

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MARCO DARMON
présentées le 19 février 1991 *

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

libellé, de son économie et de la cohérence de ses dispositions.

1. L'interprétation de la convention de Bruxelles (ci-après « convention ») suscite maintes difficultés, car la complexité propre à cette matière se conjugue avec l'utilisation de notions définies avec précision dans les droits nationaux, mais de manière souvent divergente entre elles, ce qui vous conduit fréquemment à en dégager une signification autonome. Pour s'acquitter de cette mission, les objectifs de la convention, assurer la « libre circulation des jugements », constituent de solides repères permettant d'écarter des solutions qui provoqueraient la multiplication des procès devant des juridictions différentes et le risque corrélatif d'inconciliabilité des décisions¹.

3. Ces remarques préliminaires nous sont inspirées par certaines des analyses qui sont développées en l'espèce, invoquant de manière quelque peu rituelle les objectifs de la convention et délaissant toute autre considération, serait-elle dictée par la logique de ce texte et les spécificités du problème en cause: l'arbitrage international. A ce propos, la présente difficulté ne peut être abordée sans avoir tout d'abord évoqué l'importance fondamentale que l'arbitrage revêt aujourd'hui au sein de la « communauté internationale des commerçants », pour reprendre ici l'expression consacrée par la doctrine². A la faveur de l'expansion du commerce mondial, l'arbitrage international est devenu à l'échelle universelle le « mode le plus fréquent de résolution des litiges du commerce international »³. Cette tendance lourde⁴ peut être illustrée par cette disposition de l'acte final de la conférence de Helsinki (CSCE) en date du 1^{er} août 1975:

2. Ces préoccupations constantes et justifiées de votre jurisprudence rencontrent cependant une évidente limite: celle que trace le champ d'application de la convention lui-même. La présente affaire préjudicielle, relative à la portée de l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention, excluant l'arbitrage de son champ d'application, doit être l'occasion de rappeler à cet égard que, pour constructive et déterminée qu'elle soit, votre interprétation de ce traité ne peut conduire à s'affranchir de son

« Les États participants, considérant que le règlement rapide et équitable des litiges pouvant résulter des transactions commerciales en matière d'échanges de biens et de services et de contrats de coopération indus-

2 — Fouchard, P.: *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, p. 25.

3 — Mayer, P.: « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1989, V, tome 217, p. 321, Martinus Nijhoff, 1990.

4 — Sur le caractère mondial du recours à l'arbitrage international, voir notamment Gaudet, M.: *L'arbitrage*, travaux offerts au professeur Albert Fettweis, Story-Scientia, 1989, p. 339 et suiv.

* Langue originale: le français.

1 — Voir par exemple l'arrêt du 8 décembre 1987, Gubisch/Palumbo (144/86, Rec. p. 4861), où vous avez dégagé une notion autonome et extensive de la *lis pendance*; sur cet arrêt, voir notamment Gaudemet-Tallon, H.: *RCDIP*, 1988, p. 371; Huet, A.: *Clunet*, 1988, p. 537; Linke: *RfW*, 1988, p. 818, 822.

trielle contribuerait à l'expansion et à la promotion du commerce et de la coopération; considérant que l'arbitrage est un moyen approprié de régler de tels litiges, recommandent aux organismes, entreprises et firmes de leurs pays d'inclure, le cas échéant, des clauses d'arbitrage dans les contrats commerciaux et les contrats de coopération industrielle ou dans les conventions spéciales; recommandent que les dispositions d'arbitrage prévoient l'arbitrage dans le cadre d'un ensemble de règles mutuellement acceptables, et permettent l'arbitrage dans un pays tiers, tout en tenant compte des accords intergouvernementaux et autres existant dans ce domaine. »

4. L'auteur d'un ouvrage majeur consacré à la convention de New York de 1958⁵ — principal instrument multilatéral en matière d'arbitrage — décrit parfaitement les besoins profonds auxquels répond le recours à l'arbitrage international et qui marquent sa spécificité très nette par rapport à l'arbitrage interne:

« The foreign court can be an alien environment for a businessman because of his unfamiliarity with the procedure which may be followed, the laws to be applied, and even the mentality of the foreign judges. In contrast, with international commercial arbitration parties coming from different legal systems can provide for a procedure which is mutually acceptable. They can anticipate which law shall be applied: a particular law or even a *lex mercatoria* of a trade. They can also appoint a person of

5 — Van den Berg, A. J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*, T. M. C. Asser Institute, La Haye, 1981, p. 1.

their choice having expert knowledge in the field. »

Et l'auteur de poursuivre:

« These and other advantages are only potential until the necessary legal framework can be internationally secured. This legal framework should at least provide that the commitment to arbitrate is enforceable and that the arbitral decision can be executed in many countries, precluding the possibility that a national court review the merits of the decision. »

5. Or, la décision que vous êtes appelés à prendre en l'espèce n'est pas sans incidence sur la stabilité juridique offerte à l'arbitrage international sur le territoire de la Communauté. En effet, quelques-unes des thèses qui vous sont suggérées pourraient être de nature à provoquer, si vous étiez amenés à les consacrer, la remise en cause de principes bien acquis en perturbant pour une période indéterminée les attentes en la matière. Au demeurant, votre Cour ne peut l'ignorer, il existe sur le territoire de la Communauté européenne des places majeures de l'arbitrage international dont le développement a été favorisé, au cours de la période récente, par une intense activité doctrinale, législative et jurisprudentielle. C'est dire qu'une attention minutieuse doit être portée à l'examen de la difficulté que soulève la question préjudicielle que vous adresse la Court of Appeal.

6. Le traité de Rome, et alors que le droit communautaire est par ailleurs loin de ne

comporter aucune relation avec l'arbitrage⁶, avait prévu dans son article 220:

« Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants:

...

— la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales. »

7. En dépit du libellé de cette disposition, la convention de Bruxelles a prévu, dans son article 1^{er}, dont le texte a été maintenu inchangé sur ce point par les conventions d'adhésion:

« La présente convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction...

Sont exclus de son application:

6 — Pour une analyse d'ensemble des rapports entre droit communautaire et arbitrage, voir notamment Kovar, R.: « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, 1982, p. 109; Goffin, L.: « Arbitrage et droit communautaire », *L'arbitrage*, travaux offerts au professeur Albert Fettweis, Story-Scientia, 1989, p. 159; de Mello, X.: « Arbitrage et droit communautaire », *Revue de l'arbitrage*, 1982, p. 349; rappelons que vous avez exclu dans votre arrêt du 23 mars 1982, Nordsee (102/81, Rec. p. 1095), qu'un arbitre puisse vous interroger à titre préjudiciel dans le cadre de l'article 177.

1) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions;

2) les faillites, concordats et autres procédures analogues;

3) la sécurité sociale;

4) l'arbitrage »⁷.

8. Sans aborder à ce stade la question de savoir quelle portée accorder à cette disposition, rappelons-en ici les motifs tels qu'exposés par le rapport du comité d'experts ayant élaboré le projet de convention:

« De nombreux accords internationaux règlent déjà la matière de l'arbitrage, qui est également mentionnée à l'article 220 du traité de Rome. En outre, le Conseil de l'Europe a élaboré une convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage qui sera vraisemblablement assortie d'un protocole destiné à faciliter, davantage que ne le fait la convention de New York, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales »⁸.

7 — Souligné par nous.

8 — Rapport de M. P. Jenard sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1979, C 59, p. 1, 13). Voir également le rapport des professeurs D. Evrigenis et K. D. Kerameus relatif à l'adhésion de la Grèce à la convention (JO 1986, C 298, p. 1, 10):
« L'exclusion de l'arbitrage, institution qui entre dans le cadre des relations de droit civil et plus spécialement de droit commercial, prévue à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, est justifiée par l'existence d'un grand nombre de conventions internationales multilatérales qui règlent ces relations. »

9. Un bref rappel historique de l'élaboration des conventions internationales dans le domaine de l'arbitrage international est ici nécessaire⁹. Jusqu'après la Première Guerre mondiale, le droit en la matière se trouvait soumis presque exclusivement¹⁰ aux droits nationaux, qui, à l'instar des tribunaux, marquaient une fréquente défaveur à l'endroit de l'arbitrage. Le développement de l'arbitrage international consécutif à la fin du premier conflit mondial allait conduire à une importante activité normative internationale sous l'égide de la Société des nations¹¹. L'adoption du protocole de Genève de 1923¹², affirmant la validité des clauses compromissoires alors prohibées par de nombreux droits nationaux et instituant pour les juridictions étatiques une obligation de renvoyer à l'arbitrage en présence d'un litige pour lequel une convention d'arbitrage avait été conclue, puis, en 1927¹³, de la convention de Genève sur l'exécution des sentences étrangères, entraînait une amélioration de la situation juridique de l'arbitrage international.

10. Cependant, certains aspects restrictifs de ces conventions limitaient encore l'impact de leur contribution à un fonctionnement pleinement satisfaisant de l'arbitrage international¹⁴. Notamment, l'interprétation retenue pour l'article 1^{er} de la convention de Genève de 1927, exigeant que la sentence à reconnaître ou à exécuter soit devenue définitive dans le pays où elle a été rendue, conduisit fréquemment à imposer un « double exequatur », le premier des juridic-

tions de la place de l'arbitrage, le second des juridictions de l'État requis. Aussi, la fin du second conflit mondial vit se poursuivre la recherche de solutions internationales. C'est dans le cadre des travaux du Comité économique et social des Nations unies que devait ainsi être élaboré le projet de la convention de New York du 10 juin 1958. Ce texte, qui comporte de nombreuses et significatives modifications par rapport aux conventions de Genève¹⁵, a trait à deux facettes essentielles de l'arbitrage commercial international: l'efficacité des conventions d'arbitrage¹⁶ et l'exécution des sentences arbitrales. Il faut notamment souligner que l'exigence du « double exequatur » a été supprimée. Plus de 80 États, dont onze de la CEE¹⁷, ont adhéré à cette convention, moteur de l'arbitrage international contemporain.

« The modern tendency is for a coming together of the different systems of law which govern the procedural aspects of international commercial arbitration and the recognition and enforcement of international awards. This is partly because of the unifying effect of conventions on arbitration, most importantly the New York Convention »¹⁸.

« The New York Convention ... is easily the most important international treaty relating to international commercial arbitration. The general level of success of the Convention

9 — Voir en particulier A. J. van den Berg, *op. cit.*, p. 6 et suiv.

10 — Des conventions bilatérales avaient cependant été conclues, notamment entre États européens, à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle.

11 — Et à l'initiative de la Chambre de commerce internationale, dont le rôle a été particulièrement actif dans le processus contemporain d'élaboration des conventions internationales en matière d'arbitrage.

12 — Société des nations: *Recueil des traités* 158 (1924).

13 — Société des nations: *Recueil des traités* 302 (1929-1930).

14 — Voir à ce sujet A. J. van den Berg, *op. cit.*, p. 7.

15 — Pour une description synthétique à cet égard, voir A. J. van den Berg, *op. cit.*, p. 9.

16 — Garantie par l'article II, paragraphe 3, de la convention: « Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. »

17 — Le Portugal, signataire des conventions de Genève, n'est pas à ce jour adhérent de la convention de New York.

