



D. MAINGUY

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne de l'Université Paris I
Panthéon Sorbonne
Président de la Commission d'arbitrage du CMAP
(daniel.mainguy@univ-paris1.fr)

**M2 CONCURRENCE, DISTRIBUTION, CONSOMMATION
COURS ET SEMINAIRES DROIT DE L'ARBITRAGE**

**L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL
DOCUMENTS**

La convention d'arbitrage

- 1. L'affaire *Kabab-ji***
- 2. L'affaire *PWC***
- 3. La circulation de la convention d'arbitrage**

1. L'AFFAIRE KABAB-JI

Extension, loi applicable et autonomie de la clause compromissoire, oppositions française et anglaise
D. Mainguy

1. Comment déterminer la loi applicable à une convention d'arbitrage et comment traiter la question de l'extension d'une clause compromissoire à une partie n'ayant pas participé à la conclusion du contrat est une question devenue classique du droit français de l'arbitrage interne ou international. Après l'affaire *Dallah*, le même type de questions se pose dans une affaire *Kebab-Ji c.KFG* par comparaison entre des décisions anglaise, un arrêt de la High Court of England and Wales du 29 mars 2019 et un arrêt de la [Court of appeal of England and Wales du 20 janvier 2020](#) (qui fait expressément référence à l'affaire *Dallah*), et un [arrêt du 23 juin 2020 de la Cour d'appel de Paris](#), l'ensemble en suite d'une sentence arbitrale rendue à Paris le 11 septembre 2017.

2. Dans cette affaire, une société libanaise, Kabab-Ji, exploitant un réseau de franchise de restauration avait conclu avec une société koweïtienne, Al-Homaizi Foodstuff Co (AHFC), exploitant déjà de nombreuses franchises de restauration, un contrat de master franchise, Franchise Development Agreement (FDA), en 2001, lui permettant de développer la franchise Kabab-Ji au Koweït. Le contrat (FDA) prévoyait ainsi l'exploitation de la marque au Koweït, et la conclusion de contrats spécifiques pour chaque point de vente, pendant une durée de dix. En 2011, le terme du contrat survenait sans que les parties ne renouvellent les contrats. La société AHFC avait, pendant l'exécution des contrats, été restructurée, donnant naissance à une société holding, Kout Food Group (KFG), création validée en 2004 par le franchiseur, Kabab-Ji, en ce sens qu'il était convenu que cette création ne devait pas affecter les termes et conditions des contrats conclus par ailleurs entre les parties. Le contrat de Master franchise (FDA) contenait une clause désignant le droit anglais et une clause compromissoire renvoyant au

règlement d'arbitrage de la CCI, prévoyant que le siège de l'arbitrage devait se situer à Paris, se dérouler en anglais, mais sans désigner expressément de loi applicable à la clause. En 2015, le franchiseur libanais reprochait au master franchisé koweïtien, la holding KFG, l'inexécution des obligations du contrat et « l'utilisation » du savoir-faire pour développer ses propres restaurants, sans l'accord du franchiseur. Deux questions majeures se posaient alors étant entendu que l'arbitrage ne visait pas, *a priori*, le contractant premier, AHFC, mais la holding KFG, via le mécanisme de l'extension d'une convention d'arbitrage.

En premier, si le droit anglais devait régir le contrat de master franchise, rien n'était prévu pour la loi application à la convention d'arbitrage, en sorte que l'un, la société libanaise, considérait que la loi du siège, la loi française devait s'appliquer, avec toutes les conséquences qu'il fallait en tirer dont l'extension de l'arbitrage à la holding, et l'autre, la société koweïtienne, qu'il devait s'agir de la loi anglaise, celle-ci ignorant ce mécanisme.

En second, et quand bien même la loi française devait s'appliquer, la partie koweïtienne, la société holding, ne pouvait être liée par la convention d'arbitrage contenue dans le contrat de master franchise. Sur ces deux questions, la sentence rendue en 2017 considérait que la loi française devait s'appliquer à la convention d'arbitrage et, partant, que la holding était liée par celle-ci, par extension, qu'elle était en outre tenue par les obligations des contrats principaux et la condamnait à payer une indemnité globale de 7 millions de dollars au franchiseur Kabab-Ji. La sentence était rendue à la majorité et l'un des arbitres avait émis une opinion dissidente, en août 2017, indiquant que si l'unanimité s'était faite sur la question de la loi applicable à la convention d'arbitrage et à son extension à la holding, il estimait qu'elle n'était pas codébitrice des obligations principales, dissidence curieuse, car à contretemps et surtout ne portant sur l'essentiel du débat, son point de départ processuel. A la suite de cette sentence, Kabab-Ji avait demandé et obtenu en 2018 l'exequatur de la sentence en Angleterre, contre laquelle une opposition était formée par la holding KFG devant la High Court of England and Wales, laquelle, dans le même temps engageait un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris.

3. L'intérêt de cette affaire repose, précisément, sur les deux conceptions opposées de la réponse donnée à la question de l'application de la loi applicable à la convention d'arbitrage et, subséquentement, mais de manière évidemment principale, la question de l'extension de celle-ci à un tiers intéressé. Elle révèle également l'étanchéité des procédures étatiques faisant suite à une sentence arbitrale, qui fait écho aux conceptions nationales de l'institution de l'arbitrage international.

Le paradoxe que l'on peut déjà identifier ici, et qui sert de « fil rouge » aux observations de cette affaire, comme cela avait déjà été le cas de l'affaire *Dallah* mais que l'on pourrait rapprocher d'autres questions comme celle liée à l'arrêt *Putrabali* ou le problème de la conformité d'une sentence à la conception nationale de l'ordre public international que peut se faire le juge étatique qui en est saisi, tient à l'opposition du discours existant entre l'uniformité, ou la convergence forte, des points de vue autour de la question de l'autonomie de l'arbitrage international, et la réaction qui en résulte, en termes d'application au cas concret, chez les juges nationaux, pas uniquement, pour une fois, uniquement français, aboutissant au contraire à une hétérogénéité majeure. Dans l'arrêt de la Court of Appeal of English and Wales du 20 janvier 2020 (cf. note infra) par exemple, il est fait références aux deux arbitres ayant émis un vote majoritaire à l'adoption de la sentence « neither of whom is an English qualified lawyer », à la différence de l'arbitre dissident, ce qui est une curieuse appréciation des qualités des arbitres dans des arbitrages internationaux, d'une part, et une très curieuse appréciation de leurs qualités juridiques, d'autre part.

1. Présentation des affaires *Kabab-Ji* et *Dallah*

A. L'affaire *Kabab-Ji*

4. Les juridictions anglaises se sont prononcées en premier, à la suite de l'exequatur obtenue par Kabab-Ji et l'opposition formée par la holding KFG. La High Court of England and Wales (EWCA) a le 29 mars 2019 rendu un jugement rejetant la demande d'exequatur, suivie par la Court of Appeal of England and Wales, le 20 janvier 2020 (English and Wales Court of Appeal (Civ. 6), 20 janv. 2020, n°A4/2019/0944, *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*) laquelle, de surcroît, n'avait pas autorisé les parties à former un pourvoi devant la Cour suprême anglaise. Dans le même temps, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 23 juin 2020 (Paris, 23 juin 2020, Pôle 1, ch. 1, n°17/22943), rejetait le recours en

annulation et, par là-même accordait l'exequatur en France de la sentence, pour autant cependant, que cela présente un quelconque intérêt, en termes de mesures d'exécution, pour Kabab-Ji.

Dans les deux cas, la question de la loi applicable à la convention d'arbitrage et de son extension à la holding KFG était au centre des débats.

5. Pour la EWCA, il convient d'appliquer la méthode tirée de l'affaire *Sulamerica* (English and Wales Court of Appeal (Civ. 638), n° A3/2012/0249, *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA and a. v. Enesa Engenharia SA and a.*) à savoir que les règles anglaises de conflit de lois impliquent de considérer 1) si les parties ont expressément choisi la loi applicable à la convention d'arbitrage 2) à défaut, si les parties ont formulé un choix implicite et enfin 3), sinon déterminer quel système juridique est le plus proche et offre les plus réalistes liens avec la convention d'arbitrage, étant entendu que lorsque la convention d'arbitrage est une partie du contrat, le fait que les parties aient choisi un droit applicable au contrat is « an important factor to be taken into account » and “likely...to lead to the conclusion that the parties intended the arbitration agreement to be governed by the same system of law as the substantive contract, unless there are other factors present which point to a different conclusion » et conduisant, parmi ces autres facteurs à tenir pour non déterminant le choix d'un siège de l'arbitrage dans un Etat différent de celui de la loi applicable au contrat. De ce point de vue, le juge anglais choisit une lecture immédiate du contrat de franchise : celui contenait une clause d'élection du droit anglais et une clause compromissoire de telle manière que, sans surprise, il est convaincu par l'argument du conseil de la Holding KFG selon lequel la clause d'electio juris s'étend à la convention d'arbitrage. Un arbitragiste français trouverait ce raisonnement assez frustré, à partir de l'idée selon lequel la clause de loi applicable s'applique à la clause compromissoire parce cette dernière impose aux arbitres d'appliquer « toutes les clauses du contrat ». La clause compromissoire prévoyait que : « (...) Sauf pour les questions qui concernent spécifiquement la Marque, tout (e) litige, contestation ou action entre le DONNEUR DE LICENCE et le LICENCIÉ relatif à toute question découlant du présent Contrat ou afférente à celui-ci ou à un manquement aux obligations prévues par celui-ci, ce litige, à défaut de règlement amiable, à la demande du DONNEUR DE LICENCE ou du LICENCIÉ, sera définitivement réglé en vertu du Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitre(s) nommé(s) conformément à ce Règlement. Les arbitre (s) applique/ront les stipulations contenues dans le Contrat. Le ou les arbitre (s) appliquera/ont également les principes de droit généralement reconnus dans le cadre des transactions internationales. Le ou les arbitre (s) peu (ven)t devoir prendre en compte des dispositions impératives de certains pays, à savoir des dispositions qui semble par la suite avoir une influence sur le Contrat. En aucun cas, le ou les arbitre (s) n'appliquera/ont toute règle qui contredit la formulation stricte du Contrat (...). L'arbitrage sera conduit en anglais à Paris, France ».

6. A l'inverse, le juge français de la validité de la sentence développe tout ce que fait l'originalité du droit français de l'arbitrage, pour rejeter le recours en annulation, fondé sur le fait que le tribunal se serait déclaré à tort compétent (CPC, art. 1520, 1°), aurait manqué la mission confiée (CPC, art ; 1520, 3°) et n'aurait pas respecté le principe du contradictoire (CPC, art. 1520, 4°). C'est évidemment le premier point qui importe, celui de la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur le litige, en présence d'un défendeur non partie à la convention d'arbitrage initialement conclue sans elle. Pour parvenir à ce résultat, la holding considérait, et le parallèle avec la conception anglaise devient alors très clair, que le droit anglais devait s'appliquer à la convention d'arbitrage, évitant le phénomène de l'extension, etc. C'est, en effet, tout ce qui fait l'originalité de la jurisprudence et de la doctrine arbitrales, globalement fondée sur une *favor arbitratis* de longue haleine qui est en jeu. Pour le juge français en effet, la question centrale est celle de l'autonomie de la clause compromissoire. En anglais, le terme « separability » est utilisé, ce qui n'est pas tout à fait équivalent. Le terme « autonomie » fonde en effet, dans une conception fonctionnelle, l'idée selon laquelle les parties, ont, par une logique *autonome*, élaboré une convention d'arbitrage qui pourrait parfaitement être détaché du contrat qui en est le support, de telle manière que le sort du contrat support de la convention d'arbitrage, sa nullité par exemple, est parfaitement indifférent à la clause compromissoire, ce depuis l'arrêt *Gosset* de 1963. Ce premier type d'autonomie, qui est reconnu par le droit anglais (English Arbitration Act, 1996 § 7). Or, le droit anglais a, précisément isolé cette logique à cette seule règle, dans le but, majeur, d'éviter les actions dilatoires, visant à demander la nullité du contrat pour éviter l'arbitrage, la clause compromissoire étant alors susceptible de disparaître avec le contrat,

conception fondatrice du principe de compétence-compétence. Ce débat est très connu, il ne pose pas de difficulté. Seulement la jurisprudence *Sulamerica* a, en droit anglais, confiné la question de la « separability » de la convention d'arbitrage à ce seul objectif : « its purpose is to give legal effect to that intention, not to insulate the arbitration agreement from the substantive contract for all purpose » (English and Wales Court of Appeal (Civ. 6), 20 janv. 2020, préc. §66), autre propos qui pourrait être l'autre logique, française, de l'autonomie de la clause compromissoire. En effet, depuis les arrêts *Hecht* en 1972 (Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1972, *Hecht*, n°70-14163, JDI 1972, p. 843, note B. Oppetit, Rev. crit. DIP 1974, p. 82, note P. Level, Rev. arb. 1974, p. 89) et *Dalico* en 1993 (Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, n°91-16828, *Dalico*, JDI 1994, p. 432, note E. Gaillard, Rev. arb. 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon, Rev. crit. DIP 1994, p. 663, note P. Mayer), c'est-à-dire une autonomie, ou une indépendance, le terme étant désormais davantage utilisé, de la convention d'arbitrage à l'égard même du droit applicable au contrat, voire de toute loi nationale applicable au contrat. Cette deuxième conception de l'autonomie suppose donc que l'on identifie la clause compromissoire comme ne relevant pas tout à fait des mêmes logiques que le reste du contrat, en ce que ce type de clause *relative au traitement des litiges éventuels*, ait une fonction de type juridictionnel, au-delà de sa source conventionnelle, qui conduise à distinguer le droit applicable à la *substance* du contrat et la loi applicable à la *procédure arbitrale*. Par conséquent, la loi choisie pour s'appliquer au contrat, voire au litige (à supposer que celui-ci puisse s'élargir à d'autres questions que les suites du contrat) n'a pas d'effet sur la clause compromissoire : celle-ci obéit à un autre ordre juridique que la loi applicable au contrat, sa formation, la qualité de son exécution, sa circulation, sa rupture, etc., l'ordre juridique processuel.

7. Là se situe la divergence, majeure, entre les décisions rendues par les juges anglais et français et, partant, entre les conceptions anglaises et françaises du droit de l'arbitrage international. Il est assez saisissant que chacune des deux Cour d'appel, anglaise et française, utilisent des formules générales se présentant comme des démonstrations objectives sans tenir compte de la position tenue de l'autre côté de la Manche. Le juge de la Court of appeal of England and Wales, utilise des affirmations du type « I am convinced by (le conseil de la holding qui utilise les ressources du droit anglais) » sous-entendant qu'il ignore, volontairement, les conceptions développées par l'autre partie, défendant indirectement la position française, tandis que le juge français utilise des formules générales résumant les jurisprudences *Hecht* et *Dalico* comme « En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique », comme si cela relevait de l'évidence, alors qu'il s'agit d'une règle matérielle du droit *français* de l'arbitrage international. Or, du point de vue de la conception française, il n'y a pas de doute que le contrat élisait le droit anglais comme droit applicable au contrat, et que la clause compromissoire, indépendance du contrat support, ne contenait aucune élection expresse de droit applicable à cette convention et à l'arbitrage à venir, sinon l'obligation pour les arbitres d'appliqués « tous les principes de droit généralement reconnus dans le cadre des transactions internationales » ce qui renvoie évidemment au fond du litige, ou, s'agissant de la convention d'arbitrage, à la loi applicable à celle-ci, dans la conception française qui intègre ces « principes de droit généralement reconnus ».

8. La question de l'indépendance de la clause d'arbitrage connaît en droit français une troisième dimension, sa faculté à circuler, soit par transmission, soit par extension à des parties non signataires, notamment à des tiers apparents qui sont, en réalité, des parties impliquées dans l'exécution du contrat et donc des litiges qui pourraient en résulter, de sorte qu'il peut être démontré que ce tiers a connu voire accepté la convention d'arbitrage, ce peu important que le contrat prévoit, *en substance*, une formulation stricte des accords, voire limite leur circulation : il s'agit là d'une question relevant de la vie du contrat, de laquelle la clause compromissoire est indépendante. Il suffit donc au tribunal arbitral de constater, sur le fondement des éléments qui lui sont présentés, que le tiers était réputé avoir connaissance de la convention et l'avoir ce faisant acceptée.

B. L'affaire *Dallah*

9. La situation de la précédente affaire est très voisine de celle ayant conduit à l'affaire *Dallah*. Dans cette affaire la société saoudienne Dallah Real Estate and Tourism avait conclu, en 1995, un contrat préparatoire, un « MOU » (*Memorandum of understanding*) avec le président de la république du Pakistan, représenté par son ministre des affaires religieuses, visant à ce que Dallah acquiert des terrains à La Mecque pour y construire des logements en vue de les louer au Pakistan, pour 99 ans pour y loger les pèlerins pakistanais, le Pakistan se réservant la possibilité de constituer un trust pour gérer et entretenir les locaux. Les éléments financiers n'ayant pas reçus d'accord par le Pakistan, le MOU devint caduc fin 1995. Or, le Pakistan avait ensuite créé un trust pour une courte durée, par une ordonnance présidentielle, début 1996, pour organiser la collecte et la gestion de l'épargne des pèlerins, relançant la négociation, aboutissant à la conclusion d'un contrat avec ce trust, contenant une clause compromissoire référant au règlement d'arbitrage de la CCI, avec un siège prévu à Paris. Finalement, le trust prit fin en décembre 1996 et le ministre des affaires religieuses écrivit à Dallah pour lui reprocher la violation de certaines de ses obligations et justifier une résiliation du fait de Dallah, attirant cette dernière devant les juges pakistanais. En réponse, Dallah engageait la procédure d'arbitrage prévue dans le contrat, conclu, avec le trust, contre le gouvernement pakistanais. Une sentence sur la compétence a été rendue, reconnaissant la compétence du tribunal arbitral en 2001, suivi d'une sentence sur le fond, condamnant le gouvernement pakistanais à payer une somme de près de vingt millions de dollars à Dallah, outre les frais d'arbitrage. Dallah a alors cherché à obtenir l'exequatur de la sentence en Angleterre, le gouvernement pakistanais y formant une opposition à celle-ci. Dans le même temps, Dallah avait obtenu l'exequatur de la sentence en France, le gouvernement pakistanais formant en retour un recours en annulation contre les sentences rendues. La situation était donc globalement identique, sur un plan processuel, à celui de l'affaire *Kabab-Ji*, comme son problème et ses solutions. Il s'agissait en effet de savoir si la clause compromissoire devait être considérée comme relevant de la loi du contrat, auquel le gouvernement pakistanais n'était pas partie, ou si celle-ci, autonome, pouvait être saisie par la loi devant lui être applicable, à savoir, sauf hypothèse de loi applicable choisie pour cette dernière. Le juge anglais a retenu les arguments du gouvernement pakistanais pour annuler l'équivalent britannique d'une ordonnance d'exequatur, solution validée par la Court of Appeal of England and Wales puis par la Cour suprême du Royaume-Uni dans un arrêt du 3 novembre 2010 (Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010 (UKSC 46), *Dallah v. Ministry of religious affairs*, JDI 2011, p. 395 note I. Michou).

