Cnudci. Selon la Cour, l'arrêt *Intel* n'a pas remis en question la jurisprudence *Biedermann* parce que la question de l'applicabilité de l'article 1782 à un tribunal arbitral privé n'avait pas été soumise à la Cour suprême, en sorte que rien n'indiquait qu'en citant l'article du professeur Smit, la Cour avait entendu adopter dans son intégralité l'interprétation de la notion de tribunal faite par ce dernier. En outre, la Cour d'appel a relevé que dans l'affaire *Intel*, la Cour suprême ne s'était pas prononcée sur les problèmes inhérents à l'applicabilité de l'article 1782 aux procédures d'arbitrage privé, notamment le fait que cela créerait un système à deux vitesses entre arbitrage interne et international et était incompatible avec l'une des vertus premières de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des conflits, soit sa rapidité.

Tandis que la Cour d'appel pour le cinquième circuit semble nier toute pertinence à l'arrêt *Intel*, d'autres juridictions ont au contraire appliqué les directives de la Cour suprême et décidé que l'article 1782 était inapplicable à l'arbitrage commercial international.

• **In Re Arbitration in London**

Dans l'affaire *In Re Arbitration in London, England* ⁽⁶⁵⁾, le Tribunal fédéral pour le district nord de l'Illinois a admis que la Cour suprême avait décidé qu'en amendant l'article 1782, le Congrès avait bien entendu étendre le champ d'application de cette disposition, mais a relevé que la Cour « s'était abstenue de décider que tout corps étranger exerçant un pouvoir décisionnel relevait du texte de loi » ⁽⁶⁶⁾. Selon le juge, lorsque la Cour suprême a fait référence aux tribunaux arbitraux dans son arrêt *Intel*, elle a seulement entendu inclure les tribunaux arbitraux interétatiques, et non les tribunaux arbitraux privés. En outre, le critère pertinent d'analyse adopté par la Cour suprême dans *Intel* serait (i) que la Commission européenne exerçait des fonctions de nature juridictionnelle

(64) *El Paso Corp. v. La Comision Ejecutiva Hidroelectrica del Rio Lempa*, No. 08-20771, 2009 US App. Lexis 17596 (5th Cir. Aug. 6, 2009).

(65) *In Re Arbitration in London, England*, No. 09-C-3092, 2009 US Dist. Lexis 49827 (ND Ill. June 15, 2009).

(66) *In Re Arbitration in London, England*, 2009 US Dist. Lexis 49827 a *3.

(*adjudication*), mais aussi (ii) que ses décisions font l'objet d'un réexamen par les juridictions communautaires. Relevant précisément que les procédures arbitrales privées sont une alternative, et non un préalable, à des procédures devant les juridictions étatiques, et que la clause compromissoire en cause interdit toute révision au fond de la sentence arbitrale, le juge en a conclu qu'un tribunal arbitral privé ne relève pas de l'article 1782.

• **In re Operadora DB Mexico**

Dans *In re Application of Operadora DB Mexico, SA de CV* ⁽⁶⁷⁾, le Tribunal fédéral pour le district central de Floride, estimant le terme « tribunal » ambigu, a adopté une analyse fonctionnelle prétendument tirée d'*Intel* pour rechercher si un tribunal arbitral établi sous l'égide de la CCI relève ou non de l'article 1782 ⁽⁶⁸⁾. Selon le juge, même si un tribunal arbitral CCI a bien certains des attributs d'un tribunal étranger ou international identifiés dans l'arrêt *Intel*, le processus de révision de ses décisions et la source de son autorité militaient contre son inclusion dans le champ d'application de l'article 1782. Ainsi, comme cela avait été le cas dans l'affaire *In re Arbitration in London*, le juge a interprété *Intel* comme posant la condition que la décision du tribunal en question puisse faire l'objet d'un réexamen par une autorité judiciaire : « *Tout au long de la décision Intel, la Cour suprême a indiqué que l'existence d'une voie de réexamen par une autorité juridictionnelle était une des raisons premières pour décider que la Commission européenne est un tribunal étranger ou international* » ⁽⁶⁹⁾. Or, le juge a relevé que le règlement d'arbitrage de la CCI ne prévoyait aucun réexamen au fond des sentences arbitrales par un tribunal étatique, mais seulement un examen préalable du projet de sentence par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ⁽⁷⁰⁾. Relevant enfin que les tribunaux arbitraux privés tirent leur autorité de l'accord des parties, lesquelles avaient entendu exclure l'intervention des autorités étatiques, le juge a décidé que la nature des tribunaux arbitraux privés était si fondamentalement distincte de celle des autorités juridictionnelles de nature étatique ou conventionnelle, que le Congrès et la Cour suprême n'avaient pu vouloir, sans une motivation claire, les inclure dans le champ d'application de l'article 1782 ⁽⁷¹⁾. Le juge a dès lors critiqué les décisions de ses collègues dans *Roz Trading, Babcock et Hallmark*, pour avoir ignoré l'origine contractuelle des tribunaux arbitraux privés ⁽⁷²⁾.

(67) *In re Application of Operadora DB Mexico, SA de CV*, No. 6 :09-cv-383-Orl-22GJK, 2009 US Dist. Lexis 68091 (M. D. Fl Aug. 1, 2009)

(68) *In re Application of Operadora DB Mexico, SA de CV*, 2009 US Dist. Lexis 68091 a *30.

(69) *In re Application of Operadora DB Mexico, SA de CV*, 2009 US Dist. Lexis 68091 a *31.

(70) Ce qui revenait, selon le juge, à poser la question du statut de la CIA au regard de l'article 1782 de la même manière qu'un tribunal arbitral.

(71) *In re Application of Operadora DB Mexico, SA de CV*, 2009 US Dist. Lexis 68091 a *37.

(72) *In re Application of Operadora DB Mexico, SA de CV*, 2009 US Dist. Lexis 68091 a *37.

Une décision de la Cour suprême sur l'applicabilité de l'article 1782 à l'arbitrage commercial international serait bienvenue, et elle serait d'autant plus intéressante si elle était également rédigée par le juge Ginsburg, qui avait collaboré avec le professeur Smit aux travaux ayant débouché sur la refonte de l'article 1782 en 1964. À cet égard, il est intéressant de relever qu'en prévision de l'arrêt Intel, le professeur Smit avait publié un article dans lequel il livrait son interprétation de l'article 1782 en réponse aux questions soulevées dans l'appel formé par Intel devant la Cour suprême (73). L'auteur y soutenait le point de vue selon lequel l'arbitrage commercial international doit bénéficier de l'article 1782. On observera aussi que, dans sa motivation de l'arrêt Intel, le juge Ginsburg a préféré citer un article plus ancien du professeur Smit, lequel faisait référence aux tribunaux arbitraux, mais sans se référer explicitement à l'arbitrage privé.

En attendant que la Cour suprême apporte une réponse définitive à ce débat, ou que s'établisse un consensus entre les Cours d'appel fédérales, la jurisprudence des juridictions inférieures demeure incertaine. Ainsi, dans *In re Arbitration in London* et *In re Operadora DB Mexico*, les juges se sont fondés sur Intel pour retenir qu'un tribunal arbitral privé ne relève pas de l'article 1782 parce qu'une révision au fond des sentences arbitrales est généralement exclue. Or, dans Intel, l'importance que la Cour suprême semble avoir donné à la possibilité d'un recours contre les décisions de la Commission européenne devant le TPI et la CJCE tenait sans doute au fait que la Commission ne possède pas – à la différence des tribunaux arbitraux internationaux –, les attributs d'une autorité juridictionnelle, à savoir la neutralité et l'impartialité. En tant qu'autorité en charge de l'exécution des règles communautaires de concurrence, la Commission a en effet un rôle hybride de procureur et de juge, puisque, d'une part, elle conduit les enquêtes et décide s'il y a lieu de poursuivre un acteur économique, et d'autre part elle décide si le défendeur a ou non violé les règles de concurrence en lui imposant des amendes. Sans recours possible devant une entité neutre et impartiale, l'absence d'égalité des armes inhérente à la procédure devant la Commission aurait donc été suffisante pour lui dénier la qualité de tribunal au sens de l'article 1782. En revanche, un tribunal arbitral privé est bien un organe neutre et impartial, en sorte qu'aucun recours n'est nécessaire pour rééquilibrer la procédure et assurer le droit des défendeurs à un procès équitable. La position adoptée par les juridictions américaines dans *In re Arbitration in London* et *In re Operadora DB Mexico*, selon laquelle la notion de tribunal exige qu'un recours au fond soit toujours ouvert contre la décision rendue, est problématique dans la mesure où elle ajoute au texte de l'arti-

cle 1782 une condition que le texte ne contient pas. De plus, il est difficile d'identifier les raisons d'ordre politique pour lesquelles le congrès aurait entendu réserver l'aide des juridictions américaines aux seuls tribunaux dont les décisions sont susceptibles d'appel. Enfin, dans ces deux décisions, les juges ont concédé que l'article 1782 était applicable aux procédures en cours devant des tribunaux arbitraux interétatiques, alors qu'il n'est nullement établi que ces décisions soient généralement susceptibles d'un recours ou d'une révision.

Les tribunaux fédéraux ayant rejeté l'applicabilité de l'article 1782 à l'arbitrage privé, se sont également fondés sur l'origine contractuelle de ces tribunaux, qui exercent non pas des prérogatives de puissance publique mais tirent leur autorité de l'accord entre les parties. Là encore, le texte de l'article 1782 est silencieux à cet égard. En outre, une telle analyse fait complètement abstraction de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ratifiée par plus de 140 États, dont les États-Unis en 1970. S'il est indéniable que les tribunaux tirent leur autorité de l'accord des parties, ledit accord et les sentences arbitrales qui sont rendues sur cette base tirent leur efficacité de la Convention de New York, qui est un accord interétatique (74).

En tout état de cause, la pratique récente démontre un recours accru à l'article 1782 en lien avec des procédures arbitrales internationales. L'arbitrage international laisse généralement à la discrétion des arbitres l'étendue du processus de *discovery*. Au-delà des arguments juridiques en faveur ou contre l'application de l'article 1782 à l'arbitrage privé, des considérations de politique juridique devraient conduire les juges américains à se montrer circonspects avant d'accorder leur assistance. Il est en effet évident que le recours à l'article 1782 peut trahir les attentes des parties ayant opté pour l'arbitrage international, lequel est généralement hostile à des procédures extensives de *discovery* à l'américaine, et créer un véritable déséquilibre entre les parties. Il semble donc important que les juges américains soient attentifs aux décisions des arbitres quant à l'admissibilité des éléments de preuve recherchés (75), et usent de leur pouvoir discrétionnaire afin que l'article 1782 ne soit pas détourné par des plaideurs tentés de saboter ou retarder la procédure arbitrale.

(73) Smit, *The Supreme Court Rules on the Proper Interpretation of Section 1782 : Its Potential Significance for International Arbitration*, 14 *Am. Rev. Int'l Arb.* 295 (2003).

(74) Selon un auteur, le fait que les États-Unis aient refusé d'accéder à la Convention de New York au moment de la refonte de l'article 1782, milite en faveur d'une interprétation selon laquelle le Congrès américain n'entendait pas inclure les tribunaux arbitraux privés comme un tribunal étranger ou international au sens de l'article 1782. Cf. Rothstein, *A Proposal to Clarify US Law on Judicial Assistance in Taking Evidence for International Arbitration*, *Am. Rev. Int'l Arb.* 61, 72 (2009). Cette thèse, qui se démarque de l'approche fonctionnelle de la Cour suprême, présume que l'article 1782 ne devrait s'appliquer qu'aux juridictions que le Congrès avait « à l'esprit » en 1964 et nie toute application dynamique de ce texte.

(75) Cf. généralement, sur les choix stratégiques des parties à un arbitrage international, Fellas, *Using Section 1782 in International Arbitration*, *Arbitration International*, 379, 387 (2007).

La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile

DOCTRINE

SPÉCIAL ARBITRAGE

Friedrich NIGGEMANN
Frédéric JONGLEZ DE LIGNE
Avocats
Simmons & Simmons

Dans un arrêt du 7 janvier 1992 ⁽¹⁾, la Cour de cassation a décidé que le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public. On ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige. Cet arrêt, connu comme l'arrêt Dutco, a eu un écho retentissant, non seulement en France ⁽²⁾ mais également dans d'autres pays ⁽³⁾. Il constitue un des arrêts phares de la jurisprudence française, qui a marqué l'arbitrage international.

Cette décision est intervenue dans un litige multipartite, alors que le règlement de la Chambre de commerce internationale (CCI) de l'époque prévoyait, en cas de désaccord entre plusieurs parties pour la désignation de « leur » arbitre, la désignation de celui-ci par la CCI.

À la suite de l'arrêt Dutco, l'article 10 du Règlement CCI fut modifié afin que, dans un tel cas, et pour assurer l'égalité des parties, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI puisse nommer chacun des membres du tribunal arbitral ⁽⁴⁾.

L'arrêt Dutco n'a pas seulement son importance dans les litiges multipartites, mais plus généralement dans tout processus de nomination des arbitres, le principe de l'égalité des parties étant, comme le dit la Cour de cassation, d'ordre public. Il s'applique en matière d'arbitrage tant national qu'international ⁽⁵⁾.

Or, on observe encore à ce jour l'existence d'arbitrages dans lesquels le principe de l'égalité des parties dans la nomination de leur arbitre n'est pas assuré.

Nous pensons en particulier à un type de clause d'arbitrage prévoyant une liste de 3 ou 4 personnes, nommément identifiées, que « *la partie la plus diligente* » peut désigner comme arbitre unique pour un litige né. Il s'agit d'arbitrages *ad hoc*. Ces clauses sont utilisées par des entreprises du secteur de la construction dans leurs contrats type avec leurs sous-traitants ainsi que dans l'arbitrage professionnel.

Un deuxième groupe est constitué des clauses d'arbitrage professionnel, dans lesquelles le panel

des arbitres est composé des membres d'une fédération ou association, même si une partie n'en fait pas partie.

Nous analyserons ces clauses au regard du principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres. Après un bref compte rendu de la jurisprudence (I) et des positions doctrinales (II), nous procéderons à une analyse critique (III), avant d'apporter nos propres conclusions (IV).

I. LA JURISPRUDENCE

A – Dans le secteur du BTP

La chaîne des décisions commence avec une ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Paris du 31 janvier 1986 ⁽⁶⁾. Le juge des référés avait à statuer sur une clause contenue dans un contrat de sous-traitance dans le secteur du BTP où seul l'entrepreneur avait la possibilité de nommer un arbitre, le sous-traitant étant totalement écarté.

Le président du Tribunal de grande instance de Paris déclare ce mode de désignation « *manifestement nul* », mais respecte par ailleurs la commune intention des parties de recourir à l'arbitrage. Ainsi, en s'appuyant sur l'article 1444 du Code de procédure civile, il ordonne aux parties de parvenir à une nomination commune. Dans sa note, le professeur Fouchard ⁽⁷⁾ approuve les motifs de l'ordonnance en ce qu'elle laisse subsister la clause d'arbitrage tout en déclarant nul le mode unilatéral de désignation. La nullité de la désignation unilatérale ne faisait en l'espèce pas de doute ; une telle clause n'a d'ailleurs (si l'on en juge d'après les décisions publiées ou accessibles) plus ensuite été soumise aux tribunaux français.

La première apparition du type de clause d'arbitrage qui nous intéresse plus particulièrement ici a fait l'objet d'une ordonnance du président du Tribunal de grande instance de Paris du 7 décembre 1994 ⁽⁸⁾. Le président la juge valable au motif que la liste de trois noms avait été dressée de concert, et qu'« *en signant le contrat et la clause d'arbitrage, la société défenderesse a nécessairement admis que les trois arbitres proposés présentaient, indifféremment, les qualités d'indépendance,*

(1) Cass. 1^{re} civ., Bull. civ. I, n° 2 ; Rev. Arb. 1992, 470, note Bellet.

(2) JDI 1992, 707, note Ch. Jarrosson ; RTD com. 1992, 796 obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin.

(3) Bull. Ass. suisse d'arbitrage 1992, 154 ; Bernardini, Rivista dell'arbitrato 1992, Nr. 1, p. 99. Pour l'Allemagne v. Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt 2006, Nr. 449, pour l'Angleterre Redfern/Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London 2004, p. 175 et s.

(4) Quasiment tous les règlements d'arbitrage importants ont par la suite été modifiés pour tenir compte de l'arrêt Dutco.

(5) C. Paris, 16 novembre 1999, Rev. Arb. 2000, 313.

(6) Société Jacksor Entreprise et Quizille, ès qualités c/ société Fillold SA, Rev. Arb. 1987, 179 (3^e espèce), note Fouchard.

(7) V. note précédente, p. 186 et s.

(8) Société Démolition Delair c/ Société Bouygues, Rev. arb. 2000, 116 (3^e espèce), note Loquin.

d'impartialité et de compétence requises pour statuer sur des litiges susceptibles de naître lors de l'exécution de la Convention ». Mais il ne résulte pas des motifs de l'ordonnance que les parties aient discuté et examiné, avant la conclusion du contrat, l'indépendance, l'impartialité et la compétence de chacun des trois candidats arbitres.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 novembre 1999 ⁽⁹⁾ se montre plus critique, sans que cela conduise à l'annulation de la clause. Il s'agit à nouveau d'un contrat de sous-traitance dans un marché du BTP. Après avoir dit que le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres vaut également en matière d'arbitrage interne, la Cour constate que le sous-traitant a donné son accord aux conditions et à la procédure de désignation de l'arbitre unique telles que prévues dans la clause compromissoire. L'annulation de la clause n'est envisagée que s'il est démontré que cette clause crée un déséquilibre entre les parties « *en raison d'un lien de dépendance entre la société L. [l'entreprise générale] et les trois arbitres pressentis ou parce que la société L. assumerait nécessairement la position de demanderesse à l'arbitrage* ». En l'absence de telles circonstances, la clause compromissoire exprime un accord valablement donné. L'espèce présentait en outre la particularité que l'entreprise sous-traitante avait signé l'acte de mission sans aucune réserve, ce que la Cour n'a pas manqué de retenir.

Dans la seule espèce qui soit allée jusqu'à la Cour de cassation ⁽¹⁰⁾, l'entreprise sous-traitante avait, malgré la clause d'arbitrage, saisi les tribunaux ordinaires au fond. Le Tribunal de commerce avait dans un premier temps déclaré la clause d'arbitrage manifestement nulle, sur quoi la société Quille, entreprise principale, avait formé un contredit qui fut accueilli par la Cour d'appel. La Cour d'appel fonde sa décision sur le fait que les conventions avaient été soumises à la libre discussion des parties. Le pourvoi de la société Porée, sous-traitante, est rejeté par la Cour de cassation. La Cour constate que la clause « *a été soumise à la libre discussion* » et qu'au cours de la négociation, le sous-traitant avait eu la possibilité de proposer d'autres noms d'arbitres. La Cour d'appel, en constatant que la société Porée avait eu la faculté de proposer à la société Quille tout autre nom, avait donc correctement motivé sa décision. Cette motivation se rapproche de celle de l'ordonnance du président du Tribunal de grande instance de Paris du 7 décembre 1994.

(9) Société Électricité Nord-Ouest c/ Société Olin Lanctuit, Rev. arb. 2000, 313.

(10) Société Porée c/ Quille, Cass. 2^e civ., pourvoi n^o 00-18.509, 31 janvier 2002 ; JCP, éd. G, 22 janvier 2003, I, 105, note Seraglini.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 janvier 2004 ⁽¹¹⁾ permet de mieux apprécier l'ampleur du problème. La Cour d'appel annule une sentence rendue dans un arbitrage entre la société Serf et une filiale du Groupe Bouygues, DV Construction. Ce litige concerne la construction de gares de péage. La société Serf demande l'annulation de la sentence en raison du fait que, dans d'autres affaires l'ayant opposée à des sociétés du Groupe Bouygues, elle n'avait eu d'autre choix que d'accepter la clause compromissoire et la désignation du même arbitre unique. La désignation systématique de cet arbitre lui permet de douter a priori de son indépendance, ce qui justifie l'annulation de la sentence sur le fondement de l'article 1484, 2^o du Code de procédure civile.

Dans le cadre d'un autre contrat de sous-traitance conclu postérieurement à la sentence attaquée, la société Serf avait contesté l'indépendance et la neutralité de ce même arbitre, qui avait été de nouveau désigné par DV Construction. Sur quoi, l'arbitre avait saisi le président du Tribunal de grande instance de Chartres en référé pour statuer sur la régularité de sa désignation ; l'arbitre avait alors déclaré avoir été nommé dans 51 affaires intéressant des sociétés membres du Groupe Bouygues sur une période de 8 ans, soit une moyenne de 6 dossiers par an ⁽¹²⁾. La Cour considère qu'en raison du nombre de désignations, il existe un courant d'affaires entre l'arbitre et le Groupe Bouygues. En raison du fait que la société Serf n'a appris l'importance de ces désignations que postérieurement au prononcé de la sentence, la Cour annule la sentence sur la base de l'article 1484, 2^o du Code de procédure civile.

La décision du président du Tribunal de grande instance de Chartres du 18 avril 2003, dont il a été fait état au paragraphe précédent, avait constaté la régularité de la nomination de l'arbitre malgré la multitude des nominations de cette personne par le même groupe ⁽¹³⁾. Le tribunal avait estimé « *que le seul fait d'être désigné en qualité d'arbitre de façon fréquente [par le même Groupe] n'est pas de nature à démontrer un lien de dépendance entre ce groupe et l'arbitre, pas plus qu'un risque certain de prévention de l'arbitre en faveur de ce groupe* » ⁽¹⁴⁾. La Cour d'appel de Versailles, à la différence de la Cour d'appel de Paris, n'annule pas la sentence, l'ordonnance de référé du président du Tribunal de grande instance de Chartres ayant l'autorité de la chose jugée et privant ainsi la par-

(11) Rev. arb. 2005, 711, note Marc Henri.

(12) Cité d'après Gaillard, Rev. arb. 2003, 1240 (1245).

(13) V. Gaillard, note 12.

(14) V. note 12.

tie de la possibilité de contester de nouveau l'indépendance de l'arbitre dans le cadre d'une instance d'annulation ⁽¹⁵⁾.

Un arrêt de la Cour d'appel de Rennes doit retenir toute notre attention ⁽¹⁶⁾. Dans cette affaire, la clause d'arbitrage était identique à celle examinée dans les affaires précédemment citées. La société TEI, sous-traitante de la société GTB Bouyer Duchemin, soutenait que la sentence devait être annulée pour non-respect du principe de liberté des parties dans le choix des arbitres. TEI prétendait en particulier ne pas avoir pu faire ajouter un autre nom d'arbitre aux quatre figurant déjà dans le contrat, sous peine de ne pas obtenir le marché. La Cour d'appel de Rennes s'est attachée à retracer l'historique des négociations contractuelles pour établir que TEI avait manifestement accepté, sans réserves, la clause critiquée : ainsi, TEI avait d'abord refusé l'arbitrage, plus onéreux qu'une procédure courante, et l'imposition d'arbitres choisis par GTB Bouyer Duchemin ; elle avait ensuite signé avec son propre sous-traitant un contrat prévoyant la même clause d'arbitrage dans laquelle figuraient les quatre mêmes noms plus un cinquième choisi par elle ; puis, elle avait signé le contrat avec GTB Bouyer Duchemin contenant la clause litigieuse. Pour finir, elle avait également signé l'acte de mission.