18 — Redfern, A., et Hunter, M.: *Law and practice of international commercial arbitration*, Sweet and Maxwell, Londres, 1986, p. 43.

may be seen as one of the factors responsible for the rapid development over recent decades of arbitration as a mean of resolving international trade disputes »¹⁹.

11. Si la convention de New York constitue ainsi un instrument majeur de l'arbitrage international, il faut par ailleurs mentionner les virtualités de la récente loi modèle Cnudci (Uncitral) de 1985 sur l'arbitrage commercial international²⁰ dont les dispositions fournissent un cadre de référence aux législations nationales²¹ portant sur la convention d'arbitrage, la composition du tribunal arbitral, la procédure arbitrale, le prononcé des sentences, les recours contre celles-ci ainsi que leur reconnaissance et leur exécution. Reflétant l'évolution des droits nationaux, la loi modèle retient le principe de la « compétence-compétence »²² de l'arbitre, selon lequel ce dernier peut lui-même, sous contrôle judiciaire ultérieur, apprécier sa propre compétence.

« In adopting the concept of 'competence/competence', the Model Law has recognized the general trend of modern national legal systems, and of international conventions, which allow an arbitral tribunal to determine its own jurisdiction. However, the Model Law does not give an arbitral tribunal the final word; there is position for concurrent control by the court specified by article 6 »²³.

19 — Ibid., p. 362.

20 — Sur ce texte, voir Jarvin: « La loi type de la Cnudci », *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 509; Fouchard: « La loi type de la Cnudci sur l'arbitrage commercial international », *Clunet*, 1987, p. 861; Redfern et Hunter, op. cit., p. 402 et suiv.

21 — Pour un exemple de législation adoptant la loi modèle, voir Alvarez, A.: « La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 529.

22 — Sur cette question, voir notamment Fouchard, op. cit., p. 135 et suiv.; Mayer, op. cit.; Redfern et Hunter, op. cit., p. 213-215; Mustill et Boyd: *Commercial arbitration*, Londres, Butterworths, 1982, p. 516 et suiv.

23 — Redfern et Hunter, op. cit., p. 395.

12. A côté de ces instruments²⁴, il existe de multiples conventions régionales en matière d'arbitrage commercial international. Pour s'en tenir à l'Europe, deux traités doivent être mentionnés: la convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961²⁵ et la convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage du 20 janvier 1966 (convention de Strasbourg)²⁶. Le premier de ces textes, complément de la convention de New York, limite les causes de refus de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. Plus précisément, l'annulation de la sentence par les juridictions de l'État dans lequel elle a été prononcée ne peut justifier un refus d'exequatur qu'à la condition d'avoir été prononcée pour certains motifs spécifiés²⁷. Par ailleurs, la convention européenne de 1961 pose notamment le principe de la « compétence-compétence » des arbitres et règle l'hypothèse de la litispendance entre procédure d'arbitrage et saisine postérieure des juridictions étatiques. Cette convention lie 20 États membres dont sept de la Communauté²⁸. En revanche, la convention de Strasbourg n'a pas connu le succès initialement escompté puisqu'un seul État, la Belgique, l'a ratifiée à ce jour.

13. Parallèlement, les droits nationaux ont reconnu de manière croissante les besoins de l'arbitrage commercial international en consacrant les incidences de l'autonomie de

24 — Il convient également de mentionner à cet égard la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, de 1965, dite convention de Washington (Organisation des Nations unies, *Recueil des traités*, 1966, vol. 575, p. 160, n° 8359); cette convention s'applique aux litiges entre État contractant et ressortissant d'un autre État relatifs à un investissement.

25 — Sur ce texte, voir notamment Hascher, D.: « Commentary on the European Convention on Commercial Arbitration », *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XV, 1990, p. 619.

26 — Série des traités européens, 1966.

27 — Article IX de la convention.

28 — La Belgique, le Danemark, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie et le Luxembourg; l'accession à la convention est ouverte aux États non européens.

la volonté dans l'ordre international. Cette tendance est particulièrement nette en Europe et se manifeste tant dans le domaine législatif²⁹ qu'à travers des attitudes de juridictions étatiques exemptes de toute défaveur à l'endroit de l'arbitrage international.

14. « It used occasionally to be suggested that the English courts were hostile to the process of arbitration. Whether this was ever true, in the distant past, it is a matter of opinion. What must be clear, to anyone reading the judgments delivered during the past 60 years, is that this is now a complete misconception »³⁰.

Formulée à propos des juridictions britanniques, une telle opinion pourrait sans nul doute être transposée à la grande majorité des autres juridictions nationales.

29 — La dernière décennie a vu une vague de réformes nationales favorables à l'arbitrage international; ainsi l'Arbitration Act de 1979 a considérablement limité au Royaume-Uni les recours en annulation dirigés contre des sentences arbitrales internationales; la réforme française de 1981 est marquée par un très grand libéralisme en matière d'arbitrage international, de même que la loi belge de 1985 et la loi portugaise de 1986; voir également la loi italienne de 1983, les lois allemande et néerlandaise de 1986 modernisant l'arbitrage, ainsi que la loi espagnole de 1988; voir, en dehors de la Communauté, la loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1987.

30 — Mustill et Boyd, op. cit., p. 7; cette citation évoque irrésistiblement les termes de la très importante décision *Mitsubishi/Soler* (105 VS, 1985, p. 3346) de la Cour suprême des États-Unis admettant l'arbitrabilité de demandes fondées sur le Sherman Act dans le cadre d'un litige relatif à une transaction commerciale internationale: « ... le temps est loin où la réticence des tribunaux à l'égard des avantages de l'arbitrage entravait le développement de celui-ci comme moyen alternatif de règlement des litiges »; sur cet arrêt, voir notamment Robert, J.: « Une date dans l'extension de l'arbitrage international: l'arrêt *Mitsubishi/Soler* », *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 173, et les références figurant dans Carbonneau, T. E.: *Le droit américain de l'arbitrage* (travaux offerts au professeur Albert Fettweis, précités), p. 210, note 20.

15. Telle est, brossée à très grands traits qui devraient être complétés par une description du rôle essentiel des institutions permanentes d'arbitrage ou de l'émergence d'une nouvelle « lex mercatoria »³¹, la physiologie générale de l'arbitrage international qui, progressivement détaché de tous les cadres étatiques, tendrait, selon certains commentateurs, à la « dénationalisation » ou, encore, à la « délocalisation »³².

16. Première saisine d'une juridiction britannique relative à la convention de Bruxelles mais également première occasion pour votre Cour de se prononcer sur la portée de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de ce texte, la présente affaire préjudicielle revêt à ces deux titres une importance considérable³³. Elle trouve son origine dans une situation qu'il est indispensable de rappeler pour la bonne compréhension des enjeux en cause.

31 — Sur la *lex mercatoria*, voir notamment, Goldman, B.: « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177; « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives », *Clunet*, 1979, p. 475; Mustill, M.: « The New *Lex Mercatoria* », *Liber amicorum for Lord Wilberforce*, 1987, Bos and Brownlie editors; Paulsson, J.: « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », *Revue de l'arbitrage*, 1990, n° 1, p. 55; pour des thèses critiques, voir notamment Lagarde, P.: « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales*, études offertes à Berthold Goldman, 1982, p. 125, et les auteurs cités dans Paulsson, op. cit., p. 57, note 11.

32 — Sur la délocalisation de l'arbitrage international, voir notamment Fouchard, op. cit., p. 22 et suiv.; Paulsson: « Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin » (1981) 30 *ICQL* 358; « Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters » (1983) 32 *ICLQ* 53; Sanders: « Trends in the Field of International Commercial Arbitration », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, 1975, vol. II, p. 207; pour une analyse critique de cette théorie, voir notamment Redfern et Hunter, op. cit., p. 55 et suiv.; Park: « The *lex fori arbitri* and International Commercial Arbitration » (1983) 32 *ICLQ*; A. J. van den Berg, op. cit., p. 29 et suiv.

33 — Voir à cet égard deux articles postérieurs à la présente saisine préjudicielle: Thomas, D. R.: « The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968: An English Perspective », *Journal of International Arbitration*, 1990, p. 44; l'auteur est favorable à une solution excluant le litige soumis au juge a quo du champ d'application de la convention; c'est une thèse inverse que préconise Bonelli, M. J.: dans « *Le Corte Inglese e i contratti commerciali internazionali: English law and jurisdiction über alles?* », *Diritto del commercio internazionale, Pratica internazionale e diritto interno*, juillet-décembre 1989, p. 329.

17. Par télex en date du 23 janvier 1987, la société Marc Rich and Co. AG (ci-après « Marc Rich ») a proposé d'acheter du pétrole brut iranien à la Società Italiana Impianti PA (ci-après SII). Le 25 du même mois, cette dernière acceptait la proposition d'achat sous réserve de conditions supplémentaires qui semblent avoir été acceptées par Marc Rich le 26 janvier, date à laquelle la société SII considère qu'un contrat complet a été ainsi conclu. Le 28 janvier, Marc Rich a expédié un nouveau télex comportant des détails quant aux termes du contrat ainsi que la clause suivante:

« Droit applicable et arbitrage »

La validité de l'interprétation et l'exécution du présent contrat sont interprétées conformément au droit anglais. Si une contestation survenait entre l'acheteur et le vendeur, la question contestée serait portée devant trois personnes à Londres. Chacune des parties désignerait une personne, et ces deux personnes en désigneraient une troisième; leur décision ou celle de deux d'entre elles serait définitive et lierait les deux parties. »

Ce télex n'aurait reçu aucune réponse.

18. Quelques jours plus tard, le chargement de la cargaison de pétrole sur le navire « Atlantic Emperor » a commencé pour être achevé le 6 février. Il semble que, le même jour, Marc Rich ait invoqué une grave contamination de la cargaison, entraînant un préjudice qui serait supérieur à 7 millions de USD.

19. La société italienne devait engager, le 18 février 1988, une action judiciaire en

Italie tendant à obtenir une déclaration la dégageant de toute responsabilité à l'égard de Marc Rich. L'assignation a été notifiée le 29 février 1988 à cette société, laquelle devait, ce même jour, engager à Londres une procédure d'arbitrage en désignant son arbitre et, le 4 octobre 1988, conclure à l'incompétence de la juridiction italienne en invoquant l'existence de la clause compromissoire. Par ailleurs, Marc Rich a ultérieurement saisi directement la Cour de cassation italienne aux fins de voir déclarer l'incompétence des juridictions italiennes au motif de l'existence de la convention d'arbitrage. La société SII n'ayant pas désigné d'arbitre, Marc Rich a introduit le 20 mai 1988 une action tendant à voir nommer un arbitre par la High Court en application de l'Arbitration Act de 1950. La juridiction britannique a autorisé la notification à la société SII en Italie de l'acte introductif d'instance. Le 8 juillet 1988, la société italienne a demandé l'annulation de cette autorisation, en faisant valoir que le litige réel entre les parties est lié à la question de savoir si le contrat en cause contient ou non une clause d'arbitrage. Un tel litige entrerait dans le champ d'application de la convention de Bruxelles et devrait en conséquence être jugé en Italie. Selon Marc Rich, ce litige échapperait au champ d'application de la convention par l'effet de l'article 1^{er} qui exclut l'arbitrage.