Pour la Cour d'appel de Paris (Paris 17 févr. 2011, n°09/28533, JDI 2011, p. 395 note I. Michou, JCP 2012, 1140, n°2, obs. Ch. Seraglini, D. 2011, p. 3023, obs. Th. Clay) en revanche, et sur le fondement de l'article 1502 du Code de procédure, applicable avant la réforme de 2011 (CPC, actuel art. 1520), le recours en annulation doit être rejeté pour les mêmes raisons de fond et de fait que dans l'affaire *Kabab-Ji* : la clause compromissoire, autonome du contrat, dans son existence comme s'agissant de la loi qui lui est applicable permet de retenir la loi du siège, la loi française, et les conséquences qui en résultent, par exemple en terme d'extension de la clause à un tiers qui a participé à la négociation du contrat.

2. Convergences et divergences des conceptions anglaise et française de l'autonomie de la convention d'arbitrage

10. Dans ces deux cas, les différences entre les conceptions anglaise et française sont majeures. Elles ne doivent cependant pas écarter les points de similitudes.

A. Convergences

11. On peut en premier éliminer la question de la l'autonomie de la clause compromissoire au regard du contrat qui en est le support, règle intégrée dans le corpus législatif des deux pays.

De même, les deux systèmes s'accordent pour admettre que la loi choisie pour une clause compromissoire, même différente de la loi choisie pour le contrat, doit s'appliquer, mais par des moyens différents. Dans l'affaire *Dallah*, le juge anglais admet que l'extension de la clause compromissoire est possible sur le fondement de l'application de la loi du siège, en fonction de l'article 103, 2 b, de l'English Arbitration Act de 1996 qui reprend la solution de l'article V, I, a, de la Convention de New York (EAA, art. 103, 2, a : « La reconnaissance ou l'exécution de la sentence seront refusées si la partie contre laquelle la sentence est invoquée prouve : (...) que la convention d'arbitrage n'était pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée, ou à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la

sentence a été rendue (...) »), tandis que le juge français y voit l'application d'une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international qui s'impose à lui.

Par ailleurs, le juge français et le juge anglais s'accordent pour reconnaître un contrôle complet de la sentence, qu'il s'agisse d'un recours contre une ordonnance d'exequatur ou un recours en annulation contre la sentence. La question ne fait pas de doute en droit français de l'arbitrage international, sur le fondement de l'article 1520 du Code de procédure civile, s'agissant du recours en annulation et du recours contre l'ordonnance qui rejette l'exequatur, lequel renvoie aux conditions du recours en annulation (CPC, art. 1520, 1522 et 1524) qui permet au juge de vérifier, par exemple, si le tribunal arbitral était bien compétent par l'examen de tous les faits qui lui ont été soumis (Comp. Cass. civ., 1^{ère}, 6 janv. 1987, *Southern Pacific Properties Ltd et Southern Pacific Ltd (SPP) c/ République arabe d'Égypte*, Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger, JDI 1987, p. 638, note B. Goldman), et en raison de solution retenue par le juge anglais. Cette solution anglaise n'avait rien d'évident dans la mesure où la reconnaissance et l'exécution (EAA, § 102 à 104) et le recours en annulation (EAA, art. 66 et 67) reposent sur des logiques différentes, le recours en annulation pouvant même être concurrencé par un recours sur le fond par un « appeal on the point of law (EAA, art. 69). Or, le juge reconnaît un recours plein dans les deux situations, ce que confirme l'arrêt anglais *Dallah* (Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2020 (UKSC 46), *iDallah v. Ministry of religious affairs*, préc. §86).

B. Divergences

12. En revanche, les divergences sont essentielles sur d'autres points.

13. Dans l'affaire *Dallah* par exemple, la Cour suprême du Royaume-Uni admettait le principe de l'extension de la clause compromissoire : « la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles existant entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait », utilisant une formule qui pourrait être prise sous la plume d'un juge français. Toutefois, pour le juge anglais, il s'agit de démontrer qu'il puisse être démontré que le tiers ait émis la volonté, de manière explicite ou implicite, d'être *une partie* au contrat, où le juge français en fait une présomption tirée de l'implication du tiers dans la négociation ou l'exécution du contrat : dans l'affaire *Dallah* cette différence aboutit à deux décisions, anglaises et françaises, radicalement distinctes dans la mesure où le juge anglais interprète de manière très restrictive cette possibilité. Ainsi le fait que le ministre pakistanais ait signifié à Dallah la résiliation du contrat (et l'ait assigné devant un juge local) est considéré comme étant réalisé pour le compte du trust, pourtant disparu, alors que le juge français s'en tient à l'apparence de se présenter comme une partie.

14. La divergence est cependant encore plus criante dans l'affaire *Kabab-Ji* où les juges français et anglais retiennent une loi applicable différente à la convention d'arbitrage. Pourtant, s'agissant d'une question de reconnaissance et d'exécution, l'article 103, 2, a de l'EAA précise que, à défaut de d'indication des parties sur la loi applicable, le juge doit appliquer la loi du pays où la sentence a été rendue, la loi du siège. Pour le juge français en revanche cette solution ne résulte pas d'une transposition de la Convention de New York mais d'une règle qu'il dit être une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international, en tant qu'elle résulte de la deuxième logique de la question de l'autonomie de la convention d'arbitrage, à l'endroit de la loi du contrat qui en est le support (faute de choix).

Dans l'affaire *Dallah*, cette divergence entre des méthodes conflictuelle ou matérielle n'avait pas de portée en soi puisque c'est, en aval, sur l'interprétation de l'implication du tiers que se jouait cette divergence. Dans l'affaire *Kabab-Ji* en revanche, cette divergence apparaît de manière criante, sur la base, pour le juge anglais d'un raisonnement visant à considérer que la loi applicable à la convention d'arbitrage découlait du choix de la loi applicable au contrat, remettant en cause la deuxième logique de l'autonomie de la convention d'arbitrage. La clause de loi applicable se présentait pourtant de manière ordinaire : « *this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England* », tandis que la convention d'arbitrage précisait entre autres éléments que « *the arbitrator(s) shall apply the provisions contained in the Agreement* » et poursuivait « *the arbitrator(s) shall also apply principles of*

law generally recognised in international transactions » et qu'un autre article du contrat indiquait que « *this Agreement (...) shall be considered as a whole* ».

Plusieurs interprétations sont possibles : une interprétation littérale et contractuelle implique de considérer le contrat comme un tout de telle manière que la loi élue l'est pour l'ensemble des stipulations du contrat, dont la convention d'arbitrage. C'est toutefois faire peu de cas d'une interprétation arbitrale, fondée sur la règle de l'autonomie de la convention d'arbitrage qui « exclut » celle-ci du choix de la loi applicable à la substance du contrat, y compris dans la loi anglaise, et de s'écarter de la méthode « *sulamerica* » (cf. supra, note 3), lorsque les parties n'ont pas formulé un choix explicite de la loi applicable à la convention d'arbitrage. Rappelons qu'elle se présente ainsi 1) hypothèse d'un choix explicite de la loi 'applicable à la convention d'arbitrage, 2) à défaut, existence d'un choix implicite (par une référence à une norme particulière par exemple, 3) sinon identifier le système juridique le plus proche où le choix d'une loi applicable au contrat est un indice important, sauf la présence d'autres facteurs. Le piège tendu invite alors à éviter l'application à la convention d'arbitrage de la loi du siège de l'arbitrage, telle que formulé dans la loi anglaise. En effet, on peut penser que bien des contrats internationaux contenant une convention d'arbitrage se présentent à peu près comme le contrat litigieux : une clause de loi applicable, une convention d'arbitrage muette et une clause d'intégralité du contrat, de telle manière qu'il serait impossible, alors, d'appliquer la loi du siège à la convention d'arbitrage, notamment lorsque la loi anglaise est choisie comme loi applicable au contrat. D'ailleurs, l'arrêt anglais du 20 janvier 2020 s'étend tellement sur l'interprétation littérale, et exclusivement contractuelle, qu'il choisit de retenir (points 64 à 70), pour finalement considérer qu'il s'agissait d'un choix exprès de la loi anglaise pour gouverner la convention d'arbitrage, que cela en devient presque suspect.

15. La divergence entre le juge français et le juge anglais sur la question de la deuxième dimension de l'autonomie de la clause compromissoire fait écho à la question de savoir si la règle, au moins française, est une règle matérielle du droit *français* de l'arbitrage international où il s'agit d'une règle matérielle *véritablement* internationale en tant qu'elle ne dépendrait pas de sa validation par un ordre juridique étatique quelconque. Une partie de la doctrine milite, classiquement, pour cette dernière considération, retenant comme participant de ces règles celles qui font l'objet d'un consensus interétatique et/ou des règles interétatiques applicables à l'arbitrage (Comp. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, COII. Académie de dr. int. de La Haye, 2008, J.-B. Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005, p. 305, P. Mayer, « Le mythe de « l'ordre juridique de base », *Et. Goldman, Litec*, 1982, p. 199), tandis que l'on peut considérer que la source, interne, de la règle matérielle internationale suffit à l'asseoir juridiquement, ce d'autant que l'idée que la volonté, seule, permet d'échapper à tout ordre juridique étatique, sans que cette volonté tire elle-même sa force normative d'une norme quelconque, étatique ou interétatique, revient à en faire une norme d'un droit naturel de l'arbitrage international qui reste à déterminer. Il est évident, cependant, que la conception française de cette règle participe de la *favor arbitratis* traditionnelle que soutient le droit français de l'arbitrage ; elle demeure contingente, ce que le juge anglais révèle de manière magistrale.

On pourrait aussi déceler, derrière le raisonnement anglais, une forme de souverainisme juridique inversé, une forme d'extraterritorialité de sa propre norme, en tant que ces décisions, visent, précisément, à éviter qu'un litige échappe à la loi et au juge anglais, globalement parallèle à la conception française qui, à l'inverse, permet d'accueillir, comme, mais pour des raisons différentes, la jurisprudence *Norsolor-Hilmarton-Putrabali*.

L'affaire *Dallah*

Commentaire par Isabelle MICHOU Avocat Associé Herbert Smith Paris LLP

[Accès au sommaire](#)

Le rapprochement des deux arrêts commentés ci-après, dans l'affaire *Dallah c/ Pakistan*, permet de mettre en évidence la différence d'approche entre les juridictions anglaises et françaises sur la question de l'extension de la clause d'arbitrage à un tiers non-signataire : l'une est toute axée sur le texte du contrat alors que l'autre attache une importance au contexte.

La Cour suprême anglaise et la cour d'appel de Paris étaient tous deux appelées à contrôler la décision du tribunal arbitral sur sa compétence. Elles ont examiné les mêmes faits, les mêmes documents et ont appliqué *a priori* le même test issu de la jurisprudence française. Pourtant, elles parviennent à des solutions radicalement opposées.

Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company (Appellant) v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan (Respondent)*. – Lord Hope, Deputy President, Lord Saville, Lord Mance, Lord Collins and Lord Clarke

(...)

LORD MANCE

2. (...) The central issue before the English courts is whether the Government can establish that, applying French law principles, there was no such "common intention" on the part of the Government and Dallah as would make the Government a party.

(...)

The issue and the principles governing its resolution

(...)

12. The issue regarding the existence of any relevant arbitration agreement falls to be determined by the Supreme Court as a United Kingdom court under provisions of national law which are contained in the Arbitration Act 1996 and reflect Article V(1)(a) of the New York Convention. The parties' submissions before the Supreme Court proceeded on the basis that, under s. 103(2)(b) of the 1996 Act and Article V(1)(a) of the Convention, the onus was and is on the Government to prove that it was not party to any such arbitration agreement. This was so, although the arbitration agreement upon which Dallah relies consists in an arbitration clause in the Agreement which on its face only applies as between Dallah and the Trust. There was no challenge to, and no attempt to distinguish, the reasoning on this point in *Dardana Limited v Yukos Oil Company* [2002] EWCA Civ 543 ; [2002] 1 All ER (Comm) 819, paras 10-12, and I therefore proceed on the same basis as the parties' submissions.

13. S.103(2)(b) and article V(1)(a) raise a number of questions :

(a) what is meant by « the law of the country where the award was made » ?

(b) what are the provisions of that law as regards the existence and validity of an arbitration agreement ?

(c) what is the nature of the exercise which an enforcing court must undertake when deciding whether an arbitration agreement existed under such law ?

and in particular,

(d) what is the relevance of the fact that the arbitral tribunal has itself ruled on the issue of its own jurisdiction ?

(a) *The law of the country where the award was made.*

14. It is common ground that the award was made in France and French law is relevant. But it is also common ground that this does not mean the French law that would be applied in relation to a purely domestic arbitration. In relation to an international arbitration, the experts on French law called before Aikens J by Dallah and the Government agreed in their Joint Memorandum (para 2.8) that :

« Under French law, the existence, validity and effectiveness of an arbitration agreement in an international arbitration (...) need not be assessed on the basis of a national law, be it the law applicable to the main contract or any other law, and can be determined according to rules of transnational law ».

The approach taken in French law appears in decisions of the Court of Appeal of Paris, in particular *Menicucci v Mahieux* [1976] Rev Crit 507 (13 December 1975) and *Coumet et Ducler v Polar-Rakennusos a Keythio* [1990] Rev Arb 675 (8 March 1990), and later in the decision of the Cour de Cassation (1re Ch. Civ) (20 December 1993) in *Municipalité de Khoms El Mergeb v Dalico* [1994] 1 Rev Arb 116, where the court said that :

« (...) en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique (...) »

15. This language suggests that arbitration agreements derive their existence, validity and effect from supra-national law, without it being necessary to refer to any national law. If so, that would not avoid the need to have regard to French law as « the law of the country where the award was made » under Article V(1)(a) of the Convention and s.103(2)(b) of the 1996 Act. The Cour de Cassation is, however, a national court, giving a French legal view of international arbitration ; and Dallah and the Government agree that the true analysis is that French law recognises transnational principles as potentially applicable to determine the existence, validity and effectiveness of an international arbitration agreement, such principles being part of French law. As Miss Heilbron QC representing Dallah put it, « transnational law is part of French law ». Mr Landau QC representing the Government now accepts this analysis (...).

(b) *The provisions of that law as regards the existence and validity of an arbitration agreement.*

17. The parties' experts on French law were agreed that a French court would apply a test of common intention to an issue of jurisdiction. Dallah's expert, M. Derains, said this in his written report (p.14) :

« Under French law, in order to determine whether an arbitration clause upon which the jurisdiction of an arbitral tribunal is founded extends to a person who is neither a named party nor a signatory to the underlying agreement containing that clause, it is necessary to find out whether all the parties to the arbitration proceedings, including that person, had the common intention (whether express or implied) to be bound by the said agreement and, as a result, by the arbitration clause therein. The existence of a common intention of the parties is determined in the light of the facts of the case. To this effect, the courts will consider the involvement and behaviour of all the parties during the negotiation, performance and, if applicable, termination of the underlying agreement ».

18. The experts' agreement summarises a *jurisprudence constante* in the French courts. The Cour de Cassation endorsed a test of common intention in the case of *Dalico* (para 14 above). M. Derains endorsed its application to issues such as that in the present case. Aikens J had cited to him the leading decisions of the Paris Court of Appeal spelling out the principle in greater detail in a series of cases concerning international arbitrations : *Société Isover-Saint-Gobain v Société Dow Chemical* [1984] 1 Rev Arb 98 (21 October 1983), *Co. tunisienne de Navigation v Société Comptoir commercial André* [1990] 3 Rev Arb 675 (28 November 1989) and *Orri v Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* [1992] Jur Fr 95 (11 January 1990). In the last case, the Court put the position as follows :

« Selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles existent entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait ».

(...)

This then is the test which must be satisfied before the French court will conclude that a third person is an unnamed party to an international arbitration agreement. It is difficult to conceive that any more relaxed test would be consistent with justice and reasonable commercial expectations, however international the arbitration or transnational the principles applied.

(...)

(c) *The nature of the exercise which an enforcing court must undertake when deciding whether an arbitration agreement existed under such law, and*

(d) *the relevance of the fact that the arbitral tribunal has itself ruled on the issue of its own jurisdiction.*

20. These questions are here linked. Miss Heilbron's primary submission on question (c) is that the only court with any standing to undertake a full examination of the tribunal's jurisdiction would be a French court on an application to set aside the award for lack of jurisdiction. An example of the French courts' willingness to do this is provided by *République arabe d'Egypte v Southern Pacific Properties Ltd* [1986] Ju Fr 75 ; [1987] Ju Fr 469 (12 July 1984, Paris Court of Appeal and 6 January 1987, Cour de Cassation) (the *Pyramids* case). (...)

21. In Miss Heilbron's submission, any enforcing court (other than the court of the seat of the arbitration) should adopt a different approach. It should do no more than « review » the tribunal's jurisdiction and the precedent question whether there was ever any arbitration agreement binding on the Government. The nature of the suggested review should be « flexible and nuanced » according to the circumstances. Here, Miss Heilbron argues that the answer to question (d) militates in favour of a limited review. She submits that the tribunal had power to consider and rule on its own jurisdiction (*Kompetenz-Kompetenz* or *compétence-compétence*), that it did so after full and close examination, and that its first partial award on jurisdiction should be given strong « evidential » effect. In these circumstances, she submits, a court should refuse to become further involved, at least when the tribunal's conclusions could be regarded on their face as plausible or « reasonably supportable ». (...)