La Cour d'appel de Rennes a considéré qu'à supposer que le principe de liberté dans le choix de l'arbitre ait été violé, la société TEI avait, par son attitude, validé la clause critiquée. Elle a donc rejeté le grief tiré d'une atteinte à la liberté de choix de l'arbitre. Sur le plan du principe d'égalité, l'arrêt reprend la formule classique selon laquelle la désignation de l'arbitre n'est pas laissée à la discrétion d'une seule des parties lorsque le choix est fait sur une liste préétablie, de telle sorte que le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres ne pouvait être considéré comme violé.

B – En matière d'arbitrage professionnel

Un phénomène ayant des traits communs avec les clauses utilisées dans le secteur du BTP peut être observé en matière d'arbitrage professionnel. Qu'il s'agisse du négoce du cacao, du blé, du café ou des fruits et légumes, les fédérations des profession-

nels de ces filières ont toutes des règlements d'arbitrage, comportant des panels d'arbitres composés de membres de la profession. Ce mode de règlement des conflits semble poser peu de problèmes, si l'on en juge par la rareté des espèces soumises au contrôle du juge étatique, sauf dans le cas où l'une des parties n'est pas affiliée à la fédération en question.

Cette problématique a donné lieu à quelques décisions, dont les plus anciennes et les plus commentées sont celles dans l'affaire Philipp Brothers ⁽¹⁷⁾. Dans cette affaire, la société Philipp Brothers, société de négoce international, s'est retrouvée devant un tribunal arbitral organisé selon le règlement de l'Organisation internationale de cacao dans un cas, et devant celui organisé par l'Association française du commerce du cacao dans un autre. Les tribunaux arbitraux constitués selon les règlements d'organisations professionnelles sont exclusivement composés d'arbitres faisant partie de la fédération en question. La plaignante n'en était pas membre. La récusation des arbitres ainsi nommés fut rejetée par le président du Tribunal de grande instance au motif que « *s'agissant d'un arbitrage professionnel, les parties ne pouvaient pas méconnaître la spécificité de tels arbitrages confiés à des professionnels en tant qu'arbitres, lesquels sont nécessairement en relations d'affaires les uns avec les autres ou les uns contre les autres selon les circonstances. L'existence de telles relations d'affaires ne doit pas, par principe, mettre en doute (...) leur indépendance* » ⁽¹⁸⁾.

Cette affaire, qui s'est déroulée avant l'arrêt Dutco, a eu des suites, pour des raisons qui ne nous intéressent pas ici, jusqu'au niveau de la Cour de cassation. Elle a été commentée, en particulier sous l'aspect du principe de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres qui sont en relations d'affaires constantes avec l'une des parties ⁽¹⁹⁾.

Une situation semblable est à l'origine de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 juin 2002 ⁽²⁰⁾. Il s'agissait également d'une vente de cacao entre une société française et une société néerlandaise avec une clause d'arbitrage de l'Association française du commerce du cacao. Suite à la contestation de la validité de la clause pour défaut de consentement et dol, la Cour rejette cet argument par des motifs semblables à ceux du Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire Philipp Brothers précitée. La jurisprudence Dutco ne fut invoquée ni par la demanderesse, ni par la Cour.

(15) Les espèces relatées ci-dessus font apparaître un deuxième problème, d'ordre procédural, à savoir d'un côté l'exclusion des moyens de recours contre les décisions du président du Tribunal de grande instance (article 1457, alinéa 1 du Code de procédure civile) et la force de la chose jugée que la Cour de cassation attribue à ces décisions. Nous avons tendance à approuver la critique qui est formulée à cet égard, v. Fouchard, Gaillard, Goldman, Traité d'arbitrage commercial international, Litec 1996, n^{os} 908 et s. Nous signalons, pour être complets, un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 février 2003, rendu à l'égard de la même clause. La Cour, saisie dans le cadre d'une demande d'annulation, constate laconiquement que la clause prévoit la désignation de l'arbitre par la partie la plus diligente et que la société sous-traitante a nécessairement admis l'indépendance, l'impartialité et la compétence des trois personnes désignées. Par conséquent, la clause ne peut pas être attaquée sur la base de l'article 1484 du Code de procédure civile.

(16) 14 mars 2006, JurisData n^o 2006-303347.

(17) Ord. réf. du Trib. gr. inst. Paris du 28 octobre 1988, du 14 juin 1989 et de la C. Paris du 6 avril 1990, Rev. arb. 1990, p. 497 et s. et note M. de Boissésou, Rev. arb. 1990, p. 880 à 891.

(18) Trib. gr. inst. Paris (ord. réf.), 28 octobre 1988, Rev. arb. 1990, 497.

(19) Note M. de Boissésou, préc. (note 19) ; Fouchard, Gaillard, Goldman, loc. cit. n^{os} 876 et s.

(20) Rev. arb. 2003, 427, note C. Legros.

II. LES COMMENTAIRES EN DOCTRINE

Les commentaires doctrinaux au sujet de la clause d'arbitrage dans le secteur du BTP sont rares. Il est vrai que le principe de l'égalité des parties dans la composition du tribunal arbitral n'a pas dominé le débat que les décisions relatées ci-dessus ont suscité. Dans sa note sous l'ordonnance du président du Tribunal de grande instance de Paris du 7 décembre 1994 et l'arrêt d'appel du 11 mai 1999, le professeur Loquin ⁽²¹⁾ observe tout d'abord, concernant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, que la Cour aurait « probablement » constaté la rupture de l'égalité si l'entreprise sous-traitante n'avait pas renoncé à faire valoir l'illégalité de la nomination en signant l'acte de mission sans réserves. Il s'interroge ensuite sur la réalité d'un véritable choix des arbitres en constatant que, dans les deux espèces, la liste des arbitres avait été stipulée dans un document unilatéralement établi par l'entreprise principale. Le professeur Loquin considère que le débat est ouvert quant à la validité d'une telle clause. Selon lui, le vrai problème réside dans la manière dont la liste des arbitres a été convenue. S'il y a eu une vraie négociation sur la liste des arbitres, le choix opéré par l'une des deux parties parmi les noms déterminés d'un commun accord ne rompt pas l'égalité entre les parties ; si en revanche la liste a été établie par l'une des parties dans le cadre d'un contrat d'adhésion, l'égalité n'est pas assurée.

Le professeur Seraglini, dans son commentaire de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour de cassation du 31 janvier 2002 ⁽²²⁾, estime l'arrêt ambigu et non-convaincant. Il constate que la liste résulte généralement d'un document établi par l'une des parties. Il y a donc adhésion d'une des parties au choix de l'autre sans véritable discussion. Il constate en conclusion que le principe d'égalité des parties semble en recul dans la jurisprudence.

Les commentaires doctrinaux concernant ces deux affaires en matière d'arbitrage professionnel sont essentiellement consacrés aux problèmes d'indépendance des arbitres résultant des nominations fréquentes et de leurs liens d'affaires avec l'une des parties ⁽²³⁾. Seule M^{me} Legros aborde la question au regard du principe d'égalité des parties ⁽²⁴⁾. Elle estime que, dans une situation où une partie n'est pas membre de l'association professionnelle organisatrice de l'arbitrage, une rupture de l'égalité des armes serait à craindre et suggère que les règlements concernés devraient admettre la faculté de désigner un arbitre en dehors de la liste.

(21) Rev. arb. 2000, 121 (v. note 8).

(22) V. note 10.

(23) M. de Boissésou, préc. (v. note 19) ; M. Henry, note sous C. Paris, 9 janvier 2004, Rev. arb. 2005, 711 ; C. Legros, note sous C. Paris, 27 juin 2002, Rev. arb. 2003, 427, sous n° 16 (p. 441 et s.).

(24) Préc. (v. note 22), p. 441 et s.

Tout récemment ⁽²⁵⁾, le professeur Loquin a analysé la portée du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage. En ce qui concerne plus particulièrement l'arrêt Dutco et son rapport avec l'aspect contractuel de l'arbitrage, il considère, contrairement à la Cour de cassation, que l'égalité dans la constitution du tribunal n'est pas un principe fondamental de la procédure arbitrale, le caractère juridictionnel étant assuré par l'indépendance et l'impartialité des arbitres ⁽²⁶⁾. Le principe d'égalité n'est que supplétif et peut être écarté par la volonté des parties.

III. UNE ANALYSE CRITIQUE

Notre analyse soulignera la tension entre le principe d'autonomie de la volonté et le principe d'ordre public de l'égalité des parties.

Si l'on regarde d'abord les faits des décisions en matière de BTP, plusieurs éléments sont à souligner.

Le nombre et la fréquence des affaires sont frappants si on relève qu'un même arbitre a été désigné dans plus de 50 arbitrages.

On constate également que la clause d'arbitrage est pré-formulée et comprend toujours un panel d'arbitres préétabli. Il y a donc des indices qu'une partie économiquement puissante impose son contrat et sa liste d'arbitres à une partie plus faible et moins avertie. Nous nous trouvons ici face à des problèmes de contrats d'adhésion.

Le déséquilibre est renforcé lorsque la clause prévoit la désignation d'un arbitre unique. Il n'y a alors pas de possibilité d'équilibrer le choix effectué par le demandeur.

Le choix des arbitres figurant sur la liste, préétablie est systématiquement fait par la société ayant rédigé la clause. Les faits parlent par eux-mêmes avec 51 nominations par le demandeur du même arbitre. L'équilibre est déjà rompu par le choix limité d'arbitres offert aux parties ; ce déséquilibre est aggravé par ces nominations systématiques.

Dans son arrêt du 31 janvier 2002 ⁽²⁷⁾, la Cour de cassation rejette le pourvoi en indiquant que la clause « *a été soumise à la libre discussion* » et que le sous-traitant avait, comme l'avait constaté la Cour d'appel, la possibilité de proposer d'autres noms d'arbitres ⁽²⁸⁾. Nous craignons fort que ces arguments soient plus des formules de style que de vraies constatations de fait. D'où vient en effet la conviction de la Cour que la clause « *a été soumise à la libre discussion* » ? Y a-t-il eu des pro-

(25) É. Loquin, À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage, dans Cahiers de l'Arbitrage 2/2008, Gaz. Pal., Rec. 2008, p. 2031 et s.

(26) Loc. cit., p. 2039.

(27) Préc., note 10.

(28) V. également Trib. gr. inst. Paris, 7 décembre 1994, préc. (note 8).

positions et des contre-propositions ? On peut fortement en douter, au moins en ce qui concerne la clause d'arbitrage, car elle n'a pas reçu la moindre modification pendant les négociations contractuelles. Il en va de même pour l'argument selon lequel le sous-traitant avait la possibilité de proposer d'autres arbitres. En réalité, ce sont toujours les mêmes noms qui figurent sur la liste, d'un contrat à l'autre.

La négociation d'un contrat de sous-traitance peut se prolonger pendant un certain temps. Il y a des multitudes de questions techniques et financières à régler. Les stipulations contractuelles ne sont qu'un élément parmi bien d'autres et la clause d'arbitrage ne domine généralement pas le débat. Bien que le sous-traitant ait théoriquement la possibilité de demander des modifications, il se trouve en réalité dans la situation classique d'un contrat d'adhésion où son pouvoir de négociation est totalement écarté. La jurisprudence de la Cour de cassation ne répond pas à cette réalité.

L'arrêt Dutco proclame certes l'égalité entre les parties comme principe d'ordre public. Mais le véritable débat est celui du consentement des parties, qui n'est pas abordé dans Dutco. Pour utiliser les termes employés par Pierre Bellet, « *la nature juridictionnelle de l'arbitrage prévaut sur le caractère contractuel* » (29).

Dans les arbitrages professionnels, le pouvoir économique des parties est certes plus équilibré. Les arbitres varient, selon le nombre des candidats sur la liste. Les arbitrages ne sont pas non plus systématiquement déclenchés par celui qui est le plus familier avec le système. Mais d'autres facteurs d'inégalité restent présents : un corps d'arbitres beaucoup plus familier à l'une des parties qu'à l'autre, et pas de véritable négociation sur les listes d'arbitres préétablies. À certains égards, la situation dans les arbitrages professionnels est plus inquiétante que dans les affaires de BTP. Bien qu'il y ait un choix plus large d'arbitres, ces derniers ont toutefois des relations d'affaires régulières avec l'une des parties, alors que dans les affaires de BTP, il s'agit souvent d'experts judiciaires n'ayant avec l'entreprise d'autres relations d'affaires que leurs nominations répétées en tant qu'arbitre.

La formule utilisée dans les affaires Philipp Brothers et Prodim ne manque pourtant pas de clarté. Elle se focalise sur le consentement librement donné, mais ne prête aucune attention aux principes posés par l'arrêt Dutco.

Nous voyons donc très clairement qu'il y a une tension entre le principe d'autonomie et l'ordre public. Nous sommes tentés d'approuver le professeur Seraglini, qui considère que le principe d'éga-

lité est en retrait (30). Cet auteur s'arrête toutefois à ce constat, sans tenter de concilier les deux principes.

L'arrêt d'appel dans l'affaire Dutco s'était placé sur le terrain de la commune volonté des parties « *exprimée sans ambiguïté* » et avait ainsi accepté l'éventualité d'un tribunal arbitral composé de trois arbitres « *avec les aménagements découlant d'une telle situation* » dans une situation multipartite. La Cour de cassation ignore la commune intention des parties, une renonciation au principe d'égalité ne pouvant être valablement donnée qu'après la naissance du litige.

Le professeur Loquin va beaucoup plus loin et écarte la jurisprudence Dutco. Selon lui, le problème n'est pas celui de l'égalité des parties, mais l'indépendance et la neutralité des arbitres (31). Cette réflexion est juste. Nous souhaitons toutefois proposer une approche plus nuancée de la question.

IV. ENTRE L'AUTONOMIE DES PARTIES ET L'ORDRE PUBLIC

L'arrêt Dutco pose le principe selon lequel les parties peuvent renoncer au principe d'égalité après la naissance du litige ; il ne s'agit par conséquent pas d'un principe d'ordre public de direction, mais d'ordre public de protection (32). Le consentement librement donné prévaut donc sur la protection.

Or, pourquoi faire systématiquement une telle distinction entre une renonciation exprimée avant ou après la naissance du litige ? Une telle distinction est certes parfois justifiée. Par exemple, lorsqu'il y a une violation du contradictoire, celle-ci ne peut être ressentie qu'après les faits. Mais, s'agissant de la formation du tribunal arbitral, le consentement est aussi éclairé avant ou après la naissance du litige.

Dans de telles circonstances, la renonciation à un principe d'ordre public de protection donnée avant le début du litige doit pouvoir être valable s'il est établi qu'elle a été consentie en pleine connaissance de cause. Il est évident que les critères qui doivent être appliqués à cette renonciation doivent être sévères et écarter toute ambiguïté, même s'il est difficile d'en déterminer les caractéristiques tant il y a de situations différentes.

Si nous appliquons ce balisage entre principes d'ordre public et autonomie des parties au trois situations que nous avons examinées, on arrive aux constatations suivantes :

La première est peut-être la plus surprenante, à savoir que même dans un litige multipartite, où les

(30) V. note 10.

(31) V. note 27 ci-dessus.

(32) Jarrosson, préc. (note 2), p. 733, v. plus généralement sur cette distinction, S. Sana-Chaillé de Néré, J.-Cl. Civil, articles 1304 à 1314, fasc. 30.

(29) Cass. civ., 7 janvier 1992, préc. note 1, p. 479.

parties souhaitent s'écarter du principe d'égalité résultant de l'arrêt Dutco, une telle renonciation doit être reconnue si les parties y ont librement consenti. On pense à une situation dans laquelle, en cas d'arbitrage multipartite, les parties qui peuvent être amenées à nommer ensemble un seul arbitre déclarent, avant la naissance du litige, consentir à une inégalité dans la constitution du tribunal arbitral. Une telle clause serait contraire à la jurisprudence Dutco, mais correspondrait à la logique protectrice de cet arrêt.

En ce qui concerne les arbitrages de produits ou professionnels, la situation reste problématique, car, contrairement à ce qui est exprimé dans les décisions citées, il n'est pas toujours établi que la partie « extérieure » a signé la clause en connaissance du risque d'inégalité du choix des arbitres.

Cela devrait conduire à ce que les tribunaux soient plus exigeants qu'ils ne le sont à l'heure actuelle en ce qui concerne la preuve d'une renon-

ciation au principe d'égalité. Une possibilité pour apporter cette preuve pourrait être une clause spécifique qui attire l'attention des parties sur la composition du tribunal arbitral. On pourrait également demander la signature spécifique au bas d'une telle clause pour apporter la preuve d'une renonciation effective. Bien entendu, si les clauses actuellement applicables étaient modifiées et permettaient la possibilité de nomination d'un arbitre en dehors de la liste ⁽³³⁾, le problème serait également résolu.

Le présent article contribue à poser le problème et à offrir des pistes de réflexion. 17 ans après l'arrêt Dutco, le temps semble être venu d'examiner à nouveau le principe de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral.

(33) C. Legros, note sous C. Paris, 27 juin 2002, préc. (note 22).

L'information

simple
rapide
utile



Gazette du Palais

3, BOULEVARD DU PALAIS 75004 PARIS

> TÉL : 01 44 32 01 59 / 60 / 66 > FAX : 01 44 32 01 61 > E-mail : diffusion@gazette-du-palais.com

Le journal tri-hebdomadaire : 150 numéros par an

- > Sélectionne et commente les principales décisions des cours et des tribunaux.
- > Vous informe de toute l'actualité de votre profession.

Les Recueils bimestriels : 6 Recueils par an

- > Outils de recherche documentaire par excellence, ils facilitent vos recherches d'articles de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation.
- > Simples d'utilisation grâce à leurs deux modes de classement : thématique et chronologique.

La Table annuelle de jurisprudence : 2 tomes

- > Permet de faire le point sur la Jurisprudence et la Doctrine publiées dans la Gazette du Palais et les principales revues juridiques.
- > Outil de travail privilégié grâce à ses index thématiques et chronologiques.

Le CD-Rom Recueil-Tables : 2 mises à jour par an

- > Plus de 25 ans de jurisprudence.
- > 375 000 références issues des principales revues juridiques.
- > Fac-similés des Recueils bimestriels depuis 1986.

<http://www.gazette-du-palais.com>

ARBITRAGE

Arbitrage international – Recours en annulation – Principe du contradictoire – Contrôle

Ayant relevé que la jurisprudence et la doctrine polonaises en matière de prescription dont s'empare la société demanderesse au pourvoi pour dénoncer la violation du contradictoire ne sont qu'une constatation surabondante à la motivation de la décision de l'arbitre sur la question de l'interruption du délai de prescription en raison de la saisine de la Chambre de commerce polonaise, décision qui repose entièrement et uniquement sur des éléments dont aucun n'a échappé à la discussion des parties, lesquelles ont précisément plaidé sur l'interruption de la prescription en droit polonais, la Cour d'appel a pu en déduire, sans dénaturer les termes de la sentence et dans les limites de ses pouvoirs en tant que juge de l'annulation, que le motif critiqué était surabondant et qu'il n'y avait pas lieu à annuler la sentence pour violation du principe du contradictoire.

Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009 : CIECH c. Comexport Companhia de Comercio Exterior et a. – Pourvoi n° 07-20.345 – Rejet (C. Paris (1^{re} ch. C), 14 juin 2007) **H5164**

ARBITRAGE

Clause compromissoire – Expiration – Prorogation – Règlement d'arbitrage – Principe de la contradiction – Motivation – Contrôle du juge de l'annulation

Selon le chapitre 11 du règlement d'arbitrage auquel les parties ont adhéré en souscrivant la clause compromissoire, « *le délai conventionnel de six mois prévu par le présent article peut être prorogé, soit par accord des parties, soit, à la demande de l'une d'elles ou de l'arbitre, par le président du Conseil régional de l'Ordre des experts-comptables de Paris/Île-de-France* ». Un nouveau délai expirant le 4 décembre 2007 ayant été accordé au tribunal arbitral par le président du Conseil régional de l'Ordre, suivant décision du 21 novembre 2007, l'arbitre unique, en rendant sa sentence le 3 décembre 2007, n'a pas statué sur convention expirée.

La circonstance que les recourants aient été avisés de la prorogation le 7 décembre par lettre simple alors qu'auparavant ils disent avoir été informés des nouveaux délais par lettre recommandée est indifférente dès lors que la prorogation a été accordée en conformité avec les dispositions du règlement d'arbitrage. Les recourants tentent de contester par le biais de ce recours la validité de la prorogation alors que cette discussion n'intéresse pas le tribunal arbitral, auquel la prorogation a été dûment accordée, mais l'institution d'arbitrage. Le premier moyen d'annulation est donc infondé.

Hors les cas de la violation du principe de la contradiction et de l'ordre public, le contenu de la motivation de la sentence arbitrale échappe au contrôle du juge de l'annulation. Les recourants invitent la Cour à vérifier la pertinence du raisonnement juridique par lequel le tribunal arbitral s'est prononcé sur la question dont il était saisi, alors que le contenu de la motivation de la sentence échappe au contrôle de la Cour qui ne saurait apprécier le bien-fondé du raisonnement de l'arbitre. Le deuxième moyen d'annulation est donc infondé.

Le respect de la contradiction suppose que les parties aient eu la possibilité de faire valoir leurs moyens et arguments comme de pouvoir connaître ceux de l'adversaire pour pouvoir les discuter. En l'espèce les défendeurs au recours, dans leur demande d'arbitrage du 24 mai 2006, ont réclamé le paiement d'une soulte et ont détaillé leurs méthodes de calcul – ce que les défendeurs au recours admettent. L'ensemble des parties ont discuté de la question de la soulte et de son évaluation. La méthode n'a donc pas été soulevée d'office par l'arbitre unique, qui a tenu compte de divers paramètres qu'il énonce dans la sentence pour calculer la soulte. Les recourants

**Alexis MOURRE
et Priscille PEDONE
Cabinet Castaldi Mourre & Partners**

concentrent leurs critiques sur les conséquences qu'a tirées l'arbitre unique, après discussion des éléments de fait et de droit qui lui avaient été soumis par les parties, alors que le tribunal arbitral, pour rendre sa sentence, n'a pas l'obligation de soumettre au préalable le raisonnement juridique qui étaye sa motivation à la discussion contradictoire des parties. En réalité, les recourants tentent d'obtenir une révision de la sentence, interdite au juge de l'annulation. Par suite, le dernier moyen d'annulation, comme le recours, sont rejetés.

C. Paris (Pôle 1, ch. 1), 14 mai 2009 : M. C. et autres c. M. J.-M. G. et autres – RG n° 08/03755 **H5165**

ARBITRAGE

Clause compromissoire – Assureur – Opposabilité

Le demandeur, assureur, n'agit pas à l'égard des sociétés C. et U., liées à la société S. par des contrats régis par les règles de la FOSFA mais qui n'ont fait l'objet d'aucune saisine de l'arbitre londonien, sur un fondement distinct de celui qu'elle a choisi, en cause d'appel, à l'égard des autres parties à l'instance.

En dehors de sa qualité d'assureur de la société S. et de la subrogation en germe dans le contrat d'assurance, la société d'assurance ne justifie pas davantage d'un motif légitime d'obtenir une expertise contradictoire à l'encontre des parties adverses qui sont, par ailleurs, en droit de lui opposer les règles des contrats qui les lient à la société S., l'obligation du recours à l'arbitrage, observation faite que plus d'un an après les faits, le demandeur et son assurée ne peuvent plus se prévaloir utilement d'une urgence qui justifierait le recours à la juridiction des référés. Dès lors, le demandeur est irrecevable à agir indépendamment de tout principe de subrogation dans les droits de son assurée, qui demeure soumise à la procédure d'arbitrage.