20. Le juge M. Hirst a jugé que la convention ne s'applique pas au litige, estimant par ailleurs que le contrat est soumis au droit anglais et accordant la notification à l'étranger. Cette décision a été frappée d'appel. En dépit des réticences que les deux parties au principal ont semblé manifester à l'égard d'une interrogation préjudicielle en invitant la Court of Appeal à décider elle-même de l'interprétation de la convention en l'espèce, cette juridiction vous a adressé ces trois questions:

« 1) L'exception de l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la convention s'étend-elle:

a) à tous les litiges ou jugements et, dans l'affirmative,

b) aux litiges ou jugements où la question de l'existence initiale d'un accord d'arbitrage est en cause?

2) Si le présent différend relève de la convention et non de l'exception de la convention, les acheteurs peuvent-ils néanmoins attribuer compétence aux juridictions anglaises en vertu:

a) de l'article 5, paragraphe 1, de la convention et/ou

b) de l'article 17 de la convention?

3) Si les acheteurs sont en mesure d'attribuer compétence aux juridictions anglaises autrement qu'en vertu du point 2 ci-dessus,

a) la cour de céans doit-elle se dessaisir ou devrait-elle surseoir à statuer en vertu de l'article 21 de la convention, ou bien

b) la cour de céans devrait-elle surseoir à statuer en vertu de l'article 22 de la convention au motif que le tribunal italien a été le premier saisi? »

21. Deux remarques préalables s'imposent.

22. Les consultations de MM. Jenard et Schlosser produites devant votre Cour par la société SII nous inspirent la première. On le sait, ces personnalités ont par ailleurs respectivement rédigé les rapports des comités d'experts ayant préparé la convention initiale et la convention d'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni. A ce titre, votre Cour a été conduite à prendre ces rapports en considération³⁴. Rappelons en outre que le Civil Jurisdiction and Judgments Act de 1982³⁵ s'y réfère expressément pour l'interprétation de la convention par les juridictions britanniques. En revanche, il est hors de doute que les opinions qui vous sont aujourd'hui soumises revêtent le « statut » de simples consultations auxquelles il convient évidemment d'accorder le seul poids que leur confèreraient leurs mérites intrinsèques. Cette précision est d'autant plus indispensable que M. Schlosser défend pour sa part une thèse contredisant en tout point la position du rapport officiel dont il était le signataire quant à l'application de la convention aux litiges relatifs à l'arbitrage devant les juridictions étatiques.

34 — Voir par exemple arrêts du 26 mai 1982, Ivenel et Schwab (133/81, Rec. p. 1891); du 15 novembre 1983, Duijnsteek (288/82, Rec. p. 3663); du 27 septembre 1988, Kalfelis (189/87, Rec. p. 5565).

35 — Partie I, section 3 (3), ainsi rédigé:

* 3. Interpretations of the Conventions:

1) Any question as to the meaning or effect of any provision of the Conventions shall, if not referred to the European Court in accordance with the 1971 Protocol, be determined in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court.

2) Judicial notice shall be taken of any decision of, or expression of opinion by, the European Court on any such question.

3) Without prejudice to the generality of subsection (1), the following reports (which are reproduced in the Official Journal of the Communities), namely:

a) the reports by Mr P. Jenard on the 1968 Convention and the 1971 Protocol; and

b) the report by Professor Peter Schlosser on the Accession Convention,

may be considered in ascertaining the meaning or effect of any provision of the Conventions and shall be given such weight as is appropriate in the circumstances. »

23. La seconde remarque a trait à l'étendue de la réponse que vous apporterez à la première question formulée en des termes très généraux par la Court of Appeal. Son libellé pourrait vous conduire à examiner une vaste série d'hypothèses relatives à la portée de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la convention de Bruxelles. Nous pensons notamment à une délicate question surgie au moment de la négociation précédant l'adhésion du Royaume-Uni³⁶. La délégation de cet État avait, semble-t-il, soutenu la thèse selon laquelle la convention ne s'appliquait pas à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement au fond rendu par un tribunal étatique en méconnaissance d'une convention d'arbitrage ou en lui déniait toute validité. Si cette thèse ne paraissait pas admise par les États membres originaires, cette divergence n'a pas entraîné de modification du libellé de la convention. Selon le rapport Schlosser, « les États membres pourront tenir compte dans leur législation de l'introduction de cette incertitude d'interprétation »³⁷. Quelle que soit l'analyse que l'on peut être enclin à adopter à cet égard, force est de constater que cette difficulté est étrangère au litige pendant devant le juge britannique qui vous a saisis. En conséquence, contrairement à l'invitation du gouvernement français sur ce point, nous vous suggérons de ne pas aborder cette question dans votre réponse à la Court of Appeal. Nous partageons l'avis du gouvernement allemand selon lequel votre réponse doit se limiter à apporter les seules précisions utiles à la résolution de l'instance au principal.

24. De ce point de vue, la demande de Marc Rich a pour objet la *désignation d'un arbitre*, c'est-à-dire la constitution du

tribunal arbitral. La défense de la société SII soulève au préalable la question de l'*existence même de la convention d'arbitrage*. Telle est incontestablement la physionomie du litige devant le juge a quo et celle à partir de laquelle nous vous proposons de procéder à l'interprétation de l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention.

25. Il semble qu'au demeurant une certaine confusion se soit instaurée à cet égard, du fait que la société SII conteste que le litige pendant devant le juge a quo ait pour objet la désignation d'un arbitre. Le « principal ou véritable différend entre les parties » aurait trait à l'existence de la convention d'arbitrage. Sans doute une telle question apparaît-elle en l'état du litige plus importante. Pour autant, d'un point de vue procédural, il ne s'agit que d'une question incidente ou, plus exactement, préalable. La société SII elle-même a indiqué à l'audience que la question de l'existence de l'arbitrage devait être tranchée *avant* que l'on puisse procéder à la désignation d'un arbitre. Et ses observations écrites indiquent clairement:

« L'action introduite par l'acheteur devant la juridiction anglaise a pour objectif la désignation d'un arbitre. Mais — le juge M. Hirst l'a dit et l'acheteur ne l'a pas contredit sur ce point — l'acheteur ne pourra obtenir le prononcé de cette mesure tant qu'il n'aura pas établi l'existence d'un accord d'arbitrage valide »³⁸.

On ne saurait donner meilleure description d'une question préalable.

36 — Voir rapport Schlosser aux paragraphes 61 et 62 (JO 1979, C 59, p. 92 et 93).

37 — Rapport Schlosser, op. cit., paragraphe 61.

38 — P. 44 de la version française de ses observations.

26. Signalons d'ailleurs que cette distinction entre question préalable et question principale, familière aux juristes continentaux, a été déjà utilisée, justement en la matière, par les juristes de « common law ». En effet, dans une décision de la High Court — relative aux prérogatives des arbitres dont la compétence serait contestée —, la question de la compétence précédant l'appréciation sur le fond du litige a été précisément qualifiée de « preliminary matter » dans les termes suivants :

« They are entitled to inquire into the merits of the issue whether they have jurisdiction or not, not for the purpose of reaching any conclusion which will be binding upon the parties — because that they cannot do — but for the purpose of satisfying themselves as a *preliminary matter* whether they ought to go on with the arbitration or not »³⁹.

27. Bien que formulée à propos de la question de la compétence de l'arbitre soulevée devant ce dernier, l'analyse, d'ailleurs logique et évidente, selon laquelle il s'agit là d'une question préalable ne saurait varier sur ce point lorsqu'elle est pendante devant une juridiction étatique appelée à nommer un arbitre.

28. Selon la thèse soutenue par la société SII, qui repose largement sur les consultations de MM. Jenard et Schlosser, la

39 — Christopher Brown LD/Genossenschaft Österreichischer Waldbesitzer und Holzwirtschaftsbetriebe Registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (1952 C. 3851) I Q. B. 1954, p. 8, 12 et 13, souligné par nous.

convention serait applicable au litige soumis au juge a quo. A première vue, une telle conclusion contredit la solution qui découle des principes jusque-là admis quant à la mise en œuvre des exclusions de la convention et que nous allons tout d'abord présenter. Cette solution a été parfaitement exposée dans les observations du gouvernement allemand. Elle est claire et précise. Le point de départ de l'analyse est fourni ici par le principe incontestable selon lequel « les matières exclues ne le sont toutefois que si elles font l'objet principal du litige »⁴⁰.

29. Nous l'avons vu, en l'espèce, celui-ci a trait à la désignation d'un arbitre. Or, le rapport officiel de M. Schlosser est dénué de toute ambiguïté à cet égard :

« La convention ne s'applique pas aux procédures judiciaires qui servent à la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage, telles les procédures de désignation ou de récusation d'un arbitre... »⁴¹.

Aussi bien, tous les auteurs ayant abordé ce point s'accordent à exclure ce type précis de

40 — Rapport Jenard, op. cit., p. 10; Bellet, P.: « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du marché commun », *Clunet*, 1965, p. 833, 851 et 852.

41 — Op. cit., p. 95.

procédure du champ d'application de la convention ⁴².

30. Sauf à adopter la thèse radicale de l'opinion réactualisée de M. Schlosser selon laquelle la convention s'applique à tous les litiges en matière d'arbitrage portés devant les tribunaux, thèse que nous examinerons ultérieurement, aucune hésitation n'est permise: la convention ne s'applique pas à l'objet principal du litige pendant devant le juge a quo. Mais au préalable est soumise à ce dernier la question de l'existence de la convention d'arbitrage.

31. Il nous faut ici souligner avec force que, dans le système de la convention, la compétence du juge saisi d'une question principale ne relevant pas du domaine de celle-ci pour connaître d'une question préalable n'est en aucun cas régie par la convention mais par la *lex fori*, et ce même si la question préalable relève du champ d'application de la convention.

32. MM. Gothot et Holleaux indiquent très clairement de ce point de vue que,

« La convention ne joue pas au sujet des questions principales exclues de son domaine même si elles soulèvent incidemment une question appartenant à ce domaine. La compétence du juge en ce qui concerne la question principale (de sécurité sociale, par exemple...), exclue du domaine

du traité, et la question incidente (relative à un contrat de travail, par exemple), comprise dans le champ de la convention, dépend de la *lex fori* étatique et non de la convention (le jugement prononcé ne saurait évidemment bénéficier du régime conventionnel de reconnaissance et d'exécution) » ⁴³.

33. Deux conséquences doivent en être tirées. La première, c'est à la *lex fori* seule, c'est-à-dire au droit anglais en l'espèce, qu'il incombe de déterminer si le juge est compétent pour trancher la question préalable. La seconde, c'est que, bien évidemment, le litige, dont l'objet principal est extérieur au champ d'application de la convention, ne peut tomber dans ce champ d'application par l'effet d'une question préalable, quand bien même cette dernière relèverait *ratione materiae* de la convention. A ce propos, il n'est pas nécessaire à notre avis que vous preniez parti en l'espèce sur le point de savoir si la question de l'existence d'une convention d'arbitrage qui serait portée à titre principal devant une juridiction tombe ou ne tombe pas dans le champ d'application de la convention. Il suffit, selon nous, de constater que lorsqu'une telle question revêt la nature d'une question préalable dans un litige dont l'objet principal échappe à la convention, cette dernière ne s'applique

42 — Voir notamment Kaye: « Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments », *Professional Books Limited*, 1987, p. 148; Collins, L.: *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Londres, Butterworths, 1983, p. 29; Lasok, D., et Stone, A.: *Conflict of Laws in the European Community*, *Professional Books Limited*, 1987, p. 185; Hartley, T. C.: *Civil Jurisdiction and Judgments*, Sweet and Maxwell, p. 22; Beraudo: « Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Juriste Europe*, fasc. 3000, p. 10, n° 34.