26. (...) Domestically, there is no doubt that, whether or not a party's challenge to the jurisdiction has been raised, argued and decided before the arbitrator, a party who has not submitted to the arbitrator's jurisdiction is entitled to a full judicial determination on evidence of an issue of jurisdiction before the English court, on an application made in time for that purpose under s.67 of the Arbitration Act 1996, just as he would be entitled under s.72 if he had taken no part before the arbitrator : see e.g. *Azov Shipping Co. v Baltic Shipping Co.* [1999] 1 Lloyd's Rep 68. The English and French legal positions thus coincide : see the *Pyramids* case (para 20 above).

27. The question is whether the position differs when an English court is asked to enforce a foreign award. There is an irony about Dallah's stance that any enforcing court, other than the court of the seat, has a restricted role in reviewing an arbitral tribunal's jurisdiction. The concept of transnational arbitration has been advocated in arbitral circles, and was no doubt recognised by French courts, in order so far as possible to underline the autonomy of international arbitration from the seat of arbitration or its national legal system. What matters in real terms is where an arbitration award can be enforced : see Gaillard's *Legal Theory of International Arbitration*, (op. cit.) Chapter I. Yet Miss Heilbron's submissions invoke in one and the same breath a transnational view and a view attaching a special and dominant significance to the law of the seat. They also invite the spectre of dual sets of proceedings, conducted in two different countries (that of the seat and that of enforcement) involving different levels of review in relation to essentially the same issue – whether the award should be enforced in the latter country.

28. It is true that Article V(1)(e) of the Convention and s. 103(2)(f) of the 1996 Act recognise the courts of « the country in which, or under the law of which » an award was made as the courts where an application to set aside or suspend an award may appropriately be made ; and also that Article VI and s.103(5) permit a court in any other country where recognition or enforcement of the award is sought to adjourn, if it considers it proper, pending resolution of any such application. But Article V(1)(a) and s.103(2)(b) are framed as free-standing and categorical alternative grounds to Article V(1)(e) of the Convention and s.103(2)(f) for resisting recognition or enforcement. Neither Article V(1)(a) nor s.103(2)(b) hints at any restriction on the nature of the exercise open, either to the person resisting enforcement or to the court asked to enforce an award, when the validity (sc. existence) of the supposed arbitration agreement is in issue. The onus may be on the person resisting recognition or enforcement, but the language enables such person to do so by proving (or furnishing proof) of the non-existence of any

arbitration agreement. This language points strongly to ordinary judicial determination of that issue. Nor do Article VI and s.103(5) contain any suggestion that a person resisting recognition or enforcement in one country has any obligation to seek to set aside the award in the other country where it was made.

(...)

30. The nature of the present exercise is, in my opinion, also unaffected where an arbitral tribunal has either assumed or, after full deliberation, concluded that it had jurisdiction. There is in law no distinction between these situations. The tribunal's own view of its jurisdiction has no legal or evidential value, when the issue is whether the tribunal had any legitimate authority in relation to the Government at all. This is so however full was the evidence before it and however carefully deliberated was its conclusion. It is also so whatever the composition of the tribunal – a comment made in view of Dallah's repeated (but no more attractive for that) submission that weight should be given to the tribunal's « eminence », « high standing and great experience ». (...)

31. This is not to say that a court seised of an issue under Article V(1)(a) and s.103(2)(b) will not examine, both carefully and with interest, the reasoning and conclusion of an arbitral tribunal which has undertaken a similar examination. Courts welcome useful assistance. (...)

(...)

Analysis of the history

41. I turn to the conduct of the Government and the events on which the tribunal relied. As to the Ordinance, the tribunal said that it regarded the Government's « organic control » of the Trust as « an element of evidence as to the true intention of the Defendant to run and control directly and indirectly the activities of the Trust, and to view such Trust as one of its instruments ». Miss Heilbron accepts that Dallah cannot rely on the last ten words. Dallah is not advancing a case of agency, and the Ordinance does not support a case of agency. The tribunal's comment at this point is on its face also inconsistent with the tribunal's earlier references to the normality of the control established by the Ordinance (para 35 above).

42. As to the negotiations leading up the Agreement, the courts below were in my view correct to observe that the fact that the Government was itself involved in negotiations and in the MOU and remained interested throughout in the project does not itself mean that the Government (or Dallah) intended that the Government should be party to the Agreement deliberately structured so as to be made, after the Trust's creation, between Dallah and the Trust. It does not appear that a French court would adopt any different attitude to governmental interest and involvement in the affairs of a state entity. An illustration of the careful analysis required in this context is provided by the decision of the Court of Appeal of Paris in the *Pyramids* case (above). (...)

43. Here, the structure of the Agreement made clear that the Government was distancing itself from any direct contractual involvement : see per Aikens J, para 129 and Moore-Bick LJ, para 32. The Government's only role under the Agreement (in the absence of any assignment or transfer under clause 27) was to guarantee the Trust's loan obligations and to receive a counter-guarantee from the Trust and its trustee bank. Dallah was throughout this period advised by lawyers, Orr, Dignam & Co. The tribunal confined itself in relation to the Agreement to statements that (a) it was the Government which decided to « delegate » to the Trust the finalisation, signature and implementation of the Agreement, (b) the Government was « contractually involved in the Agreement », as the Government was « bound », under Article 2, to give its guarantee and (c) clause 27 authorised the Trust to assign its rights and obligations to the Government without Dallah's prior approval, such a clause being « normally used only when the assignee is very closely linked to the assignor or is under its total control... » (no doubt true, but on its face irrelevant to the issue). The « delegate » and « bound » tend to beg the issue, and nothing in these statements lends any support to Dallah's case that the Agreement evidences or is even consistent with an intention on the part of either Dallah or the Government that the Government should be party to the Agreement. Nowhere did the tribunal address the deliberate change in structure and in parties from the MOU to the Agreement, the potential significance of which must have been obvious to Dallah and its lawyers, but which they accepted without demur.

44. As to performance of the Agreement, between April 1996 and September 1996, exchanges between Dallah and the Ministry of Religious Affairs (« MORA ») of the Government culminated in agreement that one of Dallah's associate companies, Al-Baraka Islamic Investment Bank Ltd., should be appointed trustee bank to manage the Trust's fund as set out in each Ordinance (para 5 above), and in notification by letters dated 30 July and 9 September 1996 of such appointment by the Board of Trustees of the Trust. In subsequent letters dated 26 September and 4 November 1996, the MORA urged Mr Nackvi of the Dallah/Al-Baraka group to give wide publicity to the appointment and to the savings schemes proposed to be floated for the benefit of intending Hujjaj. By letter dated 22 October 1996 Dallah submitted to the MORA a specimen financing agreement for the Trust (never in fact approved or agreed), under one term of which the Trust would have confirmed that it was « under the control of » the Government. The Government's position and involvement in all these respects is clear but understandable, and again adds little if any support to the case for saying that, despite the obvious inference to the contrary deriving from the Agreement itself, any party intended or believed that the Government should be or was party to the Agreement.

45. The fact that the Trust never itself acquired any assets is neutral, since its acquisition of any property always depended upon the arrangement of financing through Dallah, which never occurred, and its acquisition of other funds was to depend on the savings and philanthropic schemes to be arranged through its trustee bank under the Ordinances, the time for which never came. It is scarcely surprising that in these circumstances the Trust never itself acquired its own letter-paper, and letters recording its activity were, like those reporting decisions of its Board of Trustees, written on MORA letter-paper.

46. At the forefront of Dallah's factual case before the Supreme Court, as below, were exchanges and events subsequent to the Trust's demise. One letter in particular, dated 19 January 1997, was described in Dallah's written case as playing « a pivotal role » in, and in Miss Heilbron's oral submissions as « key » to the differing analyses of the tribunal and the courts below. The letter was written by Mr Lutfullah Mufti, signing himself simply as « Secretary », on MORA letter-paper, and faxed to Dallah on 20 January 1997. It read :

« Pursuant to the above mentioned Agreement for the leasing of housing facilities in the holy city of Makkah, Kingdom of Saudi Arabia, you were required within ninety (90) days of the execution of the said Agreement to get the detailed specifications

and drawings approved by the Trust. However, since you have failed to submit the specifications and drawings for the approval of the Trust to date you are in breach of a fundamental term of the Agreement which tantamounts to a repudiation of the whole Agreement which repudiation is hereby accepted.

Moreover, the effectiveness of the Agreement was conditional upon your arranging the requisite financing facility amounting to U.S. \$100,000,000.00 within thirty (30) days of the execution of the Agreement and your failure to do so has prevented the Agreement from becoming effective and as such there is no Agreement in law.

This is without prejudice to the rights and remedies which may be available to us under the law ».

47. Mr Lutfullah Mufti was secretary of MORA from 26 August 1993 to 19 December 1995 and from 23 December 1996 to 3 June 1998, and it will be recalled that, under each Ordinance, the secretary of MORA was at the same time secretary of the Trust. Also on 20 January 1997 Mr Mufti verified on oath the contents of a plaint issued in the name of the Trust as plaintiff to bring the first set of Pakistani proceedings against Dallah. The plaint set out the establishment of the Trust by Ordinance LXXXI of 1996 dated 12 August 1996 as a body having perpetual succession and asserted that Dallah had repudiated the Agreement by failing to submit detailed specifications and drawings within 90 days of the execution of the Agreement « which repudiation was accordingly accepted by the plaintiff vide its letter dated 19.01.1997 ». The Trust sought a declaration that, in consequence of the accepted repudiation, the Agreement was « not binding and is of no consequence upon the rights of the plaintiff » and a permanent injunction restraining Dallah « from claiming any right against the plaintiff ». By an undated application, also verified by Mr Mufti, the Trust further sought an interlocutory injunction restraining Dallah « from representing or holding out itself to have any contractual relation with the applicant on the basis of the aforesaid repudiated Agreement ».

48. Dallah made an application against the Trust for a stay of the Trust's proceedings in favour of arbitration under clause 23 of the Agreement. The application is missing from the bundle, but a written reply to it was put in on behalf of the Trust. This averred, in terms consistent with the stance taken in the plaint (though less obviously consistent with the principle of the separability of arbitration clauses), that since « the plaintiff has challenged the very validity and existence of the agreement dated 10.09.1996, the instant application is, therefore, not maintainable ». Mr Mufti deposed on oath that allegations evidently made by Dallah against the Trust in its application for a stay were « false » and that « the facts stated in the plaint are true and correct to the best of my knowledge and belief and are reiterated ». In early 1998, the first set of Pakistan proceedings were brought to an end by a judgment which commenced by recording that :

« Counsel for the defendant had objected at the last date of hearing that Awami Haj Trust was established [under section] 3 of the Awami Haj Trust Ordinance, 1996 but at the time of institution of this suit Ordinance had elapsed, there was no more ordinance in the field and suit has been filed on behalf of same which was formed under the Ordinance after the lapse of Ordinance. Awami Haj Trust is plaintiff in this suit. After the lapse of Ordinance, the present plaintiff was no more a legal person in the eye of law ».

(...)

61. The letter dated 19 January 1997 and faxed on 20 January 1997 cannot be read in a vacuum, particularly when the issue is whether the parties shared a common intention, manifested objectively, to treat the Government as a or the real party to the Agreement and arbitration clause. Read in the objectively established context which I have indicated, it is clear that it was written and intended as a letter setting out the Trust's position by someone who believed that the Trust continued either to exist or at least to have a sufficient existence in law to enable it to take a position on matters arising when the Ordinance was in force. This is precisely how the plaint of 20 January 1997 put the matter when it said that the « repudiation was accordingly accepted by the plaintiff [i.e. the Trust] vide its letter dated 19.01.1997 ». It makes no sense to suppose that Mr Mufti on one and the same day sent a letter intended to set out the Government's position and caused proceedings to be issued by the Trust on the basis that the letter was intended to set out the Trust's position. That Dallah also believed that the Trust continued to exist, certainly in a manner sufficient to enable it to pursue the proceedings, is confirmed by Dallah's application to stay the Trust's proceedings pending arbitration and is also (as I understood her) admitted by Miss Heilbron.

(...)

66. In my view, the third re-examination by this court, in the light of the whole history, of the issue whether the Government was party to the Agreement, and so to its arbitration clause, leads to no different answer to that reached in the courts below. The arbitral tribunal's contrary reasoning is neither conclusive nor on examination persuasive in a contrary sense. As to the law, it is far from clear that the tribunal was directing its mind to common intention and, if it was, it approached the issue of common intention in terms differing significantly from those which a French court would adopt. In any event, as to the facts, there are a number of important respects in which the tribunal's analysis of the Government's conduct and the course of events cannot be accepted, and this is most notably so in relation to the significance of the letter dated 19 January 1997 and the second set of proceedings in Pakistan. The upshot is that the course of events does not justify a conclusion that it was Dallah's and the Government's common intention or belief that the Government should be or was a party to the Agreement, when the Agreement was deliberately structured to be, and was agreed, between Dallah and the Trust.

(...)

Conclusion

70. It follows that Aikens J and the Court of Appeal were right in the conclusions they reached and that Dallah's appeal to this Court must be dismissed.

CA Paris, 1re ch., 17 févr. 2011, n° 09/28533, Gouvernement du Pakistan, min. Affaires religieuses c/ Sté Dallah Real Estate and Tourism Holding Company

(...)

Sur quoi

Considérant qu'il convient pour une bonne administration de la justice d'ordonner la jonction des trois procédures enrôlées sous les numéros 2009/28541, 2009/28535 et 2009/28533 ;

Sur le moyen unique d'annulation pris en l'absence de convention d'arbitrage (article 1502 1° du Code de procédure civile)

Le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses expose que la clause d'arbitrage du contrat du 10 septembre 1996 ne lui est pas opposable et que le tribunal arbitral s'est déclaré compétent à son égard par une erreur d'appréciation, en retenant qu'au regard des principes transnationaux le Ministère des Affaires Religieuses n'est qu'un département ministériel sans personnalité juridique autonome du Gouvernement du Pakistan, lequel était en outre la partie pakistanaise au Memorandum of Understanding qui a précédé le Contrat. Le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses le conteste en faisant observer que le protocole d'accord du 24 juillet 1995 et le Contrat du 10 septembre 1996 sont totalement indépendants, que le Memorandum devenu caduc avant la création du Trust a été remplacé par le Contrat, qu'il n'était ni dans l'intention ni dans la volonté commune des parties que le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses y soit partie ; que les clauses d'arbitrage sont d'interprétation stricte, que le Contrat a été signé par le seul Trust créé par le Gouvernement du Pakistan aux fins de l'organisation financière et matérielle des pèlerinages à la Mecque de ses ressortissants. Le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses relève que la sentence n° 1 fait état de divergences des arbitres et que MM. SHAH et MUSTILL n'ont souscrit à la conclusion qu'il était partie au Contrat et donc au litige qu'après avoir hésité. Le recourant ajoute que le juge anglais saisi par DALLAH d'une procédure d'exécution de la sentence finale a, à la demande du Gouvernement du Pakistan, annulé l'autorisation d'exécuter au Royaume Uni, que la cour d'appel a confirmé cette décision par arrêt du 20 juillet 2009 et que la Cour Suprême a, suivant décision du 3 novembre 2010, rejeté le recours de DALLAH. Considérant que par lettre du 16 février 1995, [les pièces en anglais ont fait l'objet, partiellement, de traduction libre non contestée par les parties] DALLAH a fait savoir au Ministère des Affaires religieuses du Gouvernement du Pakistan que le Roi d'Arabie Saoudite et le Gardien des Lieux Saints l'avait chargé de l'entretien de ces lieux, qu'il était autorisé à offrir aux gouvernements islamiques la location pour une longue durée d'immeubles destinés à héberger les pèlerins et a proposé au Gouvernement du Pakistan de lui allouer plusieurs sites à La Mecque sur lesquelles DALLAH construirait des immeubles, le financement étant assuré par ce dernier ; que le 15 juillet 1995 DALLAH a fourni au Ministère des Finances les conditions financières du projet qui s'est concrétisé par la signature d'un Memorandum of Understanding le 24 juillet 1995 conclu entre d'une part le Président de la République du Pakistan signé pour par M. Luftallah Mufti secrétaire du Ministère des Affaires Religieuses, d'autre part DALLAH, signé par M. Nackvi ; Qu'aux termes de ce Memorandum of Understanding DALLAH s'est engagé à acheter des terrains à la Mecque et à y construire des logements pour les pèlerins pakistanais, destinés à être loués au Gouvernement du Pakistan pour une durée de 99 ans, DALLAH fournissant également le financement de l'opération comme prévu dans son offre du 16 février 1995 ; que selon l'article 4 du dit protocole, DALLAH devait soumettre dans les 90 jours au Gouvernement du Pakistan pour approbation les termes et conditions du bail ainsi que le plan de financement et que d'après l'article 5 le financement devait être pris en charge par l'emprunteur désigné par le Gouvernement du Pakistan ; qu'en vertu de l'article 28 le Gouvernement du Pakistan, se réservait la faculté de confier la gestion et l'entretien des immeubles à une ou plusieurs personnes physiques ou morales ou à un Trust qui serait l'emprunteur ; Qu'à compter de la signature du Memorandum le 24 juillet 1995 jusqu'à la signature du Contrat, le seul interlocuteur de DALLAH fut le Gouvernement du Pakistan, auquel le projet de bail entre le Gouvernement du Pakistan et DALLAH a été remis le 17 août 1995 par ce dernier ; que la proposition financière n'ayant pas reçu l'approbation de ce gouvernement, le Memorandum of Understanding est devenu caduc le 17 novembre 1995 ; Considérant que le Président de la République Islamique du Pakistan a promulgué une ordonnance du 31 janvier 1996 notifiée le 14 février 1996 créant un Trust dénommé Awami Hajj Trust, un « statutory corporation » de droit pakistanais, qui avait essentiellement pour objet de « mobiliser l'épargne des pèlerins », « financer les dépenses du pèlerinage », investir l'épargne des pèlerins pour « produire des rendements maximaux et des intérêts cumulés », prendre et « adopter des mesures facilitant la réalisation du pèlerinage par les membres » ; que l'article 10 de l'ordonnance prévoyait que le Trust disposerait d'un fonds, AWAMI HADJ FUND, financé par l'épargne des pèlerins, les donations et revenus placés, et géré par une banque (Trustee Bank) qui aurait la responsabilité de la collecte des épargnes et l'investissement des biens du fonds ; que le Trust était doté de la personnalité morale, le Ministre des Affaires religieuses, le secrétaire du Ministère des Affaires Religieuses, M. Lutfallah Mufti, et le Ministre des Finances étant membres du Board of Trustees ; Considérant que pendant la phase pré-contractuelle qui dura plus de six mois, DALLAH a détaillé dans plusieurs correspondances les rôles assignés aux futurs co-contractants, recueilli de l'épargne des pèlerins et des dons par le Trust, avance consentie par DALLAH remise au Trust et garantie par le Gouvernement du Pakistan du remboursement de la facilité financière de 100 millions de dollars fournis par DALLAH ; qu'ainsi, par lettre du 29 février 1996 et son annexe A adressée par M. Nackvi, DALLAH y a décrit son plan de financement et a expressément proposé au Gouvernement du Pakistan une seconde option, pour une période de cinq ans à compter de la signature du Contrat en vue de la construction de logements supplémentaires pour 45 000 pèlerins ; que la division financière du Ministère des Affaires Religieuses l'a alors interrogé, par lettre du 4 avril 1996, sur cette proposition ; Que le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires Religieuses tire également argument d'un courrier du 15 mars 1996 à la Al Rajhi Banking et Investment Group, dans lequel DALLAH a présenté le fonds mentionnant comme contractant pakistanais le Trust pour soutenir que DALLAH avait accepté qu'il soit son seul co-contractant ; Considérant cependant que le 4 avril le Ministère des Affaires Religieuses a écrit aux présidents de banques pour les inviter à exprimer leur intérêt pour la fonction de Banque Trustee en indiquant que « le Gouvernement souhaite nommer comme banque Trustee... », que la banque Albaraka Islamic Investment Bank du groupe DALLAH s'est portée candidate le 14 avril auprès du Ministère des Affaires Religieuses qui en accusé réception le 23 avril, invitant M. Nackvi à présenter dans les locaux du Ministère ses propositions ; qu'après échange de plusieurs courriers, notamment une lettre de DALLAH du 23 mai 1996 au Ministère des Affaires Religieuses relatant les discussions qui avaient eu lieu avec le Ministère des Finances, le 30 juillet 1996, sous l'en tête du Gouvernement du Pakistan le Ministère des Affaires Religieuses a informé DALLAH de la désignation de la banque Albaraka et a confirmé son accord sur le « plan B » proposé par DALLAH, relatif au logement gratuit de 12 000 pèlerins pour « le Gouvernement du Pakistan » et « le Gouvernement du Pakistan » devant payer « 395 US dollars par pèlerin pour le reste des pèlerins » ; que certes DALLAH présentant les dispositions contractuelles à ses avocats chargés de rédiger le Contrat