C. Paris (14^e ch. B), 19 mai 2009 : Gan Eurocourtage Iard c. CJSC Cargill AT Ukraine – RG n° 08/13568 **H5166**

ARBITRAGE

Expertise obligatoire – Arbitrage – Notion – Article 2061 du Code civil

M^{me} G. ne conteste pas avoir signé le contrat d'assurance et ne peut sérieusement soutenir ne pas avoir eu connaissance des conditions fixées par celui-ci. Il est établi qu'un « protocole d'expertise médicale » a été signé par la SA Fideliade et M^{me} G., à la suite duquel le médecin désigné par cette dernière déposait un rapport. Ce protocole précisait que les conclusions de l'expert auraient « valeur d'expertise judiciaire ». Ce protocole ayant été signé en dehors de toute instance judiciaire, ne peut être un « compromis » au sens de l'article 1447 du Code de procédure civile. À aucun moment la SA Fideliade, qui affirme qu'il s'agit d'un « protocole d'arbitrage » au sens de l'article 1442 du Code de procédure civile, n'explique comment cette clause pourrait être valable au regard de l'article 2061 du Code civil.

C. Paris, 3 juin 2009 : M^{me} F. P. c. SA Fideliade – RG n° 09/01170 **H5167**

ARBITRAGE

Commission arbitrale des journalistes – Voie de recours – Renonciation – Appel-nullité

Selon les dispositions de l'article 1482 du Code de procédure civile, la sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'y aient renoncé dans leur convention d'arbitrage. À plus forte rai-

son, elle n'est pas susceptible d'appel, que celui-ci tende à sa réformation ou à son annulation, lorsqu'elle est rendue en application des dispositions légales de l'article L. 761-5 du Code du travail devenu l'article L. 7112-4 dudit Code depuis la loi du 21 janvier 2008 entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008, qui exclut expressément l'exercice d'une telle voie de recours à l'encontre de la décision de la Commission arbitrale des journalistes, une juridiction étatique d'exception instaurée par le Code du travail pour connaître du contentieux de l'indemnité des journalistes lorsque la durée des services excède quinze ans, bien que soient applicables à ses décisions les textes sur l'arbitrage. L'appel-nullité est tout aussi irrecevable puisque cette voie de recours est supprimée depuis la réforme de l'arbitrage interne réalisée par le décret du 14 mai 1980.

C. Paris (Pôle 1, ch. 1), 4 juin 2009 : Libération c. M. H. et C. (deux arrêts) – RG n^{os} 08/04319 et 08/04322 **H5168**

ARBITRAGE

Sentence arbitrale – Astreinte – Autorité de la chose jugée

Selon l'arrêt attaqué (C. Paris, 22 novembre 2007), une sentence arbitrale déclarée exécutoire en France, intervenue entre la République du Congo et la société Groupe Antoine Tabet, a notamment ordonné à cette société de donner, dans les quinze jours de sa notification, des instructions écrites irrévocables de verser sur le compte séquestre à ouvrir par les parties auprès du Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris, toute somme excédant un certain montant qu'une des parties pourrait être amenée à devoir payer à la demanderesse au pourvoi en exécution d'une décision judiciaire rendue par une juridiction nationale suisse. Après avoir été déboutée par un jugement du 11 juin 2004, confirmé par un arrêt du 10 mars 2005, puis par un jugement du 3 août 2006, de ses demandes tendant à assortir la sentence d'une astreinte, la République du Congo a saisi un juge de l'exécution d'une demande aux mêmes fins.

L'arrêt se borne à assortir d'une astreinte la seule sentence arbitrale exécutoire, dont il n'était pas prétendu qu'elle ne pouvait pas être mise en œuvre indépendamment de l'ordonnance de procédure. Dès lors, le moyen est inopérant.

Cass. 2^e civ., 4 juin 2009 : Groupe Antoine Tabet (GAT) c. République du Congo – Pourvoi n^o 08-11.129 – Rejet (C. Paris (8^e ch., sect. B), 22 novembre 2007) **H5169**

ARBITRAGE

Clause compromissoire – Principe de compétence-compétence – Clause pathologique – Juge d'appui – Compétence d'interprétation

L'arrêt énonce à juste titre qu'une clause d'arbitrage figure dans le contrat du 10 mai 2000 sur lequel toutes les parties fondent leurs demandes, de sorte que, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause, il appartient à l'arbitre de statuer sur la validité et les limites de son investiture.

Puis, il retient exactement, sans dénaturer les écritures des parties et par une décision motivée, la volonté non équivoque des sociétés défenderesses au pourvoi de recourir à l'arbitrage, s'évinçant non seulement du contrat précité mais également de deux contrats précédents signés entre elles, la participation d'UOP à une expertise ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile ne pouvant s'interpréter comme une renonciation à l'arbitrage. Enfin, la Cour d'appel a justement décidé que l'ambiguïté de la rédaction de la clause était impuissante à elle seule à effacer la volonté effective des signataires de recourir à l'arbitrage et n'emportait dès lors ni nullité ni inapplicabilité manifeste de la clause, de sorte qu'il appartenait à l'arbitre, éventuellement désigné par le juge d'appui, et non au juge du fond, de se prononcer par priorité sur la validité et l'étendue de son investiture, y compris en ce qui concerne les parties à l'arbitrage.

Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2009 : Ineos European Holding Ltd c. UOP et a. – Pourvoi n^o 08-13.983 – Rejet (C. Paris (1^{re} ch. civ.), 28 novembre 2007) **H5170**

ARBITRAGE

Sentence arbitrale – Signature – Procédure – Durée – Point de départ

Les dispositions combinées des articles 1473, 1480 et 1484-5^o du Code de procédure civile prévoient que la sentence arbitrale doit porter la signature du ou des arbitres et que cette formalité est prescrite à peine de nullité de la sentence arbitrale. L'examen de la copie exécutoire de la sentence, produite par la défenderesse au recours, fait apparaître que cette décision porte effectivement la signature de l'arbitre. Dès lors, la matérialité du grief n'est pas établie et le premier moyen d'annulation est rejeté.

Les intérêts du litige opposant les parties étant inférieurs à 45.000 €, la procédure d'arbitrage rapide dite PAR devait être mise en œuvre conformément aux dispositions de l'article 3, alinéa 6 du règlement de la Chambre arbitrale de Paris, applicable à compter du 1^{er} septembre 2005 et auquel les parties ont entendu se soumettre conformément aux termes de la clause compromissoire incluse tant aux conditions générales du contrat les liant qu'au paragraphe 17 de la formule Incograin n^o 19 à laquelle elles ont également entendu se référer. Selon les stipulations de l'article 3F des règles de procédure PAR, la durée de la mission du tribunal arbitral statuant dans le cadre de la procédure rapide est d'un mois à compter de la date du procès-verbal constatant l'acceptation de la mission par l'arbitre. L'arbitre unique a déclaré accepter sa mission par procès-verbal en date du 19 février 2008, étant précisé que cette pièce comporte en son cinquième paragraphe la mention selon laquelle « ce procès-verbal a été établi... pour fixer le point de départ du délai institutionnel d'arbitrage d'un mois ». La sentence ayant été rendue le 11 mars 2008, la mission n'était pas expirée et l'arbitre ayant rendu la sentence dans le délai imparti, le moyen d'annulation soulevé est en conséquence rejeté.

C. Paris, 11 juin 2009 : SCEA de l'Auzon c. Minoterie Dupuy-Couturier – RG n^o 08/10464 **H5171**

ARBITRAGE

Sentence arbitrale – Qualification

L'arrêt retient à juste titre qu'une décision se prononçant sur le montant et la répartition d'un solde d'honoraires dû à l'expert ne tranche en aucune manière tout ou partie du litige au fond qui oppose les parties, ou encore la compétence ou bien un incident de procédure qui met fin à l'instance. La Cour en a exactement déduit que cette décision ne constituait pas une sentence au sens des articles 1482 et suivants du Code de procédure civile et, partant, que l'appel de la société demanderesse au pourvoi était irrecevable.

Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2009 : Crédirente c. Compagnie générale de garantie – Pourvoi n^o 08-11.697 – Rejet (C. Paris (1^{re} ch. C), 29 novembre 2007) **H5172**

ARBITRAGE

Clause compromissoire – Opposabilité – Non-contestation

La vente a été conclue selon les Règles et usages français pour le commerce des grains (Rufra) par l'intermédiaire d'un courtier qui atteste avoir ainsi procédé à diverses reprises pour le compte de la recourante, professionnel du commerce des grains, qui ne le conteste pas. Selon l'article 3 des Rufra, la vente a fait l'objet d'une confirmation écrite par l'acheteur, la défenderesse, selon contrat faisant référence aux Rufra et à l'arbitrage de la Chambre arbitrale de Paris prévu à l'article 33 desdites règles. Selon l'article 3 des Rufra, la recourante pouvait contester cette confirmation, qu'elle ne nie pas avoir reçue, dans les 24 heures de sa réception. Elle n'a cependant nullement protesté. Il s'ensuit que, peu important l'absence de signature de la confirmation par la recourante, la clause compromissoire expressément prévue au contrat lui est opposable. Au demeurant il convient d'observer que devant l'arbitre, elle n'a jamais soulevé l'absence de clause compromissoire.

C. Paris, 18 juin 2009 : SCEA de Prulay c. Nidera France (deux arrêts) – RG n^{os} 08/07206 et 08/07209 **H5173**

ARBITRAGE

Clause compromissoire – Portée – Liquidation judiciaire – Action en comblement de passif

L'arrêt retient exactement, d'abord que l'action engagée par le liquidateur de la société Akthea, dans l'intérêt des créanciers, contre la société Encore Orthopedics, est une action en responsabilité pour soutien abusif et en comblement de passif, puis que le liquidateur n'était pas partie à la clause compromissoire liant la société Akthea et la société Encore Orthopedics, qui lui était étrangère. Par ces seuls motifs, desquels il résultait que la clause invoquée était manifestement inapplicable à l'action du liquidateur, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2009 : Société Encore Orthopedics Inc., F.-D. c. liquidateur de la SAS Akthea – Pourvoi n° 08-12.494 – Rejet (C. Toulouse (2^e ch., sect. 2), 8 janvier 2008) H5174

ARBITRAGE

Procédure arbitrale – Principe du contradictoire – Violation

L'arrêt constate exactement que les parties n'ont pas pu s'expliquer sur le moyen de droit tiré d'une perte de chance. La Cour d'appel en a déduit à bon droit que le tribunal arbitral n'avait pas respecté le principe de la contradiction dès lors que la référence à la notion de perte d'une chance n'était pas surabondante et que son utilisation ne relevait pas d'une simple requalification des éléments de droit et de fait.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2009 : Société Crisinvest c. Atac – Pourvoi n° 08-17.721 – Rejet (C. Paris (1^{re} ch., sect. C), 15 mai 2008) H5175

ARBITRAGE

Clause de négociation préalable – Clause compromissoire – Caractère obligatoire

L'article 4-1 de la Convention d'arbitrage stipule que tous litiges entre les parties doivent nécessairement faire l'objet d'une procédure préalable de négociation avant saisine de l'instance arbitrale. L'article 4-2, 2^e alinéa dispose que si aucun accord ne peut être trouvé avec la société défenderesse à l'échelon « direction » dans un délai de deux mois après l'envoi d'un document indiquant la position et les arguments de la société demanderesse, cette dernière peut soumettre le litige à l'instance arbitrale. Il apparaît, par l'emploi de l'expression « peut », qu'il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation. En conséquence, la convention litigieuse ne peut être assimilée à une clause compromissoire au sens de l'article 1442 du Code de procédure civile.

En outre, pour que la procédure prévue par ce texte puisse être mise en œuvre dans le présent litige à l'égard de l'assureur, il aurait fallu que celui-ci soit identifié. Tel n'étant pas le cas, il ne peut donc pas être reproché à l'assureur de ne pas avoir mis en œuvre la procédure de négociation. En outre, aucune sanction n'est prévue par la convention à l'égard d'une société d'assurance qui aurait saisi directement les autorités judiciaires. Il résulte de ce qui précède que l'exception d'incompétence n'est pas justifiée.

Trib. gr. inst. Paris (5^e, 2^e), 2 juillet 2009 : Albingia c. Cabinet Fleurus – RG n° 08/13634 H5176

ARBITRAGE

Arbitrage interne – Sentence – Signature – Recours en annulation – Incompétence du tribunal arbitral – Forclusion

Aux termes des articles 1478, 1480 et 1484-5° du Code de procédure civile, la sentence arbitrale doit porter la signature du ou des arbitres et cette formalité est prescrite à peine de nullité de la décision.

L'examen de la copie exécutoire de la sentence rendue le 11 septembre 2008, produite par la défenderesse au recours, fait apparaître que celle-ci porte effectivement la signature de l'arbitre, aucun élément n'étant rapporté par l'auteur du recours ne montrant que la formalité substantielle que constitue la signature de la sentence aurait été omise lors du rendu de cette décision, pour être régularisée ultérieurement.

Pour être recevable devant le juge de l'annulation, le grief formé à l'encontre d'une sentence arbitrale doit être soulevé chaque fois

que cela est possible devant le tribunal arbitral lui-même. M. F., qui s'est borné à se défendre sur le fond du litige, ne démontre pas qu'il ait contesté la compétence du tribunal arbitral pour trancher les différends l'opposant à la défenderesse, que ce soit au titre de l'inexistence de la clause compromissoire ou de l'incompétence de l'arbitre qui avait, de plus, lui-même relevé en sa délibération que « la compétence du tribunal arbitral n'est pas contestée non plus que l'existence de la clause compromissoire figurant au contrat... signé par M. F. sous le paragraphe intitulé : Conditions ». Dès lors, l'auteur du recours n'est plus recevable à soutenir devant le juge de l'annulation que la clause compromissoire était inexistante.

C. Paris, 2 juillet 2009 : M. M. F. c. Grains d'Oc – RG n° 08/08532 H5177

ARBITRAGE

Recours en annulation – Cas d'ouverture – Principe de collégialité

L'arrêt retient d'abord justement que le recours en annulation n'est ouvert que dans les seuls cas limitativement énumérés à l'article 1502 du Code de procédure civile, qui n'envisage pas la nullité de l'acte de mission et ensuite, sans dénaturation, que les recourants ne tirent pas d'autres conclusions du fait que la sentence ait été rendue par un tribunal arbitral comprenant un arbitre, M. M., dont la désignation est devenue effective le jour où la sentence a été rendue. Le principe de collégialité supposant que chaque arbitre ait la faculté de débattre de toute décision avec ses collègues, la reconnaissance ou l'exécution, en l'absence de preuve d'une non-participation de M. M. au délibéré de la sentence partielle, n'est pas contraire à l'ordre public international.

Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009 : La Marocaine de Loisirs (MDL) c. France Quick – Pourvoi n° 08-17.661 – Rejet (C. Paris (1^{re} ch. C), 28 février 2008) H5178

ARBITRAGE

Tribunal arbitral – Mission – Équité – Procédure arbitrale – Principe du contradictoire

L'arrêt retient d'abord que le litige se rapportait à l'interprétation des termes de l'accord et aux obligations en découlant pour chacune des parties, puis que le tribunal arbitral ne devait pas s'en tenir à la stricte lettre du pacte pour l'interpréter à la lumière des principes régissant la matière contractuelle, et devait déterminer, au-delà des dispositions expresses de l'acte, les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature, et rechercher si la convention avait été exécutée de bonne foi, conformément aux articles 1134 et 1135 du Code civil. La Cour d'appel en a justement déduit, par une décision motivée, que le tribunal arbitral était compétent pour statuer sur le litige qui concernait l'interprétation et l'exécution du pacte, au regard notamment des suites que lui donnait l'équité.

L'arrêt retient que le tribunal arbitral a relevé une série d'éléments de fait résultant de preuves documentaires et testimoniales, soumis à la discussion contradictoire des parties. La Cour d'appel en a justement déduit que, en retenant un moyen tiré de l'application des articles 1134 et 1135 du Code civil, au vu des griefs invoqués par les demandeurs et des éléments discutés par les parties, les arbitres n'avaient pas violé le principe de la contradiction. Ensuite, sous couvert du grief infondé de défaut de réponse à conclusions, la société GAI tente de remettre en cause le bien-fondé de la décision des arbitres dont le contrôle, une fois vérifiée la réalité de la référence à l'équité dans la limite de ses pouvoirs, échappe au juge de l'annulation.

Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009 : Grande Armée Investissement (GAI) c. M. P. – Pourvoi n° 08-17.536 – Rejet (C. Lyon (1^{re} ch. civ. B), 10 juin 2008) H5179

ARBITRAGE

Sentence arbitrale – Interprétation – Pouvoirs des arbitres – Sentence interprétative – Annulation

Les juges ou les arbitres, saisis d'une contestation relative à l'interprétation d'une précédente décision, ne peuvent, sous prétexte d'en déterminer le sens, apporter une modification quelconque aux dispositions précises de celle-ci, fussent-elles erronées. Pour rejeter le

recours en annulation contre la sentence interprétative, l'arrêt retient d'abord que la sentence du 17 décembre 2005 l'interprète seulement pour permettre de résoudre une difficulté matérielle consécutive à des dispositions qui ne s'articulaient pas (la date de rétrocession et les dates de paiement des annuités dont les calendriers ne coïncidaient pas), puis en introduisant une plage plus étendue s'étendant jusqu'au 28 avril de l'année suivante, pour ces rétrocessions, le tribunal n'a modifié aucun des droits à paiement consacrés par la sentence arbitrale.

En statuant ainsi, alors que la date limite de paiement de chacune des condamnations avait été reportée de plusieurs mois et qu'une condition particulière était ajoutée au paiement de la quatrième échéance, la Cour d'appel a violé l'article 1475 du Code de procédure civile, ensemble l'article 461 du même Code.

Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009 : M. S. c. Société Saint James – Pourvoi n° 08-17.984 – Cassation partielle de C. Paris (1^{re} ch. C), 15 mai 2008 **H5181**

ARBITRAGE

Recours en annulation – Sursis à statuer – Article 4, alinéa 3 du Code de procédure pénale – Clause compromissoire – Portée – Principe de validité

L'article 4, alinéa 3 du Code de procédure pénale issu de la loi du 5 mars 2007 est un texte de procédure immédiatement applicable aux instances en cours. Les parties, dans leurs écritures devant la Cour d'appel, postérieures à l'entrée en vigueur de cette loi, ont conclu de manière générale sur le sursis à statuer sans revendiquer expressément l'application des dispositions anciennement en vigueur. La Cour d'appel n'avait pas en conséquence à solliciter les observations des parties.

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.

L'arrêt retient exactement, d'abord, que la lettre d'exonération de responsabilité, faisant expressément référence aux « règles d'arbitrage du connaissance CLS », a été signée, pour la demanderesse au pourvoi, par M. R., seul contact de la défenderesse pendant les négociations, cette dernière n'ayant été mise en garde, ni avant ni après la signature de la lettre, sur un éventuel défaut de pouvoir de ce salarié par les dirigeants de la demanderesse qui avaient, au contraire, tacitement ratifié l'opération en demandant un devis pour une assurance complémentaire.

La volonté d'arbitrer de la demanderesse résulte de sa connaissance de l'existence d'une référence claire à la convention d'arbitrage dans la lettre d'exonération de responsabilité. La Cour d'appel a décidé à bon droit que la demanderesse était engagée par la clause compromissoire.

La demanderesse, qui n'établit pas que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence soit contraire à l'ordre public international, tente de remettre en cause la décision de la Cour d'appel qui a souverainement dit qu'il n'y avait pas de fraude procédurale de la partie adverse.

Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009 : Société d'études et représentations navales et industrielles c. Air Sea Broker Ltd (ASB) – Pourvoi n° 08-16.025 – Rejet (C. Paris (1^{re} ch., sect. C), 15 mai 2008) **H5181**

ARBITRAGE

Arbitrage interne – Tierce opposition – Indivisibilité

Les demanderesse au pourvoi font grief à l'arrêt de déclarer recevable la tierce opposition incidente de la société C. à la sentence arbitrale et de les débouter de leur demande de dommages-intérêts au titre de la tierce complicité de la société C. dans la violation du pacte de préférence souscrit par la défenderesse au pourvoi, alors, selon le moyen, qu'en cas d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties, la tierce opposition n'est recevable que si toutes ces

parties sont appelées à l'instance et que le juge doit soulever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public. En jugeant recevable la tierce opposition incidente cependant que de l'objet de la demande résultait une impossibilité juridique d'exécution simultanée de la décision frappée de tierce opposition et de celle qui était sollicitée, l'une ayant jugé que la société L. avait violé le pacte de préférence consenti à la société P. et l'autre devant correspondre à une solution inverse, et que l'indivisibilité ainsi caractérisée rendait nécessaire, pour la recevabilité du recours, l'appel à l'instance de ces parties, ce qu'il lui appartenait de relever au besoin d'office, la Cour d'appel avait violé les articles 125 et 584 du Code de procédure civile.

Mais dès lors qu'il n'est pas impossible d'exécuter en même temps la sentence arbitrale consacrant la violation du pacte de préférence par la société L. et l'arrêt décidant que la société P. n'est pas fondée à rechercher la responsabilité délictuelle de la société C. pour tierce complicité, la Cour d'appel, qui n'avait pas à retenir l'existence d'une indivisibilité, a pu statuer comme elle l'a fait.

Cass. 2^e civ., 9 juillet 2009 : Prodim c. Distribution Casino France – Pourvoi n° 08-18.852 – Rejet (C. Grenoble (ch. com.), 7 mai 2008) **H5182**

ARBITRAGE

Sentence arbitrale – Travaux publics – Compétence administrative – Tribunal des conflits

Aux termes de l'article 35 ajouté au décret du 26 octobre 1849 par l'article 6 du décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution et reproduit à l'article R. 771-2 du Code de justice administrative : « Lorsque le Conseil d'État statuant au contentieux, la Cour de cassation ou toute autre juridiction statuant souverainement et échappant ainsi au contrôle tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation, est saisi d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires, la juridiction saisie peut, par décision ou arrêt motivé qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence ».

La requérante demande l'annulation de la sentence arbitrale rendue par un expert international dans le cadre d'un litige relatif à l'application du protocole d'accord signé avec une association de droit norvégien. Ce protocole prévoit en particulier que la fondation participera à la construction d'un bâtiment dédié à la recherche en neurologie à édifier sur un terrain appartenant à l'Université d'Aix-Marseille et dont la maîtrise d'ouvrage et la gestion ultérieure incomberont à la requérante dans le cadre de sa mission statutaire de recherche sur la santé. À l'appui de sa requête, la requérante fait valoir que le Conseil d'État est compétent pour se prononcer en appel sur une sentence arbitrale relative à un litige opposant une personne publique à un cocontractant dès lors que le contrat en cause revêt le caractère d'un contrat administratif. La requérante soutient notamment que la convention la liant à la fondation consiste en une « offre de concours » en vue de la réalisation d'un travail public que la juridiction administrative est seule compétente pour connaître, et que cette dévolution de compétence n'est pas affectée par la circonstance que l'acte contesté est une sentence arbitrale portée en vertu de l'article 1505 du Code de procédure civile devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.

Toutefois, la Cour d'appel de Paris s'est, par un arrêt en date du 13 novembre 2008, reconnue compétente et a rejeté la demande d'annulation de cette sentence arbitrale présentée par la requérante.

Ces questions soulèvent des difficultés sérieuses de nature à justifier le recours à la procédure prévue par l'article 35 du décret du 26 octobre 1849. Il y a lieu, par suite, de renvoyer au Tribunal des conflits la question de savoir si l'action introduite relève ou non de la compétence de la juridiction administrative.

Cons. d'État (2^e et 7^e s.-sect. réun.), 31 juillet 2009 : Inserm c. Fondation Letten F. Saugstad – Req. n° 309277 **H5183**

Panorama de jurisprudence américaine

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

ARBITRAGE

États-Unis – Arbitrage international – Injonction de se soumettre à l'arbitrage – Clause pathologique – Clause d'élection de for – Principes d'interprétation

Par une décision du 23 juin 2009, la District Court du District Sud de New York se déclare compétente pour prononcer une injonction de se soumettre à l'arbitrage, bien qu'elle ne soit pas compétente pour trancher le litige au fond.