43 — *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985, p. 15, point 29; voir également Kaye (op. cit., p. 151-152): « In spite of the absence of any express provision in Article 1 of the Convention to such effect, it is widely accepted that it is only the principal subject-matter of proceedings which is to be taken into account in determining whether the latter are within the Convention's scope and that, accordingly, excluded areas which merely arise as incidental issues in the course of main proceedings to which the Convention applies, are themselves subject to Convention jurisdiction and recognition and enforcement rules along with the main claim, while, equally, matters to which the Convention would be applicable if they had formed the principal subject-matter of proceedings, but which are raised incidentally in excluded main proceedings, also fall outside Convention jurisdiction and recognition and enforcement provisions » et Beraudo (op. cit., p. 12, n° 40): « ... une question incidente, rattachée à la convention, ne peut avoir pour résultat de faire entrer dans le champ de la convention une matière exclue qui serait l'objet principal du procès ».

pas et que, par voie de conséquence, c'est à la *lex fori* qu'il appartient de décider si le juge saisi peut connaître de la question incidente dont il s'agit. Telle est la conclusion qui nous paraît découler naturellement des principes que nous avons rappelés.

34. Mais si vous récusiez cette démarche en estimant, indépendamment de toute analyse procédurale, que la question principale en l'espèce porte sur le point de savoir s'il existe une convention d'arbitrage entre les parties, vous n'en décideriez pas pour autant que le litige soumis au juge a quo tombe dans le champ d'application de la convention. A notre avis, en effet, un litige relatif à l'existence de la convention d'arbitrage est extérieur à celui-ci.

35. Il faut rappeler ici les termes du rapport Schlosser:

« La convention ne s'applique pas aux décisions judiciaires constatant la validité ou la nullité d'un compromis d'arbitrage ou ordonnant aux parties de ne pas poursuivre une procédure d'arbitrage en raison de son invalidité »⁴⁴.

C'est là une opinion que l'on retrouve en doctrine:

« Furthermore, it is considered, perhaps controversially, that legal proceedings concerning purely the contractual validity of the arbitration agreement, should also be regarded as being excluded from the convention as involving arbitration under Article 1, para. 2(4), through being more

closely related to the arbitration process itself than, for example, are contractual questions in respect of matrimonial property rights — likewise excluded under Article 1, para. 2(1) — related thereto »⁴⁵.

Le gouvernement du Royaume-Uni a parfaitement souligné à cet égard qu'il n'existe aucun motif substantiel de distinguer entre une convention d'arbitrage inexistante et une convention invalide. A ce propos, on ne peut manquer de relever que la convention européenne de 1961 n'opère précisément aucune distinction entre une contestation relative à l'existence d'une convention d'arbitrage et celle relative à sa validité⁴⁶. Dans les deux hypothèses, c'est toujours de la compétence de l'arbitre dont il s'agit. Par ailleurs, nous ne discernons pas les raisons qui autoriseraient à distinguer, comme le fait M. Jenard dans la consultation qui est produite devant votre Cour, entre une contestation sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage avant que l'arbitrage ne commence, qui tomberait dans le champ d'application de la convention, et une contestation de la compétence de l'arbitre devant le juge en cours de procédure d'arbitrage, qui serait, elle, exclue du champ d'application de la convention.

36. Dans certains systèmes juridiques, le contrôle judiciaire sur la compétence de

45 — Kaye, *op. cit.*, p. 150; le juge M. Hirst a d'ailleurs fait référence à cette opinion dans son jugement.

46 — Voir article V, paragraphe 3: « Sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie », et article VI, paragraphe 3: « Lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des États contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale. »

44 — JO 1979, C 59, p. 93, paragraphe 64.

l'arbitre est essentiellement exercé a posteriori. C'est là par exemple la solution du droit français qui, sauf l'hypothèse d'une convention d'arbitrage manifestement nulle, impose aux juridictions le renvoi à l'arbitrage, les appréciations de l'arbitre sur sa compétence faisant l'objet d'un contrôle judiciaire ultérieur en cas de recours en annulation contre la sentence. Or, les rapports Jenard⁴⁷ et Schlosser⁴⁸ excluent que la convention soit applicable aux jugements annulant une sentence arbitrale, alors que le motif de l'annulation pourra précisément résider dans l'absence de compétence de l'arbitre. Il semble donc que, selon M. Jenard, la convention ne s'appliquerait pas à un tel contrôle, alors qu'en revanche elle réglerait des contestations initiales de la compétence de l'arbitre dans les systèmes de droit qui permettent un contrôle ab initio de cette compétence.

37. Pareille solution introduirait une ligne de partage arbitraire à propos d'instances judiciaires qui toutes conduisent le juge à se prononcer sur la contestation de la compétence de l'arbitre et se trouveraient pourtant les unes soumises à la convention, les autres exclues de son champ d'application.

38. Il faut enfin examiner l'argument de la société SII qui exprime le point de vue suivant: l'« arbitrage » dépend du consentement. Sans consentement, il n'y a pas d'« arbitrage ». Partant, si l'on s'en tient à son sens naturel, le concept d'« arbitrage » ne s'étend pas à un différend portant sur l'existence initiale d'un accord d'« arbitrage ». En d'autres termes, la matière d'un litige ne porterait pas sur l'arbitrage si l'existence même de la clause d'arbitrage était contestée.

39. Au regard de votre jurisprudence, cette analyse n'est guère convaincante. Dans votre arrêt Effer⁴⁹, il s'agissait d'un litige où était opposée à une demande en paiement d'honoraires une défense contestant que des relations contractuelles avaient été établies entre les parties. La question qui vous était posée consistait à déterminer si la contestation de l'existence même du contrat empêchait l'application de l'article 5, paragraphe 1, de la convention dont relevait incontestablement la demande en paiement. Et vous avez jugé que le requérant bénéficiait du for du lieu d'exécution du contrat, « même si la formation du contrat qui est à l'origine du recours est litigieuse entre les parties ». En d'autres termes, vous avez considéré qu'il ne suffisait pas d'alléguer l'inexistence du contrat dont l'exécution est poursuivie pour que dès lors on ne se trouve pas en matière contractuelle. Appliqué au cas d'espèce, ce raisonnement doit conduire à considérer que l'invocation de l'inexistence d'une convention d'arbitrage ne peut davantage amener à conclure que le litige soumis au juge a quo — et qui tend à la nomination d'un arbitre, c'est-à-dire à la mise en œuvre de ladite convention d'arbitrage — ne relève pas de la matière de l'arbitrage.

40. En conséquence, quelle que soit l'analyse relative au point de savoir si la question de l'existence de la convention d'arbitrage constitue une question préalable ou principale, il apparaît que la matière principale du litige soumis au juge a quo est relative à l'arbitrage. Relevons d'ailleurs que dans sa consultation M. Jenard lui-même a admis que l'arbitrage est la « main issue » du litige soumis à la juridiction britannique, pour en tirer toutefois la conclusion, que nous examinerons ultérieurement, selon laquelle la convention s'applique à ce litige.

47 — JO 1979, C 59, p. 13.

48 — Ibid., p. 93.

49 — Arrêt du 4 mars 1982 (38/81, Rec. p. 825).

41. Tel n'est pas le résultat qui correspond à l'application des principes classiques en la matière, résultat qui se trouve combattu par la SII et la Commission.

42. Avant d'aborder la thèse de la société italienne, qui invoque à titre principal une interprétation radicale selon laquelle la convention serait applicable à tous les litiges relatifs à l'arbitrage portés devant les tribunaux, nous devons d'ores et déjà évoquer la position de la Commission qui défend l'application de la convention en l'espèce au terme d'une analyse qui semble méconnaître totalement les principes évoqués ci-avant.

43. Pour la Commission, la clef de la difficulté serait fournie par le passage suivant du rapport Evrigenis et Kerameus:

« En revanche, il convient de considérer comme relevant de la convention le contrôle incident de la validité de l'accord d'arbitrage demandé par une partie en vue de contester la compétence internationale de la juridiction devant laquelle elle est atraite en application de la convention »⁵⁰.

44. Au préalable, nous indiquons que nous mettrions très sérieusement en doute le bien-fondé de ce passage s'il signifiait que c'est la convention qui attribue compétence au juge saisi d'une action principale relevant de son champ d'application pour connaître d'une question incidente extérieure à celui-ci. Une telle possibilité est, en effet, déterminée par la « *lex fori* » du juge saisi et non par la convention. Comme l'indiquent MM. Gothot et Holleaux:

« En réalité, la convention n'intervient pas à cet égard: il appartient au droit commun de compétence et de procédure du for de décider si une telle question incidente doit être traitée comme simplement préalable ou comme préjudicielle »⁵¹.

45. Il nous semble donc préférable de considérer que les auteurs du rapport aient entendu en réalité faire allusion à l'application de la convention à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement tranchant un litige relevant du domaine de la convention, après s'être prononcés sur la question de la validité d'une convention d'arbitrage. Nous l'avons vu, cette question a été évoquée lors des négociations précédant l'adhésion du Royaume-Uni. Elle reste à notre avis ouverte et en tout cas étrangère au litige soumis au juge a quo.

46. Mais à supposer même que les auteurs du rapport aient estimé que la convention déterminait la compétence d'un juge saisi au titre de celle-ci pour connaître au préalable de la validité d'une convention d'arbitrage, le passage évoqué n'aboutit en aucun cas à la conclusion de la Commission.

47. En effet, est évoquée expressément la situation d'un juge saisi *par application de la convention* devant lequel serait porté le contrôle incident de la convention d'arbitrage. En d'autres termes, il est décisif de déterminer si la question principale dont la juridiction a quo est saisie entre dans le champ de la convention. Première étape obligée du raisonnement dont la Commission nous semble faire l'économie.

50 — JO 1986, C 298, p. 10.

51 — Op. cit., p. 15.

48. On en est, en effet, réduit à des conjectures sur les motifs de son raisonnement, qui affirme que l'arbitrage n'est qu'une « question incidente » en l'espèce. La Commission entend-elle par là que, *devant le juge britannique*, la désignation de l'arbitre serait une question incidente et l'existence d'une convention d'arbitrage la question principale? Si telle est son analyse, il s'agit alors de la remise en cause spectaculaire de notions procédurales fondamentales. Mais même une telle thèse ne peut conduire à appliquer la convention au litige soumis au juge britannique que si la démonstration était faite que la question de l'existence d'une convention d'arbitrage relève de la convention. Nous n'avons pas trouvé de réponse à ces interrogations dans les observations qui vous ont été soumises.