a mentionné le Trust comme la partie pakistanaise, mais les négociations se sont déroulées exclusivement entre DALLAH et le Ministère des Affaires Religieuses, mais non le Trust, jusqu'à la veille de la signature du Contrat [lettre du 8 septembre 1996 de DALLAH au Ministère] ; qu'au demeurant, le 30 juillet 1996 M. Nackvi a indiqué clairement au Président du groupe DALLAH que l'approbation de l'opération économique envisagée relevait du Ministère et lui a fait savoir que le Premier Ministre tiendrait une réunion sur ce point le 15 juin ; qu'en effet, un article de presse du 17 juillet 1996 relate la réunion du Board of Trustees présidée par le Premier Ministre du Pakistan, lequel ne figurait pourtant pas parmi ses membres ;

Considérant que le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses fait valoir que le Trust qui avait une indépendance juridique et financière ayant conclu le Contrat avec DALLAH, avec soumission à une clause d'arbitrage, « les actes du Trust ne sont pas attribuables au Gouvernement du Pakistan » ce qui exclut qu'il ait été "la véritable partie au Contrat" et qu'il s'agissait de la commune intention des parties ;

Mais considérant que dans la période d'exécution contractuelle, deux fonctionnaires du Ministère des Affaires Religieuses qui n'avaient pas aucune qualité au sein du Trust, ont adressé à DALLAH à six semaines d'intervalle les 26 septembre et 4 novembre 1996 des lettres relatives d'une part aux plans d'épargne qui devaient être proposés aux pèlerins, d'autre part à l'annonce de la campagne d'information publicitaire pour faire connaître au public que Albaraka Islamic Investment Bank devait lancer pour se faire connaître comme Trustee Bank auprès du public, enfin à une demande de copie de l'accord entre cette dernière et la Muslim Commercial Bank relative à l'utilisation de son réseau d'agences pour la collecte de l'épargne ; qu'aucun motif ne peut justifier l'intervention de ces deux fonctionnaires de l'État ; que, par ailleurs, le Trust ayant cessé d'avoir une existence légale à compter du 12 décembre 1996 faute d'une nouvelle promulgation du décret présidentiel, M. Luftallah Mufti sur papier à entête du Ministère des Affaires Religieuses a signifié à DALLAH le 19 janvier 1997 que : « conformément au contrat susmentionné de bail d'un complexe d'hébergement dans la ville sainte de la Mecque, vous étiez dans l'obligation, dans les 90 jours à compter du contrat de faire approuver par le Trust les spécifications détaillées » et « vous avez manqué à votre obligation de soumettre les spécifications et plans à l'approbation du Trust, vous êtes en violation d'une clause fondamentale du contrat qui équivaut à une résiliation de l'intégralité du contrat, résiliation qui est acceptée par la présente »... ; qu'il n'existe pas de confusion résultant de ce que M. Luftallah Mufti ait été également secrétaire du Board of Trustees ou que le Trust n'ait pas eu de papier à son en-tête, dans la mesure où tout indique dans ce courrier la qualité du Ministère au nom duquel il accepte la résiliation du Contrat ; qu'à cet égard il est indifférent que M. Luftallah ait initié au nom du Trust une procédure devant la juridiction d'Islamabad dès lors qu'en faisant dénoncer le 19 janvier 1997 la défaillance contractuelle de DALLAH par ce haut fonctionnaire, le Gouvernement de la République, Ministère des Affaires Religieuses, s'est comporté comme si le Contrat était le sien ; que cette implication du Gouvernement de la République, Ministère des Affaires Religieuses, sans qu'il soit fait état d'actes accomplis par le Trust, comme son comportement lors des négociations pré-contractuelles confirment que la création du Trust était purement formelle, et que le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires Religieuses comme DALLAH en convenait s'est comporté comme la véritable partie pakistanaise lors de l'opération économique ;

Considérant qu'en conséquence, le moyen pris de ce que le tribunal arbitral a étendu à tort la clause d'arbitrage au Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses et s'est déclaré compétent est infondé ; qu'en conséquence, les recours en annulation de la sentence sur la compétence du 26 juin 2001 rendue à Paris et partant les deux sentences suivantes les 19 janvier 2004 et 23 juin 2006 sont rejetés ;

Considérant qu'il convient de condamner le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires Religieuses à payer à la société DALLAH REAL ESTATE AND TOURISM HOLDING COMPANY la somme de 100 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Par ces motifs

Ordonne la jonction des procédures enrôlées sous les numéros 2009/28541, 2009/28535 et 2009/28533,

Rejette les recours en annulation des sentences rendues à Paris les 26 juin 2001, 19 janvier 2004 et 23 juin 2006,

Condamne le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires Religieuses à payer à la société DALLAH REAL ESTATE AND TOURISM HOLDING COMPANY la somme de 100 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

Condamne le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires Religieuses aux dépens et admet la SCP DUBOSCQ & PELLERIN, avoués, au bénéfice de l'article 699 du Code de procédure civile.

(...)

Note :

Rappelons les faits de cette affaire. En juillet 1995, la société saoudienne Dallah Real Estate and Tourism Holding Company (ci-après « Dallah ») a signé un *Memorandum of understanding* (« MOU ») avec le président de la République islamique du Pakistan (représenté par M. Luftallah Mufti, secrétaire du Ministère des affaires religieuses). Aux termes de celui-ci, Dallah s'est notamment engagée à acheter des terrains dans la ville sainte de la Mecque en vue d'y construire des logements pour les pèlerins et les louer pour une durée de 99 ans au Gouvernement. Elle devait soumettre une proposition financière à l'approbation du Gouvernement. Pour sa part, le Gouvernement s'était réservé la faculté de constituer un trust pour gérer et entretenir ces logements. La proposition financière n'ayant pas été approuvée, le MOU est devenu caduc.

Peu de temps après, un trust a été créé par ordonnance présidentielle publiée en février 1996, sous le nom de *Awami Hajj Trust* (ci-après « Trust »), pour une durée légale de quatre mois. Celui-ci était doté

de la personnalité morale propre. Son objet principal était de collecter l'épargne des fidèles et de l'investir dans le but de financer l'organisation des pèlerinages.

Les négociations entre Dallah et le Gouvernement se sont poursuivies et ont abouti à la conclusion, en septembre 1996, d'un contrat entre Dallah et le *Trust* (ci-après le « Contrat »). Le Contrat contenait une clause d'arbitrage CCI (Chambre de commerce internationale).

Entre-temps, la durée du *Trust* a été prorogée à deux reprises. À l'occasion toutefois d'un changement de gouvernement, le *Trust* n'a pas fait l'objet d'une nouvelle prorogation et a pris fin en décembre 1996.

En janvier 1997, le secrétaire du Ministère des affaires religieuses, qui était aussi secrétaire du Conseil des trustees en vertu de l'acte de constitution du *Trust*, a écrit à la société Dallah, sur papier à en-tête du Ministère, afin de dénoncer la violation par Dallah de certaines de ses obligations contractuelles équivalente à une résiliation du Contrat. Le lendemain, le même secrétaire, mais cette fois au nom du *Trust* récemment expiré, assignait Dallah devant les juridictions pakistanaises aux fins d'une part, de faire constater la défaillance de cette dernière et la résiliation du Contrat et d'autre part, d'obtenir une injonction à l'encontre de Dallah l'empêchant de faire valoir ses droits à l'encontre du *Trust* au titre du Contrat.

C'est dans ce contexte que Dallah a initié, en mai 1998, une procédure d'arbitrage CCI à l'encontre du Gouvernement pakistanais / Ministère des affaires religieuses, en vertu de la clause d'arbitrage qui se trouvait dans le Contrat. Le siège de l'arbitrage était à Paris.

Le Gouvernement pakistanais a contesté la compétence du Tribunal arbitral, soutenant qu'il n'avait pas signé le Contrat et que la clause d'arbitrage ne lui était donc pas opposable. Il a refusé de signer l'acte de mission et de participer au fond de la procédure.

En juin 2001, Dallah a obtenu une première sentence par laquelle le Tribunal arbitral, composé de Lord Mustill, du Dr Nassim Hasan Shah et du Dr. Ghaleb Mahmassani comme président, s'est déclaré compétent. Une seconde sentence a été rendue en janvier 2004, retenant la responsabilité du Gouvernement, puis une sentence finale en juin 2006, condamnant le Gouvernement à payer à Dallah la somme d'environ 19 millions de US\$ à titre de dommages-intérêts, ainsi que la somme de 1,6 million US\$ au titre des frais d'arbitrage.

L'État n'a pas immédiatement formé de recours en annulation contre l'une ou l'autre des sentences. De son côté, Dallah a cherché à exécuter la sentence finale qu'elle avait obtenue en sa faveur, en Angleterre. Elle a obtenu, de manière non contradictoire, en application de la section 101 de la Loi de 1996 sur l'arbitrage (« Loi de 1996 »), une ordonnance du juge anglais l'autorisant à exécuter ladite sentence. Une fois cette décision signifiée au Gouvernement, ce dernier s'est opposé à l'exécution de la sentence, invoquant les dispositions de la section 103 et notamment l'absence d'une convention d'arbitrage valable.

En première instance, le juge Aikens a admis l'argumentation du Gouvernement et a refusé toute exécution à la sentence CCI. La société Dallah a interjeté appel de ce jugement. La cour d'appel l'a cependant confirmé. C'est dans ce contexte que Dallah a formé un pourvoi, qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour suprême anglaise du 3 novembre 2010 commenté ci-après. Dans cet arrêt, la Cour rejette le pourvoi et confirme le refus des premiers juges d'autoriser l'exécution de la sentence finale. La Cour considère que le Gouvernement pakistanais est un tiers non-signataire du contrat et que la clause d'arbitrage qui y est insérée ne peut pas lui être étendue.

Entre-temps, en août 2009, Dallah a obtenu une ordonnance d'*exequatur* de la sentence finale en France. Une fois signifiée au Gouvernement, ce dernier a formé un recours en annulation auprès de la cour d'appel de Paris contre les trois sentences, emportant recours contre l'ordonnance d'*exequatur*. Sur ce, Dallah a présenté aux juges anglais une demande de sursis à statuer dans l'attente du résultat du recours français. Sa demande a cependant été rejetée. En France, le Gouvernement a demandé l'annulation des

trois sentences sur le fondement de l'article 1502-1° du Code de procédure civile (« CPC », cf. les articles visés sont antérieurs au décret du 13 janvier 2011), soutenant que le Tribunal arbitral s'était déclaré à tort compétent, alors que la clause d'arbitrage ne lui était pas opposable, et qu'il en résulte l'annulation des deux sentences postérieures. Dans son arrêt du 17 février 2011, commenté ci-après, la cour d'appel de Paris rejette le recours au motif que le Gouvernement a été impliqué dans les relations précontractuelles, ainsi que dans l'exécution et la résiliation du Contrat et en conclut qu'il est lié par la clause d'arbitrage.

L'analyse des deux décisions permet de constater que les juges anglais et français ont exercé un contrôle le plus étendu possible de la compétence du Tribunal arbitral (1). Ce contrôle judiciaire s'est exercé, dans les deux cas, à l'aune du même droit, le droit français, alors même que la méthodologie utilisée par les juges pour désigner ce droit est différente (2). Les juges parviennent toutefois, de manière remarquable, à une solution sur la compétence du Tribunal arbitral radicalement opposée (3).

1. Un contrôle ultérieur étendu de la compétence du tribunal arbitral par le juge étatique

Dans cette affaire *Dallah c/ Pakistan*, les juges anglais de l'exécution se sont prononcés très clairement en faveur d'un contrôle judiciaire le plus large possible pour examiner la décision du Tribunal arbitral sur sa propre compétence.

Une telle solution avait déjà été consacrée depuis longtemps pour les recours en annulation s'agissant de sentences rendues en Angleterre (*V. L. 1996, sect. 67. – Departmental Advisory Committee on Arbitral Law, Rapp. 1996, §143* : « *A challenge to jurisdiction may well involve questions of fact as well as questions of law. Since the arbitral tribunal cannot rule finally on its own jurisdiction, it follows that both its findings of fact and its holdings of law may be challenged. The regime for challenging such awards is set out in Clause 67* »). On pouvait toutefois se demander si le juge anglais bénéficiait du même plein pouvoir d'examen, en droit comme en fait, lorsqu'il contrôlait la compétence du tribunal arbitral, au stade de l'exécution en Angleterre de sentences rendues à l'étranger qui relève d'un régime distinct. En effet, à l'inverse du droit français qui prévoit un seul et même régime pour les deux recours (le recours en annulation de l'article 1504 renvoie aux cinq motifs de refus d'*exequatur* de l'article 1502 du CPC), le droit anglais fait une distinction entre les deux (*L. 1996, sect. 67 et 68* pour les recours en annulation contre les sentences rendues en Angleterre. – *L. 1996, sect. 100 à 103* pour l'exécution des sentences rendues dans un pays signataire de la Convention de New York de 1958). Dans son arrêt du 3 novembre 2010, la Cour suprême confirme sans ambiguïté que le contrôle judiciaire doit être identique pour les deux recours.

On rappellera que le Gouvernement pakistanais s'opposait à l'exécution de la sentence finale en Angleterre, en se fondant sur la section 103(2)(b) qui, transposant en droit interne le motif prévu à l'article V(I)(a) de la Convention de New York, dispose que « *La reconnaissance ou l'exécution de la sentence seront refusées si la partie contre laquelle la sentence est invoquée prouve : (...) que la convention d'arbitrage n'était pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée, ou à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue (...)* » (cf. traduction française extraite de M. Hunter et T. Landau, *The English Arbitration Act 1996, Text and Notes*).

En réponse, Dallah soutenait notamment que le juge anglais de l'exécution ne pouvait procéder qu'à un contrôle « *limité* » de la compétence arbitrale dans la mesure où seul le juge du siège saisi du recours en annulation avait le pouvoir de réexaminer complètement la question de la compétence arbitrale.

Les premiers juges ont rejeté une telle distinction. La Cour suprême confirme. Le juge anglais de l'annulation procède à « *un examen judiciaire complet au vu des éléments de preuve* » (§ 26. Les passages extraits de l'arrêt de la Cour suprême anglaise du 3 novembre 2010 ont été traduits en français par l'auteur). Similairement, le juge anglais de l'exécution a « *le droit (et même l'obligation) de revoir la décision de la compétence du tribunal arbitral lorsqu'une partie s'oppose à l'exécution d'une sentence*

et cherche à démontrer qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage qui la lie selon la loi du pays où la sentence a été rendue » (§ 104).

La Cour suprême anglaise n'admet donc pas l'argumentation de la société Dallah et refuse d'accorder un rôle accru au juge de l'annulation par rapport au juge de l'exécution.

Cette solution est identique à celle retenue par les juges français. Ces derniers ont en effet depuis longtemps consacré une conception élargie du contrôle de la compétence du tribunal arbitral, applicable tant au stade de l'annulation d'une sentence rendue en France en matière internationale qu'au stade de l'exécution d'une sentence rendue à l'étranger. Dans l'affaire du *Plateau des Pyramides*, la Cour de cassation avait relevé, dans le cadre d'un recours en annulation, que « si la mission de la cour d'appel, saisie d'un recours en vertu des articles 1502 et 1504 du Nouveau Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ; qu'en particulier, il lui appartient d'interpréter le contrat pour apprécier elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage » (*V. Cass. Ire civ., 6 janv. 1987, Southern Pacific Properties Ltd et Southern Pacific Ltd (SPP) c/ République arabe d'Égypte : Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger ; JDI 1987, p. 638, note B. Goldman. – Dans le même sens, CA Paris, 30 sept. 1993, European Gas Turbines SA c/ Westman : Rev. arb. 1994, p. 359. – et plus récemment s'agissant d'une décision d'incompétence du tribunal arbitral, Cass. Ire civ., 6 oct. 2010, Abela : Rev. arb. 2010, p. 815, note F.-X. Train*). La même solution est appliquée à l'appel contre une ordonnance d'exequatur (*P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, § 1601. – E. Gaillard « The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin », 14 ICSID Rev.*).