En l'espèce, les parties étaient liées par un contrat de service organisant le transport de bananes de l'Équateur vers le Japon par bateau. Il stipulait que tout litige né du contrat serait régi par la loi de New York et la loi maritime fédérale. Il contenait une convention d'arbitrage à New York portant sur tout litige « *arising out of or relating to the contract* ». Par contraste, les connaissances établis en exécution du contrat de service stipulaient l'application du droit américain et la compétence de la District Court du District Sud de New York si le dommage était intervenu au cours d'un transport à partir ou en direction des États-Unis, ou si la loi maritime fédérale qui régit les contrats de transports à partir ou en direction des États-Unis était applicable. À défaut, la loi anglaise était applicable et la High Court de Londres compétente.

Dans ce contexte, la demanderesse avait engagé une action au fond contre le transporteur et, alternativement, en réponse à l'exception d'incompétence soulevée par ce dernier, demandait à la Cour de prononcer une injonction de se soumettre à l'arbitrage (*motion to compel arbitration*). À titre principal, la demanderesse faisait valoir que la référence à la loi maritime fédérale dans le contrat de service entraînait l'application du *Carriage of goods by Sea Act* « COGSA », justifiant ainsi la compétence de la Cour aux termes du connaissance. Après avoir rejeté cet argument parce que le COGSA ne s'applique que dans des hypothèses limitées non rencontrées en l'espèce, la Cour se déclare incompétente, déclarant qu'elle n'est pas la *proper venue* pour trancher le fond du litige.

En revanche, la Cour se reconnaît compétente sur le fondement de la Convention de New York pour enjoindre aux parties de se soumettre à l'arbitrage, le siège stipulé contractuellement étant New York. Après avoir rappelé que la clause était rédigée largement et en avoir conclu que le litige devait être présumé entrer dans son champ d'application, la Cour observe que la vraie question est de savoir quelle clause doit prévaloir : la convention d'arbitrage figurant au contrat de service ou la clause attributive de juridiction stipulée dans les connaissances. L'ambiguïté de la clause du contrat de service régissant les éventuelles contradictions entre ces deux documents contractuels ne permettant pas de trancher la question, la Cour se prononce en faveur de l'arbitrage au motif principal que les doutes quant à l'étendue des questions entrant dans le champ de l'arbitrage doivent bénéficier à ce dernier, mais aussi en vertu du principe qui veut que l'ambiguïté s'interprète contre le rédacteur, le contrat et les connaissances ayant été rédigés par le transporteur.

Kelso Enterprises Ltd v. M/V Diadema, n° 08 Civ. 8226, 2009 WL 1788110 (SDNY – 23 juin 2009) H5134

ARBITRAGE

États-Unis – Arbitrage international – Nature du Tribunal arbitral – Obtention de preuves – Tiers – Article 1782 USC

La District Court pour le District Nord de l'Illinois juge qu'un tribunal arbitral n'est pas un « tribunal étranger ou international » au sens de l'article 28 USC, § 1782, qui régit l'obtention de preuves pour les besoins d'une procédure hors des États-Unis et rejette donc sur ce fondement une demande d'audition d'un tiers pour les besoins d'une procédure arbitrale en Angleterre.

En l'espèce, une partie à un arbitrage à Londres demandait qu'il soit enjoint à un tiers de faire une déposition qui serait versée à la procédure arbitrale. Elle se fondait sur l'article 28 USC, § 1782, qui dispose que « *la District Court du District dans laquelle une personne réside ou est trouvée peut lui ordonner de donner un témoignage, de faire une déclaration ou de produire un document ou autre chose pour l'utiliser dans une procédure devant une juridiction étrangère ou internationale, y compris dans le cadre d'une enquête criminelle préliminaire. L'injonction peut être prononcée (...) à la demande de toute personne intéressée...* ».

Dans son arrêt Intel Corp. v. Advance Micro Devices, Inc. 542 US 241 (2004), la Cour suprême, interprétant largement la notion de procédure devant un « tribunal étranger ou international », avait jugé qu'elle englobait les « procédures administratives et quasi-judiciaires », et que les juridictions fédérales avaient donc le pouvoir, mais pas l'obligation – ce pouvoir étant discrétionnaire – d'ordonner une production de preuve pour les besoins d'une enquête de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne. La Cour suprême y notait dans un dictum, citant l'affirmation du professeur Smit, que le terme tribunal « *includes investigating magistrates, administrative and arbitral tribunals, and quasi-judicial agencies, as well as conventional... courts* ».

Néanmoins, la District Court exclut les tribunaux arbitraux « purement privés » du champ d'application de l'article 1782. Elle observe que la Cour suprême n'a cité que partiellement le professeur Smit, dont la phrase complète était que le terme « tribunal » « *embraces all bodies exercising adjudicatory powers and includes...* ». Pour la District Court, cette omission suggère que la Cour suprême n'a pas voulu faire sienne la définition dans toute son ampleur. Elle établit une distinction entre les tribunaux arbitraux « purement privés », qui constituent certes des *bodies exercising adjudicatory powers*, mais pas des tribunaux arbitraux au sens de la définition retenue par la Cour suprême. S'inspirant de In re the Matter of the Application of Oxus Gold PLC, n° MISC. 06-82, 2006 WL 2927615 (DNJ, octobre 11, 2006) (v. cette chronique, *Cah. arb.*, Recueil vol. IV, 2008, Pedone), elle estime que seuls entrent dans le cadre de la loi les *state-sponsored arbitral bodies*, donnant l'exemple des « *arbitrages conduits par [sic] la Cnudci, « un organisme agissant dans le cadre des Nations Unies et conduit par ses membres » ».*

Cependant, alors que dans In re the Matter of the Application of Oxus Gold, la distinction, sans être nécessairement convaincante, pouvait se prévaloir de l'observation que l'arbitrage considéré par la Cour n'était pas un arbitrage commercial mais avait été initié sur la base d'un traité bilatéral de protection des investisse-

ments, et donc avait été « *autorisé par les États souverains de la République du Kirghizistan et du Royaume-Uni* », cette circonstance n'est aucunement invoquée par la Cour dont la distinction apparaît, dès lors, totalement dénuée de fondement : quelle différence de nature existe-t-il entre un arbitrage commercial *ad hoc* ou institué sous l'égide d'une institution privée d'arbitrage et un arbitrage commercial Cnudci ?

La distinction est d'autant moins justifiée que la Cour invoque en second lieu, au soutien de sa solution, l'insistance de la Cour suprême sur le caractère révisable de la décision par la Commission, alors qu'un arbitrage commercial se conclut en principe par une sentence insusceptible d'appel. La Cour en déduit que le tribunal arbitral dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours n'est pas un « tribunal » au sens retenu par la Cour suprême dans Intel, sans s'interroger sur la compatibilité de cet argument avec la discrimination qu'elle établit au profit des juridictions arbitrales Cnudci dont, qu'elles soient ou non établies sur la base d'un traité bilatéral, les sentences ne sont en général pas susceptibles d'un recours sur le fond.

La décision rapportée contraste avec le raisonnement suivi par la District Court du District Nord de Géorgie (In re Application of Roz Trading Ltd, n° 1 : 06-cv-02305, 2006 US Dist. Lexis 91461 (ND Ga. Dec. 19, 2006) (v. cette chronique, *Cah. arb.*, Recueil vol. IV, 2008, Pedone) qui avait jugé qu'un tribunal était « *in basic terms, a body that performs a specific adjudicatory function* » et que cette définition inclurait nécessairement les tribunaux arbitraux. La Cour ajoutait qu'Intel v. AMD avait montré « la faiblesse structurelle et analytique » des décisions en sens contraire.

Quoi que l'on pense de l'opportunité d'autoriser les parties à un arbitrage de recourir au juge national de son adversaire pour forcer l'obtention de preuves – indépendamment de toute intervention des arbitres – au risque de faciliter une ingérence des premiers dans la procédure et de créer un déséquilibre entre les parties, on ne peut, au regard du fondement donné par la Cour à la solution qu'elle retient, qu'être d'accord avec cette dernière conclusion.

In re An Arbitration in London, England – F. Supp. 2d (ND III. 2009), Juge d'appui – Mesure de discovery (À propos de cette décision, v. aussi l'article de Yasmine Lahlou dans ce numéro, supra p. 11)
H5135

ARBITRAGE

États-Unis – Arbitrage international – Sentence CIRDI – Reconnaissance

La District Court pour le District Sud de New York se prononce sur la procédure applicable à la reconnaissance d'une sentence CIRDI.

Elle était saisie d'une demande *ex parte* d'exécution d'une sentence arbitrale CIRDI émise contre l'Égypte sur le fondement du Traité bilatéral de protection des investissements liant ce pays à l'Italie. Le demandeur sollicitait un jugement condamnant l'Égypte au paiement de la somme allouée par la sentence, plus intérêts et frais.

La Cour note en premier lieu que l'exécution des sentences CIRDI n'est pas régie par le *Federal Arbitration Act* mais, par renvoi de l'article 22 USC, § 1650 a, par les articles 53 et 54 de la Convention de Washington, l'article 54(1) stipulant que : « *1 – Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. Un État contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des États fédérés* ». Incorporant cette disposition en droit fédéral, l'article 22 USC, § 1650 a dispose que : « *The pecuniary obligations imposed by such an award shall be enforced and shall be given the same full faith and credit as if the award were a final judgment of a court of general jurisdiction of one of the several States* », et réserve les procédures correspondantes aux juridictions fédérales.

La Cour observe alors que la conversion d'un jugement d'État fédéré en jugement fédéral n'est pas courante et décide d'appliquer l'article 54 du Civil Practice Law and Rules de New York (« CPLR ») plutôt que la réglementation fédérale pertinente. Elle s'inspire de Keeton v. Hustler Magazine Inc., 815 F.2d 857 (2d Cir. 1987), par lequel la Cour, saisie, sur renvoi des juridictions locales, d'une procédure en exécution dans l'État de New York d'une décision fédérale, initiée conformément à l'article 54 CPLR, a jugé que ces dispositions établissaient une procédure appropriée, pouvant se substituer à la procédure fédérale. Elle y avait observé que cette procédure était « *designed to facilitate the registration of foreign, or out-of-State, judgments, for New York will, with specified exceptions, simply recognize a foreign judgment as its own, rather than require a separate action on the judgment* ».

La Cour indique donc que, conformément à cette procédure, le demandeur devra produire auprès du greffe une copie authentifiée de la sentence et attester, notamment, de ce que la sentence n'a pas été obtenue par défaut ou par *confession of judgment*, qu'elle n'a pas été intégralement exécutée, et que son exécution n'a pas été suspendue. Dans les 30 jours, cette démarche est notifiée à la partie adverse à sa dernière adresse connue, qui peut demander une suspension de l'exécution.

Cette décision est manifestement rendue dans le but de faciliter la reconnaissance des sentences CIRDI, ce dont on ne peut que se féliciter. Elle laisse cependant planer un doute sur la nature des recours pouvant être exercés pour s'opposer à leur exécution dans la mesure où l'article 54 CPLR dispose – ce que la Cour rappelle – que le jugement, une fois accueilli sur ce fondement, est alors traité comme une décision de la Cour suprême de l'État, a le même effet et peut faire l'objet des mêmes défenses, procédures de réouverture, d'annulation et de suspension.

Siag v. the Arab Republic of Egypt, n° M-82 WL 1834562 (SDNY – 19 juin 2009)
H5136

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

par Pierre-Yves GUNTER, avocat au Barreau de Genève, LL.M (Harvard), Python & Peter, et Patrick FLEURY, avocat au Barreau de Genève, LL.M (Bristol), Python & Peter

Le présent panorama de jurisprudence couvre la période courant du 1^{er} janvier 2008 au 30 juin 2009 et se limite aux décisions judiciaires suisses publiées et rendues dans le cadre d'arbitrages internationaux dont le siège était situé en Suisse.

ARBITRAGE

Suisse – Droit d'être entendu – Force probante de la production de pièces caviardées – Rejet

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les articles 182, alinéa 3 et 190, alinéa 2, lettre d de la LDIP, n'a en principe pas un contenu différent de celui consacré en droit constitutionnel (ATF 127 III 576 c. 2c ; 119 II 386 c. 1b ; 117 II 346 c. 1a, p. 347). Ainsi, il a été admis, dans le domaine de l'arbitrage, que chaque partie avait le droit de s'exprimer sur les faits essentiels pour le jugement, de présenter son argumentation juridique, de proposer ses moyens de preuve sur des faits pertinents et de prendre part aux séances du tribunal arbitral (ATF 127 III 576 c. 2c ; 116 II 639 c. 4c, p. 643).

Le droit d'être entendu n'implique pas que le juge doive attirer l'attention des parties sur les faits décisifs pour le jugement (ATF 108 IA 293 c. 4c, p. 295), ce qui vaut aussi dans le domaine de l'arbitrage international (ATF 130 III 35 c. 5, p. 39 *in medio*). Aussi paraît-il difficile d'admettre, à plus forte raison, que ladite garantie puisse obliger le juge ou l'arbitre à informer une partie, avant de rendre son jugement ou sa sentence, que les éléments de preuve versés au dossier ne suffisent pas à établir un fait décisif.

Il n'est pas nécessaire d'examiner si et, dans l'affirmative, sous quel angle, le comportement d'un tribunal arbitral pourrait être sanctionné, qui consisterait à autoriser une partie à produire une pièce caviardée, puis à la débouter, sans avertissement préalable, au seul motif que le caviardage ôterait toute force probante à la pièce en question. On peut notamment laisser indécis le point de savoir si un tel comportement ne devrait pas être appréhendé au titre de la violation de l'ordre public procédural (article 190, alinéa 2, lettre e de la LDIP), en tant qu'il se révélerait incompatible avec les règles de la bonne foi dont le respect doit permettre d'assurer la loyauté de la procédure.

En effet, les circonstances qui caractérisent la présente espèce n'entrent pas dans ce cas de figure pour deux raisons au moins. Premièrement, c'est à tort que la recourante soutient, de manière péremptoire, que l'arbitre unique ne l'a pas informée du manque de force probante des pièces produites par elle. Secondement, il ressort de différents passages de cette même sentence que, pour l'arbitre unique, les pièces litigieuses ne permettaient pas de faire le rapprochement entre les commissions versées et les projets A, B et C, quelle que fût l'identité des bénéficiaires des versements, raison pour laquelle les déductions effectuées par la recourante sur les commissions réclamées par l'intimée ne pouvaient pas être admises.

Dans la mesure où elle avait été dûment informée du caractère non probant des pièces produites par elle, la recourante ne peut rien tirer en sa faveur du fait que l'arbitre unique, plutôt que de l'autoriser à ne soumettre lesdites pièces qu'à lui-même, à l'exclusion de l'intimée – solution envisageable, mais soulevant des difficultés du point de vue du droit d'être entendu, comme elle le lui avait proposé à titre alternatif – a opté pour le procédé du caviardage. Sachant que les pièces caviardées ne suffiraient pas à démontrer l'existence des faits dont la preuve lui incombait, l'intéressée aurait dû prendre les mesures imposées par la situation. Elle aurait pu formuler à nouveau la même proposition, faire administrer d'autres preuves, voire, en dernier ressort, produire les mêmes pièces non caviardées. Aussi cherche-t-elle en vain à reporter sur l'intimée les conséquences de son inaction.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 9 janvier 2008 : 4A_450/2007

H5144

ARBITRAGE

Suisse – Clause de renonciation à recourir – Rejet

La clause arbitrale, incluse dans le contrat de *put & call* signé le 16 septembre 2002 par Y et X (article 13), contient notamment la phrase suivante : « *Le Parti rinunciano fin d'ora ad ogni ricorso ordinario e straordinario contro la decisione che sarà resa* » (1).

Que la renonciation au recours, exprimée en ces termes, satisfasse aux conditions de forme fixées par l'article 192, alinéa 1 de la LDIP et la jurisprudence susmentionnée n'est pas douteux. La clause citée manifeste de manière on ne peut plus claire la volonté commune des parties de renoncer à recourir contre toute sentence à venir par un moyen de droit ordinaire ou extraordinaire, étant précisé que le terme de *decisione*, même s'il est plus générique que celui de *lodo*, ne peut viser en l'occurrence que la sentence à rendre par les arbitres, eu égard à son contexte. Cette clause correspond, d'ailleurs, peu ou prou à la phrase citée dans une récente décision comme exemple d'une renonciation formellement valable (arrêt 4P.114/2006 du 7 septembre 2006, c. 5.3 *in fine*). Au demeurant, la recourante, qui a soulevé elle-même la question de la renonciation au recours dans son mémoire, n'y remet pas en cause la validité formelle de la renonciation litigieuse.

La recourante soutient que la validité de cette renonciation à recourir « est douteuse au vu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (arrêt 4P.172/2006, c. 4.3.2.2., *in fine* au sujet des doutes concernant la compatibilité de l'article 192 LDIP au regard de l'article 6 CEDH) ».

Pareil raisonnement ne saurait être suivi. Il aboutit, en effet, à rendre inopérante la renonciation au recours lorsque le grief soulevé a trait à la compétence du tribunal arbitral (article 190, alinéa 2, lettre b de la LDIP). Il est pourtant indéniable que l'exclusion de tout recours, au sens de l'article 192, alinéa 1 de la LDIP, inclut également un tel grief (cf. ATF 131 III 173 c. 4.2.3.1 p. 178 *in fine*/179). La faculté a d'ailleurs été reconnue aux parties de n'exclure le recours qu'en ce qui concerne la compétence des arbitres (arrêt 4P.98/2005 du 10 novembre 2005, c. 4.2). C'est le lieu de rappeler que le recours pour le motif prévu à l'article 190, alinéa 2, lettre b de la LDIP est ouvert lorsque le tribunal arbitral a statué sur des prétentions qu'il n'avait pas la compétence d'examiner, soit qu'il n'existât point de convention d'arbitrage, soit que celle-ci fût restreinte à certaines questions ne comprenant pas les prétentions en cause (*extra potestatem* ; ATF 116 II 639 c. 3 *in fine* p. 642). Un tribunal arbitral n'est en effet compétent, entre autres conditions, que si le litige entre dans les prévisions de la convention d'arbitrage et que lui-même n'excède pas les limites que lui assignent la requête d'arbitrage et, le cas échéant, l'acte de mission. Ainsi, lorsqu'une partie fait valoir que le tribunal arbitral s'est arrogé un pouvoir qu'il n'avait pas, en statuant sur une question au sujet de laquelle les parties n'avaient pas compromis, elle soulève un problème de compétence (arrêt 4P.114/2001 du 19 décembre 2001, c. 2b et les références).

Dans la présente espèce, c'est bien de cela qu'il s'agit. Contestant la compétence *ratione materiae* du tribunal arbitral, la recourante soutient que celui-ci ne pouvait pas déduire de la clause arbitrale contenue dans le contrat de *put & call* sa compétence pour examiner si les parties étaient liées par un accord spécifique sur les

(1) « Les parties renoncent dès ce jour à tout recours ordinaire et extraordinaire contre la sentence qui sera rendue ».

warrants B. En d'autres termes, la recourante considère que le tribunal arbitral a méconnu la portée objective de la clause compromissoire en y incluant un problème – l'existence ou non de l'accord litigieux – qui, selon elle, était exorbitant de cette clause. Bref, elle fait valoir que le tribunal arbitral a statué sur une question que les parties ne lui avaient pas soumise, excédant par là même ses pouvoirs.

Or, en insérant dans le contrat de *put & call* la clause de renonciation litigieuse, les parties se sont privées une fois pour toutes de la possibilité de contester la décision prise par le Tribunal arbitral au sujet de sa propre compétence, quels qu'en seraient les motifs. Elles ont ainsi assumé le risque de voir les arbitres s'arroger une compétence qu'ils n'avaient pas et statuer sur un objet n'entrant pas dans les prévisions de la clause arbitrale. Il est donc exclu de venir soutenir, *a posteriori*, comme le fait la recourante, que la renonciation litigieuse serait valable uniquement si le tribunal arbitral avait admis à bon droit sa compétence *ratione materiae*.

Argumenter ainsi revient à restreindre indûment la portée de la clause de renonciation en soustrayant de son champ d'application l'hypothèse dans laquelle le tribunal arbitral a étendu à tort son pouvoir décisionnel à des relations juridiques nouées certes par les mêmes parties, mais à un autre titre non couvert par la convention d'arbitrage. On ne voit pas pourquoi il se justifierait de soumettre la validité d'une renonciation totale à recourir à la reconnaissance préalable du bien-fondé de l'un des griefs qui auraient pu être soulevés sans cette renonciation. S'agissant plus particulièrement du moyen pris de l'incompétence du tribunal arbitral, il n'apparaît pas qu'il faille distinguer, sous l'angle de la renonciation au recours, le cas où les arbitres ont étendu leur compétence à une (prétendue) relation juridique n'ayant aucun rapport avec celle pour laquelle les parties ont compromis, de celui, par exemple, où ils ont statué sur une contestation inarbitrable.

Cela étant, force est d'admettre que les parties ont valablement renoncé à recourir contre la sentence présentement attaquée. Il s'ensuit l'irrecevabilité du recours dirigé contre cette sentence.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 6 mars 2008 : X SpA c. Y – 134 III 260H5145

ARBITRAGE

Suisse – Composition du tribunal – Tribunal arbitral du sport – Ordre public – Rejet

Un tribunal arbitral doit, à l'instar d'un tribunal étatique, présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité (ATF 125 I 389 c. 4a ; 119 II 271 c. 3b et les arrêts cités). Le non-respect de cette règle conduit à une composition irrégulière relevant de la disposition précitée (ATF 118 II 359 c. 3b). Pour dire si un tribunal arbitral présente de telles garanties, il faut se référer aux principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques (ATF 125 I 389 c. 4a ; 118 II 359 c. 3c, p. 361). Il convient, toutefois, de tenir compte des spécificités de l'arbitrage, et singulièrement de l'arbitrage international, lors de l'examen des circonstances du cas concret (ATF 129 III 445 c. 3.3.3, p. 454). À cet égard, l'arbitrage en matière de sport institué par le TAS présente des particularités qui ont déjà été mises en évidence par ailleurs (ATF 129 III 445 c. 4.2.2.2), telle la liste fermée d'arbitres, et dont on ne saurait faire abstraction, même si elles ne justifient pas en soi de se montrer moins exigeant en matière d'arbitrage sportif qu'en matière d'arbitrage commercial.

Selon l'article 30, alinéa 1 du CST, toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Cette garantie permet d'exiger la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité (ATF 126 I 68 c. 3a, p. 73) ; elle tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer le jugement en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du juge est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée ; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considéra-

tion ; les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (ATF 128 V 82 c. 2a, p. 84 et les arrêts cités).