49. Les arguments particulièrement fouillés de la société SII retiendront beaucoup plus longuement votre attention.

50. La thèse favorable à l'application de la convention au cas d'espèce repose, en substance, sur une alternative:

— au principal, et c'est là l'analyse radicale que la société italienne soutient en invoquant notamment les observations de M. Schlosser, la convention *s'applique à tous les procès* devant les juridictions en matière d'arbitrage; en conséquence, il est ainsi proposé à votre Cour une prise de position considérable quant à la portée de son article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4;

— à titre subsidiaire, et c'est là la position de la société SII reposant notamment sur la consultation de M. Jenard, l'applica-

tion de la convention au cas d'espèce serait justifiée par les véritables objectifs de la convention.

51. Examinons successivement ces deux lignes d'argumentation.

52. La thèse selon laquelle la convention de Bruxelles s'applique à tous les litiges devant les tribunaux en matière d'arbitrage présente le mérite apparent de la simplicité. Elle est cependant contredite par l'économie de la convention et comporte de sérieux inconvénients que ne contrebalance en définitive aucun avantage significatif.

53. Selon la consultation de M. Schlosser, l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention serait purement déclaratoire. En d'autres termes, cette disposition aurait une seule portée: rappeler que la convention ne s'applique pas à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales. En revanche, tant la compétence des juridictions étatiques pour des litiges relatifs à l'arbitrage que la reconnaissance et l'exécution de décisions intervenues au terme de telles instances relèveraient du champ d'application de la convention.

54. Contraire aux différents rapports des comités d'experts, cette analyse pêche tout d'abord par manque de logique si l'on examine la disposition. Citons ici un commentateur autorisé:

« La convention de Bruxelles exclut expressément cette matière à la différence de la convention de La Haye sur l'exécution des

jugements. Il est vrai que les conventions qui ont pour objet la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par les juridictions étatiques ne s'appliquent pas, par hypothèse, à l'exécution des sentences arbitrales. Toutefois un doute qui n'a pas effleuré les négociateurs de La Haye a subsisté dans l'esprit de ceux de Bruxelles et ils ont voulu, par une disposition formelle, éliminer toute tentative de reconnaissance ou d'exécution de décisions judiciaires statuant sur les contestations relatives à l'arbitrage, comme par exemple une action en nullité. *En outre, la convention de Bruxelles étant relative à la compétence internationale, il est ainsi précisé que le traité ne prétend pas déterminer la compétence des tribunaux pour les contestations relatives à un arbitrage* »⁵².

55. Observons d'ailleurs que le libellé même du texte vient au soutien de cette analyse. En effet, si l'article 1^{er}, deuxième alinéa, de la convention énumère en ses points 1 (état des personnes ...), 2 (faillite ...), 3 (sécurité sociale ...) des matières qui, soumises aux tribunaux, sont pourtant exclues de la convention, il est logique que le point 4 final du même texte vise de la même manière les litiges soumis aux juridictions étatiques. Si l'exclusion de l'arbitrage avait simplement la portée déclaratoire que lui prêtent la SII et M. Schlosser — c'est-à-dire rappeler ce qui irait de soi, à savoir qu'une convention relative à la compétence des tribunaux et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires ne s'applique pas aux procédures d'arbitrage et à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales —, l'économie du texte serait alors fort peu cohérente.

52 — Droz, G. A. L.: « Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun », (*Etude de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*), Dalloz, 1972, p. 27-28, souligné par nous.

56. La thèse de la SII est nettement infirmée par les différents rapports des comités d'experts. Le rapport Jenard tout d'abord⁵³:

« La convention ne s'applique ni en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ..., ni pour déterminer la compétence des tribunaux pour les contestations relatives à un arbitrage, par exemple les actions tendant à l'annulation d'une sentence arbitrale, ni davantage en ce qui concerne la reconnaissance de décisions rendues sur de telles actions. »

57. Le rapport Schlosser ensuite⁵⁴, et plus nettement encore:

« ... La convention ne s'applique pas aux procédures judiciaires qui servent à la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage, telles les procédures de désignation ou de récusation d'un arbitre, de détermination du lieu d'arbitrage et de prorogation du délai fixé pour le prononcé de la sentence ou les décisions préjudicielles sur des questions de fond, telles qu'elles existent en droit anglais sous la forme du 'statement of special case' (article 21 de l'Arbitration Act de 1950). De même, la convention ne s'applique pas aux décisions judiciaires constatant la validité ou la nullité d'un compromis d'arbitrage ou ordonnant aux parties de ne pas poursuivre une procédure d'arbitrage en raison de son invalidité.

... La convention ne s'applique pas non plus aux procédures et décisions concernant les demandes d'annulation, de modification, de

53 — JO 1979, C 59, p. 13.

54 — Ibid., p. 93.

reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales. »

58. Relevons par ailleurs que, selon ce dernier rapport, pour tous les États parties à la convention, il était clair que l'exclusion vise au moins « les procédures se déroulant devant les tribunaux étatiques ... si celles-ci se rapportent à des procédures d'arbitrage, qu'elles soient déjà closes, en cours ou à venir »⁵⁵. C'était là, en effet, dénuée de toute ambiguïté, la position des États originaires, pourtant supposée plus restrictive que celle du Royaume-Uni à propos de la difficulté que nous avons précédemment évoquée.

59. Le rapport *Evrigenis et Kerameus*, enfin⁵⁶:

« Les procédures qui concernent directement et à titre principal l'arbitrage ne sont pas couvertes par la convention. Il s'agit par exemple des cas suivants: l'intervention d'un tribunal pour la constitution de l'organe arbitral, l'annulation judiciaire, la constatation de la validité d'une sentence arbitrale ou de l'existence de vices qui l'entachent. »

60. La doctrine s'accorde sur l'exclusion de l'application de la convention aux litiges relatifs à l'arbitrage⁵⁷. Le seul point contro-

versé concerne la difficulté que nous avons déjà abordée qui a trait à la question de la reconnaissance et de l'exécution sous la convention de Bruxelles d'un jugement tranchant le fond d'un litige en dépit d'une convention d'arbitrage⁵⁸. Mais même pour les auteurs favorables à l'application de la convention en pareil cas, tous les litiges en matière d'arbitrage sont exclus de la convention⁵⁹.

61. Si le libellé de la convention se trouve conforté par une convergence complète des rapports des comités d'experts — ayant provoqué, faut-il le souligner, de légitimes attentes des milieux concernés —, il faudrait, nous semble-t-il, de solides raisons de fond pour qu'il puisse être sérieusement envisagé de consacrer la solution radicale désormais préconisée par M. Schlosser. Or, à l'examen, les motifs avancés pour justifier cette remise en cause sont très discutables.

62. La thèse qui vous est proposée invoque notamment la discontinuité qui existerait entre convention de Bruxelles et conventions internationales si la première ne devait pas s'appliquer aux litiges relatifs à un arbitrage portés devant les juridictions.

63. Nous nous permettrons tout d'abord d'observer que, de l'avis même du professeur Schlosser,

« très souvent en pratique les sentences arbitrales ont été reconnues extraterritoriale-

55 — *Ibid.*, p. 92.

56 — JO 1986, C 298, p. 10.

57 — Voir notamment Kaye, *op. cit.*, p. 146 et suiv.; Lasok et Stone pour lesquels « the effects of Article 1 (2) (iv) seem largely clear and uncontroversial », *op. cit.*, p. 185; T. C. Hartley, *op. cit.*, p. 22; L. Collins, *op. cit.*, p. 29; Droz, *op. cit.*, p. 37; Beraudo, *op. cit.*, p. 10, n° 34; par ailleurs, ce dernier regrette que la convention ne comporte pas une règle uniforme lorsque les juridictions sont saisies en dépit d'une convention d'arbitrage et ne prévoit pas qu'une sentence arbitrale puisse faire échec à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement rendu dans un autre État membre.

58 — En faveur de la reconnaissance et de l'exécution du jugement dans ce cas précis, voir notamment Lasok et Stone, *op. cit.*, p. 186; Kaye, *op. cit.*, p. 147; Cheshire et North's, *Private International Law*, 11^e édition, Butterworths, 1987, p. 426-427; en faveur du refus de reconnaissance, Hartley, *op. cit.*, p. 97.

59 — Lasok et Stone, *op. cit.*, p. 175-186; Kaye, *op. cit.*, p. 146 et suiv.

ment en dépit du fait que d'autres juridictions (à savoir les juridictions de l'endroit où l'arbitrage a été conduit) étaient préalablement intervenues dans l'arbitrage par exemple en nommant un arbitre. Les tribunaux dans le pays d'exécution trouvent souvent tout à fait normal et allant de soi que les tribunaux de la place d'arbitrage aient compétence sur les procédures d'arbitrage si les mesures judiciaires en cause sont familières pour d'autres systèmes juridiques. Des problèmes de validité de telles procédures judiciaires, tel le respect du principe contradictoire à l'égard des deux parties à l'arbitrage, ne se sont apparemment jamais posés. Aussi, très souvent, aucune attention n'a été accordée au point de savoir si des jugements relatifs à l'arbitrage doivent vraiment être reconnus dans un autre pays par application du traité bilatéral en vigueur »⁶⁰.

64. Pourtant, le professeur Schlosser ne semble pas satisfait par le pragmatisme apparemment efficace des différentes juridictions nationales. Il poursuit, en effet:

« Un examen plus approfondi de ces traités révèle cependant que cette approche est superficielle. Un jugement relatif à l'arbitrage est un jugement comme les autres. Il peut être reconnu dans un autre pays seulement si une base juridique existe pour procéder de la sorte. Une telle base juridique peut être trouvée dans le traité bilatéral applicable »⁶¹.

Et l'auteur de souligner les carences que comporteraient lesdits traités bilatéraux à cet égard.

60 — P. 3 de la consultation, traduction libre.

61 — Ibid.

65. Nous sommes loin d'être convaincu par cette analyse.

66. Alors que les tribunaux nationaux, au moment de reconnaître les sentences arbitrales, ne voient apparemment aucun inconvénient dans l'intervention des juridictions étatiques de la place de l'arbitrage, il vous est cependant proposé une lecture « révisée » de la convention de Bruxelles parce qu'un examen juridique attentif devrait conduire les juridictions à soulever des difficultés. Il ne nous semble pas satisfaisant de mettre en évidence un problème purement théorique, puisque l'on concède que dans la pratique le système fonctionne normalement, pour l'invoquer ensuite comme militant en faveur d'une nouvelle interprétation de la convention. Le point de vue exprimé par M. Schlosser et la SII retiendrait l'attention s'il répondait à d'indiscutables préoccupations pratiques. Or, précisément, les besoins dont il est fait ici état n'emportent pas la conviction.

67. D'une part M. Schlosser invoque la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales « fusionnées » dans un jugement (awards merged into judgments) — situation fréquente au Royaume-Uni selon l'auteur — qui exigerait que la convention s'applique aux procédures relatives à l'arbitrage compte tenu de l'importance du Royaume-Uni comme place d'arbitrage. La situation à laquelle fait allusion M. Schlosser se présente lorsque la juridiction de la place de l'arbitrage accorde l'exequatur sous une forme particulière: le jugement est donné « in terms of the award »⁶².