Cette solution doit être approuvée s'agissant du contrôle de la compétence arbitrale. Il s'agit en effet pour le juge étatique de vérifier que le tribunal arbitral était bien investi en vertu d'une convention d'arbitrage valable. Pour que ce contrôle soit effectif, le juge doit être en mesure d'examiner les faits soumis au tribunal arbitral, de se livrer à une analyse en droit et de confronter ses conclusions à celles du tribunal arbitral. Un tel contrôle ne porte pas atteinte au principe « compétence-compétence ». Comme le rappelle la Cour suprême anglaise, il est largement admis en droit comparé que la décision de l'arbitre sur sa propre compétence demeure sous le contrôle ultérieur du juge étatique, que ce soit au stade du recours en annulation ou de l'exécution de la sentence arbitrale. Dans tous les cas, c'est le juge qui doit donc avoir le « dernier mot » (§ 86) pour reprendre les termes de Lord Collins.

Ce contrôle judiciaire doit toutefois s'exercer dans le respect du principe fondamental du refus de révision de la sentence arbitrale. Ce principe interdit au juge notamment d'examiner la façon dont l'arbitre a appliqué la loi, de contrôler une prétendue dénaturation du contrat ou des documents par l'arbitre ou une mauvaise interprétation des faits par celui-ci (*V. P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, § 1603*).

À cet égard, il est regrettable que, dans son arrêt du 3 novembre 2010, la Cour suprême ait ouvertement critiqué le travail des arbitres et notamment leur appréciation des faits et des documents de l'affaire. Lorsqu'il exerce son contrôle, le juge doit toujours en effet rester dans son rôle, sans chercher à substituer son analyse à celle des arbitres (le seul cas où le juge anglais est autorisé à substituer son point de vue à celui de l'arbitre est lorsqu'il est saisi en vertu de la section 32 de la Loi de 1996 pour se prononcer sur la compétence arbitrale en lieu et place de l'arbitre. Fort heureusement, cela n'est possible que dans des cas exceptionnels).

2. Une méthode distincte pour déterminer le droit à l'aune duquel la compétence du tribunal arbitral est contrôlée

Si les juges anglais et français s'accordent sur l'étendue du contrôle, ils utilisent en revanche des méthodes différentes pour déterminer le droit à l'aune duquel ils vont exercer ce contrôle.

On rappellera que, pour se prononcer sur leur compétence, les arbitres avaient appliqué les règles de droit qu'ils estimaient appropriées, ici les principes de droit transnational, utilisant la méthode de la voie directe, comme l'autorise l'article 1496 du CPC, en l'absence de choix de loi par les parties. Ici, les parties n'avaient pas choisi la loi applicable à leur Contrat, et encore moins celle applicable à la clause d'arbitrage.

Au stade du contrôle, les juges anglais de l'exécution recherchent la loi applicable à la convention d'arbitrage afin de se prononcer sur la question de la compétence du tribunal arbitral. Ils utilisent la méthode de la règle de conflit de lois comme le prévoit la section 103(2)(b) de la Loi de 1996 qui dispose, suivant en cela l'article V(1)(a) de la Convention de New York de 1958, qu'à défaut d'indication des parties, les juges appliquent « *la loi du pays où la sentence a été rendue* », c'est-à-dire la loi du siège, en l'espèce la loi française.

Pour leur part, les juges français appliquent directement une règle matérielle, sans s'interroger préalablement sur la recherche de la loi applicable. En effet, la jurisprudence française a depuis longtemps abandonné la méthode conflictuelle pour lui préférer la méthode des règles matérielles, généralement plus favorable à la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage sous réserve des lois de police et de l'ordre public international (*V. Cass. Ire civ., 20 déc. 1993, Dalico : JDI 1994, p. 432, note E. Gaillard et p. 690, note E. Loquin*).

La nature de ces règles matérielles a fait l'objet de débats en doctrine (règles transnationales ou règles de droit français de l'arbitrage international). Il s'agit dans tous les cas de règles énoncées par les juges français et à ce titre, elles sont appliquées par eux à la clause d'arbitrage en tant que *lex fori* (*V. P. Mayer, note sur l'arrêt Ducler : Rev. arb. 1990, p. 675. – J.-M. Jacquet, P. Delebecque, S. Corneloup, Droit du commerce international : 2010, § 1086*).

Finalement, peu importe la méthodologie retenue, conflictuelle ou règle matérielle, elle a abouti dans les deux cas à l'application par les juges anglais et français du test retenu par la jurisprudence française. Ils sont pourtant parvenus à des solutions radicalement opposées.

3. Des solutions radicalement opposées sur l'extension de la clause d'arbitrage à un Gouvernement non-signataire

La question essentielle posée aux juges dans cette affaire est celle de l'extension de la clause d'arbitrage à un tiers non signataire, ici le Gouvernement, alors même que la partie qui a formellement signé le contrat qui contient la clause d'arbitrage est une entité étatique. Le rapprochement des deux arrêts commentés est frappant : les juges anglais et français, qui ont examiné les mêmes faits, les mêmes documents et appliqué *a priori* le même test consacré par la jurisprudence française, parviennent néanmoins à des conclusions radicalement différentes. Cela tient, à notre avis, à deux éléments : d'une part, le test retenu par les juges anglais et français n'est pas parfaitement identique (A) et d'autre part, et surtout, leur analyse des faits et des documents est complètement différente (B).

A. – S'agissant de l'application d'un droit étranger, la démarche de la Cour suprême anglaise est classique : elle se livre d'abord à un examen détaillé du contenu du droit français. Pour cela, elle s'appuie sur les rapports des experts en droit français présentés par chacune des parties (M. Yves Derains pour la société Dallah et M. le Bâtonnier Vatieur pour le Gouvernement pakistanais). Après avoir constaté l'accord des experts sur le test à appliquer, elle reprend fidèlement la formule énoncée par la cour d'appel de Paris notamment dans un arrêt de 1990 (*V. CA Paris, 11 janv. 1990, Orri c/ Sté des Lubrifiants Elf Aquitaine*) et citée par les deux experts : « Selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles existent entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait ». La Cour suprême retient que le test de droit français, que Lord Mance

n'hésite pas à critiquer au passage (§ 18), est fondé sur la recherche de la commune volonté des parties, expresse ou tacite, d'être liées par le contrat qui contient la clause d'arbitrage, qui peut se matérialiser au travers de leur comportement objectif. Lord Collins relève en particulier que, selon les explications des experts, la lettre de résiliation ne saurait constituer une preuve de l'« intention subjective » du Gouvernement d'être lié par la clause d'arbitrage que si elle résulte d'un acte « conscient, délibéré du Gouvernement » (§ 122).

La Cour suprême applique ensuite ce test aux faits et documents de l'espèce. Sans grande surprise, elle passe très rapidement sur la phase précontractuelle et confirme l'analyse des premiers juges selon laquelle « le fait que le Gouvernement ait été impliqué dans les négociations et dans le MOU et soit resté intéressé pendant la durée du projet ne signifie pas en soi que le Gouvernement (ou Dallah) ait voulu que le Gouvernement soit une partie au contrat lequel a été délibérément structuré de manière à lier, après la création du *Trust*, Dallah et le *Trust* » (§ 42). La Cour se concentre en revanche sur le Contrat. Selon elle, celui-ci fait apparaître très clairement que les obligations et les droits sont ceux du *Trust* et non du Gouvernement (sauf hypothèse de transfert ou cession au Gouvernement inapplicable en l'espèce). Elle minimise l'importance des obligations de garant mises à la charge du Gouvernement et l'intervention de certains fonctionnaires de l'État pendant l'exécution du Contrat.

Puis, la Cour examine le document-clé versé au débat, à savoir la lettre du 19 janvier 1997 par laquelle Dallah s'était vue signifier sa défaillance contractuelle équivalente à une résiliation du contrat. Niant l'évidence, la Cour estime que, même si la lettre a été rédigée sur papier à en-tête du Ministère des affaires religieuses et signée par son secrétaire, M. Mufti, elle n'a pu être rédigée que pour le compte du *Trust* ou dans le but d'exposer la position du *Trust* au regard du Contrat. Elle relève par ailleurs que M. Mufti « croyait que le *Trust* continuait d'exister ou au moins d'avoir une existence légale suffisante lui permettant de prendre position sur des questions relatives à la période pendant laquelle l'Ordonnance était en vigueur » (§ 61) sans que l'on sache d'ailleurs si la Cour s'appuie sur une attestation de témoin. Elle poursuit qu'il n'est pas pensable que M. Mufti ait pu signer une lettre au nom du Ministère alors que, le lendemain, il introduisait une procédure au nom du *Trust* faisant référence à la lettre comme étant celle du *Trust*. Pour la Cour, l'usage du papier à en-tête du Ministère et la signature de M. Mufti comme « Secrétaire » sont donc sans conséquence et ne permettent en rien de conclure à une volonté commune des parties de lier le Gouvernement à la clause d'arbitrage. La Cour en prend pour preuve supplémentaire le fait qu'une procédure ait été engagée dès le lendemain au nom du *Trust*, avec l'attestation sous serment du même M. Mufti. Elle relève au passage que ce n'est que bien plus tard au cours de cette procédure que Dallah aurait découvert que le *Trust* avait cessé d'exister, ce qui confirmerait que Dallah elle-même a longtemps cru avoir affaire au *Trust*, et à lui seul.

La Cour suprême examine enfin le statut du *Trust*. Pour elle, si Dallah et le Gouvernement ont voulu organiser leurs relations contractuelles en ayant recours à un montage qui impliquait la signature du Contrat par un *Trust* doté de la personnalité morale distincte de l'État, cette volonté doit être respectée. Elle relève ainsi que « (...) la structure du Contrat fait apparaître clairement que le Gouvernement s'est distancié de toute implication directe contractuelle » (§ 43). Plus loin, elle reproche au Tribunal arbitral de ne pas avoir « expliqué le changement délibéré dans la structure et les parties intervenu entre le MOU et le Contrat, et la conséquence possible qui doit avoir été évidente aux yeux de Dallah et de ses avocats, et qu'ils ont pourtant accepté sans hésitation » (§ 43). La Cour souligne à cet égard que c'est de manière libre et éclairée que Dallah a accepté de contracter avec le *Trust*, et non avec le Gouvernement, et qu'elle ne pouvait donc pas en ignorer les conséquences juridiques. La Cour en conclut que ni le Gouvernement ni Dallah n'ont voulu que le Gouvernement soit partie au Contrat et donc qu'il soit engagé par la clause d'arbitrage. La Cour cite, avec approbation, notamment l'affaire *SPP* (citée ci-dessus) dans laquelle la cour d'appel de Paris avait annulé une sentence arbitrale au motif que la simple mention « approbation, ratification et agrément » apposée par l'État sur le contrat litigieux signé entre la société *SPP* et un organisme public égyptien chargé du tourisme (EGOTH), ce qui était prévu par le contrat, ne permettait pas de déduire la volonté de l'État de devenir partie à la clause d'arbitrage.

Pour sa part, dans son arrêt du 17 février 2011, la cour d'appel de Paris n'applique pas exactement le même test.

La cour d'appel applique en effet un test fondé sur un critère plus objectif, sans référence à une quelconque volonté, tacite ou supposée, des parties. Ce qu'elle retient, c'est l'« implication » du Gouvernement tant au stade précontractuel que pendant l'exécution du Contrat et au moment de sa résiliation, qui confirme qu'il « s'est comporté comme la véritable partie pakistanaise lors de l'opération économique ».

Le professeur Mayer, commentant la dernière jurisprudence française dans un article récent de 2009, a résumé celle-ci en ces termes : « Pour qu'un individu ou une société soit lié par une clause d'arbitrage, son comportement n'a pas besoin de révéler son consentement d'être lié, mais exige seulement que l'individu ou la société soit informé de l'existence et du champ d'application de la clause d'arbitrage, et qu'il soit directement impliqué dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter. "Être impliqué", même "directement", ne signifie pas nécessairement consentir à être lié. L'effet obligatoire ne repose pas sur un consentement tacite ; il repose sur une situation objective : le fait d'avoir été impliqué » (*V. P. Mayer, Extension of the arbitration clause to non signatories under French law in Multiple-party actions in international arbitration : Oxford University Press, 2009, § 5.11*. Le texte original est en anglais).

Il cite notamment un arrêt de 2007 de la Cour de cassation dans lequel celle-ci a décidé que « l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et des litiges qui peuvent en résulter » (*V. Cass. Ire civ., 27 mars 2007, Sté ABS et AGF Iart c/ Sté Amkor technology et a. : JCP I, 168, note Ch. Seraglini, § 11*). Dans cette décision, la Cour ne se réfère à aucune volonté, tacite ou supposée, des parties. Elle n'ajoute pas la formule énoncée par la jurisprudence antérieure et citée par les experts français dans la procédure anglaise : « dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant ». Le professeur Mayer en conclut que « la Cour de cassation a éliminé toute référence à un consentement supposé qui, dans certaines décisions de la cour d'appel de Paris, reposait sur une double présomption : celle de connaissance de la clause d'arbitrage et, par conséquent, de consentement à celle-ci. Selon la Cour de cassation, les clauses d'arbitrage sont directement opposables à une partie individuelle si elle est "impliquée" (...) Il n'est pas nécessaire que cette implication intervienne pendant la phase de négociation ; elle peut survenir à tout moment dans la vie du contrat » (*V. P. Mayer, op. cit., § 5.15*. Le texte original est en anglais. – *Ch. Seraglini, op.cit. § 11*).

La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 17 février 2011, applique ce test fondé sur la seule « implication » du tiers non-signataire. Toute référence à la volonté semble avoir disparu. Par ailleurs, sa référence à la notion d'« opération économique », plus vague que celle du contrat, est selon nous discutable.

B. – Si les juges anglais et français parviennent à des résultats aussi différents, c'est aussi et surtout en raison de leur analyse profondément différente des faits et des documents.

La cour d'appel de Paris attache d'abord une grande importance à la phase précontractuelle, à l'inverse des juges anglais. Elle relève notamment que « les négociations se sont déroulées exclusivement entre Dallah et le ministère des Affaires religieuses, mais non le *Trust*, jusqu'à la veille de la signature du contrat » (p. 5). Ensuite, la cour d'appel relève que, pendant la période d'exécution du contrat, des fonctionnaires du ministère des Affaires religieuses ont écrit à Dallah au sujet notamment des plans d'épargne à proposer aux fidèles et d'une campagne d'information publicitaire à lancer et constate « qu'aucun motif ne peut justifier l'intervention de ces deux fonctionnaires de l'État » (p. 5) qui ne siégeaient pas au sein du *Trust*. La Cour fait enfin une lecture différente de la lettre du 19 janvier 1997. La Cour estime en effet qu'il est impossible que M. Mufti ait pu ignorer en quelle qualité il signait la lettre. La Cour relève notamment qu'il « n'existe pas de confusion possible résultant de ce que

M. Luftallah Mufti ait été également secrétaire du *Board of Trustees* » (p. 6). Elle relève qu'il importe peu que « le *Trust* n'ait pas eu de papier à son en-tête, dans la mesure où tout indique dans ce courrier la qualité du ministre au nom duquel il accepte la résiliation du contrat. » (p. 6). La Cour ajoute, en réponse à l'évidence à la Cour suprême anglaise, qu'il est indifférent à cet égard que M. Mufti ait initié le lendemain, au nom du *Trust*, une procédure devant les juridictions pakistanaises. Pour la Cour, ce qui importe c'est « qu'en faisant dénoncer le 19 janvier 1997 la défaillance contractuelle de Dallah par ce haut fonctionnaire, le Gouvernement (...) s'est comporté comme si le contrat était le sien » (p. 6).

La cour d'appel en conclut, après un examen détaillé des faits et des documents, que « cette implication du Gouvernement (...) comme son comportement lors des négociations précontractuelles confirment que la création du *Trust* était purement formelle, et que le Gouvernement (...) s'est comporté comme la véritable partie pakistanaise lors de l'opération économique » (p. 6). La Cour ne se livre pas à une analyse plus détaillée de la réalité de l'indépendance du *Trust* par rapport à l'État. Elle applique au Gouvernement le test fondé sur la seule « implication », de la même manière qu'elle le ferait avec n'importe quelle société privée.

La cour d'appel rejette par conséquent le recours en annulation, considérant que le Tribunal arbitral s'est à juste titre déclaré compétent en étendant la clause d'arbitrage au Gouvernement.

En conclusion, l'arrêt du 3 novembre 2010 de la Cour suprême anglaise est remarquable à plus d'un titre. Remarquable, il l'est d'abord par les principes qu'il consacre, entre autres, sur l'étendue du contrôle judiciaire au stade de l'exécution, l'extension d'une clause d'arbitrage à un tiers non-signataire ou l'inapplicabilité du renvoi dans le système de la Convention de New York (non commenté). Il l'est aussi par le refus – presque obstiné à force de vouloir faire primer le Contrat – de la Cour suprême de constater ce qui est évident : le Gouvernement a bien été impliqué, directement, réellement, à tous les stades du Contrat, avant, pendant et après. En outre, si sa seule implication n'était pas en soi un élément suffisant (V. dernière jurisprudence *Abela* citée ci-dessus qui semble réintroduire la notion de consentement implicite), le Gouvernement connaissait la teneur de la clause d'arbitrage pour l'avoir lui-même négociée avec Dallah. Enfin, il a lui-même envoyé la lettre relative à la rupture du contrat. Si certains commentateurs préfèrent voir dans cette affaire un simple cas d'espèce qui ne remettrait pas en cause la politique judiciaire anglaise volontiers décrite comme favorable à l'arbitrage international, rien n'est moins sûr. Ce qui est sûr, c'est que sa portée est limitée à l'Angleterre, comme la cour d'appel de Paris l'a très bien fait comprendre en statuant en sens inverse.