L'impartialité subjective – qui est présumée jusqu'à preuve du contraire – assure à chacun que sa cause sera jugée sans acception de personne. Si la simple affirmation de la partialité ne suffit pas, mais doit reposer sur des faits objectifs, il n'est, en revanche, pas nécessaire que le juge soit effectivement prévenu ; la suspicion est légitime même si elle ne se fonde que sur des apparences, pour autant que celles-ci résultent de circonstances examinées objectivement (ATF 129 III 445 c. 3.3.3, p. 454 ; 128 V 82 c. 2a, p. 84 et les arrêts cités). La partie qui entend récuser un arbitre doit invoquer le motif de récusation aussitôt qu'elle en a connaissance. Cette règle jurisprudentielle, reprise expressément à l'article R. 34 du Code de l'arbitrage en matière de sport, vise aussi bien les motifs de récusation que la partie intéressée connaissait effectivement que ceux qu'elle aurait pu connaître en faisant preuve de l'attention voulue (ATF 129 III 445 c. 4.2.2.1, p. 465 et les références), étant précisé que choisir de rester dans l'ignorance peut être regardé, suivant les cas, comme une manœuvre abusive comparable au fait de différer l'annonce d'une demande de récusation (arrêt 4P. 188/2001 du 15 octobre 2001, c. 2c). La règle en question constitue une application, au domaine de la procédure arbitrale, du principe de la bonne foi. En vertu de ce principe, le droit d'invoquer le moyen tiré de la composition irrégulière du tribunal arbitral se périmé si la partie ne le fait pas valoir immédiatement, car elle ne saurait le garder en réserve pour ne l'invoquer qu'en cas d'issue défavorable de la procédure arbitrale (ATF 129 III 445 c. 3.1, p. 449 et les arrêts cités).

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 20 mars 2008 : X c. Y – 4a_506/2007

H5146

ARBITRAGE

Suisse – Arbitrage international – Tribunal arbitral du sport – Exclusion de la révision – Rejet

La recevabilité de la demande de révision, contestée par l'intimé, est effectivement sujette à caution. Certes, ce n'est pas le respect du délai dans lequel la demande de révision doit être déposée qui est ici en cause, puisque le requérant a agi à la fois dans les 30 jours suivant la découverte du motif de récusation (article 124, alinéa 1, lettre a de la LTF) et dans les 90 jours dès la notification de l'expédition complète de la sentence (article 124, alinéa 1, lettre d de la LTF). Ce qui fait problème, en revanche, c'est l'admissibilité même des motifs de révision invoqués par le requérant.

Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral, après avoir constaté qu'un motif comparable à celui dont il est ici question entrainait à la fois dans les prévisions de l'article 121, lettre a de la LTF (découverte d'un motif de récusation) et dans celles de l'article 123, alinéa 2, lettre a de la LTF (découverte d'un fait nouveau pertinent), s'est demandé s'il fallait en rester à la jurisprudence instaurée sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, selon laquelle il est exclu de fonder une demande de révision sur des circonstances pouvant être invoquées dans le cadre d'un recours basé sur l'article 190, alinéa 2 de la LDIP (ATF 129 III 727 c. 1, p. 729 et les références), ou s'il ne conviendrait pas plutôt d'ouvrir la voie de la révision lorsque le motif de révision n'est découvert qu'après l'expiration du délai de recours. Il a cependant laissé la question ouverte (arrêt 4A_528/2007 du 4 avril 2008, c. 2.5). Elle peut également demeurer indécidée dans le cas présent. En effet, la condition qui vient d'être énoncée comme préalable à une telle extension du domaine de la révision, eu égard à la subsidiarité de cette voie de droit par rapport au recours (cf. ATF 129 III 727 c. 1, p. 729), n'est de toute façon pas réalisée en l'espèce, attendu que, selon les dires du requérant, le motif de révision a été découvert bien avant l'échéance du délai de recours.

Le requérant, il est vrai, tire argument de la renonciation à recourir, prévue à l'article 10 du contrat de médiation, dont il reconnaît expressément la validité, pour en déduire que la révision était la seule voie qu'il pouvait emprunter s'il entendait se plaindre de la partialité de l'arbitre. On laissera en suspens, ici, le point de savoir si cette renonciation excluait aussi la révision (cf. l'arrêt 4P. 265/1996 du 2 juillet 1997, c. 1a, où le Tribunal fédéral déclare douteux que la révision tombe sous le coup de l'article 192 de la LDIP).

Cette parenthèse fermée, il paraît difficile d'admettre qu'une partie ayant expressément renoncé à recourir, et donc à se prévaloir du motif prévu à l'article 190, alinéa 2, lettre a de la LDIP, puisse néanmoins saisir le Tribunal fédéral par la bande en invoquant le même motif, découvert avant l'expiration du délai de recours, dans le cadre d'une demande de révision, faute de quoi l'article 192 de la LDIP deviendrait lettre morte.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 14 août 2008 : X c. Y – 4A_234/2008 H5147

ARBITRAGE

Suisse – Reprise de dettes et validité de la clause arbitrale – Rejet

Saisi du grief d'incompétence, le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral (ATF 133 III 139 c. 5, p. 141 et les arrêts cités). Il n'en devient pas pour autant une Cour d'appel. Aussi ne lui incombe-t-il pas de rechercher lui-même, dans la sentence attaquée, les arguments juridiques qui pourraient justifier l'admission du grief fondé sur l'article 190, alinéa 2, lettre b de la LDIP. C'est bien plutôt au recourant qu'il appartient d'attirer son attention sur eux, pour se conformer aux exigences de l'article 42, alinéa 2 de la LTF (arrêts 4A_160/2007 du 28 août 2007, c. 3.1 ; 4P.67/2003 du 8 juillet 2003, c. 1.5 non publié à l'ATF 129 III 675).

Lorsqu'il examine s'il est compétent pour trancher le différend qui lui est soumis, le tribunal arbitral doit résoudre, entre autres questions, celle de la portée subjective de la convention d'arbitrage. Il lui appartient de déterminer quelles sont les parties liées par cette convention et de rechercher, le cas échéant, si un ou des tiers qui n'y sont pas désignés entrent néanmoins dans son champ d'application. Cette question de compétence *ratione personae*, qui relève du fond, doit être résolue à la lumière de l'article 178, alinéa 2 LDIP (ATF 129 III 727 c. 5.3.1, p. 736). La disposition citée consacre trois rattachements alternatifs *in favorem validitatis*, sans aucune hiérarchie entre eux, à savoir le droit choisi par les parties, le droit régissant l'objet du litige (*lex causae*) et le droit suisse (ATF 129 III 727 c. 5.3.2, p. 736).

En vertu du principe de la relativité des obligations contractuelles, la convention d'arbitrage incluse dans un contrat ne lie que les cocontractants. Cependant, dans un certain nombre d'hypothèses, comme la cession de créance, la reprise (simple ou cumulative) de dette ou le transfert d'une relation contractuelle, le Tribunal fédéral admet de longue date qu'une convention d'arbitrage peut obliger même des personnes qui ne l'ont pas signée et qui n'y sont pas mentionnées (ATF 129 III 727 c. 5.3.1, p. 735 et les arrêts cités). En outre, le tiers qui s'immisce dans l'exécution du contrat contenant la convention d'arbitrage est réputé avoir adhéré, par actes concluants, à celle-ci si l'on peut inférer de cette immixtion sa volonté d'être partie à la convention d'arbitrage (ATF 129 III 727 c. 5.3.2, p. 737 ; arrêt 4P.48/2005 du 20 septembre 2005, c. 3.4.1).

La reprise de dette externe entraîne le transfert des droits accessoires, au sens de l'article 178, alinéa 1 CO, du débiteur au reprenant. La convention d'arbitrage constitue un tel accessoire. Il s'ensuit qu'elle lie le reprenant, sauf exceptions. Cela va de soi dans le cas d'une reprise privative, puisque celle-ci implique une succession à titre particulier dans la qualité de sujet passif de l'obligation, un nouveau débiteur prenant la place de l'ancien. La jurisprudence a aussi reconnu semblable effet à la reprise cumulative de dette (arrêt 4P.126/2001 du 18 décembre 2001, c. 2e/bb), même si, dans ce cas de figure, il n'y a pas un changement de débiteur, mais l'intervention d'un second débiteur qui devient débiteur solidaire aux côtés du débiteur primitif. La solution retenue pour ce type de reprise de dette externe peut paraître moins évidente, étant donné qu'il n'y a pas ici de substitution de débiteur ; elle se justifie, toutefois, à l'instar de celle qui a été adoptée pour l'autre forme de reprise de dette, par le motif que la clause compromissoire, en tant qu'accessoire de la dette reprise et, comme tel, indissociable de celle-ci, passe au reprenant, sauf stipulation contraire, lorsque ce dernier acquiert la qualité de codébiteur solidaire de ladite dette, quand bien même elle continue à lier le débiteur primitif. Il ne serait d'ailleurs guère expédient, du point de vue de l'économie de la procédure, de contraindre le créancier à faire valoir simultanément la même créance devant un tribunal arbitral à l'encontre du débiteur primitif et devant

le juge ordinaire à l'encontre du reprenant, sans compter le risque de décisions contradictoires que comporterait la mise en œuvre de deux instances. Au demeurant, la solution adoptée n'aggrave pas la position du nouveau codébiteur, puisque celui-ci sait, en reprenant cumulativement la dette, qu'il pourra être assigné par le créancier devant une juridiction arbitrale et qu'il peut ainsi, soit refuser la reprise de dette, soit convenir avec le créancier de ne pas appliquer la clause arbitrale pour trancher les différends qui pourraient les diviser.

Du point de vue fonctionnel, la reprise cumulative de dette est un moyen de sûretés servant à garantir une créance. Cela ne signifie pas pour autant que les autres formes de sûretés (cautionnement, porte-fort, garantie bancaire, etc.) doivent être traitées de la même manière qu'elle, sous le rapport de la convention d'arbitrage. En effet, la situation des autres garants se distingue fondamentalement de celle du reprenant en ce sens que les premiers, à l'inverse du second, ne deviennent pas les sujets passifs de la dette garantie, mais contractent une autre obligation, indépendante (porte-fort) ou accessoire (cautionnement), en vue de garantir le paiement de cette dette. Aussi n'est-il pas possible de considérer la convention d'arbitrage contenue dans le contrat principal comme un accessoire de la dette découlant du contrat de garantie *lato sensu*. Par conséquent, un tribunal arbitral ne saurait admettre sa compétence pour statuer sur les droits du créancier à l'égard du garant du seul fait que le contrat liant le créancier et le débiteur contient une convention d'arbitrage. Pour que sa compétence puisse être reconnue, il faut que le contrat de garantie inclut une clause arbitrale la prévoyant spécifiquement, qu'il contienne un renvoi suffisant à la clause compromissoire figurant dans le contrat principal (convention d'arbitrage par référence), voire, à ce défaut, que le garant ait manifesté, de manière expresse ou par une attitude concluante, une volonté que le créancier pouvait interpréter de bonne foi, selon le principe de la confiance, comme étant celle de se soumettre à la convention d'arbitrage insérée dans le contrat principal.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 19 août 2008 : X Ltd c. Y et Z S.p.A – 134 III 565 H5148

ARBITRAGE

Suisse – Validité d'un recours contre une sentence effectué par le biais d'une télécopie – Rejet

Par ordonnance présidentielle du 18 juin 2008, un délai, expirant le 19 août 2008, a été imparti à Z pour déposer sa réponse éventuelle au recours. Donnant suite à cette ordonnance, Z a adressé au Tribunal fédéral sa réponse écrite, datée du 18 août 2008, sous pli recommandé, avec accusé de réception, qu'elle a remis le 19 du même mois à un bureau de poste. Le pli en question a été réceptionné le 21 août 2008 au centre postal international de Zurich. L'intimée a, en outre, envoyé au Tribunal fédéral une copie de sa réponse par fax du 19 août 2008.

En vertu de l'article 48, alinéa 1 de la LTF, les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse. Hormis celui du Liechtenstein, les offices postaux étrangers ne sont pas assimilés à un bureau de poste suisse. La remise d'un mémoire à un tel office n'équivaut donc pas à la remise à un bureau de poste suisse (ATF 125 V 65 c. 1, p. 67). Pour que le délai soit sauvegardé en pareille hypothèse, il faut que le pli contenant le mémoire arrive au plus tard le dernier jour du délai au greffe du Tribunal fédéral ou que la Poste Suisse en prenne possession avant l'expiration du délai. Au demeurant, le dépôt d'une écriture par télécopie ne permet pas de respecter le délai (ATF 121 II 252 c. 4).

Considéré à la lumière de ces règles, le dépôt de la réponse de Z apparaît comme tardif. Cette écriture ne peut ainsi pas être prise en considération. En effet, La Poste Suisse n'a pris possession du pli la contenant que deux jours après l'expiration du délai de réponse. Quant à l'envoi de l'écriture par télécopie, le dernier jour du délai, il n'a pas permis d'observer ce délai.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 7 octobre 2008 : X c. Y et Z – 4a_258/2008 H5149

Suisse – Recevabilité d'un recours contre une ordonnance de procédure – Rejet

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions prévues par les articles 190 à 192 de la LDIP (article 77, alinéa 1 de la LTF).

En l'espèce, le siège de l'arbitrage a été fixé à Genève. L'une des parties au moins n'avait pas son domicile en Suisse au moment déterminant. Les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont donc applicables (article 176, alinéa 1 de la LDIP).

À ne considérer que son intitulé (*Procedural Order* n° 4), la décision attaquée pourrait être une simple ordonnance de procédure susceptible d'être modifiée ou rapportée en cours d'instance ; comme telle, elle ne pourrait pas être déférée au Tribunal fédéral (cf. ATF 122 III 492 c. 1b/bb). Toutefois, pour juger de la recevabilité du recours, ce qui est déterminant n'est pas la dénomination du prononcé entrepris, mais le contenu de celui-ci.

De ce point de vue, il n'est pas douteux que le Tribunal arbitral ne s'est pas borné à fixer la suite de la procédure. Il a statué sur la demande de suspension, ce qui donne lieu en principe à une décision incidente (cf. ATF 123 III 414 c. 1, p. 417). De plus, comme cela ressort des motifs énoncés par lui, si le Tribunal arbitral a refusé de suspendre la procédure arbitrale, c'est parce qu'il s'est estimé compétent pour se prononcer sur la validité de l'invalidation du second avenant. Ce faisant, il a rendu, de manière implicite à tout le moins, une décision incidente ayant trait à sa compétence *ratione materiae*, décision qui est sujette à recours (arrêt 4A_370/2007 du 21 février 2008 c. 2.3.1).

La même réflexion peut être faite en ce qui concerne les développements, figurant dans la décision incriminée, par lesquels le Tribunal arbitral a écarté le moyen se rapportant à la régularité de sa composition pour trancher la question de l'invalidation. Dès lors, la nature de la décision entreprise ne fait pas obstacle à la recevabilité du recours formé par la défenderesse (cf. article 190, alinéa 3 de la LDIP).

La recourante est directement touchée par la décision attaquée, qui pourrait rendre sans objet la procédure arbitrale qu'elle a introduite parallèlement pour faire constater son droit d'invaliditer le second avenant et qui l'oblige à souffrir que ce problème soit examiné par un Tribunal arbitral n'offrant plus, à son avis, de garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité pour se prononcer sur ce point. Elle a ainsi un intérêt personnel, actuel et juridiquement protégé à ce que cette sentence n'ait pas été rendue en violation des garanties découlant de l'article 190 alinéa 2, lettres a et b de la LDIP, ce qui lui confère la qualité pour recourir (article 76, alinéa 1 de la LTF).

Déposé en temps utile (article 100, alinéa 1 de la LTF), dans la forme prévue par la loi (article 42, alinéa 1 de la LTF), le recours est, en principe, recevable. Demeure réservé l'examen de la recevabilité des moyens qui y sont soulevés.

Le recours reste purement cassatoire (cf. l'article 77, alinéa 2 de la LTF qui exclut l'application de l'article 107, alinéa 2 de la LTF). Toutefois, lorsque le litige porte sur la compétence d'un tribunal arbitral, il a été admis, par exception, que le Tribunal fédéral pouvait lui-même constater la compétence ou l'incompétence (ATF 127 III 279 c. 1b ; 117 II 94 c. 4). Aussi la conclusion de la recourante visant à ce que le Tribunal fédéral constate l'incompétence du tribunal arbitral pour statuer sur la validité de l'invalidation du second avenant au contrat de licence, est-elle recevable.

La recourante demande, en outre, au Tribunal fédéral de prononcer la récusation des trois membres du Tribunal arbitral. La question de l'admissibilité d'une telle demande n'a pas été résolue à ce jour (cf. arrêt 4P.196/2003 du 7 janvier 2004 c. 2.2). Elle peut demeurer indécidée en l'espèce, dès lors que la recourante soutient à tort que le Tribunal arbitral a été irrégulièrement composé.

Trib féd. (1^{re} Cour civile), 29 octobre 2008 : X SA c. Y Lted – 4A-210/2008

H5150

Suisse – Reconnaissance en Suisse d'une sentence arbitrale rendue en France (article V, ch. 1, lettre e de la Convention de New York du 10 juin 1958) – Rejet

Il convient de vérifier si la sentence arbitrale du 5 juin 2007 et l'*Addendum* du 17 octobre 2007 sont dénués de caractère obligatoire au sens de la Convention de New York, comme le prétend la recourante.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la sentence arbitrale étrangère est obligatoire (*binding*) pour les parties lorsqu'un recours ordinaire n'est pas ou plus ouvert à son encontre (arrêt 5P.292/2005 du 3 janvier 2006 c. 3.2, reproduit partiellement in RSDIE 2007, p. 80). Cette conception est approuvée par la doctrine moderne. Pour qu'elle soit qualifiée d'« obligatoire », la sentence étrangère n'a pas besoin d'être exécutoire dans le pays d'origine, la Convention de New York ayant voulu éviter le « double exequatur » (ATF 108 Ib 85 c. 4^e ; arrêt 5P.292/2005 du 3 janvier 2006 déjà cité, c. 3.2).

Le seul motif qu'un recours en annulation est possible ou a été déposé dans l'État d'origine contre la sentence dont la reconnaissance est requise dans un État tiers, ne retire pas son caractère « obligatoire » à cette sentence.

En l'espèce, la recourante affirme qu'une sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que du recours en annulation prévu par l'article 1504, alinéa 1 du CPC. Or, à suivre les avis doctrinaux exposés ci-dessus, la possibilité d'intenter un tel recours ne suffit pas à rendre la sentence non obligatoire au sens de la Convention de New York. À cela s'ajoute que la recourante n'a pas démontré que le recours en annulation du droit français présenterait la caractéristique d'un recours ordinaire.

La critique doit être rejetée.

À l'appui d'un deuxième moyen, la recourante déclare que la Cour de justice a derechef violé l'article V, ch. 1, lettre e de la Convention de New York en admettant que l'effet suspensif d'un recours contre une sentence arbitrale n'est un motif d'opposition selon la norme précitée de ce traité qu'à la condition que la suspension résulte de la décision d'une autorité judiciaire.

Pour la recourante, au contraire, l'effet suspensif découlant de l'article 1506 du CPC suffirait pour empêcher l'exequatur de la sentence arbitrale. La position de l'autorité cantonale, basée sur des opinions de doctrine, ne serait pas conforme à la jurisprudence des tribunaux suisses. La compagnie X se réfère à ce propos à l'ATF 110 Ib 191 c. 2c, p. 195 et à un arrêt rendu en 1987 par la Cour de justice genevoise se conformant à ce précédent.

La compagnie X ne soutient pas, à bon droit, que les sentences dont l'exequatur est demandé en Suisse ont été annulées par un tribunal français. Elle n'a de toute façon jamais prétendu avoir formé un recours en France contre lesdites sentences.

Elle se limite à faire valoir que les sentences ont été suspendues dans l'État du siège (*i.e.* en France) en raison de l'effet suspensif résultant de l'article 1506 du CPC, norme qui dispose que le délai pour exercer notamment le recours en annulation de l'article 1504, alinéa 1 du CPC, suspend l'exécution de la sentence arbitrale, le recours exercé dans le délai étant également suspensif.

À l'ATF 110 Ib 191 c. 2c, cité par la recourante, le Tribunal fédéral a retenu, sans se rapporter à aucun avis de doctrine, que l'effet suspensif *ex lege* du pourvoi en cassation du droit français alors applicable constituait un motif d'opposition selon l'article V, ch. 1, lettre e de la Convention de New York.

Dans l'arrêt 5P.371/1999 du 21 mars 2000 c. 2b, publié in *Bulletin ASA* 20/2002 p. 266 et s., spéc. p. 268, la juridiction fédérale a affirmé que le motif tiré de la norme conventionnelle précitée pour refuser l'exequatur d'une sentence arbitrale anglaise ne pouvait trouver application *in casu*, car les magistrats de la Cour d'appel de Londres n'avaient pas suspendu formellement la sentence.

Les juges fédéraux ont étayé ce changement d'opinion en se reportant à Albert Jan van den Berg, *The New York Convention : Summary of Court Decisions, Bulletin ASA, Special Series* n° 9, p. 90, et Paulsson, *op. cit.*, p. 112, auteurs qui, tous deux, ont renvoyé à un arrêt de la Cour suprême suédoise du 13 août 1979 portant sur l'exequatur en Suède d'une sentence arbitrale rendue en

France susceptible d'y faire l'objet d'un recours en nullité (cause *Götaverken Arendal AB c/ General National Maritime Transport Company*, in *Rev. arb.*, Paris 1980, p. 555 et s.).

Le 8 décembre 2003, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt 4P.173/2003, dont le c. 3.1 *in medio* spécifie que l'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère doit être refusé « *lorsque l'effet suspensif a été accordé à un recours en nullité par l'autorité compétente* ». Cette phrase est suivie d'une référence à Patocchi/Jermini, in *Commentaire bâlois*, LDIP, 1^{re} éd. 1996, n° 117 ad article 194 de la LDIP.

Dans son arrêt 5P.292/2005 du 3 janvier 2006, mentionné au c. 2.2 ci-dessus, le Tribunal fédéral a confirmé implicitement les deux arrêts susrappelés non publiés au *Recueil officiel*, en écrivant que le motif d'opposition à l'exequatur de l'article V, ch. 1, lettre e de la Convention de New York était réalisé si les effets de la sentence « *pour la durée d'une procédure d'annulation en cours... ont été suspendus par l'autorité compétente* ». Cet arrêt renvoie, outre à l'avis précité de Patocchi/Jermini, à ceux de Siehr, op. cit., n° 26 ad article 194 de la LDIP, et de Bucher/Bonomi, *Droit international privé*, 2^e éd. 2004, n° 1330.

La nouvelle opinion du Tribunal fédéral, selon laquelle la suspension de la sentence dans l'État d'origine ne constitue un motif d'opposition, tel que l'entend l'article V, ch. 1, lettre e de la Convention de New York, que si elle a été octroyée par une décision de justice, mais non pas si elle résulte simplement de plein droit du recours ouvert contre la sentence, a été saluée par la doctrine.

La jurisprudence initiée par l'arrêt 5P.371/1999 du 21 mars 2000 doit être confirmée.

Elle est tout d'abord en harmonie avec le texte même de la Convention de New York, qui, au regard du motif de refus en question, fait état d'une sentence « *suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue* ». Une suspension *ex lege* sort manifestement du cadre de cette norme.

Ensuite, les motifs de refus de l'article V de la Convention de New York doivent être interprétés restrictivement pour favoriser l'exequatur de la sentence arbitrale.

Enfin, il semble délicat, au point de vue de la théorie du droit, de faire obstacle à une Convention internationale ayant pour but de faciliter la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères en s'appuyant sur une simple règle de procédure de l'État du siège, qui suspend l'exécution de la sentence dans cet État tant qu'il est possible d'y attaquer celle-ci par un recours extraordinaire.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que le caractère suspensif attaché par l'article 1506 du CPC au recours en annulation, ne constitue pas un moyen de défense permettant à la recourante d'empêcher l'exequatur en Suisse de la sentence du 5 juin 2007 et de l'*Addendum* du 17 octobre 2007.

Le moyen est infondé.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 9 décembre 2008 : Compagnie X SA c. État Y – ATF 133 III 136 **H5151**

ARBITRAGE

Suisse – Tribunal arbitral du sport – Recours contre une sentence dans un arbitrage sans valeur patrimoniale – Rejet

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions prévues par les articles 190 à 192 de la LDIP (article 77, alinéa 1 de la LTF).