62 — Sur cette question, voir A. J. van den Berg, op. cit., p. 346 et suiv.; au Royaume-Uni cette possibilité résulte de la section 26 de l'Arbitration Act de 1950: « An award on an arbitration agreement may, by leave of the High Court or a judge thereof, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect, and where leave is so given judgment may be entered in terms of the award. »

68. Pour réfuter sommairement cet argument, on pourrait se borner à constater que précisément la reconnaissance et l'exécution des jugements dans lesquels la sentence est « fusionnée » n'ont soulevé aucune difficulté dans les hypothèses citées par M. Schlosser. C'est en tout cas ce que révèle la lecture des décisions qu'il mentionne comme ayant eu à statuer sur l'exequatur en pareilles circonstances⁶³.

69. Mais il faut compléter cette constatation pragmatique par une observation juridique plus fondamentale. Dans le cadre de la convention de New York, il n'est pas douteux qu'en présence d'une sentence « fusionnée » dans un jugement, la première puisse en tant que telle faire l'objet d'une reconnaissance, en effet:

« The fact that the leave for enforcement has the effect of absorbing the award in the country of origin is a technical aspect for the purposes of enforcement within that country. The award can therefore be deemed to remain a cause of action for enforcement in other countries »⁶⁴.

Dans cette perspective, la « fusion » de la sentence doit être considérée comme limitée au territoire de la juridiction qui a rendu le jugement alors que seule la sentence doit être prise en considération pour la recon-

naissance et l'exécution dans d'autres États⁶⁵. En tout cas, il est clair que la solution qui consisterait à limiter la reconnaissance au seul jugement dans lequel la sentence est « fusionnée » doit être exclue.

70. Cependant, la doctrine et la jurisprudence dominantes⁶⁶ inclinent à accorder au bénéficiaire d'une sentence arbitrale « fusionnée » une option entre la possibilité de l'exécution de la sentence elle-même sous l'empire de la convention de New York ou du jugement sur la base des conventions bilatérales ou du droit interne. Dans ces conditions, le bénéficiaire d'une sentence arbitrale conserve toujours la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de la sentence, sous la convention de New York, même si celle-ci a été « fusionnée ». La difficulté dont fait état M. Schlosser⁶⁷ ne se poserait véritablement que si seul le jugement pouvait faire l'objet d'une reconnaissance. Telle n'est pas la solution retenue par les juridictions. Les avantages invoqués sur ce point par M. Schlosser ne peuvent donc convaincre.

65 — Voir à ce propos l'arrêt de l'Oberlandesgericht Hamburg présenté par A. J. van den Berg, op. cit., p. 347.

66 — Voir par exemple l'arrêt du Bundesgerichtshof, précité, et l'arrêt de la Corte di Cassazione, précité (voir *Yearbook Commercial Arbitration*, 1982, vol. 7, p. 334: « The Corte di Cassazione found that, therefore, the English awards, being final and binding on the parties, could be enforced under the New York Convention, regardless whether a High Court judgment had been entered on the awards »); voir A. J. van den Berg, op. cit., p. 346-349; l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 octobre 1959 invoqué par M. Schlosser à l'appui de son affirmation selon laquelle la sentence arbitrale « merged into judgment » ne serait plus susceptible d'exécution comme sentence ne fonde en aucun cas un tel principe; cette décision, qui n'a d'ailleurs pas été rendue sous l'empire de la convention de New York, s'est bornée à infirmer une décision de première instance qui excluait l'exequatur du jugement; elle est d'ailleurs considérée comme ayant précisément retenu la solution de l'option; voir Fouchard, op. cit., p. 540, note 26.

67 — Qui au demeurant semble loin d'être fréquente; voir à ce sujet le commentaire du professeur G. Recchia sous l'arrêt de la Corte di Cassazione, précité: « ... The recognition and enforcement of a foreign judgment entered upon an award rather than a foreign award without a judgment (according to the law of the place where it was handed down) is very unusual in Italy, particularly after Italy's adherence to the New York Convention of 1958. ... In fact, this is a unique case. »

63 — Paris, 20 octobre 1959, *Revue de l'arbitrage*, 1960, p. 48; Corte di Cassazione, 27 février 1979, n° 1273, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1982, p. 333; Bundesgerichtshof, 10 mai 1984, WM 1984, 1014 (sur cet arrêt voir notamment Lüer, H. J.: « German Court Decisions Interpreting and Implementing the New York Convention », *Journal of International Arbitration*, mars 1990, p. 127, 129 et la note 14).

64 — A. J. van den Berg, op. cit., p. 347.

71. D'autre part, l'auteur de la consultation fait allusion à l'intérêt d'appliquer la convention à la reconnaissance des jugements annulant une sentence arbitrale. Là encore, le besoin dont fait état, assez laconiquement d'ailleurs, M. Schlosser semble loin d'être impérieux. En effet, la convention de New York dans son article V, sous e), premier alinéa, prévoit expressément la possibilité de refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence lorsqu'elle « a été annulée ... par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue ». Et l'article IX de la convention européenne de 1961 indique pour sa part que l'exequatur d'une sentence arbitrale peut être refusé pour un nombre limité de motifs d'annulation spécifiés. La reconnaissance d'un jugement annulant une sentence arbitrale semble donc régir par ces dispositions.

72. Nous avouons ne pas percevoir quel serait dès lors la raison pour laquelle il serait « désirable » d'appliquer la convention de Bruxelles à des jugements annulant des sentences arbitrales. Peut-être M. Schlosser entend-il par là viser les hypothèses où une sentence aurait été annulée par les juridictions d'un autre État que celui sur le territoire duquel la sentence a été rendue? Il resterait à démontrer qu'il est souhaitable que de tels jugements fassent l'objet d'une reconnaissance « transnationale ». En effet, on ne peut manquer de rappeler l'analyse selon laquelle les juridictions du « pays d'origine » sont exclusivement compétentes pour décider de l'annulation de la sentence⁶⁸. Dans cette perspective, on ne saurait donc évoquer le besoin de reconnaître des jugements d'annulation de sentence rendus dans d'autres États.

68 — Voir A. J. van den Berg, op. cit., p. 20, pour la convention de New York.

73. Mais surtout il faut évoquer la nette tendance contemporaine, qui inspire certaines législations nationales, à remettre en cause la nécessité même de reconnaître systématiquement des jugements annulant la sentence arbitrale. Cette tendance est, en effet, marquée à reconnaître le seul contrôle des juridictions sur le territoire desquels l'exécution doit être poursuivie, afin d'assurer le maximum d'efficacité aux sentences arbitrales. Bien évidemment, la reconnaissance transnationale automatique des jugements annulant les sentences arbitrales évoquée par M. Schlosser se situe précisément à l'encontre de tels objectifs.

« ... ceux pour qui l'arbitre international statue au nom d'un ordre juridique spécifique, la *lex mercatoria*, ne peuvent songer à faire dépendre la reconnaissance et l'exécution de la sentence sur le territoire d'un État du point de vue exprimé par un autre ordre juridique étatique: une telle solution ne pourrait s'expliquer que par une infériorité intrinsèque de la *lex mercatoria* par rapport aux droits étatiques »⁶⁹.

Les droits positifs de certains États européens procèdent de telles conceptions, par exemple en excluant le recours en annulation à l'encontre d'une sentence arbitrale internationale rendue sur le territoire national (article 1717 du code judiciaire belge⁷⁰) ou, encore, en ne prévoyant pas que l'annulation de la sentence arbitrale dans son État « d'origine » constitue un motif de refus d'exequatur (article 1502 du nouveau code de procédure civile français).

69 — Mayer, op. cit., p. 360-361.

70 — Sur ce texte, voir notamment Van Houze: « La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 29-41; Vanderelst: « Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum, The Belgian Law of March 27, 1985 concerning the Annulment of Arbitral Award », *Journal of International Arbitration*, 1986, p. 77.

Cette dernière solution fait apparaître combien la thèse préconisée par M. Schlosser contrevient à de telles orientations. Il suffit de songer que la convention de Bruxelles imposerait aux juridictions de tout État membre de reconnaître des jugements annulant une sentence arbitrale internationale⁷¹.

74. Enfin, selon la SII, l'article II, paragraphe 3, de la convention de New York ne « dit rien à propos de la reconnaissance et de l'exécution d'une décision qui nie l'existence d'une décision d'arbitrage ». Rappelons tout d'abord que la disposition en cause prévoyait :

« Les tribunaux d'un État contractant, saisis d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverront les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'ils ne constatent que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. »

A cet égard, la SII admet que bien évidemment il n'y a pas de difficulté si le juge considère qu'il existe une convention d'arbitrage. Dans ce cas, en effet, les parties seront renvoyées à l'arbitrage.

75. En revanche, si le juge conclut à l'inexistence de la convention d'arbitrage,

71 — Solution que la convention de New York n'a pas adoptée puisqu'il n'existe pas d'obligation de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence annulée dans l'État où elle a été rendue; il s'agit là d'une faculté qui n'exclut pas, selon l'article 7 de la convention de New York, l'application de droits nationaux permettant de se prévaloir de la sentence en dépit de l'annulation; ainsi, selon la Cour de cassation française, « le juge ne peut refuser l'exequatur lorsque son droit national l'autorise » (Pabalk-Norsolor, 9 octobre 1984, *Revue de l'arbitrage*, 1985, p. 431, note Goldenau; Dalloz, 1985, p. 101, note Robert).

existe-t-il un besoin si impérieux de reconnaître un tel jugement qui justifierait l'application de la convention de Bruxelles aux litiges en matière d'arbitrage? Tout d'abord, pour le cas où le juge étatique se prononce à titre incident en faveur de l'inexistence ou de l'invalidité de la convention d'arbitrage pour conclure à sa compétence et statuer ensuite sur un litige rentrant dans le champ d'application de la convention de Bruxelles, l'application de celle-ci à la reconnaissance et à l'exécution d'un tel jugement soulève une fois encore la question qui avait été abordée lors de l'adhésion du Royaume-Uni. Or, à supposer qu'il y ait lieu de décider qu'un tel jugement bénéficie du régime de la convention de Bruxelles, cette solution ne nécessite nullement que la convention s'applique à tous les litiges devant les tribunaux en matière d'arbitrage. Nous l'avons vu, les États originaires, favorables à une telle solution, estimaient clairement par ailleurs que l'exclusion couvrirait les procédures se déroulant devant les tribunaux étatiques se rapportant à des procédures d'arbitrage closes, en cours ou à venir.

76. On pourrait enfin envisager, quoique la SII n'ait pas évoqué d'hypothèse concrète où un tel problème aurait été soulevé, la question de la reconnaissance éventuelle d'un jugement statuant à titre principal sur l'existence et la validité d'une convention d'arbitrage. La difficulté pourrait être la suivante. Avant tout litige, une partie demande à un juge dans un État A de se prononcer sur la validité d'une clause arbitrale et obtient un jugement constatant l'invalidité de celle-ci. Le différend surgit entre les parties, ce jugement est invoqué dans un État B où la procédure arbitrale est engagée. Est-il précisément souhaitable d'appliquer à un tel jugement le régime de reconnaissance de la convention? En effet, ce jugement peut avoir été rendu ailleurs qu'au siège de l'arbitrage. Or, la possibilité

que plusieurs juridictions étatiques se prononcent sur la compétence d'un arbitre a été abordée par la doctrine dont les conclusions sur ce point marquent, nous semble-t-il, une faveur très nette pour les appréciations portées par les juridictions de la place d'arbitrage en raison de leur neutralité.