On peut d'ailleurs penser que, vu l'appréciation très critique que la Cour suprême porte sur l'analyse et les conclusions des arbitres (qui ont à l'inverse trouvé un certain écho auprès de la cour d'appel de Paris), la décision de la Cour suprême aurait été probablement identique même si la cour d'appel de Paris avait rendu sa décision sur le recours en annulation en premier. Reste à savoir si la décision de la cour d'appel sera confirmée par la Cour de cassation si un pourvoi est formé.

Mots clés : Arbitrage international. - Sentence CCI. - Exécution. - Validité de la convention d'arbitrage

2. L'AFFAIRE PWC

AJ contrat 2020 p.485

L'exception au principe compétence-compétence dans les litiges internationaux de consommation

Décision rendue par Cour de cassation, 1re civ.

30-09-2020

n° 18-19.241 (FS-P+B)

Sommaire

« L'article 6, § 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, dispose : "Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives".

Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive 93/13/CEE assure aux consommateurs, l'article 6 de celle-ci doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public (CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank et OTP Faktoring*, pt 89).

Compte tenu, également, de la nature et de l'importance de l'intérêt public que constitue la protection des consommateurs, la directive 93/13/CEE impose aux États membres, ainsi que cela ressort de son article 7, § 1, lu en combinaison avec son vingt-quatrième considérant, de prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel (CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*, pt 78 ; 21 déc. 2016, aff. C-154/15, *Gutiérrez Naranjo e.a.*, pt 5).

Au nombre des moyens adéquats et efficaces devant garantir aux consommateurs un droit à un recours effectif doit figurer la possibilité d'introduire un recours ou de former opposition dans des conditions procédurales raisonnables, de sorte que l'exercice de leurs droits ne soit pas soumis à des conditions, notamment de délais ou de frais, qui amenuisent l'exercice des droits garantis par la directive 93/13/CEE (CJUE, 21 avr. 2016, aff. C-377/14, *Radlinger et Radlingerová*, pt 46).

Selon la Cour de justice, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) (CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, pt 24; 16 mai 2000, aff. C-78/98, *Preston e.a.*, pt 31 ; 19 sept. 2006, aff. C-392/04, *Germany et Arcor*, pt 57).

Il résulte de l'article 1448 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même code, sauf si les parties n'en sont autrement convenues, que lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder.

Dès lors, la cour d'appel qui, après en avoir examiné l'applicabilité, en tenant compte de tous les éléments de droit et de fait nécessaires dont elle disposait, a écarté la clause compromissoire en raison de son caractère abusif, a, sans méconnaître les dispositions de l'article 1448 du code de procédure civile, accompli son office de juge étatique auquel il incombe d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire de protection du consommateur.»

Texte(s) appliqué(s) :

Code de procédure civile - art. 1448 - art. art. 1506
Directive n° 93/13/CEE du 05-04-1993 - art. 6

Mots**clés**

:

REGLEMENT DES LITIGES * Arbitrage * Clause compromissoire * Clause abusive
CONSUMMATION * Clause compromissoire * Clause abusive * Principe d'effectivité**AJ contrat 2020 p.485****L'exception au principe compétence-compétence dans les litiges internationaux de consommation****Daniel Mainguy, Professeur à la faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, UMR 5815 « Dynamiques du droit », directeur du Centre de droit de la consommation et du marché**

1. Comment traiter l'arbitrage, international notamment, en matière de litiges de consommation ? L'arrêt Prunier, déjà, en 1843, funeste pour l'arbitrage, concernait un litige portant sur un contrat entre un assuré et une compagnie d'assurances contenant une clause compromissoire. Depuis l'élargissement constant des limites de l'autonomie des conventions d'arbitrage, le renforcement du principe compétence-compétence s'est étendu aux litiges de consommation comme l'arrêt Zanzi en 1999 en avait fait la démonstration ⁽¹⁾, entre les arrêts Jaguar en 1997 et Rado en 2004 ⁽²⁾. La contradiction tendue entre ces deux logiques, relativement aux « parties faibles » en général et aux consommateurs en particulier, imposait, sans doute, une réponse articulée et intelligente, qui ne confine pas à une radicalité qui aurait été, en toute hypothèse, simplement française, mais répondant à la question de l'exclusivité du principe compétence-compétence. C'est sans doute le résultat produit par l'arrêt PXC du 30 septembre 2020 ici commenté ⁽³⁾.

2. Les faits sont *a priori* assez simples : Albert Lefebvre décède en Espagne en 2008, laissant une fille et un fils, ainsi que deux petits-enfants et désigne un notaire comme exécuteur testamentaire. L'héritière, constatant que son frère a dilapidé la fortune familiale, sous les yeux endormis du notaire, engage et conclut un contrat d'assistance et de conseil avec la société PWC Landwell PriceWaterhouseCoopers Tax & legal inscrite en Espagne afin d'obtenir des conseils sur la gestion de la succession de son père, s'agissant de ses biens en Espagne. Elle engageait alors une action devant le tribunal de grande instance de Nanterre contre son frère et le notaire en 2014, puis, devant le même tribunal, la société d'avocats espagnole PWC. Les deux contrats conclus avec cette dernière contenaient une clause compromissoire, de sorte que le cabinet espagnol déclinait la compétence de ce tribunal au profit d'un tribunal arbitral à constituer et, subsidiairement, celle des compétences judiciaires.

Or la cour d'appel de Versailles avait, le 15 février 2018, écarté le jeu de la clause compromissoire pour retenir la compétence du juge étatique, considérant les clauses compromissoires comme des clauses abusives au sens de l'article 6, § 1, de la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation, et, ce faisant, appliquant la règle de l'article 1448 du code de procédure civile auquel renvoie l'article 1506 en matière d'arbitrage international, permettant d'écarter une convention d'arbitrage manifestement nulle ou inapplicable. Ce faisant, la cour d'appel écartait le principe « compétence-compétence », sur le fondement du caractère abusif de la clause, élargissant ainsi de manière assez considérable les conditions d'application de cet article 1448.

Rappelons en effet que l'article 1448 du code de procédure civile révèle l'effet négatif du principe compétence-compétence qui implique qu'une partie, ici un consommateur, doive saisir le tribunal arbitral afin de démontrer l'incompétence de celui-ci en raison du caractère abusif de la convention. Le principe compétence-compétence français suppose en effet qu'une partie qui entend contester la validité, l'efficacité ou le périmètre d'une convention d'arbitrage, doive le présenter de manière prioritaire devant le tribunal arbitral (C. pr. civ., art. 1465, effet positif), de telle manière que le juge qui serait saisi en dépit de cette clause devrait se déclarer incompétent au profit d'un tribunal arbitral constitué ou à constituer (effet négatif). À moins, donc, que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi (par le professionnel) *et* que le juge saisi reconnaisse l'application de l'article 1448 du code de procédure civile. Or le caractère éventuellement abusif d'une clause compromissoire ne figure pas, *a priori*, dans la formule « manifestement nulle ou manifestement inapplicable », notamment à la suite de l'arrêt Zanzi ⁽⁴⁾ (4) ou des arrêts Jaguar et Rado ⁽⁵⁾ (5). La question posée ici est donc de savoir si le caractère abusif d'une convention d'arbitrage, notamment dans les secteurs du droit de la consommation ou du droit du travail, participent de l'énumération de l'article 1448, de telle manière que le juge étatique serait habile pour réaliser cet examen. La difficulté tient au fait que l'office du juge en la matière est limité à un examen *prima facie*, c'est-à-

dire que la convention d'arbitrage existe, qu'elle respecte les canons élémentaires de validité ou d'efficacité (6).

3. Le pourvoi, diligenté par PWC, faisait précisément état de cette situation, outre la discussion sur le caractère abusif ou non de la clause compromissaire. Ce point est, ici, accessoire mais mérite considération. PWC considérait que la clause avait fait l'objet d'une négociation individuelle, alors que la cour d'appel la considérait comme une clause standardisée et prérédigée, identique à celle contenue dans ses conditions générales, ce que confirme, factuellement, la Cour de cassation. Il évoquait également l'incompétence des juridictions françaises en application de l'article 17, 1, c) du règlement (UE) n° 2015/2012 du 12 décembre 2012, dit Bruxelles I bis. La Cour de cassation a cependant fait application de l'article 18 de ce règlement concernant l'option de compétence, en cas d'action intentée par un consommateur contre l'autre partie, ou bien la juridiction de l'État membre de l'autre partie, ou bien le juge du domicile du consommateur.

C'est cependant le premier moyen qui mérite une attention particulière en ce qu'il met en oeuvre la question du principe compétence-compétence en relation avec le caractère abusif d'une clause compromissaire. Pour la Cour, reprenant les termes de l'article 6, § 1, de la directive précitée du 5 avril 1993 qui dispose que « les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

Elle en conclut, par une longue démonstration technique que « 8. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive 93/13 assure aux consommateurs, l'article 6 de celle-ci doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public (arrêt du 20 septembre 2018, *OTP Bank et OTP Faktoring*, C-51/17, point 89). 9. Compte tenu, également, de la nature et de l'importance de l'intérêt public que constitue la protection des consommateurs, la directive 93/13 impose aux États membres, ainsi que cela ressort de son article 7, § 1, lu en combinaison avec son vingt-quatrième considérant, de prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel (arrêts du 30 avril 2014, *Kásler et Káslerné Rábai*, C-26/13, point 78, ainsi que du 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e.a.*, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, point 56). 10. Au nombre des moyens adéquats et efficaces devant garantir aux consommateurs un droit à un recours effectif doit figurer la possibilité d'introduire un recours ou de former opposition dans des conditions procédurales raisonnables, de sorte que l'exercice de leurs droits ne soit pas soumis à des conditions, notamment de délais ou de frais, qui amenuisent l'exercice des droits garantis par la directive 93/13 (arrêt du 21 avril 2016, *Radlinger et Radlingerová*, C-377/14, point 46). 11. Selon la Cour de justice, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) (CJCE, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, pt 24, CJCE 16 mai 2000, *Preston e.a.*, C-78/98, pt 31, et 19 sept. 2006, *Germany et Arcor*, C-392/04 et C-422/04, pt 57). 12. Il résulte de l'article 1448 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même code, sauf si les parties n'en sont autrement convenues, que lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. 13. La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder. 14. Dès lors, la cour d'appel qui, après en avoir examiné l'applicabilité, en tenant compte de tous les éléments de droit et de fait nécessaires dont elle disposait, a écarté la clause compromissaire en raison de son caractère abusif, a, sans méconnaître les dispositions de l'article 1448 du code de procédure civile, accompli son office de juge étatique auquel il incombe d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire de protection du consommateur ».

C'est donc une réponse qui va, bien au-delà d'une pétition de principe en faveur de l'autorité des règles de protection des consommateurs (1^{re} partie), vers la question de la portée du principe compétence-compétence dans un arbitrage de consommation (2^e partie).

1. L'autorité des règles du droit de la consommation en droit de l'arbitrage

4. Le raisonnement suivi par la Cour de cassation est en effet celui de l'efficacité de la protection du consommateur, de son droit à un recours effectif et donc de la priorité accordée à l'article 1448 du code de procédure civile, notamment à l'aune de la réforme de l'article 2061 du code civil, depuis 2016.

Le droit existant avant cet arrêt était, en effet, quoique assez complexe pour la compréhension du consommateur, distingué selon que l'arbitrage était interne ou, surtout, international. L'article 2061 du code civil pose, en effet, depuis la loi du 18 novembre 2016⁽⁷⁾, un principe de validité universelle des clauses compromissoires, avec une réserve d'opposabilité offerte au contractant non professionnel. En d'autres termes, il suffit qu'une convention d'arbitrage soit régulièrement convenue pour être, sans autre condition, valable. En revanche, le non-professionnel, ici le consommateur, dispose d'une option de compétence présentée sous forme d'opposabilité de la clause. Celle-ci est en effet considérée comme inopposable au non-professionnel. Il dispose donc de la faculté de ne pas relever cette inopposabilité, par exemple dans un contrat de travail, d'un bail, d'une société civile, ou d'un contrat de consommation. Il s'agissait là de l'achèvement de l'évolution de la validité des clauses compromissoires. Si, en effet, jusqu'en 2001, les clauses compromissoires étaient interdites sauf en matière commerciale, en matière interne, elles étaient valables par principe dans un contrat international, mettant en jeu les intérêts du commerce international, et ce depuis les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* en 1930 et 1931⁽⁸⁾, voire indépendamment de toute condition de commercialité depuis l'arrêt *Zanzi* de 1999, mais également les arrêts *Jaguar* et *Rado*. Dans l'affaire *Zanzi*, en effet, une clause compromissoire était insérée dans un contrat international *civil* et la Cour de cassation, invoquant, pour l'écarter, l'article 2061, élargissait la portée de la jurisprudence *Mardelé*⁽⁹⁾, la validité de la clause compromissoire étant une règle matérielle de droit international. La loi relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) de 2001⁽¹⁰⁾ inversait le propos en proposant d'une validité de principe des clauses (en matière d'arbitrage interne) sous la condition qu'elles s'insèrent dans une « relation professionnelle », et la loi de 2016 parachevait l'évolution en proposant une validité de principe sans condition, sauf la réserve d'opposabilité.

5. Toutefois, le consommateur n'est pas n'importe quel non-professionnel mais une personne considérée comme objectivement « faible », pour reprendre la terminologie de Maximin de Fontmichel⁽¹¹⁾. Ainsi, l'article L. 212-1 du code de la consommation, complété par l'article R. 212-2, 10°, présume qu'une clause compromissoire est abusive, de sorte qu'aucune automaticité de l'écart de la clause ne s'impose, impliquant une appréciation au cas par cas, le professionnel devant apporter la preuve, de nature à renverser la présomption, du caractère non abusif de la clause. Depuis 2016, une difficulté supplémentaire surgit cependant : si le professionnel parvient à démontrer le caractère non abusif de la clause compromissoire, celle-ci est-elle encore inopposable au consommateur au sens de l'article 2061 nouveau du code civil, au motif qu'il n'est pas, en toute circonstance, un professionnel, ce qui ruinerait la portée de la présomption simple de caractère abusif du droit de la consommation. On saisit ici le lien inéluctable que cet ensemble entretient avec la question du principe compétence-compétence, selon qu'on décide que ce tribunal arbitral ou au juge étatique de traiter cette question, et le caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause. Ce d'autant que, dans un arbitrage international, la jurisprudence *Zanzi* écarte le jeu de l'article 2061 du code civil au profit de la validité, en tant que règle matérielle de droit international, de la clause compromissoire.

Dès lors, ne demeure que la présomption, simple, de l'article R. 212-2, 10° du code de la consommation, alors que le principe compétence-compétence, pris dans son effet négatif, impose au consommateur de se soumettre à la convention d'arbitrage. Le raisonnement emprunte au droit européen de la consommation, tel qu'interprété par la Cour de justice. Ainsi, l'arrêt *Mostaza Claro* de 2016, cité par l'arrêt commenté⁽¹²⁾, permet au consommateur qui n'a pas comparu devant le tribunal arbitral d'engager un recours où le juge serait tenu de relever d'office le moyen tiré du caractère abusif de la clause compromissoire, en raison du nécessaire contrôle du respect de l'ordre public et, quand bien même il aurait comparu, de soulever devant le juge de l'annulation le caractère abusif de la clause, à supposer qu'il le soit effectivement.

Si, donc, la protection du consommateur face à un arbitrage interne est globalement bien assurée, en ce que celui-ci n'est pas tenu de se présenter devant un tribunal arbitral, soit sur le fondement de l'article R. 212-2, 10° du code de la consommation, soit sur celui de l'article 2061 du code civil, la situation d'un consommateur partie à un contrat international comportant une clause compromissoire est nettement plus fragile.

2. L'arbitrage de consommation et le principe compétence-compétence

6. En ce domaine, l'arrêt commenté illustre une difficulté majeure. Si, en effet, une clause d'arbitrage est, par principe, valable au-delà de l'article 2061 du code civil, c'est-à-dire en toutes circonstances et sans possibilité d'invoquer son inopposabilité au professionnel, et si la clause est manifestement valable et applicable, au sens de l'article 1448 du code de procédure civile, alors l'effet négatif du principe compétence-compétence implique que le consommateur doit saisir le tribunal arbitral afin de démontrer l'incompétence de celui-ci en raison du caractère abusif de la convention.

Le principe compétence-compétence français suppose en effet qu'une partie qui entend contester la validité, l'efficacité ou le périmètre d'une convention d'arbitrage, doit le présenter de manière prioritaire devant le tribunal arbitral (effet positif), de telle manière que le juge qui serait saisi en dépit de cette clause devrait se déclarer incompétent au profit d'un tribunal arbitral constitué ou à constituer (effet négatif). À moins, donc, que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi (par le professionnel) et que le juge saisi reconnaisse l'application de l'article 1448 du code de procédure civile. Il suffirait donc au professionnel de saisir le tribunal arbitral pour que le juge doive se déclarer incompétent. Or, si la clause compromissoire est présumée, simplement, être une clause abusive, il n'en résulte donc pas qu'elle soit « manifestement » nulle ou inapplicable (parce que réputée non écrite). Conclusion, le consommateur devrait systématiquement se présenter devant un tribunal arbitral pour que celui-ci constate son incompétence, y compris dans des situations dans lesquelles le caractère abusif de la clause serait assez évident, quoique non manifeste.

7. Il y a donc une forme de paradoxe, ou de contradiction, entre le fait que, substantiellement, il n'est guère délicat de repérer si une clause compromissoire est abusive (et la question vaut pour tous les autres cas voisins, comme en droit du travail et toutes les situations dans lesquelles une partie fait l'objet d'une protection juridique particulière), en sorte que le renversement de la présomption serait peu probable, tandis que, processuellement, cette situation ne relève pas d'une situation « manifeste ». Par conséquent, en matière internationale, et pour cette seule raison, il faudrait systématiquement constituer un tribunal arbitral pour que, au final, un juge soit saisi : débauche de temps et d'argent, évidemment de nature à dissuader les recours par les consommateurs. Or c'est un truisme de constater que l'internationalisation des échanges et des rapports juridiques dépasse et de loin les seules relations professionnelles et atteint les consommateurs à travers les contrats en ligne, bien au-delà des seules ventes en ligne, mais encore les contrats de travail, d'assurance, de bail, voire de santé.