Le siège du TAS se trouve à Lausanne. L'une des parties au moins (en l'occurrence, l'intimée) n'avait pas son domicile en Suisse au moment déterminant. Les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont donc applicables (article 176, alinéa 1 de la LDIP).

La recourante est directement touchée par la sentence attaquée, puisque celle-ci la contraint à continuer de procéder devant un tribunal arbitral dont elle conteste la compétence. Elle a ainsi un intérêt personnel, actuel et juridiquement protégé à ce que cette sentence n'ait pas été rendue en violation de l'article 190, alinéa 2, lettre b de la LDIP, ce qui lui confère la qualité pour recourir (article 76, alinéa 1 de la LTF).

Déposé dans les 30 jours suivant la notification de la sentence attaquée (article 100, alinéa 1 de la LTF en liaison avec l'article 46, alinéa 1, lettre b de la LTF), le recours, qui satisfait aux exigences formelles posées par l'article 42, alinéa 1 de la LTF, est recevable.

Point n'est besoin d'examiner ici la question – controversée – de savoir si le recours en matière civile est soumis à la condition d'une valeur litigieuse minimale lorsqu'il a pour objet une sentence arbitrale internationale. À supposer que ce soit le cas, une telle exigence ne saurait aller au-delà de celle qui est applicable au recours en matière civile visant une décision prise par une autorité cantonale de dernière instance. Or, selon la jurisprudence, le différend ayant trait à la qualité de membre d'une association, telle la présente contestation, ne constitue pas une affaire pécuniaire, au sens de l'article 74 de la LTF, et n'est donc pas soumis à l'exigence d'une valeur litigieuse minimale.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 22 décembre 2008 : UEFA c. Association Z – 4A_392/2008 **H5152**

ARBITRAGE

Suisse – Tribunal arbitral du sport – Droit d'être entendu – Principe *Jura novit curia* – Admission du recours

En Suisse, le droit d'être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits. Le droit des parties d'être interpellées sur des questions juridiques n'est reconnu que de manière restreinte. En règle générale, selon l'adage *jura novit curia*, les tribunaux étatiques ou arbitraux apprécient librement la portée juridique des faits et ils peuvent statuer aussi sur la base de règles de droit autres que celles invoquées par les parties.

En conséquence, pour autant que la convention d'arbitrage ne restreigne pas la mission du tribunal arbitral aux seuls moyens juridiques soulevés par les parties, celles-ci n'ont pas à être entendues de façon spécifique sur la portée à reconnaître aux règles de droit. À titre exceptionnel, il convient de les interpellier lorsque le juge ou le tribunal arbitral envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n'a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence (ATF 130 III 35 c. 5 et les références). Au demeurant, savoir ce qui est imprévisible est une question d'appréciation. Aussi le Tribunal fédéral se montre-t-il restrictif dans l'application de ladite règle pour ce motif et parce qu'il convient d'avoir égard aux particularités de ce type de procédure en évitant que l'argument de la surprise ne soit utilisé en vue d'obtenir un examen matériel de la sentence par l'autorité de recours. En l'espèce, le recourant plaide avec raison l'effet de surprise. Que le droit suisse fût applicable à titre supplétif au présent litige n'est certes pas contesté, ni contestable du reste.

Il ne s'ensuit pas pour autant que, dans le cas présent, le recourant devait raisonnablement s'attendre à se voir appliquer les dispositions pertinentes de la LSE [la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de service]. Ainsi que le précise son article 2, alinéa 1, cette loi régit, entre autres activités, celle du placeur, qui consiste à mettre employeurs et demandeurs d'emploi en contact afin qu'ils puissent conclure des contrats de travail, mais à la condition que cette activité s'exerce « en Suisse ».

En l'occurrence, il est question d'un agent de joueurs espagnol domicilié en Espagne qui réclame une commission de courtage à un joueur de football brésilien domicilié au Portugal du fait que ce joueur a conclu un contrat de travail avec un club de football portugais grâce à sa prétendue entremise. Hormis l'application à titre supplétif du droit matériel suisse prévue par le règlement de la FIFA, la présente cause n'offre ainsi pas le moindre point de rattachement avec la Suisse. C'est dire que le recourant ne pouvait pas prévoir que le TAS tirerait argument d'une disposition de la LSE manifestement inapplicable pour conclure à la nullité de la clause d'exclusivité stipulée par les parties et maintenir, de ce fait, l'exigence d'un lien de causalité (non prouvé) entre l'activité alléguée par le courtier et la conclusion du contrat de travail par l'intimé avec le club portugais. Il le pouvait d'autant moins qu'aucune des parties n'avait invoqué la LSE dans la procédure arbitrale. Le TAS aurait dû, à tout le moins, interpellier les parties sur cette question et les inviter à faire valoir leurs moyens. Le recourant eût été alors en mesure de présenter ses arguments pour s'opposer à l'application de la LSE. Aussi, en omettant cette interpellation, le TAS a-t-il violé le droit d'être entendu du recourant. Semblable violation a eu une incidence concrète sur la situation juridique de cette partie, puisque celle-ci ne dispose d'aucun moyen pour faire sanctionner par le Tribunal fédéral l'application erronée, voire arbitraire, de la LSE qui a entraîné le rejet de sa demande pécuniaire.

Cela étant, il y a lieu d'admettre le recours et d'annuler la sentence attaquée. En revanche, eu égard au caractère purement casatoire du recours en matière civile dirigé contre une sentence arbitrale internationale (article 77, alinéa 2 de la LTF), il ne sera pas donné suite à la conclusion du recourant visant à ce que la cause soit renvoyée au TAS avec une injonction.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 9 février 2009 : X c. Y – 4A.400/2008 H5153

ARBITRAGE

Suisse – Tribunal arbitral du sport – Formalisme excessif – Non-paiement de l'avance de frais dans les délais – Rejet

Le recourant soutient, en substance, que le TAS a fait preuve de formalisme excessif en rayant la cause du rôle après avoir reçu l'entier de la provision requise. Selon lui, la décision de clôture était dépourvue d'intérêt pour le TAS, auquel elle ne causait pas le moindre préjudice, tandis qu'elle faisait perdre à la partie recourante toute possibilité d'échapper au paiement à double du montant de 400.000 €.

Le formalisme est qualifié d'excessif lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux. Selon une jurisprudence bien établie, il n'y a pas de rigueur excessive à ne pas entrer en matière sur un recours lorsque, conformément au droit de procédure applicable, la recevabilité de celui-ci est subordonnée au versement d'une avance de frais dans un délai déterminé ; il faut cependant que son auteur ait été averti de façon appropriée du montant à verser, du délai imparti pour le paiement et des conséquences de l'inobservation de ce délai (ATF 104 la 105 c. 5, p. 112 ; 96 I 521 c. 4, p. 523).

En l'occurrence, la lettre que le TAS avait adressée au recourant le 25 septembre 2008 remplissait toutes ces conditions. Aussi le TAS pouvait-il constater, sans commettre un excès de formalisme, que la conséquence attachée par l'article R. 64-2 du Code au défaut de versement de l'avance était applicable aux circonstances du cas qui lui était soumis.

Que l'avance ait bien été versée avant que le TAS prenne acte du retrait de l'appel dans la décision attaquée n'est pas déterminant, quoi qu'en dise le recourant, sans compter que le versement, opéré par ce dernier le même jour que celui où ladite décision a été rendue, n'est parvenu à la connaissance du TAS que deux jours plus tard. Le Tribunal fédéral n'entre pas non plus en matière sur un recours, conformément à l'article 62, alinéa 3 de la LTF, quand l'avance de frais n'a pas été versée en temps utile, même s'il est en possession du montant de cette avance effectuée hors délai lorsqu'il prononce l'arrêt d'irrecevabilité. Il considère, en effet, que les formes procédurales sont nécessaires dans la mise en œuvre des voies de droit, ne serait-ce que pour assurer le déroulement de la procédure conformément au principe de l'égalité de traitement. On ne voit pas pourquoi il devrait en aller autrement dans le cas d'une institution d'arbitrage. Ce serait oublier que, dans une procédure arbitrale, tout comme dans une procédure étatique, la partie intimée est en droit d'attendre du tribunal arbitral qu'il applique et respecte les dispositions de son propre règlement de procédure.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 20 février 2009 : X c. Y – 4a_600/2008 H5154

ARBITRAGE

Suisse – Compétence – Recours contre une sentence partielle – Ordre public – Applicabilité de la CEDH devant une juridiction arbitrale – Rejet

La sentence partielle proprement dite ou sentence partielle *stricto sensu*, mentionnée à l'article 188 de la LDIP, est celle par laquelle le tribunal arbitral statue sur une partie quantitativement limitée des prétentions qui lui sont soumises ou sur l'une des diverses prétentions litigieuses (ATF 128 III 191 c. 4a, p. 194). Elle se distingue de la sentence préjudicielle ou incidente, qui règle une ou plusieurs questions préalables de fond ou de procédure (même arrêt, *ibid.*). Selon la jurisprudence, une sentence partielle peut faire l'objet d'un

recours immédiat aux mêmes conditions qu'une sentence finale, car elle constitue, comme cette dernière, une sentence tombant sous le coup de l'article 190, alinéas 1 et 2 de la LDIP (ATF 130 III 755 c. 1.2.2, p. 761 et s.). En réalité, il faut admettre, avec la doctrine, que les sentences partielles doivent être attaquées dans les trente jours suivant leur communication, sous peine de forclusion. Permettre au recourant de s'en prendre à la sentence partielle dans le cadre du recours dirigé contre la sentence finale irait, en effet, à l'encontre du but même du recours immédiat contre une sentence partielle, qui consiste à vider définitivement une partie du litige.

Les sentences préjudicielles ou incidentes ne peuvent être attaquées, en vertu de l'article 190, alinéa 3 de la LDIP, que pour les deux motifs énoncés à l'article 190, alinéa 2, lettre a (composition irrégulière du tribunal arbitral) et b (compétence ou incompétence du tribunal arbitral) LDIP (ATF 130 III 755 c. 1.2.2, p. 162). À vrai dire, il ne s'agit pas seulement d'une faculté accordée aux parties, mais bien d'une obligation sanctionnée par la forclusion (ATF 130 III 66 c. 4.3, p. 75 ; 121 III 495 c. 6d, p. 502 et les références).

La sentence du 27 octobre 2005 revêt un caractère hybride. Sous chiffres 1 et 2 de son dispositif, elle constate la recevabilité de l'appel formé par l'intimé contre la décision rendue le 26 novembre 2004 par la CRL, admet partiellement cet appel et annule la décision attaquée dans la mesure où la CRL s'est déclarée incompétente pour statuer sur les prétentions litigieuses découlant de la convention de formation ; il s'agit, en cela, d'une sentence incidente réglant des questions de procédure. Il en va de même en ce qui concerne le renvoi de la décision sur les frais et dépens de l'arbitrage à la sentence finale, tel qu'il a été opéré au chiffre 7 de la sentence précitée. En tant qu'elle retient la violation, par le recourant, de ses obligations contractuelles envers l'intimé et dit que les parties seront prochainement invitées à se déterminer par écrit sur la question des éventuelles indemnités supplémentaires dues à l'intimé (chiffres 3 et 4 du dispositif), la sentence du 27 octobre 2005 tranche une question préalable de fond – la responsabilité contractuelle du joueur à l'égard de son club formateur – et formule une directive procédurale en fonction de la réponse donnée à cette question ; on a affaire ici, sur le premier de ces deux points, à une sentence préjudicielle. Pour le surplus, la sentence analysée confirme les points 2, 3 et 4 de la décision attaquée, rejetant toutes autres conclusions des parties (chiffres 5 et 6 du dispositif). Ainsi, elle entérine, premièrement, le refus de la FIFA d'obliger le recourant à retourner dans son club formateur et à signer un contrat avec ce dernier ; deuxièmement, l'autorisation donnée au recourant de se faire enregistrer comme joueur de Y ; troisièmement, l'obligation faite à ce club de verser à l'intimé la somme de 300.000 € à titre d'indemnité de formation ; sur tous ces points, on est en présence d'une sentence partielle proprement dite.

N'ayant pas recouru immédiatement contre la sentence du 27 octobre 2005, le recourant, pour les motifs susmentionnés, n'est plus habilité à remettre en cause les chiffres 5 et 6 du dispositif de cette sentence dans le cadre de son recours dirigé contre la sentence finale du 17 juillet 2007, si tant est qu'il ait encore un intérêt à le faire. Il conserve, en revanche, le droit de critiquer, à cette occasion, les autres points du dispositif de la même sentence dans la mesure où ils font de celle-ci une sentence préjudicielle et incidente.

Demeure en suspens, à ce stade du développement, la question de savoir si le recourant est en droit, nonobstant l'existence de la sentence préalable du 27 octobre 2005, d'invoquer, dans son recours dirigé contre la sentence finale du 17 juillet 2007, le moyen pris de l'incompétence du TAS. Cette question sera traitée lors de l'examen du grief correspondant.

À suivre le recourant, la sentence attaquée violerait, en outre, l'interdiction du travail forcé, telle qu'elle figure à l'article 4, alinéa 2 de la CEDH, et contreviendrait par là même aux principes essentiels couverts par la notion d'ordre public de l'article 190, alinéa 2, lettre e de la LDIP. De fait, sanctionner, comme l'a fait le TAS, le refus de respecter un plan de carrière imposé par un club de football à un joueur amateur de 16 ans, par une condamnation de ce jeune joueur à verser des dommages-intérêts exorbitants à son club formateur, reviendrait à rendre totalement irrévocable un accord qui devrait impérativement demeurer réversible pour être conforme à l'ordre public.

La Convention européenne des droits de l'homme ne s'applique pas directement à l'arbitrage. En effet, la violation des dispositions de cette Convention ne compte pas au nombre des griefs limitativement énumérés par l'article 190, alinéa 2 de la LDIP. Cependant, la prise en considération des principes sous-tendant ces disposi-

tions à lors de l'examen de ces griefs-ci ne devrait pas être exclue d'emblée (arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006, c. 7.3). Dans ce sens, on peut admettre, avec le recourant, que serait contraire à la notion d'ordre public matériel, telle que la conçoit le droit suisse, une sentence qui porterait atteinte, même indirectement, à un principe aussi fondamental que celui de l'interdiction du travail forcé.

Sous chiffre 66 de sa sentence du 27 octobre 2005, le TAS, après avoir exposé les particularités du dispositif français de formation des footballeurs (ch. 58 à 65), indique qu'il ne lui appartient pas « d'apprécier la validité » de ce dispositif, notamment au regard du droit communautaire. Il s'est donc estimé incompétent – à tort ou à raison – pour vérifier la compatibilité du système de formation des jeunes footballeurs mis en place par la France avec la législation en vigueur, en particulier au niveau européen. Or, le recourant ne lui fait pas grief de n'avoir pas traité cette question, mais cherche à démontrer directement en quoi la sentence attaquée aboutit, selon lui, à un résultat qui ne tient pas compte de l'incompatibilité d'un tel système avec le droit en vigueur, en l'occurrence la Convention européenne des droits de l'homme. Il perd de vue, ce faisant, que l'on ne saurait reprocher à une juridiction précédente, qu'elle soit étatique ou arbitrale, d'avoir traité de manière incorrecte un problème que cette juridiction n'a pas traité parce qu'elle a décliné sa compétence pour le faire, et ce sans qu'on lui en fasse grief.

Aussi n'est-il pas possible d'entrer en matière sur le moyen pris de la violation de l'article 4, alinéa 2 de la CEDH.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 21 février 2009 – 4A_370/2007

H5155

ARBITRAGE

Suisse – Faillite internationale et effet sur une clause arbitrale – Perte de la qualité pour défendre dans une procédure arbitrale – Rejet

La question de la capacité de comparaître en tant que partie est à vérifier sous l'angle du recours en contestation de la compétence du tribunal arbitral au sens de l'article 190, alinéa 2, lettre b de la LDIP (ATF 117 II 98). Dans ce cas, le Tribunal fédéral revoit les griefs de compétence avec un plein pouvoir d'examen, en y incluant les questions préjudicielles matérielles qui sont décisives quant à la décision sur la compétence (ATF 117 II 94, C. 5a, p. 97 ; ATF 129 III 727, C. 5.2.2, p. 733, 128 III 50, C. 2a, p. 54, ATF 119 II 380 C. 3c, p. 383 avec les références citées). Si de telles questions préju-

dicielles doivent se déterminer selon le droit étranger, le Tribunal fédéral examine également, dans le cadre du recours sur la compétence, la question de son application avec un plein pouvoir d'examen et de cognition. Dans ce cas, le Tribunal fédéral suit les conceptions juridiques majoritaires du pays étranger et en cas de conflit entre la jurisprudence et la doctrine, la jurisprudence de l'instance suprême (arrêt 4p.137/2002 du 4 juillet 2003 C. 7.2.1).

Dans le cas de la question de l'aptitude à être partie à une procédure arbitrale, la LDIP contient en son article 177, alinéa 2 une réglementation spécifique pour les entreprises dominées par un État étranger, ou contrôlées par ce dernier. La loi est cependant silencieuse sur la question de la capacité subjective de parties non-étatiques à participer à une procédure (Message sur la loi sur le droit international privé du 10 novembre 1982, FF 1983 I 263 et s., p. 459, chiffre 210.22). Ce faisant, c'est le principe procédural général qui est applicable, selon lequel la capacité d'être partie dépend de la question préjudicielle de la capacité juridique. Cette question se détermine selon le statut de la personne physique (articles 33 et s. de la LDIP) respectivement, les articles 154, 155, lettre c de la LDIP (pour les personnes morales). La détermination de la capacité juridique et, ce faisant, de la capacité d'être partie dans un arbitrage international se détermine dès lors selon le droit polonais au sens de l'article 154 en relation avec l'article 155, lettre c de la LDIP. L'intimée est incorporée en tant que société anonyme de droit polonais. Cela est en conformité avec le statut au sens du droit de la faillite. Selon les développements du tribunal arbitral qui se base entre autres sur des expertises de professeurs de droit polonais, la recourante n° 6 (Elektrim) a perdu à l'ouverture de la faillite la capacité à être partie à une procédure arbitrale. Selon l'article 142 de la loi polonaise sur la poursuite et la faillite qui règle sur ce point une question particulière de capacité à être partie, une société polonaise en faillite perd la capacité subjective à être partie dans une procédure en cours [Toute clause arbitrale conclue par le failli perd ses effets juridiques dès la date de la déclaration de faillite et toute procédure arbitrale pendante devra être arrêtée].

Il n'existe aucune raison de douter de cette conception juridique. Les recourants n'arrivent pas à prouver que le droit polonais devrait être interprété différemment. Le Tribunal arbitral s'est ainsi à raisons déclaré incompétent en ce qui concerne l'intimée n° 6.

Trib. féd. (1^{re} Cour civile), 31 mars 2009 : Vivendi SA, Elektrim et al. c. Deutsche Telekom AG et al. (Nda : traduction libre de l'allemand, langue officielle de l'arrêt). À propos de cette décision, v. aussi l'article de Domitille Baizeau dans ce numéro, supra p. 5.

H5156

Panorama de jurisprudence allemande

Valéry DENOIX DE SAINT-MARC, avocat aux Barreaux de Paris et Berlin

ARBITRAGE

Allemagne – Convention de Bruxelles et Règlement n° 44/2001 – Exception d'arbitrage – Portée – Jugement néerlandais – Constitution de garantie bancaire – Exequatur

La défenderesse a été condamnée par une juridiction néerlandaise à fournir une garantie bancaire à première demande relative à l'exécution d'une sentence définitive prononcée antérieurement par un tribunal arbitral. Le demandeur a obtenu devant une juridiction allemande de première instance l'exequatur en Allemagne de cette décision judiciaire néerlandaise.

La décision de première instance a été infirmée par la juridiction d'appel allemande. La Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof ou BGH) a enfin cassé la décision d'appel en ce qu'elle avait refusé l'exequatur.

La Cour de cassation allemande a en effet jugé que la juridiction d'appel avait à tort considéré que la Convention de Bruxelles de 1968 ne s'appliquait pas en l'espèce, en interprétant de manière erronée son article 1, alinéa 2, n° 4. Il résulte certes de cette disposition que la convention ne s'applique pas en matière d'arbi-

trage. Il ne convient pas, toutefois, d'en retenir une interprétation extensive, ni de considérer qu'elle a pour effet d'écarter du champ d'application de la Convention de Bruxelles toutes les décisions judiciaires rendues en matière d'arbitrage. Il est exact que l'article 1, alinéa 2, n° 4 écarte les décisions qui interviennent en support d'une procédure ou d'une sentence arbitrale ; c'est notamment le cas des procédures ayant pour objet la validité d'une convention d'arbitrage, l'exequatur d'une sentence ou la désignation d'un arbitre.

En l'espèce, en revanche, la décision de la juridiction néerlandaise n'a pas pour objet d'intervenir en support de la procédure arbitrale, ni d'incorporer la sentence dans son propre dispositif. Elle a au contraire directement pour objet la relation contractuelle entre les parties, au titre de laquelle la défenderesse est tenue, à l'initiative de la demanderesse, de constituer une garantie de la parfaite exécution de ses obligations. En conséquence, la décision de la juridiction étatique néerlandaise n'a en rien vérifié le bien-fondé de la sentence rendue antérieurement ; plus généralement, elle peut être déconnectée de la procédure arbitrale.

Ainsi, l'article 1, alinéa 2, n° 4 de la Convention de Bruxelles ne s'applique pas aux décisions des tribunaux étatiques accordant des mesures de protection provisoire qui garantissent des droits contractuels, alors même que ces droits ont été sanctionnés par une sen-

tence arbitrale, par opposition à celles qui sont relatives à la reconnaissance ou à l'exécution d'une sentence ou au déroulement d'une procédure arbitrale.

C. féd. de just. (BGH), 5 février 2009 : n° IX ZB 89/06 H5137

ARBITRAGE

Allemagne – Sentence arbitrale – Exequatur – Convention d'arbitrage – Conditions de forme – Vice de forme – Loi applicable – Forclusion

Le Tribunal régional supérieur de justice de Dresde a fait droit à une demande d'exequatur d'une sentence rendue par le Tribunal arbitral de la Chambre de commerce et d'agriculture de la République tchèque. À cette fin, le Tribunal régional supérieur a rejeté le moyen soulevé par le défendeur (tant à la procédure arbitrale qu'à la procédure d'exequatur), selon lequel la convention d'arbitrage aurait été affectée d'un vice de forme.

Plus spécifiquement, le défendeur soutenait que le tribunal arbitral s'était à tort déclaré compétent, alors qu'il avait à juste titre décidé que le contrat de représentation commerciale dans lequel figure la clause compromissoire ne satisfaisait pas aux conditions de forme requises pour ce type de convention. Selon le défendeur, ce défaut viciait nécessairement la clause compromissoire. Le fait que le tribunal arbitral se soit néanmoins déclaré compétent, en dépit d'un tel vice, violerait le droit du défendeur à être entendu en justice.

Même si le contrat de représentation commerciale, que les parties avaient entendu soumettre au droit tchèque, était affecté d'un vice de forme (ce qui affecte d'ailleurs le choix du droit tchèque comme droit applicable), les effets de cette nullité n'atteignent pas la clause compromissoire. La validité de cette dernière s'apprécie au regard du droit tchèque dans la mesure où le tribunal arbitral avait son siège en République tchèque. De plus, le défendeur est forclos dans sa demande, faute d'avoir soulevé ce moyen dans le cadre de la procédure arbitrale.