« A — Reconnaissance internationale du premier jugement étatique rendu

...

Les jugements rendus sur une exception d'incompétence opposée à une demande au fond n'ont guère non plus de vocation à la reconnaissance internationale, car leur objet direct est de statuer sur la compétence du tribunal étatique qui les prononce. En revanche, il paraît légitime qu'un jugement rendu au siège du tribunal arbitral et se prononçant à titre principal sur la compétence arbitrale (soit à titre déclaratoire, soit dans le cadre d'un recours en annulation) soit reconnu, à certaines conditions, dans les autres pays. Certes, le lieu de l'arbitrage est souvent accidentel, et sans relation avec la substance du litige. Mais cela même lui assure une neutralité précieuse. Et il n'y a de toutes façons aucune alternative si l'on cherche à centraliser le contrôle afin d'atteindre l'harmonie internationale des solutions »⁷².

Force est de constater que la solution ainsi préconisée ne sera guère favorisée par l'application de la convention de Bruxelles qui ferait bénéficier du régime de reconnaissance tout jugement rendu par toute juridic-

tion d'un État contractant sans égard particulier pour le for de la place d'arbitrage. L'harmonisation des solutions rendues par les juridictions nationales ne constitue pas un but en soi, ignorant des spécificités du domaine concerné.

77. En appliquant la convention de Bruxelles aux litiges en matière d'arbitrage, le risque est grand de conduire à des solutions sans doute harmonisées, mais totalement inadéquates aux besoins propres de l'arbitrage international. L'inadaptation de la convention de Bruxelles à cet égard conduit à mettre en doute les avantages que lui prête la société SII. Au demeurant, un inconvénient majeur vient illustrer cette inadaptation. La pratique est bien établie pour les juridictions de la place d'arbitrage d'accorder leur soutien et leur assistance au processus d'arbitrage: nomination d'un arbitre, mesures conservatoires, provisoires ou d'obtention de la preuve.

« For example, the assistance of a national court may be needed for the appointment, replacement or challenge of an arbitrator. It is a generally accepted principle of the international division of judicial competence that the court of the country under the arbitration law of which the arbitration is to take, is taking, or took place, is the competent judicial authority in relation to arbitration »⁷³.

Or, cette collaboration des juridictions étatiques du lieu où se déroule l'arbitrage pourrait être profondément remise en cause si la convention de Bruxelles devait s'appliquer à la matière de l'arbitrage. En effet, il conviendrait alors de déterminer quelle

72 — Mayer, op. cit., p. 358-359.

73 — A. J. van den Berg, op. cit., p. 30.

disposition de la convention constituerait un titre de compétence pour le juge de la place de l'arbitrage. Cette difficulté a été parfaitement exposée en doctrine:

« it is right and proper that judicial proceedings connected with the prosecution of an arbitration agreement, such as are mentioned above, should be held to be excluded from the Convention's scope under Article 1, para. 2(4) and according by subject to national jurisdiction rules: for, just as the law of the place of arbitration will normally govern the latter proceedings in the absence of a different choice, so too is believed should courts of the same country be regarded as being particularly appropriate and well-placed to control arbitration activities within its territory at national law; thus, if Convention grounds were to apply to any such court proceedings, the English courts might find themselves unable to adjudicate in respect of English arbitration proceedings where the defendant was domiciled in a foreign contracting state (unless, perhaps, Article 5(1) were able to be construed as affording local jurisdiction) »⁷⁴.

78. Bien qu'elle conteste que l'exclusion de l'article 1^{er}, paragraphe 2, quatrième alinéa, ait eu pour objectif de reconnaître la compétence des juridictions de la place de l'arbitrage, la société SII admet elle-même la « préoccupation légitime » de trouver dans la convention un chef de compétence à cet égard. Et la consultation de M. Schlosser s'emploie à « construire » un for au profit des juridictions de la place d'arbitrage sur le fondement des articles 5, paragraphe 1, ou 17 de la convention.

79. S'agissant de l'article 5, paragraphe 1, tout d'abord, M. Schlosser rappelle que les parties à une convention d'arbitrage sont tenues de collaborer pour assurer un déroulement correct de l'arbitrage. La sanction de la violation de ces obligations, que certains auteurs envisagent⁷⁵, supposerait qu'il existe un lieu d'exécution pour ces dernières. Selon la consultation, ce lieu doit être considéré comme étant fixé à la place de l'arbitrage par l'effet de l'accord des parties sur le lieu de l'arbitrage. En conséquence, l'article 5, paragraphe 1, constituerait un chef de compétence pour les juridictions de la place de l'arbitrage.

80. De nettes objections doivent être formulées à cet égard. Tout d'abord, la convention d'arbitrage constitue une convention de nature procédurale dont l'objet est fondamentalement différent des contrats matériels générateurs d'obligations à l'égard des parties.

« It is, however, of a different nature from the other provisions of the contract: not merely because the rights which it creates are procedural rather than substantive »⁷⁶.

Par ailleurs, maintes actions introduites devant les tribunaux de la place de l'arbitrage peuvent difficilement être analysées comme tendant à l'exécution d'une obligation résultant de la convention d'arbitrage: ainsi, la demande de mesures conservatoires, la demande d'accorder un délai supplémentaire pour achever la mission de l'arbitre.

74 — Kaye, *op. cit.*, p. 149-150.

75 — Mustill et Boyd, *op. cit.*, p. 409.

76 — *Ibid.*

81. Enfin et surtout, M. Schlosser concède lui-même que la compétence de la juridiction de la place de l'arbitrage au titre de l'article 5, paragraphe 1, ne saurait être exclusive. Il en vient donc à envisager que les juridictions d'un autre État contractant que celui de la place de l'arbitrage pourraient « give support to arbitration conducted or to be conducted pursuant to the rules of a foreign legal order ». Une telle éventualité n'est pas réaliste. Peut-on par exemple imaginer qu'un juge anglais accepte d'intervenir au soutien d'un arbitrage se déroulant à Paris? M. Schlosser concède d'ailleurs à cet égard que les juridictions nationales ont presque invariablement refusé d'intervenir dans des procédures arbitrales qui ne sont pas gouvernées par leur propre droit.

82. Quant à la recherche d'un for au titre de l'article 17, elle semble pareillement critiquable. Il serait, en effet, dangereux de suggérer que la convention d'arbitrage doit être analysée comme contenant implicitement une prorogation de juridiction en faveur des juridictions de la place de l'arbitrage. Cette solution préconisée par M. Schlosser conduirait à exiger que les clauses compromissaires satisfassent aux conditions de l'article 17 pour fonder la compétence des juridictions de la place de l'arbitrage. Avec la thèse de M. Schlosser, on entrevoit clairement les inextricables contestations qui pourraient naître à cet égard au moment de solliciter l'intervention des juridictions de la place de l'arbitrage. Tout particulièrement, on peut être extrêmement réservé sur la suggestion de l'auteur qui propose de trouver dans l'article II, paragraphe 2, de la convention de New York, relatif à la *forme de la convention d'arbitrage*, la forme admise par les usages dans le commerce international, visée à l'article 17 de la convention de Bruxelles pour les *conventions attributives de juridictions*.

83. Les facteurs de complexité que comporterait la « découverte » dans la convention d'arbitrage d'une clause implicite attributive de juridiction en faveur des tribunaux du siège de l'arbitrage condamnent cette solution élaborée pour tenter de pallier les inconvénients de la lecture « révisée » de la convention qui vous est suggérée.

84. Si les articles 5, paragraphe 1, et 17 de la convention doivent être interprétés d'une manière aussi hardie que le suggère M. Schlosser, c'est précisément parce que la convention n'a prévu aucun for pour les juridictions de la place d'arbitrage, et une telle absence s'explique précisément par l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la convention.

« Had it been decided expressly to include such legal proceedings within the Convention's scope, it may have required an additional exclusive jurisdiction ground of courts of place of arbitration in Section 5 of Title II »⁷⁷.

85. Les négociations lors de l'adhésion du Royaume-Uni à la convention de Bruxelles avaient clairement fait apparaître que pour tous les États contractants les litiges devant les tribunaux en matière d'arbitrage étaient exclus du champ d'application de la convention. Le rapport sur la convention d'adhésion de 1978 est dénué d'ambiguïté sur ce point. L'absence de justifications convaincantes à la thèse de SII, les inconvénients qu'elle comporte conduisent à la rejeter sans hésitation.

77 — Kaye, op. cit., p. 189, note 412.

86. Dans sa consultation, M. Jenard propose une solution apparemment moins radicale que celle de M. Schlosser puisqu'il ne remet pas expressément en cause le principe selon lequel les litiges en matière d'arbitrage sont exclus du champ d'application de la convention. Il parvient néanmoins à la conclusion selon laquelle celle-ci régirait le litige soumis au juge *a quo*. Selon M. Jenard, la convention s'applique à une instance qui supposerait que soit tranchée la question incidente de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage par une juridiction compétente au titre de la convention. Par ailleurs, il invoque votre arrêt *Effer*⁷⁸. Par ce dernier, nous l'avons vu, vous avez admis que l'article 5, paragraphe 1, de la convention ne cessait pas de s'appliquer au litige mettant en cause une demande principale relevant de la convention — paiement d'honoraires — lorsque était invoquée l'inexistence même du contrat dont l'exécution était poursuivie. De telles précisions laissent perplexe quant au point de savoir comment elles peuvent conduire M. Jenard à estimer que le litige soumis au juge *a quo* est néanmoins régi par la convention. Il admet, en effet, que l'arbitrage est « *a main issue* » devant les juridictions britanniques. Cependant, l'existence du procès pendant devant la juridiction italienne aboutirait à appliquer en l'espèce la convention au litige soumis au juge britannique. Tel serait le résultat auquel conduiraient les objectifs et l'esprit du texte.

87. Cette position suscite de très fortes objections.

88. Un procès entre ou n'entre pas dans le champ d'application de la convention en raison de la matière sur laquelle il porte. Il s'agit d'un critère objectif. Pour décider de

l'application de la convention, il faut établir que, *ratione materiae*, un litige entre dans les prévisions de celle-là au regard de ses caractéristiques propres. Mais ce ne peut être en aucun cas l'existence d'un autre litige pendant devant une autre juridiction qui peut avoir pour conséquence d'étendre au litige concerné l'application de la convention si celle-ci ne s'appliquait pas en raison de la matière de ce dernier. Telle est pourtant la thèse de M. Jenard. Celle-ci pourrait conduire en définitive à considérer que le *même* litige entrerait dans le champ d'application de la convention s'il existait un autre litige devant la juridiction d'un autre État contractant, mais en revanche ne serait pas régi par la convention si l'autre procès n'existait pas. Le champ d'application de la convention à un litige donné pourrait donc être sujet à géométrie variable.

89. Selon la consultation de M. Jenard, la pure opportunité définit au gré des situations les contours du champ d'application de la convention. Il suffit à cet égard d'en invoquer les objectifs pour qu'elle trouve à s'appliquer à n'importe quel litige, indépendamment du point de savoir s'il relève ou non de son domaine.