8. Plusieurs situations renforcent alors cet effet de paradoxe. En premier lieu, la plupart de ces contrats (et pas seulement avec une partie dite « faible ») sont des contrats sinon d'adhésion, du moins des contrats peu discutés, voire peu lus, de sorte qu'une clause compromissoire peut s'y développer sans même que les parties s'en soient réellement rendu compte. En deuxième lieu, il est très probable que le professionnel concluant de tels contrats choisisse une loi applicable qui lui soit favorable. Cette loi élue peut, par exemple pour des contrats conclus dans l'espace européen, être assez proche de celle dont le consommateur, européen ou français, aurait bénéficié, mais le principe d'autonomie, associé au fait que nombre de ces contrats peuvent être conclus avec des professionnels extra-européens, disons américains ou chinois, permet de choisir une loi très différente, et bien moins protectrice des consommateurs. Il est donc possible d'insérer une clause compromissoire prévoyant un siège très éloigné et une loi exotique pour le consommateur, notamment en ce qu'elle ne connaîtrait pas d'équivalent à celui des articles L. 212-1 et R. 212-2, 10° du code de la consommation (ou d'une autre loi de protection de parties dites faibles). S'ajoute, en troisième lieu, le coût d'un arbitrage international, dont le consommateur n'imagine pas l'ampleur et la déconnexion probable avec l'enjeu du litige et, enfin, le fait que les lois de protection en question relèvent de l'ordre public interne, mais sans doute pas d'une conception, par exemple française, d'un ordre public international  (13), ni d'une loi de police (dont la nature devrait en toute hypothèse être démontrée à l'arbitre).

On se trouve donc typiquement dans une situation où la règle de droit devient un outil de *lawfare*, une arme juridique dont l'effet est de décourager, voire d'annihiler, tout recours. Acceptable s'il s'agit de protéger des intérêts nationaux, elle devient très discutable lorsque la règle *française* aboutit à contraindre des intérêts de consommateurs *français* pour protéger des intérêts *non français*. Ce d'autant qu'il n'existe pas de solution arbitrale efficace, à même d'identifier un règlement d'arbitrage en mesure de résoudre les litiges de consommation, à faible, voire très faible, coût.

En même temps, un certain nombre de situations font obstacle à une réponse radicalement inverse, qui interdirait les clauses compromissaires dans ce type de situation. Par exemple, il n'est pas toujours aisé de savoir si une personne, un commerçant personne physique, un professionnel libéral, mais également une personne ordinaire, comme notre héritière en l'espèce, effectue un acte comme consommateur, comme non-professionnel ou comme professionnel, notamment pour conclure un bail, ou bien un contrat avec un avocat.

9. On peut observer, en outre, que l'arrêt commenté n'évoque pas la loi applicable au contrat, ni l'application des articles L. 212-1 et R. 212-2, 10° du code de la consommation, et on peut d'ailleurs supposer qu'il s'agissait de la loi espagnole, ce qui explique sans doute le détour par la norme de source européenne, et par l'article 1448 du code de procédure civile.

Le détour par les normes européennes permet en effet d'aviver l'efficacité imposée pour la mise en oeuvre des techniques de lutte contre les clauses abusives : la norme européenne, d'ordre public, est équivalente aux normes internes (pt 8), les États membres doivent prévoir des « moyens adéquats et efficaces » (pt 9), dont le droit à un recours effectif entendu ici comme ne pouvant être entravé par des conditions, en termes de délais et de coûts, qui créent des conditions procédurales déraisonnables (pt 10) et, enfin, la logique d'équivalence des situations procédurales (pt 11 renvoyant à l'arrêt *Mostaza Claro*).

10. Fort de ce point de départ, l'arrêt peut donc trancher le noeud gordien de l'affaire, concernant la portée de l'article 1448 du code de procédure civile. La solution retenue découle des exigences d'application, françaises et européennes, des techniques de lutte contre les clauses abusives : « 12. Il résulte de l'article 1448 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même code, sauf si les parties n'en sont autrement convenues, que lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. 13. La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder », ce dont il résulte alors que la cour d'appel « qui, après en avoir examiné l'applicabilité, en tenant compte de tous les éléments de droit et de fait nécessaires dont elle disposait, a écarté la clause compromissoire en raison de son caractère abusif, a, sans méconnaître les dispositions de l'article 1448 du code de procédure civile, accompli son office de juge étatique auquel il incombe d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire de protection du consommateur ».

11. La Cour de cassation rend ainsi une décision prudente et efficace sur une question extrêmement délicate. Est-ce un revirement de jurisprudence ? L'arrêt ne s'oppose qu'apparemment aux arrêts *Jaguar*, *Zanzi* et *Rado*. Il ne remet pas en question, par exemple, l'écart de l'article 2061 de l'arrêt *Zanzi* mais offre un coup d'arrêt aux solutions des arrêts *Jaguar* et *Rado* en tant qu'ils faisaient primer le principe compétence-compétence sur l'effet substantiel de l'invalidité d'une clause abusive.

La décision est prudente sur ce point : les articles 1448 et 1465 du code de procédure civile et le principe compétence-compétence qu'ils protègent sont en effet essentiels à l'efficacité, voire l'existence même de l'institution arbitrale. Il en va du respect de la convention d'arbitrage, de l'affirmation de son autonomie au regard du contrat qui en est le support et du mécanisme auquel il renvoie, de l'évitement des manoeuvres dilatoires développées par celui qui s'oppose au traitement du litige, notamment par le contournement de celle-ci, tant s'agissant de l'effet positif qui établit une égalité de compétence entre arbitre et juge étatique, que négatif qui assure une priorité à l'arbitrage, du principe compétence-compétence, sur lequel se prononce l'arrêt et notamment la question de la « manifestement nulle ou inapplicable ». Or le défaut de la clause, ici, dans une situation où un tribunal n'avait pas été saisi, repose précisément sur les considérations relevant des obligations, pour le juge, de faire respecter l'ordre juridique, national et européen, consommériste (14) afin de ne pas rendre impossible l'exercice du droit de faire valoir une clause abusive. L'arrêt va donc plus loin que le seul fait d'intégrer, dans un arbitrage international de consommation, la considération d'une clause « manifestement réputée non écrite » à la formule de l'article 1448 du code de procédure civile, mais implique un office du juge qui dépasse, et de loin, le seul contrôle *prima facie* que le droit de l'arbitrage lui accorde. Une alternative aurait pu consister en une reconsidération de la distinction opposée entre arbitrage, et donc contrat, interne et international. L'article 1504 du code civil retient une définition économique : est international l'arbitrage, ou le contrat, qui met en jeu les intérêts du commerce international. L'utilité d'une telle reconsidération serait d'éviter, précisément l'atteinte au

principe compétence-compétence, notamment en matière d'arbitrage, véritablement, international, et de resituer l'application efficace de l'article 2061 du code civil (15). Une autre alternative aurait pu consister à admettre que les règles du droit de la consommation constituent une loi de police (16). Il nous semble cependant que, en l'état du droit, la solution retenue est très acceptable en ce qu'elle permet au juge du fond, sans se soumettre à une solution manichéenne, de faire la part des choses, entre les situations et les clauses qui méritent que le juge étatique puisse réaliser un examen plus complet de la validité de la clause, entre les « vrais » contrats de consommation et ceux qui seraient plus discutables, à la manière finalement, de celle retenue en droit civil avec le couple formé par les nouveaux articles 1110 et 1171 du code civil à propos des clauses déséquilibrées dans les contrats d'adhésion.

Mots clés :
REGLEMENT DES LITIGES * Arbitrage * Clause compromissoire * Clause abusive
CONSUMMATION * Clause compromissoire * Clause abusive * Principe d'effectivité

- (1) Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-21.430, *Zanzi*, D. 1999. 31 ; Rev. crit. DIP 1999. 546, note D. Bureau ; RTD com. 1999. 380, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 1999, p. 260, note Ph. Fouchard.
- (2) Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, n° 95-11.427, *Jaguar*, Rev. crit. DIP 1998. 87, note V. Heuzé ; RTD com. 1998. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; Rev. arb. 1997. 537, note E. Gaillard ; Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Rado*, D. 2004. 2458, note I. Najjar ; *ibid.* 2005. 3050, obs. T. Clay ; RTD com. 2004. 447, obs. E. Loquin ; JCP G 2004, I, 134, n°3, obs. Ch. Seraglini ; Rev. arb. 2005, p. 125, note X. Boucobza.
- (3) Civ. 1^{re}, 30 sept. 2020, n°18-19.241, D. 2020. 1949 ; D. actu. 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marquès.
- (4) Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-21.430, *Zanzi*, préc.
- (5) Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Jaguar*, préc. ; Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Rado*, préc.
- (6) Comp. E. Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *Mélanges J.-F. Poudret*, Faculté de droit de Université de Lausanne, 1999, p. 387 ; M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, préf. J.-B. Racine, PUAM, 2013.
- (7) L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, JO 19 oct., art. 11.
- (8) Civ. 19 févr. 1930, *Mardelé* : S. 1931. 1. 1, note J.-P. Niboyet ; Civ. 27 janv. 1931, *Dambricourt*, Rev. crit. DIP 1931. 516.
- (9) Comp. Civ. 1^{re}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Jules Verne*, D. 2006. 1701 ; Rev. arb. 2006. 945, note E. Gaillard ; JDI 2006. 1384, note A. Mourre ; JCP 2006. I. 187, obs. C. Seraglini, dans lequel était en jeu la validité, au soutien de l'application de l'article 2061 du code civil, d'une clause compromissoire opposée à une copropriété de navire.
- (10) L. n° 2001-420 du 15 mai 2001, JO 16 mai, art. 126.
- (11) M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013 ; *adde* « Arbitrage et partie faible », JDI 2017. Doctr. 1, p. 1 ; C. Séràglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Gaz. Pal.* 15 déc. 2007, p. 5.
- (12) CJCE 26 oct. 2006, aff. C-168/05, D. 2006. 2910, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 3026, obs. T. Clay ; *ibid.* 2007. 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD civ. 2007. 113, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 633, obs. P. Théry ; Rev. arb. 2007. 109, note L. Idot ; JDI 2007. 581, note A. Mourre ; JCP 2007. I. 168, n° 1, obs. C. Séràglini. En l'espèce, il s'agissait d'un consommateur espagnol ayant conclu un contrat d'abonnement téléphonique contenant une clause compromissoire. Averti de la possibilité de contester la compétence du tribunal arbitral, il avait choisi d'y participer, sans contester, selon la loi espagnole, similaire à la loi française sur ce point, la compétence du tribunal arbitral devant lui.
- (13) Comp. Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, n°s 95-11.429 et 95-11.427, *Jaguar*, préc. ; Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Rado*, préc., où la Cour avait retenu le renvoi devant l'arbitre du consommateur qui avait saisi le juge français au fond en invoquant cependant la nullité manifeste de la clause compromissoire : « La clause devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en oeuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ».
- (14) V. *supra*, n° 5.
- (15) Comp. C. Séràglini et J. Ordsheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, n° 30 ; J. Jourdan-Marquès, D. actu. 19 oct. 2020.
- (16) Comp. C. Séràglini et J. Ordsheidt, *op. cit.*, n° 662.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 02-12.259, Rado

LA COUR : - Sur les trois moyens, pris en leurs diverses branches, tels que figurant au mémoire en demande et reproduits en annexe : - Attendu que M^{me} Y..., épouse X..., a ouvert, à la suite d'un démarchage à domicile, un compte dans les livres de la société Painewebber et effectué, le 13 janvier 1994, un versement initial en dollars dans un compte ouvert au nom de la société à New-York et lui donnant mandat de gérer les fonds ; que ceux-ci ont été transférés au profit d'une société Smith Barney, laquelle les a gérés et a effectué des opérations sur des marchés à risque ; que le solde du compte étant devenu débiteur dès la fin mai 1994, M^{me} X..., estimant le transfert illicite, a assigné les sociétés Painewebber et Smith Barney devant le tribunal de grande instance de Paris, demandant, à titre principal, l'annulation de la convention d'ouverture de compte et le rétablissement des parties dans leur état antérieur et, subsidiairement, la condamnation in solidum des deux sociétés à lui payer, à titre de réparation de son préjudice, le montant des fonds disponibles sur son compte au jour du transfert ; que la société Painewebber a invoqué la clause compromissoire contenue dans la convention ; qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 19 septembre 2001) d'avoir déclaré valide la clause compromissoire et renvoyé M^{me} X... et la société Painewebber à mieux se pourvoir ;

Attendu, d'abord, que la cour d'appel a retenu le caractère international de l'opération économique litigieuse, la convention d'ouverture de compte ayant eu pour effet un transfert de fonds entre la France et les Etats-Unis, peu important, dans ces conditions, que l'une des parties ne fût pas commerçante ; qu'ensuite, interprétant les termes ambigus de la clause, elle a constaté la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage le règlement de tout litige pouvant les opposer ; qu'enfin, l'ayant analysé, elle a précisé que, contrairement aux allégations de M^{me} X..., le règlement d'arbitrage de la National Futures Association (NFA), auquel renvoyait la clause en l'absence d'accord des parties sur la désignation d'un arbitre unique, offrait toute garantie quant à l'égalité des parties dans la désignation des arbitres et à l'indépendance de ces derniers ; qu'elle en a exactement déduit qu'en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en oeuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier leur propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi ; condamne M^{me} X... aux dépens ;

Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, n° 05-01.1999, Zanzi

La Cour : - Attendu que par convention du 19 mai 1993, stipulant une clause compromissoire prévoyant un arbitrage organisé par la Chambre de commerce internationale, la société italienne Tripcovitch s'est engagée à vendre à M. de Coninck, commerçant à Cognac qui s'est engagé à l'acquérir, la majorité des actions représentant le capital de la société des Assurances Rhône-Méditerranée, et a donné au même acquéreur une option d'achat de la société d'assurance italienne Nordest, moyennant des prix stipulés en liras italiennes ; que la société Tripcovitch, reprochant à M. de Coninck l'inexécution de ses obligations, a engagé la procédure d'arbitrage le 20 juin 1994 ; que, le 15 mai 1995, M. de Coninck, ainsi que MM. Torelli et Sautarel, respectivement représentant des créanciers et administrateur de son redressement judiciaire, ont assigné M. Zanzi, en qualité de curateur à la liquidation de la société Tripcovitch devant le tribunal de commerce de Cognac, en nullité de la clause compromissoire ; que l'arrêt attaqué a prononcé la nullité de la clause, sur le fondement de l'article 1458, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, au motif que la convention était de nature civile ;

Sur la recevabilité du pourvoi, contestée par la défense : - Attendu que MM. de Coninck et Torelli soutiennent que le pourvoi, formé contre une décision qui statuait sur une question de compétence internationale et ne mettait pas fin à l'instance, est irrecevable ; - Mais attendu que la décision qui prononce la nullité de la clause compromissoire a mis fin à l'instance, qui tendait à ce seul objet ; - Que le pourvoi est donc recevable ;

Sur le troisième moyen, pris en ses deux premières branches, ainsi que sur le moyen, relevé d'office dans les conditions de l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile, pris de la validité de la clause compromissoire dans l'ordre international : - Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ; - Attendu qu'il en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international ; - Attendu que la cour d'appel, saisie par M. de Coninck d'une action principale tendant à la nullité de la clause compromissoire stipulée dans le contrat conclu avec la société Tripcovitch, a déclaré cette clause nulle sur le fondement de l'article 2061 du Code civil, en raison du caractère civil du contrat, en décidant qu'étaient réunies les conditions posées par l'article 1458, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, selon lequel la juridiction étatique saisie d'un litige soumis à un tribunal arbitral peut retenir sa compétence lorsque la convention d'arbitrage est manifestement nulle ; - Attendu qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel, qui n'était pas saisie du litige soumis au tribunal arbitral et qui devait laisser l'arbitre statuer sur sa propre compétence en vertu du second des principes susvisés, a, de plus, méconnu le premier ;

Par ces motifs et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les premier et deuxième moyens : - Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 octobre 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; - Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

- Vu l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, déclare la juridiction étatique incompétente pour statuer à titre principal sur la validité de la convention d'arbitrage ; - Renvoie les parties à mieux se pourvoir ;

Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, n° 95-11.427, Jaguar

La Cour : - *Sur les deux moyens réunis, et pris en leurs diverses branches* : - Attendu que M. Meglio fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 7 décembre 1994) d'avoir déclaré le tribunal de Paris incompétent pour connaître du litige l'opposant aux sociétés V 2000 et Project XJ 220 à propos de la commande, auprès du constructeur britannique, d'une automobile de marque Jaguar fabriquée en série limitée ; qu'il est reproché à la cour d'appel d'avoir déclaré valable la clause compromissoire stipulée dans le contrat, alors que ce contrat, portant sur l'acquisition d'un bien unique pour l'usage personnel de l'acheteur, ne mettait pas en cause des intérêts du commerce international au sens de l'article 1492 du nouveau Code de procédure civile, et ne réalisait pas un transfert de fonds vers la Grande-Bretagne, aucun paiement dans ce pays n'était intervenu ; qu'il est encore soutenu que les règles impératives du droit français et l'ordre public international s'opposeraient à la validité d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de sorte que la clause d'arbitrage litigieuse était manifestement nulle, ce que la juridiction saisie aurait dû constater pour se déclarer compétente ; - Mais attendu que la cour d'appel a retenu que le contrat litigieux, par lequel M. Meglio avait commandé une automobile au constructeur étranger, aux termes d'une convention, signée par lui, comportant une clause d'arbitrage à Londres, clairement et lisiblement stipulée, réalisait un transfert de bien et de fonds entre la France et le Royaume-Uni ; qu'ayant ainsi retenu que ce contrat mettait en cause des intérêts du commerce international, peu important, dans les circonstances relevées par les juges, que l'achat fût destiné à l'usage personnel de M. Meglio, la cour d'appel en a exactement déduit que la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en oeuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : - rejette le pourvoi.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, n° 91-16.828, *Dalico*

Sur les deux moyens réunis :