En outre, la violation de la règle *audi alteram partem* ne peut être utilement invoquée que si l'on peut établir que le respect de cette règle aurait permis à la partie concernée de soumettre au tribunal des moyens susceptibles de le conduire à rendre une sentence différente. En l'espèce, le défendeur ne fait nullement valoir qu'il aurait été empêché de formuler une demande reconventionnelle, ni de faire valoir des arguments supplémentaires à l'appui de la nullité de la convention.

Par ailleurs, l'exequatur ainsi prononcé ne viole pas l'ordre public allemand dans la mesure où il n'est pas établi que le défendeur soit privé de la possibilité de faire valoir, en application du droit tchèque, d'autres droits dont il disposerait au titre du contrat.

Trib. rég. sup. de just. (OLG) Dresde, 18 février 2009 : n° 11 Sch 07/08 H5138

Panorama de jurisprudence italienne

par Tiziana TAMPIERI, Studio Tampieri e Associati, Bologna

ARBITRAGE

Italie – Arbitrage contractuel ou juridictionnel – Clause compromissoire – Validité – Forme écrite *ad substantiam* et *ad probationem*

Aux termes de l'article 807 du Code de procédure civile, la forme écrite de la clause compromissoire est requise sous peine de nullité uniquement pour l'arbitrage juridictionnel (dit *rituale*), tandis qu'elle ne l'est pas dans l'arbitrage contractuel (dit *irrituale*) lorsque l'arbitrage concerne des rapports pour lesquels la forme écrite *ad substantiam* est requise en vertu de l'article 1350 du Code civil. Dans les autres hypothèses, il faut se référer à l'article 1967 du Code civil, relatif à la forme écrite requise *ad probationem*.

Ainsi, bien que ne revêtant pas les caractères essentiels de l'acte écrit prévu par l'article 807 du Code de procédure civile pour la validité de l'arbitrage juridictionnel (dit *rituale*), et ne pouvant donc, dans l'hypothèse où la forme écrite *ad substantiam* est requise, intégrer un nouveau compromis qui absorbe ou remplace celui précédemment stipulé, un procès-verbal relatif à la constitution du tribunal arbitral et à la demande des parties peuvent être utilisés comme preuve écrite requise pour l'arbitrage contractuel (dit *irrituale*), et donc être utilisés pour d'éventuels accords modificatifs ou substitutifs de celui-ci.

Trib. Pavia, Sez. I, 2 juillet 2008 H5157

NOTE ■ Cette décision confirme le courant jurisprudentiel déjà bien établi depuis l'arrêt de la Cour de cassation n° 8417 du 25 août 1998 et réaffirmé par jugements successifs (parmi lesquels, par exemple, une décision du Tribunal de Parma du 23 janvier 2002).

L'article 807 du Code de procédure civile, relatif à la « *forme du compromis* », prévoit que « *le compromis doit, sous peine de nullité, être rédigé par écrit et déterminer l'objet du différend* ». La décision commentée établit qu'une telle obligation et une telle nullité ne vaut que dans le cas de l'arbitrage dit *rituale* (juridictionnel), tandis qu'en ce qui concerne l'arbitrage dit *irrituale* ou « libre » – ayant un caractère pure-

ment contractuel –, la forme écrite du pacte compromissoire est requise sous peine de nullité uniquement lorsque la loi (et, en particulier, l'article 1350 du Code civil) prescrit, pour la validité des contrats, la forme écrite *ad substantiam*. Il s'agit, en particulier, des contrats qui constituent, modifient, ou transfèrent la propriété et d'autres droits réels sur des biens immobiliers et des contrats de bail portant sur des biens immobiliers d'une durée supérieure à neuf ans.

ARBITRAGE

Italie – Arbitrage administratif – Liquidation de la rémunération des arbitres par la chambre arbitrale – Non-acceptation des parties – Recours au président du Tribunal

Lorsque la décision de la chambre arbitrale en matière de liquidation des honoraires des arbitres n'est pas acceptée par les parties, les arbitres peuvent s'adresser au président du Tribunal étatique pour la liquidation de leurs honoraires.

Cass. civ., Sez. Unite, 1^{er} juillet 2008 : n° 17930 H5159

NOTE ■ Par cet arrêt des sections unies de la Cour de cassation, la compétence du président du tribunal pour fixer les honoraires des arbitres est expressément affirmée, non seulement dans le cas d'un arbitrage *ad hoc*, mais également dans le cas d'un arbitrage administratif.

Dans le cas d'espèce, dans le cadre d'un marché public conclu entre la Commune de Sienna et une entreprise privée, un différend entre les parties avait été soumis à l'arbitrage devant la chambre arbitrale instituée auprès de l'Autorité des travaux publics aux termes de l'article 150 du DPR n° 544/1999.

À l'issue de la procédure arbitrale, la chambre arbitrale avait déterminé ses honoraires en appliquant les critères et les tarifs prévus par le décret ministériel n° 398/2000. La Commune de Sienna avait contesté les honoraires et formé un recours contre la décision de la chambre arbitrale devant le Tribunal administratif régional du Lazio, qui s'est déclaré incompétent au profit du juge civil.

Le Conseil d'État a infirmé la décision, relevant la compétence du juge administratif. La chambre arbitrale a alors formé un pourvoi devant la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 814, alinéa 2 du Code de procédure civile, qui prévoit que : « Lorsque les arbitres effectuent directement la liquidation des frais et des honoraires, ladite liquidation n'est pas obligatoire pour les parties si elles ne l'acceptent pas. Dans ce cas, le montant des frais et des honoraires est déterminé par ordonnance du président du tribunal indiqué par l'article 810, alinéa 2, sur recours des arbitres et après avoir entendu les parties ».

La section unie de la Cour de cassation établit le principe selon lequel les mécanismes de détermination des honoraires d'arbitres établis par des institutions arbitrales doivent être considérés comme étant une simple proposition de nature non obligatoire, que les parties restent libres de ne pas accepter en laissant la possibilité pour les arbitres de saisir le président du Tribunal administratif du siège de l'arbitrage, selon l'article 814 du Code de procédure civile.

ARBITRAGE

Italie – Nomination des arbitres – Modalités contraaires à la loi – Nullité de la sentence – Recours en nullité

La nomination des arbitres effectuée selon des modalités non conformes à la loi entraîne la nullité de la sentence en vertu des articles 827 et suivants du Code de procédure civile, qui prévoient la possibilité d'un recours en annulation devant la Cour d'appel.

Trib. Monza, Sez. I, 7 avril 2008

H5160

NOTE ■ Par cet arrêt, le Tribunal de Monza a annulé la sentence arbitrale rendue par les arbitres nommés selon un mécanisme de nomination contraire aux dispositions législatives impératives. En l'espèce, il s'agissait d'une sentence rendue dans le cadre d'un litige entre des associés d'une société dont les statuts prévoyaient un mécanisme de nomination des arbitres non conforme aux modalités établies par le décret législatif n° 5/2003, qui stipule en son article 34 que la clause compromissoire doit prévoir le nombre et les modalités de nomination des arbitres, en attribuant sous peine de nullité le pouvoir de nomination de tous les arbitres à un tiers à la société identifié dans les statuts. Si ce dernier n'accomplit pas cette tâche, ce pouvoir appartient au président du tribunal étatique.

Dès lors que la clause compromissoire insérée dans les statuts de ladite société ne respectait pas les exigences impératives posées par la loi, et qu'en l'espèce les arbitres avaient été nommés de manière non conforme à ces exigences, le Tribunal de Monza a appliqué la disposition de l'article 827 du Code de procédure civile qui, parmi les causes de nullité de la sentence, mentionne la non-conformité de la nomination des arbitres avec les modalités prévues par la loi.

ARBITRAGE

Italie – Convention d'arbitrage – Saisine de la juridiction étatique – Exception d'arbitrage – Demande reconventionnelle – Demande à titre principal et à titre subsidiaire

La thèse selon laquelle l'exception d'arbitrage est toujours incompatible avec les demandes reconventionnelles, de sorte que l'introu-

duction d'une telle demande entraînerait une renonciation à se prévaloir de la clause compromissoire, ne peut être défendue lorsque le défendeur forme une demande reconventionnelle à titre subsidiaire.

En effet, lorsque le défendeur soulève à titre principal l'exception d'incompétence, la demande reconventionnelle a nécessairement une nature subordonnée à la décision du juge sur sa compétence, qui, si elle est acceptée, exclut *ab initio* l'examen de la demande principale et de la demande reconventionnelle.

Trib. Modena, Sez. I, 22 février 2008

H5161

NOTE ■ Par cet arrêt, le Tribunal de Modena a réaffirmé le principe, désormais acquis en jurisprudence, selon lequel une demande reconventionnelle formée devant la juridiction étatique n'est pas incompatible avec l'exception d'arbitrage lorsque ladite exception a été présentée à titre principal et la demande reconventionnelle à titre subsidiaire, au cas où le juge saisi n'accueillerait pas le moyen principal de l'*exceptio compromissi*.

ARBITRAGE

Italie – Injonction de payer – Clause compromissoire – Incompétence du juge étatique – Nullité de l'injonction de payer

L'injonction de payer rendue par le tribunal ordinaire sur le fondement d'un contrat d'adjudication contenant une clause compromissoire valable doit être déclarée nulle, et doit donc être révoquée.

Trib. Padova, section détachée de Este, 3 mars 2008 (n° 92/08)

H5162

NOTE ■ La décision commentée affirme – selon le courant jurisprudentiel largement majoritaire (v. aussi une décision du Tribunal de Pavia du 26 janvier 2009) – l'incompétence du juge étatique pour prononcer une ordonnance d'injonction de payer non contradictoire s'agissant de créances nées d'un contrat contenant une clause compromissoire valable.

En l'espèce, une société ayant son siège en Chine avait demandé et obtenu du Tribunal de Padova une injonction de payer à l'égard d'une société italienne pour des sommes dues par cette dernière en vertu d'un contrat. La société italienne avait formé opposition, en se basant à la fois sur des arguments de fond et sur la présence, dans le contrat, d'une clause d'arbitrage prévoyant un arbitrage à Singapour.

La société chinoise contestait la validité de la clause compromissoire, la clause se référant à un arbitrage soumis au règlement d'une institution arbitrale dénommée « Singapore Arbitration Association », laquelle serait selon elle inexistante.

Le juge a en revanche retenu la validité de la clause d'arbitrage et annulé l'injonction, en retenant, d'une part, qu'à la lumière de la documentation produite, les parties voulaient en réalité faire référence à la Chambre arbitrale de Singapour existant à la date du recours, et, d'autre part, que l'institution arbitrale visée était le SIAC (Singapore International Arbitration Centre).

ARBITRAGE

Pays-Bas – Demande d’annulation d’une sentence ordonnant la majoration d’une aide d’État autorisée et déjà payée – Refus – Non-prise en compte de la nature des articles 87 et 88 CE (ordre public ou non)

Saisi par l’État néerlandais en annulation d’une sentence arbitrale le condamnant à majorer le montant d’une aide autorisée par la Commission en couverture du déficit structurel d’une centrale électrique « propre » ouverte en 1993, le Tribunal de La Haye a décidé de baser sa motivation de refus d’annulation sur ce qu’il considérerait comme « l’essentiel » de la décision de la Commission autorisant l’aide.

Le dossier trouve son origine dans la libéralisation du marché de l’électricité en vertu de la directive n° CE 92/1996 qui a notamment mis fin à un régime de péréquation du financement structurel des grandes centrales électriques publiques. Assurée jusqu’alors par une filiale de ces centrales, la société NV SEP, la liquidation des engagements en cours découlant de cette fonction a été transférée, dans le cadre de la transposition de la directive en janvier 2001, à une entité administrative, la société BV NEA.

La présente affaire concerne la couverture du déficit structurel de la centrale expérimentale « Demkolec ». Afin de permettre la privatisation de cette entreprise, l’État s’était engagé en 1998, sous réserve de l’accord de la Commission, à couvrir le déficit de Demkolec constaté par la différence entre sa valeur comptable et le prix de vente réalisé aux enchères. Comme la vente, telle que prévue pour début 2001 par l’État et NEA, a été retardée de neuf mois, cette dernière a considéré que l’aide publique de € 134 M couvrant la période antérieure à 2001 devait être majorée de € 43 M pour la période du retard. Le litige fut soumis à trois arbitres, professeurs de droit, intervenant sous l’égide du Nederlands Arbitrage Instituut.

En septembre 2005, le tribunal arbitral a condamné l’État néerlandais à majorer l’aide publique déjà consentie d’un montant en principal de € 38 M. Un mois plus tard, l’État a payé à NEA € 46 M (intérêts compris). En décembre 2005, l’État a introduit une demande d’annulation de la sentence arbitrale. Puis, en mai 2006, l’État a notifié la sentence à la Commission et, considérant que les arbitres avaient eu tort d’intégrer le règlement de € 46 M dans le champ de l’autorisation initiale de la Commission, a déposé une nouvelle demande d’autorisation pour ce dernier montant.

Devant le tribunal, l’État a fait valoir que la sentence arbitrale l’avait obligé à payer une aide d’État non autorisée. Il critiquait notamment le raisonnement des arbitres concernant le niveau maximum de l’aide telle qu’autorisée, la date déterminante pour le calcul du déficit à couvrir, les coûts d’exploitation et les intérêts. NEA défendait la conformité de la condamnation avec l’autorisation donnée.

Le premier point avancé par le Tribunal est un rappel du principe de retenue en matière d’annulation de sentences arbitrales au motif d’une violation de l’article 1065.1-e du CPCN, qui contient notamment le motif de violation de l’ordre public (cf. un arrêt du Hoge Raad de 2004, IMS/Modsaf, *Les Cahiers de l’Arbitrage*, 2004/2, 2^e partie, p. 61). Dans cet esprit, le tribunal examine « (4.1 ...) d’abord l’essentiel du litige entre les parties, à savoir la question de savoir si oui ou non le résultat de la sentence arbitrale de 2005 se situe à l’intérieur ou en dehors de la décision de la Commission de 2001 autorisant l’aide d’État en faveur de Demkolec. Les normes

générales des articles 87 et 88 CE se trouvent en effet concrétisées dans cette décision d’aide. 4.2 – Le tribunal en déterminera d’abord l’essence (« essentielle ») ».

D’après son jugement la décision d’aide en date du 25 juillet 2001 signifie essentiellement (« naar de kern ») l’accord donné par la Commission à la lettre du 30 août 2000 de l’État annonçant son projet d’aide à accorder à la société NEA. En d’autres termes, de l’avis du Tribunal, la Commission européenne a approuvé en juillet 2001 le point de départ selon lequel le résultat de la vente aux enchères qui n’avait pas encore pu avoir lieu, serait déterminant pour le calcul du montant – à asséoir à compter du 1^{er} janvier 2001 – de l’aide à consentir par l’État néerlandais au titre du déficit structurel de Demkolec.

Après avoir revu en détail les modalités de la décision de la Commission au regard de sa méthodologie officielle en matière de couverture de ce type de déficit structurel de centrales électriques, le tribunal a approuvé l’aspect quantitatif de l’aide d’État matérielle telle que déterminée par les arbitres (€ 38 M au principal). Les juges ont néanmoins jugé utile de s’exprimer dans un obiter dictum sur la conformité de leur jugement avec les articles 87 et 88 CE :

« 4.8 – Il découle de ce qui précède que l’État sera débouté de sa demande d’annulation de la sentence arbitrale. Les arbitres considèrent que le résultat de la sentence arbitrale est compatible avec la décision de la Commission du 25 juillet 2001 autorisant une aide d’État et que ce résultat se situe à l’intérieur de ses limites, de sorte qu’il n’en ressort pas de violation des articles 87 et 88 CE. Dans les conditions actuelles, la question de savoir si ces dispositions relèvent de l’ordre public n’appelle pas d’examen.

4.9 – (...) étant donné qu’il existe une incertitude totale concernant le délai qu’observera la Commission pour prendre une décision sur la nouvelle demande d’autorisation d’une aide d’État, le Tribunal arrête maintenant son jugement final sans attendre, comme l’État le demande à titre subsidiaire, la décision de la Commission. En l’occurrence, le Tribunal ne voit pas de motifs justifiant qu’une question préjudicielle soit posée à ce sujet à la Cour de justice CE ».

L’État néerlandais n’a pas fait appel de ce jugement.

Rechtbank’s Gravenhage, 1^{er} août 2007 : De Staat der Nederlanden c. BV Nederlands Electriciteit Administratiekantoor – Tijdschrift voor Arbitrage 2008, 58, note TD de Groot H5141

ARBITRAGE

Pays-Bas – Taxe carbone – Demande d’annulation d’une sentence – Motivation non déficiente – Interrogation sur le respect d’une règle élémentaire de procédure suivie d’une injonction d’apporter des preuves

Dans la période précédant la transposition de la directive n° CE 92/1996, la société EZH produisait de l’énergie et notamment du chauffage urbain dans la région de La Haye et de Rotterdam. Les sociétés Eneco et Rijnland en étaient les distributeurs. Leurs relations contractuelles avec EZH – régies par une clause arbitrale NAI – avaient été amendées afin d’y intégrer les conséquences de la taxe carbone néerlandaise (« REB ») nouvellement instituée.

Saisi par EZH au sujet de la prise en compte du facteur REB dans le prix de la chaleur livrée aux distributeurs, un tribunal arbitral a statué conformément à la demande d’EZH. La demande des entreprises de distribution en annulation de la sentence arbitrale reposait sur cinq griefs.

Les distributeurs reprochaient au tribunal arbitral, en premier lieu, d'avoir ignoré une réduction de la demande d'EZH qui tenait compte de leur propre argumentation au sujet du montant de la prise en compte effective du REB. Les distributeurs avaient avancé qu'ils ne pouvaient être tenus de rembourser à EZH plus que le montant du REB réellement payé par leurs clients.

Sur ce point, le Tribunal de Rotterdam a considéré : « 5.2 – (...) Les distributeurs se sont prévalus de ce que les arbitres ont alloué à EZH un montant supérieur à sa demande telle que réduite. Les distributeurs allèguent à cet égard que, lors de l'audience du 10 novembre 1998, le tribunal arbitral a demandé au conseil d'EZH si sa demande était réduite de manière telle que la prise en compte du REB – si allouée – devait être liée au montant effectivement encaissé, question à laquelle le conseil aurait répondu par l'affirmative. EZH a contesté cette thèse de manière motivée. Conformément à la règle de base, il appartient aux distributeurs de prouver leurs dires (...).

5.5 – La réponse à apporter aux autres griefs avancés par les distributeurs dépend de l'applicabilité de l'un des fondements d'annulation limitativement listés à l'article 1065.1 CPCN ». Suit un rappel

de la jurisprudence sur (i) la retenue qui sied au juge de l'annulation ; (ii) l'absence de motivation ; (iii) une motivation « cohérente » ; (iv) une motivation « pertinente » (v. respectivement *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2004/2, 2^e partie, p. 61, 2002/1 ; 2^e partie, p. 56, 2006/1, p. 57, 2006/2, p. 59).

Dans cet esprit, le tribunal examine les quatre griefs restants opposés à la sentence attaquée, pour les rejeter un par un. À retenir le grief 2 (absence de violation par le tribunal arbitral de sa mission) et le grief 4 (absence de prise en considération d'un argument de la défense dans l'arbitrage).

En réservant son jugement, le tribunal charge les distributeurs de prouver, d'une part, que le tribunal arbitral avait demandé au conseil d'EZH si la réduction du montant de sa demande se rapportait au montant du REB effectivement encaissé par les distributeurs et, d'autre part, que la réponse avait été affirmative.

Rechtbank Rotterdam, 28 mars 2007 : NV Eneco et NV Energie – en Watervoorziening Rijnland c. NV Electriciteitsbedrijf Zuid-Holland – Tijdschrift voor Arbitrage, 2008/55 H5142

GAZETTE DU PALAIS
LE JOURNAL SPÉCIAL DES
SOCIÉTÉS
FRANÇAISES PAR ACTIONS
DIRECTEUR HONORAIRE
JEAN-GASTON MOORE
DIRECTEUR DE LA PUBLICATION
FRANÇOIS PERREAU
DIRECTEUR DE LA RÉDACTION
ÉRIC BONNET
DIRECTION
12, PLACE DAUPHINE, 75001 PARIS
TÉL. : 01 44 32 01 50
FAX : 01 46 33 21 17
E-mail :
redactiongp@lextenso-editions.fr

RÉDACTION
33, RUE DU MAIL, 75081 PARIS CEDEX 02
Tél. : 01 56 54 16 00
Fax : 01 56 54 57 50
E-mail :
redactiongp@lextenso-editions.fr

TARIFS 2009

PRIX TTC AU N°			
ABONNÉS	N° NORMAL	1,55 €	
	N° SPÉCIAL	6 €	
NON ABONNÉS	N° NORMAL	6 €	
	N° SPÉCIAL	9 €	
			+ FRAIS DE PORT

ABONNEMENT/FRANCE ET U.E./UN AN

JOURNAL SEUL (PRIX TTC) :	285 €
RECUEILS + TABLE SEULS (PRIX TTC) :	315 €
JOURNAL, RECUEILS ET TABLE : PRIX TTC	425 €

ABONNEMENT/ÉTRANGER/UN AN

JOURNAL SEUL	329 €
JOURNAL, RECUEILS ET TABLE	520 €

C.C.P. PARIS 213-93 J

REPRODUCTION DES NOTES ET ARTICLES
RIGOREUSEMENT INTERDITE.
LA RÉDACTION DU JOURNAL N'EST PAS
RESPONSABLE DES MANUSCRITS
COMMUNIQUÉS.

ÉDITEUR

GROUPEMENT D'INTÉRÊT
ÉCONOMIQUE

LA GAZETTE DU PALAIS
LE JOURNAL SPÉCIAL DES
SOCIÉTÉS
FRANÇAISES PAR ACTIONS

ADMINISTRATEUR :
FRANÇOIS PERREAU

CONTRÔLEUR DE GESTION :
JEAN-CLAUDE LESEUR

SIÈGE SOCIAL : 3, BLD DU PALAIS
75180 PARIS CEDEX 04
R.C.S. PARIS 383 314 671

COMPOSÉ DE :

LA GAZETTE DU PALAIS –
SOCIÉTÉ DU HARLAY
S.A. AU CAPITAL DE 75.000 €
P.-D.G. :
GILLES DE LA ROCHEFOUCAULD
3, BLD DU PALAIS
75180 PARIS CEDEX 04
SOCIÉTÉ DE PUBLICATIONS ET
DE PUBLICITÉ POUR LES
SOCIÉTÉS
S.A. AU CAPITAL DE 216.000 €
P.-D.G. : CHARLYNE LESEUR
8, RUE SAINT-AUGUSTIN
75080 PARIS CEDEX 02

Internet :
www.gazette-du-palais.com

COMMISSION PARITAIRE DE PUBLICATIONS ET
AGENCES DE PRESSE N° 0513 T 83097
ISSN 0242-6331
IMPRIMÉ PAR JOUVE, 11, BD DE SÉBASTOPOL,
75001 PARIS
DIRECTION ARTISTIQUE GRAPHIR DESIGN

INSTITUT DU DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES DE LA CCI

FORMATION PIDA AVANCÉ DU 16 AU 19 NOVEMBRE 2009

La Chambre de commerce internationale (CCI) organise du 16 au 19 novembre prochains à Paris, sous l'égide de l'Institut du droit des affaires internationales de la CCI présidé par Serge Lazareff, avocat associé, Derains Gharavi & Lazareff (France), la formation PIDA Avancé sur le thème : « *Étude d'un cas pratique complexe selon le Règlement d'arbitrage de la CCI* ».

Tenant compte de l'expérience d'arbitres renommés dans un environnement multiculturel et international, cette formation avancée permettra à des juristes ayant déjà acquis une expérience significative en arbitrage commercial international, d'approfondir leurs connaissances de la procédure d'ICC à travers des sessions pratiques et interactives.