90. Sans doute, les objectifs de la convention de Bruxelles sont déterminants pour en interpréter les dispositions. Mais leur seule invocation ne peut justifier la méconnaissance des exigences de la cohérence juridique et la mise à l'écart des conséquences nécessaires de la logique même du texte que l'on estimerait inopportunes.

91. En affirmant purement et simplement que s'il existe deux procédures, dont l'une a pour objet principal l'arbitrage et l'autre pour objet seulement incident cette matière,

78 — Précité.

pendantes devant les juridictions de deux États contractants, la convention s'applique à la première, la consultation de M. Jenard tente d'éviter la conclusion à laquelle conduit inévitablement l'exclusion de l'arbitrage qu'elle ne remet d'ailleurs pas en cause dans son principe.

92. Pour conclure à l'application de la convention, faut-il le répéter, il faut établir qu'un litige relève de son domaine. En appeler aux seuls objectifs de la convention pour pallier l'impossibilité d'une telle démonstration révèle la faiblesse juridique d'une position qui ne peut admettre l'évidence: le litige soumis au juge a quo échappe au champ d'application de la convention.

93. Compte tenu de la réponse que nous estimons devoir apporter à la première question, nous ne concluons pas sur les deuxième et troisième questions de la Court of Appeal, en nous limitant à de très brèves observations à cet égard.

94. L'examen de la consultation de M. Schlosser nous a permis de dire combien la création d'une compétence sur le fondement des articles 5, paragraphe 1, ou 17 au profit des juridictions de la place de l'arbitrage nous apparaît artificielle et inadaptée. Vous seriez pourtant à notre avis inéluctablement contraints à forger de façon prétorienne un tel *for* si vous consacriez la thèse selon laquelle tous les litiges en matière d'arbitrage tombent dans le champ d'application de la convention.

95. Vous n'aurez enfin à répondre à la question relative aux articles 21 et 22 de la convention que pour le cas où vous estime-

riez que la convention régit le litige soumis au juge a quo et que ce dernier trouve sa compétence sur le fondement des articles 5, paragraphe 1, ou 17.

96. Nous relèverons tout d'abord qu'il est impossible de déceler une hypothèse de litispendance entre une action tendant à la désignation d'un arbitre et celle tendant à voir trancher le fond même du litige. La Commission elle-même, pourtant favorable à la thèse de la société italienne, admet d'ailleurs qu'il ne s'agit pas de litispendance en l'espèce.

97. Ensuite, s'agissant de l'article 22, nous nous abstenons d'examiner si les différentes conditions qu'il requiert se trouvent réunies en l'espèce pour nous borner à constater que, même à supposer que tel soit le cas, ce texte « n'impose aucune obligation au juge saisi le second d'une des affaires connexes »⁷⁹. Il s'agit pour lui simplement d'une *faculté* de sursis à statuer ou, si les exigences de l'article 22, deuxième alinéa, sont réunies, de dessaisissement. C'est dire qu'en aucun cas l'interprétation de la convention qui vous est suggérée par la SII ne pourrait conduire à *obliger* le juge a quo à surseoir à statuer. C'est dire que l'exercice par ce dernier de cette faculté risque d'être influencée par la conviction qu'il aura du bien-fondé de la solution rendant applicable la convention au litige dont il est saisi.

98. En d'autres termes, une solution clairement contraire à la logique et à la sécurité juridiques, adoptée au nom des objectifs de la convention, ne produirait pas nécessairement le résultat que ces derniers exigeraient:

⁷⁹ — Gothot et Holleaux, *op. cit.*, p. 127, point 225.

une décision du seul juge italien sur la question de l'existence de la convention d'arbitrage. C'est donc dire qu'il faudrait trouver d'incontestables motifs militants en faveur de l'application de la convention au litige soumis au juge a quo. Pour notre part, cette quête a été totalement infructueuse.

99. Permettez-nous de livrer enfin ces quelques observations finales et générales. Tout d'abord, le contentieux pendant devant le juge britannique n'est en rien exceptionnel. Il est, en effet, très fréquent que s'engage une contestation sur l'existence de la convention d'arbitrage, circonstance qui s'explique d'autant mieux que l'exécution des sentences arbitrales est aujourd'hui parfaitement rodée dans la communauté internationale.

100. Ensuite, l'on s'accorde à reconnaître que les stratégies dilatoires de la partie récalcitrante à l'arbitrage constituent une atteinte majeure à l'efficacité de l'arbitrage international⁸⁰. Bien évidemment, cette observation est de portée générale et nous n'entendons en aucune façon indiquer par là que l'attitude de l'une des parties dans le cadre du litige au principal serait inspirée par de tels motifs. Mais force est de constater que l'application de la convention à de tels litiges constituerait dans certaines hypothèses un moyen supplémentaire pour favoriser le « forum shopping » contredisant la soumission convenue du litige à l'arbitre.

101. A ce propos, une précision est nécessaire. En décidant que la convention de

Bruxelles ne s'applique pas en matière de litiges relatifs à l'arbitrage, vous ne déciderez pas pour autant de laisser aux arbitres le soin de statuer sur leur compétence. Ce sont d'ailleurs bien, semble-t-il, en l'espèce les juridictions britanniques qui trancheront elles-mêmes la question. Mais l'on ne saurait méconnaître que les droits nationaux⁸¹ et les conventions internationales tendent, de manière générale, à reconnaître aux arbitres le droit de statuer sur leur compétence⁸², étant entendu que cette appréciation est toujours susceptible d'un contrôle judiciaire. Tel est le sens de l'évolution que la convention de Bruxelles ne saurait bien évidemment contrarier. Or, son application aux procès en matière d'arbitrage pourrait favoriser certaines manœuvres dilatoires de la partie récalcitrante saisissant la juridiction d'un État contractant afin d'éviter l'application des droits d'autres États contractants plus favorables au processus arbitral. Le lieu de l'arbitrage est fortuit. Il serait paradoxal que le choix d'une place d'arbitrage au sein de la Communauté, lorsque l'une des parties est domiciliée sur le territoire de celle-ci, puisse provoquer un ralentissement de la procédure d'arbitrage par le truchement de la convention de Bruxelles, laquelle, en revanche, ne serait pas applicable en toute

81 — Du moins les systèmes juridiques de « droit civil »; le droit britannique marque de très nettes réticences à l'égard de la « compétence-compétence » telle que consacrée dans les systèmes continentaux; sur ce point, voir notamment E. Gaillard, *op. cit.*, p. 776.

82 — Sur le degré de contrôle de l'existence de la convention d'arbitrage par le juge étatique appelé à désigner un arbitre, voir la description des solutions nationales dans Gaillard, *op. cit.*, p. 778-779; cet auteur semble estimer que la solution du droit néerlandais (article 1027, quatrième alinéa, du code de procédure civile), selon lequel « le président ou le tiers désigne l'arbitre ou les arbitres sans avoir égard à la validité de la convention d'arbitrage », est trop rigoureusement favorable à la compétence-compétence; il marque sa préférence pour des solutions de compromis retenues par le nouveau droit suisse (le juge « donne suite à la demande de nomination qui lui est adressée à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage »); voir l'article 12.5 de la loi portugaise de 1986 et l'article 1444, troisième alinéa, du nouveau code de procédure civile français qui prévoient que le juge appelé à désigner le ou les arbitres peut constater que la clause compromissoire est manifestement nulle et déclarer n'y avoir lieu à désignation.

80 — Voir à ce propos notamment Gaillard, E.: « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 1990, n° 4, p. 759.

hypothèse si l'arbitrage devait se dérouler à l'extérieur de la Communauté.

exclure que cela puisse amener ultérieurement par exemple au prononcé d'une sentence arbitrale inconciliable avec le jugement sur le fond rendu en Italie⁸⁴. Cette perspective doit être acceptée par votre Cour.

102. Enfin, la société SII a souligné les risques d'inconciliabilité que comporterait l'inapplication de la convention au litige soumis au juge britannique. Nous sommes pour notre part pleinement convaincu qu'il convient de dégager autant que faire se peut des solutions de nature à prévenir de tels risques, mais encore convient-il de resituer correctement et précisément les données de la difficulté. Tout d'abord, répétons-le, les mécanismes des articles 21 et 22 ne peuvent être mis en œuvre que dans le cadre du champ d'application de la convention. Or, dans la mesure où celle-ci ne s'applique pas à certaines matières, elle comporte inévitablement le risque que quelques inconcilialités puissent survenir. C'est là la conséquence inéluctable de ce que les auteurs de la convention ont exclu certaines matières de son champ d'application. Que deux juges, saisi l'un d'un litige relevant de la convention, l'autre d'un litige extérieur à celle-ci, puissent porter une appréciation différente sur la même question préalable peut apparaître « in abstracto » regrettable. Ce type de situation résulte des exclusions que comporte la convention. Vous avez d'ailleurs déjà eu l'occasion d'examiner des hypothèses d'inconciliabilité entre un jugement couvert par la convention et un jugement se situant hors de son champ d'application⁸³. Bien évidemment, en l'espèce, si le juge italien et le juge britannique prennent un parti différent sur l'existence de la convention d'arbitrage, on ne saurait

103. Au demeurant, l'inconciliabilité entre une sentence arbitrale et un jugement étatique, si elle n'est évidemment pas souhaitable, comporte des méthodes de résolution. Celles-ci ont été exposées notamment dans une étude consacrée aux conflits entre jugement et sentence arbitrale⁸⁵. Et son auteur a en particulier envisagé l'opposition entre un jugement protégé par la convention de Bruxelles et une sentence arbitrale ainsi que les solutions applicables en pareil cas. En toute hypothèse, il résulte clairement de cette étude que les principes en la matière permettent de désigner, selon les situations de conflits, qui devrait l'emporter du jugement ou de la sentence.

104. En dernier lieu, nous dirons que nous n'avons été nullement troublé par la remarque de la Commission, évoquant à l'audience le caractère « communautaire » qui s'attacherait à la solution qu'elle préco-

83 — Arrêt du 4 février 1988, Hoffmann/Krieg (145/86, Rec. p. 645; conflit entre un jugement accordant une pension alimentaire entre époux, relevant de la convention, et un jugement prononçant le divorce, non couvert par la convention).

84 — Dont la reconnaissance et l'exécution pourraient d'ailleurs éventuellement conduire à trancher la question, abordée à maintes reprises dans nos conclusions, de savoir si la convention est applicable à un jugement sur le fond rendu en dépit d'une convention d'arbitrage que le juge de l'État requis estimerait pour sa part valable.

85 — Schlosser, P.: « Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 1981, n° 3, p. 371.

nise par opposition à la thèse des trois États membres intervenants, selon laquelle la convention ne s'applique pas au litige soumis au juge britannique. Pour notre part, nous ne voyons nul avantage pour la Communauté à ignorer les besoins juridiques spécifiques de l'arbitrage international,

mode universel de résolution des litiges du commerce international. Ces besoins, nous espérons l'avoir démontré, ne s'identifient pas nécessairement à ceux qu'exprime la convention de Bruxelles, instrument destiné à assurer une bonne administration de la justice étatique au sein de la Communauté.

105. Et nous vous invitons, en conséquence, à rappeler clairement le domaine d'application de la convention en disant pour droit:

«La question de l'existence d'une convention d'arbitrage soulevée devant un juge auquel il est demandé de procéder à la désignation d'un arbitre est visée par l'exclusion de l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.»