La formation – en français et anglais avec interprétation simultanée – permettra aux participants de prendre part à la simulation d'une procédure arbitrale à travers un cas pratique incluant des situations complexes de fait et de procédure, et de profiter de présentations techniques et pratiques par d'éminents praticiens et arbitres internationaux.

Ce PIDA Avancé s'adresse à tout avocat, directeur juridique, arbitre, magistrat, professeur, spécialiste des résolutions des conflits ou utilisateur ayant d'ores et déjà une expérience significative de l'arbitrage commercial international et de la procédure ICC, souhaitant approfondir ses connaissances pratiques et partager son expérience avec des professionnels du monde entier.

PROGRAMME :

■ **Lundi 16 novembre (9 h 30-17 h) : Définition de la stratégie du demandeur**

- **Matinée**
 - Introduction
 - Organisation du séminaire et résumé du cas pratique
 - Positionnement de l'arbitrage ICC

H5185

– Définition de la stratégie du demandeur lors de la préparation de la demande d'arbitrage ; analyse des différentes options procédurales et méthodes de résolution des conflits ; identification des parties ; choix des demandes, mesures et prétentions

- **Après-midi**

– Groupes de travail sur la stratégie du demandeur

– Séance plénière : rapports des groupes de travail et débat sur la stratégie du demandeur

Cocktail

■ **Mardi 17 novembre (9 h 30-17 h) : Définition de la stratégie du défendeur pour l'établissement de la réponse à la demande**

- **Matinée**

– Arbitrages complexes : arbitrages multiparties, arbitrages multi-contracts, contrats internationaux, jonction de tiers à la procédure, procédures parallèles et consolidation, objections juridictionnelles

– Groupes de travail : définition de la stratégie du défendeur pour l'établissement de la réponse à la demande

– Séance plénière : rapports de groupes de travail et débat sur la stratégie du défendeur

- **Après-midi**

La conduite de procédures complexes :

– la gestion de situations complexes : les audiences de procédures, difficultés soulevées lors de la rédaction de l'acte de mission et du calendrier de procédure ; bifurcation de procédure ; gestion et résolution des incidents de procédure ; organisation des audiences ;

– la gestion des relations avec les tribunaux locaux : relations entre le tribunal arbitral et les tribunaux nationaux ; arbitrabilité du conflit ; demandes de mesures provisoires et autres recours devant les tribunaux locaux

Conflits d'intérêt et récusations d'arbitres : analyses de cas

Dîner

■ **Mercredi 18 novembre (9 h 30 - 17 h 15) : Préparation des témoins et des experts en vue du contre-interrogatoire**

- **Matinée**

– Discovery : les preuves écrites, les témoins, les rapports d'experts

– Groupes de travail sur la préparation des témoins et des experts en vue du contre-interrogatoire de l'après-midi

- **Après-midi**

– Jeux de rôle : audience avec interrogatoires et contre-interrogatoires des témoins et experts préparés pendant les groupes de travail du matin

– Séance plénière : débat sur l'audience arbitrale

Visite d'un musée

■ **Jeudi 19 novembre (9 h 30-13 h 00) : Préparation des écritures finales et délibérations du tribunal arbitral**

– Groupes de travail : préparation des écritures finales

– Session plénière : présentation des écritures finales

– Aspects pratiques des délibérations du tribunal arbitral

– Jeux de rôle sur les délibérations du tribunal arbitral et débats

– Expertise d'ICC en matière de sentences arbitrales

– Exécution des sentences : cas particulier de l'immunité des États

– Conclusions

INTERVENANTS :

Stephen Bond, Senior Of Counsel, Covington & Burling (Royaume-Uni), ancien secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage d'ICC, membre associé de l'Institut du droit des affaires internationales d'ICC

Jean-Yves Garaud, avocat associé, Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton (France)

Jean-Pierre Grandjean, avocat associé, Clifford Chance (France)

Stephen Jagusch, avocat associé, Allen & Overy (Royaume-Uni)

Élie Kleiman, avocat associé, Freshfields, Bruckhaus, Deringer (France)

Richard Kreindler, avocat associé, Shearman & Sterling (Allemagne), membre du Conseil de l'Institut du droit des affaires internationales d'ICC

Bruno Leurent, avocat associé, Winston & Strawn (France)

Fernando Mantilla-Serrano, avocat associé, Shearman & Sterling (France)

Ciccu Mukhopadhaya, avocat associé, Amarchand & Mangaldas & Suresh A. Shroff & Co (Inde), vice-président de la Cour internationale d'arbitrage d'ICC

V.-V. Veeder, Queen's Counsel, Essex Court Chambers (Royaume-Uni), membre du Conseil de l'Institut du droit des affaires internationales d'ICC

Lieu : Chambre de commerce internationale (ICC), Paris

Formation professionnelle continue : ICC Events est habilité par la Law Society et les Barreaux d'Angleterre et du Pays de Galles, de Californie et de New York à dispenser des formations comptant au titre des « crédits MCLE/CLE » et des « points

CPD ». Cette formation est en cours d'homologation auprès du CNB pour les avocats en France.

Renseignements :

events@iccwbo.org
Tél. : + 33 (0)1 49 53 30 42
Fax : + 33 (0)1 49 53 30 30
ICC Services/Events Department
38 cours Albert-1^{er}, 75008 Paris (France)

Inscriptions :

En ligne sur www.iccevents.org

H51840

INFORMATIONS

• Inscriptions au 5^{ème} Concours d'arbitrage de Paris

La Chaire Régulation de Sciences Po lance la 5^{ème} édition du Concours d'arbitrage de Paris.

Ce concours en langue française est ouvert aux étudiants issus de toutes les universités du monde préparant un diplôme de niveau master et aux élèves des écoles de formation des Barreaux ou centres de formation professionnelle d'avocats.

Le cas soumis à la perspicacité des étudiants, organisés en équipe de deux ou trois, reconstitue une hypothèse d'arbitrage international.

L'audience de plaidoirie se déroulera à Paris dans les locaux de Sciences Po (27, rue Saint-Guillaume, Paris 7^{ème}) le jeudi 27 mai 2009, devant un tribunal arbitral composé de :

- Guy Canivet, membre du Conseil constitutionnel, ancien Premier président de la Cour de cassation, président du tribunal arbitral simulé ;
- Richard Descoings, conseiller d'État, directeur de Sciences Po ;
- François Garnier, directeur juridique Europe du Laboratoire Pfizer, président du Cercle Montesquieu ;
- Jean-Pierre Grandjean, avocat associé, cabinet Clifford Chance ;
- Horatia Muir Watt, professeur des Universités.

L'équipe gagnante recevra un prix de 9.000 € ainsi qu'une offre de stage de 6 mois pour chacun de ses

membres titulaires dans le cabinet Clifford Chance à Paris.

L'équipe seconde recevra un prix de 4.000 €.

Clôture des inscriptions : le jeudi 10 décembre 2009 à minuit

Pour de plus amples renseignements, consultez le site de la Chaire Régulation de Sciences Po. : www.regulation.sciences-po.fr, rubrique « Concours d'arbitrage de Paris », et pour obtenir des précisions d'ordre organisationnel, envoyez un mail à mafr@mafr.fr

• 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

La Commission européenne a adopté le 21 avril 2009 un rapport et un Livre vert sur l'examen du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ayant pour objectif de lancer une large consultation parmi les personnes intéressées sur la façon d'améliorer le fonctionnement du Règlement et réaliser une véritable libre circulation des jugements dans l'Union européenne.

Les consultations étaient ouvertes à tous jusqu'au 30 juin 2009 et sont à présent disponibles sur le site internet de la Commission, ainsi que toutes informations y relatives (ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/wai/news_consulting_0002_en.htm).

COLLOQUES

• 26 novembre 2009 : Colloque du YAAP, Vienne (Autriche)

Cette année, le thème du colloque du YAAP (*Young Austrian Arbitration Practicioners*) sera consacré aux *antisuit and anti arbitration injunctions in International Arbitration*.

Pour participer à cette conférence gratuite, il suffit d'envoyer un mail avant le 19 novembre à l'adresse suivante : yaap@fremuth-wolf.com

• 27 novembre 2009 : Colloque ASA below 40, The Dolder Grand, Zurich (Suisse)

Le colloque organisé par l'Association suisse de l'arbitrage (ASA) s'adresse aux praticiens de l'arbitrage de moins de 40 ans. Deux sujets seront abordés par des orateurs suisse, autrichien, français et anglais.

Le premier sujet abordera le matin le thème du choix et de la nomination des arbitres et sera sous la direction de M^e Chlup (Moscou), tandis que le thème de l'après midi concernera les procédures parallèles et sera divisé en deux sessions, l'une dirigée par M^e Pullen (Londres), l'autre par M^e Bassiri (Bruxelles).

L'invité spécial sera cette année Audley Sheppard (Clifford Chance, Londres) qui vient de publier un ouvrage sur l'autorité de la chose jugée.

Le programme complet est disponible sur le site de l'ASA : www.arbitration-ch.org/below-40/.

• **30 novembre 2009 : Conférence organisée par l'Association des juristes en arbitrage, EFB (Paris), sur le thème : « L'arbitrage et la médiation : des méthodes de règlement des conflits adaptées à l'industrie pharmaceutique ? Regards croisés »**

Prendront la parole Geneviève Augendre, présidente de l'Association française d'arbitrage (AFA), Yves Juillet, secrétaire permanent du CEMIP, Jacques-Antoine Robert, avocat, Simmons & Simmons, membre du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris, Jacques de Varine Bohan, directeur des affaires juridiques d'Astrazeneca, et Bernard Hanotiau, avocat et professeur.

La conférence sera animée par Yas Banifatemi, avocat, Shearman & Sterling.

Pour participer à cette conférence dont le coût de l'inscription est de 30 €, gratuit pour les membres de l'AJA et les élèves de l'EFB, envoyer un mail à : aja.arbitrage@gmail.com

• **8 décembre 2009 : Réunion annuelle sur l'arbitrage multipartite de l'Institut du droit des affaires internationales d'ICC à l'occasion de son 30^{ème} anniversaire, Chambre de commerce internationale (ICC), Paris**

Un tiers des arbitrages internationaux sont multipartites ou multi-contrats. En effet, en raison de l'augmentation en nombre et en complexité des transactions commerciales impliquant des groupes de sociétés, les arbitrages internationaux mettant en cause plus d'un contrat et plus de deux demandeurs et/ou défendeurs ne cessent de se multiplier.

Ils soulèvent de nombreuses questions, tant au niveau de la compétence que du fond : une clause d'arbitrage peut-elle être étendue à des demandeurs ou des défendeurs non-signataires ? Dans quelle mesure peut-on attirer, dans un seul arbitrage, les différentes parties qui ont participé à une opération commerciale unique au travers de plusieurs contrats ? S'il est nécessaire de commencer plusieurs arbitrages séparés, peuvent-ils être ensuite consolidés et à quelles conditions ? Un défendeur peut-il joindre à la procédure

d'autres défendeurs, qu'ils soient parties à la clause d'arbitrage ou qu'ils soient des tiers ? Un défendeur peut-il formuler des demandes contre un autre défendeur ? Quelles sont les conséquences des réponses aux questions ci-dessus au niveau de l'exécution de la sentence ? L'arbitrage en *class action* est-il possible et souhaitable ? Comment fonctionne-t-il ?

Ces questions et bien d'autres sont récurrentes dans les arbitrages multipartites/multi-contrats. Trente ans se sont écoulés depuis la première conférence de l'Institut de l'ICC qui était précisément dédiée à ce thème. La présente conférence est destinée à encourager une réflexion sur un certain nombre de questions fondamentales que soulèvent ces arbitrages complexes.

Les actes de la conférence seront en principe publiés dans la série des Dossiers de l'Institut, et un exemplaire sera envoyé à chaque participant.

Inscriptions par :
 courriel : events@iccwbo.org
 courrier : ICC Services/Département Events, 38, cours Albert-1^{er}, 75008 Paris
 Fax : + 33 (0)1 49 53 30 30
 Tél. : + 33 (0)1 49 53 28 91

• **11 et 12 décembre 2009 : Conférence sur le futur du droit procédural européen – Réforme de Brussels I, Heidelberg (Allemagne)**

La Commission européenne a lancé un programme de révision complète de plusieurs instruments principaux sur la loi procédurale civile européenne. En avril 2009, la Commission a édité un Livre vert sur l'examen de Bruxelles I. En outre, la Commission souhaite renforcer les recours collectifs pour la protection des consommateurs anti-trust, qui touchent également Bruxelles I et exigent une uniformisation.

La conférence des 11 et 12 décembre prochains a pour objectif de commenter les activités de la Commission européenne et le futur du droit procédural civil européen en abordant les thèmes suivants : la suppression des démarches d'exequatur ; la place du défendeur dans

les États tiers ; le litige collectif frontalier ; les mesures provisoires et conservatoires ; l'arbitrage et le choix du siège.

En outre, l'objectif de la conférence sera également de dessiner des perspectives de règles procédurales européennes à la lumière du Traité de Lisbonne et du Programme de Stockholm (qui devrait être adopté fin 2009).

Les inscriptions se font par :
 Fax : + 49 (0) 6221/54-2201
 ou e-mail : beisel@ipr.uni-heidelberg.de
 Hotel Der Europäische Hof, Friedrich-Ebert-Anlage 1, D-69117 Heidelberg Allemagne.

• **11 et 12 décembre 2009 : 2nd ICC YAF Global Conference, Rio de Janeiro (Brésil)**

Cette manifestation constitue une occasion rare pour de jeunes avocats et avocats-conseils travaillant dans le domaine de l'arbitrage international de participer à une conférence de week-end avec des arbitres renommés, membres du secrétariat de la Cour internationale de l'arbitrage de la ICC, et des praticiens de l'arbitrage.

L'ICC YAF est né à Barcelone en juin 2008 et inclut l'Afrique, le Moyen-Orient, la Turquie, l'Asie, l'Europe, l'Amérique latine et l'Amérique du Nord.

Beaucoup de réunions régionales de YAF ont eu lieu au cours de cette année. L'objectif de cette conférence d'ICC YAF est de rassembler des membres du YAF de chacun des cinq continents ainsi que tous les jeunes praticiens de l'arbitrage. La conférence globale présentera un moyen unique pour les participants de partager leurs opinions avec leurs pairs dans le monde entier au cours de sept heures de formation interactive disséminées au cours du week-end, tout en appréciant la ville animée de Rio de Janeiro.

La conférence de week-end est destinée à chacun des membres d'ICC YAF et à tout juriste de moins de 40 ans, travaillant ou intéressé dans le domaine de la résolution commer-

ciale internationale d'arbitrage et des conflits.

Les inscriptions doivent être adressées à Julie Milhes, 39, quai des Grands-Augustins – 75006 Paris (France), par mail à : jmilhes@agence-evea.com
Tél. : + 33 (0)1 56 24 14 58
Fax : + 33 (0)1 46 33 97 82

Lieu de la conférence : Hotel Excelsior, 1800 Avenida Atlantica Copacabana, Rio de Janeiro

PUBLICATIONS

• **Dossier VI de l'Institut international de droit des affaires de l'ICC, *Written evidence and discovery in international arbitration*, ICC Publication n° 698E, 2009 Edition, dir. Teresa Giovannini et Alexis Mourre**

Le principe *Documentary evidence* est au cœur de la procédure arbitrale. Les arbitres sont de plus en plus confrontés à de nouveaux défis, tels que des demandes d'*e-discovery*, ou des objections toujours plus fréquentes à la confidentialité et au *privilege*.

La production de pièces peut également confronter les arbitres à des questions délicates de fraude et contrefaçon.

De plus, les tribunaux arbitraux peuvent avoir à déterminer les règles applicables aux questions telles que la valeur probatoire des documents ou leur admissibilité.

La pratique du *documentary evidence* se modifie avec les solutions transnationales choisies par les arbitres internationaux susceptibles de permettre un équilibre entre efficacité et justesse. Les instruments transnationaux tels que les règles IBA sur les témoignages dans l'arbitrage commercial international peuvent devoir évoluer pour s'adapter aux nouvelles approches et solutions.

Ce dossier de l'Institut ICC cherche à encourager la réflexion sur la future pratique du *documentary evidence* dans l'arbitrage international. Avec la publication de ce dossier VI, l'Institut remplit sa double mission : former et agir comme groupe de réflexion pour la Cham-

bre de commerce internationale, en particulier dans le domaine de l'arbitrage.

Après une présentation de Serge Lazareff et une introduction sur le thème choisi : « *Written evidence and discovery in international arbitration* », par Teresa Giovannini, codirecteur du numéro, l'ouvrage se décompose comme suit : Julian D.-M. Lew : Document disclosure, evidentiary value of documents and burden of evidence ; Guido Santiago Tawil & Ignacio J. Mirorini Lima : Privilege-related issues in international arbitration ; Laurence Shore : State Courts and document production ; Markus Wirth : Production of documents and fraud in international arbitration ; Vera van Houtte : Adverse inferences in international arbitration ; V.-V. Veeder : Are the IBA Rules perfectible ? ; Lucy F. Reed & Ginger Hancock : US-style discovery : Good or evil ? ; Bernard Hanotiau : Document production in international arbitration : a tentative definition of « best practices » ; Michael Schneider : The paper tsunami in international arbitration : problems, risks for the arbitrators' decision making and possible solutions ; Carole Malinvaud : Will electronic evidence and e-discovery change the face of arbitration ? ; David Howell : Electronic disclosure in international arbitration : The CI Arb. Protocol for E-disclosure in Arbitration ; Loretta Malintoppi : The ICC Task Force on the production of electronic documents in arbitration : an overview ; Amy F. Cohen : Options for approaching evidentiary privilege in international arbitration.

L'ouvrage se conclut par les considérations d'Alexis Mourre.

• **Lis Pendens in International Litigation, de Campbell McLachlan, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, ISBN 978 90 04 17909 7**

Quels principes de droit s'appliquent lorsque des tribunaux de différentes juridictions sont simultanément saisis d'un même litige

Cette question – de litispendance internationale – a longtemps été controversée et a récemment pris

une certaine ampleur. La globalisation a amplifié le *forum shopping* entre les juridictions nationales et les nombreux nouveaux tribunaux internationaux. Les problèmes de litispendance se sont multipliés, des questions d'*anti suit injunctions* sur des litiges commerciaux, aux recours aux tribunaux internationaux de droits de l'homme des condamnés à mort.

La manière dont ce défi est abordé a des implications théoriques profondes sur l'interaction des systèmes juridiques dans le monde pluraliste d'aujourd'hui.

L'auteur analyse les problèmes des procédures parallèles – tant en droit international privé que public et en arbitrage international. Il soutient qu'il faut développer un ensemble de règles du conflit des litiges plus sophistiqué, guidé par une conception cosmopolite de la règle du droit.

PETITES ANNONCES

Tél. 01 44 32 01 50 / Fax 01 40 46 03 47

	La ligne H.T.
Offres d'emploi	6,50 €
Demandes d'emploi	5,50 €
Immobilier (achats, ventes, locations), cours et formation, ventes meubles, matériel bureau, véhicules	7,00 €
Associations-cessions, propositions diverses	6,50 €
Offres de services	8,00 €
Domiciliation	11,50 €
Annonces encadrées	(+ 15 % sur prix H.T.)
T.V.A. : 19,60 %	

Le texte des petites annonces doit être dactylographié et adressé par courrier au 3, bd du Palais ou par fax au 01.40.46.03.47

DOMICILIATIONS

Seules les réponses aux annonces domiciliées au journal sont transmises aux annonceurs
Veillez les adresser à la Gazette du Palais
3, bd du Palais, 75180 Paris Cedex 04

NOUS REMERCIONS PAR AVANCE NOS ANNONCEURS DE BIEN VOULOIR RETOURNER LES C.V. + PHOTO AUX CANDIDATS NON RETENUS

Offres d'emploi

Secrétariat



DEPUIS 1954
 LE SPÉCIALISTE DU JURIDIQUE
 met à votre disposition
 SECRÉTAIRES - AUDIO
 ASSISTANTES - JURIDIQUES
 01.47.20.79.08

F000109

SECRETAIRE/ASSISTANT(E) CONFIRME(E)

PME (PARIS centre) recherche pour sa Direction un(e) **Secrétaire/Assistant(e) confirmé(e)** (10 ans d'expérience minimum), **ayant pour mission d'assurer le secrétariat classique** (courrier, téléphone, gestion des services généraux, etc...) **et d'apporter une assistance juridique en droit des sociétés** (préparation et suivi des CA et AG...) Bonnes notions d'anglais requises.
 Ecrire au journal sous le n° 018 qui transmettra.

F002381

Demandes d'emploi

Collaboration

Avocate débutante, Titulaire DEA Dt Social PARIS I, **Rech. Poste coll.** dans cabinet spécial. Dt Social région LILLE.
 Tél. : **06.73.11.85.28**

G003043

Avocat expérimenté, grande expérience contentieux et conseil dt social et dt général des affaires- Excellent relationnel - anglais courant - **recherche collaboration harmonieuse.**
06.14.03.76.99

G003076

Divers

J.F., Secrétaire de direction cherche **CDI.** Disponible immédiatement
 Tél. **01.34.12.05.65 / 06.81.16.37.80**

G000221

Secrétaire d'avocat, expérience 14 a.
 Tél. **06.25.64.03.69 - 01.43.67.51.68**

G003071

Ass. bil. anglais, audio, TTX, PAO.
06.45.72.62.92

G003080



AGENCE ABAC

inscrit à la préfecture de police de Paris

agréé syndicat national des détectives

30 ANS AU SERVICE DES PROFESSIONS JUDICIAIRES

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

Portable : **06.60.37.65.68**

82, bld du Montparnasse - 75014 PARIS

Tél. 01.40.47.07.02 - Fax 01.40.47.07.13

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

2, place Magenta - 06000 NICE - Tél. 06.60.37.65.68

site : abacgroupe.com

017

JF. recept./stand. cherche poste en CDI.
 Tél. **06.80.02.05.30**

G003081

LA DOMICILIATION DE QUALITE
 à 12^e, 16^e, 17^e et le meilleur px....

A ACAIRE 01.44.67.87.00

K000001

Immobilier

Vente

17° Proche de la future
CITE JUDICIAIRE DE BATIGNOLLES
150 m² - Imm. Pierre de T.,
 de très bon standing.
 GTF IMMOBILIER D'ENTREPRISE
01.48.00.88.82

L001621

Locations

Confrères proposent gd bureau
 + emplacement secrétariat dans bel
 immeuble - proche Palais - libre
 immédiatement - 1.670 € TCC/mois.
 Tél. **01.45.44.20.62 - 06.63.61.26.40**

L001614

Cabinet d'avocats, spécialisé en droit social, **loue bureau 21 m²** bd Raspail, Paris 6^e, 1.200 € HT/mois.
 Possibilité emplacement secrétariat en supplément, 200 € HT/mois.
 Tél. **01.42.22.88.19**

L001622

Associations-cessions

Avocat généraliste, ville agréable (77)
 (20 min. Paris Est), **cède son cabinet**
 cause retraite.
 Ecrire au journal sous le n° 020 qui
 transmettra.

H000324

Avocat recherche présentation
 clientèle Paris ou Melun.
01.64.39.26.14

H000325

Recherches et ventes de collections

Vend Gazette du Palais brochées avec Tables, du 1^{er} janvier 1979 à ce jour.
 Faire offre.

01.40.13.93.93

O000149

Domiciliations



N° 1 à PARIS
SOFRADOM S.A.
Domiciliations d'entreprises
 PRÉSENT DANS LES 20
 ARRONDISSEMENTS DE PARIS
 RÉGION PARISIENNE. PROVINCE
 N° VERT : **0.800.008.088**
www.sofradom.fr

K000003