Attendu que par contrat signé le 15 juin 1981, le comité de la municipalité de Khoms El Mergeb, aux droits duquel est venu celui de la municipalité de Tripoli (Libye), a confié à la société danoise Dalico Contractors, des travaux de réalisation d'évacuation des eaux ; que ce contrat mentionnait comme faisant partie intégrante de la convention, outre les documents d'appel d'offres, des conditions types " amplifiées ou amendées par une annexe " ; que l'article 32 des conditions types également signées le 15 juin 1981, stipulait tant l'application au contrat de la loi libyenne que la juridiction des tribunaux libyens ; que la société Dalico a mis en oeuvre la procédure d'arbitrage selon la clause compromissoire stipulée par référence à l'un des documents d'appel d'offres, et mentionnée dans l'annexe aux conditions types, laquelle modifiait, notamment, l'article 32 précité ; que le comité populaire s'y est opposé en faisant valoir que le document invoqué comme étant l'annexe prévue par les conditions types, ne comportait aucune signature et n'était pas valable au regard de la loi libyenne du contrat ; que l'arrêt attaqué (Paris, 26 mars 1991), a rejeté le recours en annulation de la sentence par laquelle les arbitres ont admis l'existence et la validité de la clause compromissoire ;

Attendu que par un premier moyen, il est fait grief à cet arrêt d'avoir écarté la loi libyenne, sans rechercher quelle norme régissait, selon les principes du droit international privé, l'existence et la validité en la forme de la clause compromissoire ; qu'en un second moyen, il est aussi reproché à la cour d'appel d'avoir, d'une part, déclaré adoptée cette clause figurant sur un document non signé parce qu'un autre document, qui n'était pas davantage signé, mais auquel renvoyait le contrat de base signé des parties, y faisait référence et, d'autre part, fait prévaloir une telle clause sur la clause attributive de juridiction insérée dans les conditions types signées ;

Mais attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en établissant l'existence de la clause d'arbitrage sans avoir égard à la loi libyenne du contrat et a, souverainement, retenu, par l'analyse et l'interprétation des documents produits, que l'annexe invoquée avait, notamment, pour objet de substituer la clause d'arbitrage stipulée à l'origine à celle donnant compétence aux tribunaux libyens et que son intégration dans l'ensemble contractuel démontrait, bien que ce document ne fut pas signé, la commune intention des parties de se soumettre à la clause litigieuse ; D'où il suit que le premier moyen n'est pas fondé et que le second ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1972, n° 70-14.163, *Hecht*

Sur le moyen unique, pris en ses diverses branches : attendu que, selon les énonciations de l'arrêt attaque, la société Buisman's, dont le siège social est en Hollande, a conclu le 7 décembre 1967 avec x..., ressortissant français domicilié en France, un contrat donnant à ce dernier mandat exclusif "dans les conditions prévues par le décret français du 23 décembre 1958" de vendre en son nom et pour son compte en France le produit " Aroma " fabrique par elle, que x... a assigné le 6 février 1969 la société Buisman's devant le tribunal de commerce de la Seine en résiliation du contrat et en paiement de commissions et dommages-intérêts, que ladite société a soulevé une exception d'incompétence fondée sur la clause compromissoire insérée dans le contrat en faveur de la chambre de commerce internationale de Paris que la cour d'appel a fait droit à l'exception ;

Attendu qu'il est fait grief aux juges du fond d'avoir ainsi statué, alors que dans ses conclusions, dénaturées par l'arrêt attaque, x... aurait revendiqué l'application exclusive de la loi française comme loi du contrat ;

Que le caractère international de celui-ci ne saurait exclure la vocation de la loi française à régir le contrat en vertu de la volonté des parties, ni entraîner nécessairement le rattachement du contrat aux lois de plusieurs États ;

Que, par lui-même, le caractère international du contrat ne soustrairait pas non plus à la loi française la clause compromissoire dont l'autonomie ne constituerait pas une règle de conflit, mais une simple règle matérielle, étrangère au litige, postulant que la nullité éventuelle du contrat principal n'atteint pas automatiquement la clause compromissoire ;

Qu'en définitive, l'arrêt attaque se bornerait à déduire hypothétiquement du caractère international du contrat que les parties " ont pu " exclure l'application de la loi française, méconnaissant ainsi la règle française de conflit et refusant de tirer de ses propres constatations, selon lesquelles les parties avaient soumis leur convention à la loi française, les conséquences légales qui s'en évinceraient ;

Mais attendu qu'ayant relevé le caractère international du contrat qui liait les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une complète autonomie, l'arrêt attaque en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l'espèce recevoir application ;

Que, par ces seuls motifs et indépendamment des autres motifs critiques par le pourvoi et qui peuvent être considérés comme surabondants, l'arrêt attaque a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 19 juin 1970 par la cour d'appel de Paris

3. L'EXTENSION DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Cass. civ. 1^{ère}, 6 novembre 1990, n°88-12132 88-12247 88-12270 88-12430 88-12633 88-14477

La COUR (...) Vu la connexité, joint les pourvois n°s 88-12.132, 88-12.247, 88-12.270, 88-12.430, 88-12.633 et 88-14.477 ;

Sur la recevabilité des pourvois contestée par la société Metall und Rohstoff :

Vu les articles 607 et 608 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que les décisions en dernier ressort, qui se bornent à statuer sur une exception de procédure sans mettre fin à l'instance, ne peuvent être frappées de pourvoi en cassation indépendamment de la décision sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi ;

Attendu que les sociétés Fraser, Transol Olie Produkten, Compagnie européenne des pétroles, Huntington Petroleum services, X... Saras et Saybolt Sardegna se sont pourvues contre un arrêt de la cour d'appel de Rouen (14 janvier 1988) qui a rejeté leurs contredits contre un jugement ayant déclaré compétent internationalement le tribunal de commerce du Havre pour connaître de l'action en responsabilité pour vices affectant une cargaison de gazole ayant fait l'objet de ventes successives ;

Attendu que c'est en statuant sur une exception de procédure que cette décision n'a pas mis fin à l'instance malgré l'existence de clauses compromissaires, liant certains défendeurs, qui étaient de nature à retirer aux juridictions étatiques le pouvoir de juger et à écarter, ainsi, l'application des textes susvisés ; qu'en effet, ces clauses n'étaient pas opposables à la Compagnie française de raffinage, demanderesse originaire, ni à la société Metall und Rohstoff, appelante en garantie, faute de transmission contractuelle ; qu'il s'ensuit que l'arrêt attaqué n'est pas susceptible d'un pourvoi immédiat ;

PAR CES MOTIFS :

DECLARE IRRECEVABLES les pourvois

Publication : Bulletin 1990 I N° 230 p. 165

Cass. civ. 1^{ère} 6 février 2001, n°98-20776, Peavey

LA COUR (...) : Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1492 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause ;

Attendu qu'en septembre 1985 la société française Claeys Luck, pour assurer la livraison à l'Organisme général pour les fourrages (OGF) de Syrie qui lui en avait passé commande, a acheté 15 000 tonnes de maïs à la société américaine Peavey Company, par les intermédiaires successifs de la société Agracom France et de la société Agracom USA ; que le contrat de vente initial conclu entre la société Peavey Company et la société Agracom USA renvoyait aux conditions Naega II 1985 lesquelles stipulent notamment en cas de litige la compétence de l'Association américaine d'arbitrage et des lois de l'Etat de New York ; que les mêmes conditions Naega II 1985 organisent une limitation de garantie des vices cachés ; qu'à l'arrivée de la cargaison, l'OGF a refusé d'en prendre livraison au motif qu'elle était infestée de charançons ; que la société Claeys Luck a fait assigner ses fournisseurs, l'OGF et tous les autres intervenants à l'opération, devant le tribunal de commerce de Paris, pour obtenir, notamment, leur condamnation solidaire au paiement de diverses sommes et faire prononcer la résiliation des contrats conclus avec l'OGF aux torts de celle-ci ; qu'en novembre 1986, la société Claeys Luck a fait l'objet d'une scission aux termes de laquelle l'affaire a été attribuée à l'une des sociétés nées de la scission, la société Claeys Luck international devenue par la suite Finagro Holding, laquelle a été mise en redressement judiciaire le 7 avril 1989 ; qu'un plan de cession à la société Agri International a été arrêté par jugement du 25 juillet 1992 ; que le juge commissaire a autorisé la société Finagro Holding à céder le bénéfice des droits à venir suite à l'instance poursuivie dans l'affaire, à la Caisse régionale de Crédit agricole mutuel du Nord (CRCAM du Nord) à qui la société Claeys Luck avait cédé une créance professionnelle ; que le cessionnaire est intervenu volontairement à l'instance ;

Attendu que pour rejeter l'exception d'incompétence des juridictions étatiques françaises opposée à la

société Claeys Luck en application de la clause d'arbitrage figurant dans le contrat de vente initial, l'arrêt attaqué retient que si cette société dispose d'une action de nature contractuelle contre le fournisseur d'origine et bénéficie des garanties attachées à la vente, il n'en demeure pas moins que, n'ayant régularisé aucun contrat se référant aux conditions Naega II 1985 et n'ayant pas eu connaissance de la clause d'arbitrage, elle n'a pu accepter une telle clause qui, faute de transmission, lui est inopposable ;
Attendu qu'en déclarant ainsi la clause d'arbitrage inopposable à la société Claeys Luck par le motif inopérant qu'elle ne l'avait pas acceptée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur la seconde branche du même moyen :

Vu les articles 42, alinéa 2, et 1492 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que la prorogation de compétence en cas de pluralité de défendeurs le litige fut-il indivisible est étrangère à la détermination du pouvoir de juger de la juridiction étatique à laquelle est opposée une clause compromissoire ;

Attendu que pour rejeter l'exception d'incompétence des juridictions étatiques françaises opposée par Peavey Company, l'arrêt attaqué retient que le litige présente à l'égard de plusieurs codéfendeurs dont Peavey Company, un caractère d'indivisibilité ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'en présence d'une clause compromissoire, la juridiction étatique n'avait pas le pouvoir de statuer à l'égard de Peavey Company, la cour d'appel a également violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'il y a lieu de faire application de l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deux autres moyens :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 mai 1998, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Déclare irrecevables les demandes formées par la société Claeys Luck en ce qu'elles sont exercées contre Peavey Company ;

Renvoie à cet égard les parties à mieux se pourvoir.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n°04-20842

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 3 novembre 2004), que la société française Alcatel business systems (ABS), fabricant de terminaux mobiles et portables, a collaboré avec la société belge Alcatel micro electronics (AME), faisant partie du même groupe, pour la fabrication d'une nouvelle puce électronique ; que la société AME a conclu avec la société américaine Amkor technology Inc (Amkor) un contrat relatif à la vente de composants électroniques, comportant une clause compromissoire désignant l'American arbitration association (AAA) de Philadelphie ; que la société Amkor était liée avec un fabricant de composants, la société coréenne Anam semiconductor Inc (Anam), par un contrat de fonderie contenant une convention d'arbitrage visant l'AAA de Santa Clara en Californie ; que les puces fabriquées par la société Anam étaient remises directement à la société AME qui, après les avoir "encapsulées", les livrait à la société ABS ; que, des désordres étant survenus, la société ABS et son assureur, la société AGF, qui l'avait partiellement indemnisée, ont assigné la société Amkor, ses deux filiales françaises, les sociétés Amkor technology euroservices et Amkor Wafer fabrication services, et la société Anam devant un tribunal de commerce en paiement de dommages-intérêts ; que les défendeurs, invoquant la clause compromissoire désignant l'AAA de Philadelphie, ont soulevé l'incompétence de la juridiction étatique ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois premières branches, et sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que les sociétés ABS et AGF font grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté leur contredit de compétence et de les avoir renvoyées à mieux se pourvoir, alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat qui porte non sur des choses déterminées à l'avance mais sur un travail spécifique destiné à répondre aux besoins particuliers exprimés par le donneur d'ordre constitue non un contrat de vente mais un contrat d'entreprise ; qu'en affirmant que les relations entre les sociétés Anam, Amkor, AME et ABS auraient constitué une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété à partir du moment où c'était le même produit qui avait circulé de la première, son fabricant, à la dernière, son

destinataire final, tout en constatant que le composant électronique avait fait l'objet d'un processus industriel ayant conduit à son élaboration et à sa fabrication, que les relations contractuelles entre les différents intervenants avaient pour seul objectif la mise au point et la réalisation du composant litigieux, que son élaboration impliquait l'agrément et l'homologation des fondeurs et que son destinataire final avait participé activement à son perfectionnement, ce dont il résultait que les contrats liant les différents protagonistes étaient des contrats d'entreprise et non des contrats de vente, la cour d'appel a violé les articles 1582, 1779 et ter de la loi du 31 décembre 1975, ensemble les articles 1165 et 1382 du code civil ;

2°/ que le sous-traitant n'étant pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, son fournisseur répond de ses actes, à l'égard de celui-ci, sur le fondement de la responsabilité délictuelle ; qu'en retenant l'existence d'une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété conférant au sous-acquéreur une action contractuelle directe contre le fabricant initial, quand elle constatait que la société AME, chargé de concevoir un nouveau composant électronique, avait confié son élaboration à la société Amkor tandis que celle-ci avait confié sa fabrication à celle-là, en sorte que, en agissant contre cette dernière, le maître de l'ouvrage avait mis en cause la responsabilité du fabricant du sous-traitant, la cour d'appel a violé les articles 1147, 1165 et 1382 du code civil ;

3°/ qu'une clause d'arbitrage international n'est susceptible de transmission que dans une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété ; qu'en déclarant que les contrats conclus respectivement entre les sociétés ABS, AME, Amkor et Anam constituaient une chaîne homogène, bien qu'il résultât de ses propres constatations que lesdits contrats, qui ne pouvaient recevoir la qualification de vente, n'étaient pas de nature identique, en sorte que la chaîne qu'ils formaient était hétérogène, la cour d'appel a violé les articles 1165 et 1134 du code civil ;

4°/ que le sous-acquéreur jouit de tous les droits et actions qui, attachés à la chose, appartenaient au vendeur intermédiaire contre le vendeur originaire ; qu'en déclarant opposable au sous-acquéreur la clause compromissoire figurant dans le contrat conclu entre deux vendeurs intermédiaires et non pas celle acceptée par le vendeur originaire, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1165 du code civil ainsi que 1492 du nouveau code de procédure civile ;

5°/ qu'en opposant au sous-acquéreur la clause d'arbitrage nouvellement convenue entre le vendeur intermédiaire et le vendeur originaire en lieu et place de celle figurant dans le contrat initial, sans vérifier que le sous-acquéreur pouvait raisonnablement ignorer le nouvel accord intervenu entre les parties, la cour d'appel n'a conféré à sa décision aucune base légale au regard des articles susvisés ;

Mais attendu que, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne ; que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, d'abord que le composant électronique, objet du litige, a été fabriqué par la société Anam et vendu par celle-ci à la société Amkor qui l'a revendu à la société AME ; ensuite que la société AME a "encapsulé" le produit, qui, selon les constatations de l'expert judiciaire, demeurait dissociable, avant de le livrer à la société ABS qui l'a intégré dans ses téléphones mobiles ; qu'au vu de ces éléments, la cour d'appel a décidé à bon droit qu'il existait une chaîne de contrats translatifs de propriété et en a justement déduit que la clause compromissoire, contenue au contrat liant les sociétés Amkor et AME, à laquelle la société Anam avait adhéré, avait force obligatoire à l'égard de la société ABS, dès lors que cette clause est transmise en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel ; que, par ce seul motif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens doivent être rejetés ;

Sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche :

Attendu que les sociétés ABS et AGF reprochent encore à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen, que l'action directe de nature contractuelle du maître de l'ouvrage ou du sous-acquéreur implique l'existence d'une chaîne de contrats translatifs de propriété ; qu'en retenant la nature contractuelle de l'action du maître de l'ouvrage contre les filiales du sous-traitant, au prétexte que celles-ci étaient intervenues dans le cadre de l'agrément par l'entreprise principale du composant électronique, sans caractériser l'existence d'une convention translative de propriété qui les aurait obligées à l'égard de l'un quelconque des participants à la chaîne de contrats, la cour d'appel a violé les articles 1165 et 1382 du code civil ;

Mais attendu que l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter ; que la cour d'appel, qui a relevé que les deux sociétés française filiales de la société Amko étaient intervenues pour l'agrément par la société AME, des micro-processeurs électroniques, en a exactement déduit que ces sociétés étaient en droit de se prévaloir, à l'égard de la société ABS et de son assureur subrogé, de la clause d'arbitrage stipulée au contrat liant leur société mère à la société AME ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés ABS et AGF IART aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, condamne les sociétés ABS et AGF IART à payer aux sociétés défenderesses une somme globale de 2 000 euros ; rejette les autres demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-sept mars deux mille sept.

Cass. civ. 1ère 9 juillet 2014, n°13-17402

LA COUR (...) :

Sur les deux moyens réunis, pris en leurs différentes branches, ci-après annexés :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 6 mars 2013), qu'aux termes d'un **contrat du 8 juin 2000**, la société américaine **ITT Corporation**, qui a cédé depuis lors une partie de ses activités à la société C & K Components Inc, a **confié à la société Deltron Electronics PLC, la distribution de ses produits ;** que la société **Assystem**, alors dénommée SEO, a **commandé entre décembre 2002 et novembre 2003, à la société française LCEP, désormais dénommée Yelloz Components**, assurée par la société Axa, des composants électroniques, appelés interrupteurs bipolaires, destinés à l'équipement de simulateurs au sol des commandes électriques de nouveaux avions A 380 et A 400 M de la société Airbus ; que **ces pièces avaient été achetées par la société Yelloz Components par l'intermédiaire de la société Deltron France, désormais dénommée Avnet EMG, qui les avait acquises de sa société mère écossaise, Deltron UK, aux droits de laquelle vient la société Avnet Logistics, qui s'était fournie auprès de la société ITT Corporation qui les avait achetées à son fabricant, la société costaricaine ITT Industries C & K, devenue C & K Coactive ;** que certaines de ces pièces s'étant avérées défectueuses, la société **Assystem a assigné devant un tribunal de commerce les sociétés C & K Coactive, ITT Corporation, C & K Components France, Deltron UK, Deltron France, Yelloz Components et Axa, la société C & K Components Inc intervenant volontairement à la procédure ;** que les défendeurs, à l'exception des sociétés Avnet EMG et Axa, ont soulevé **l'incompétence de la juridiction saisie en invoquant la clause compromissoire figurant au contrat de distribution ;**

Attendu que la société Assystem fait grief à l'arrêt de retenir l'incompétence de la juridiction étatique saisie au profit de la juridiction arbitrale ;

Attendu, d'abord, qu'après avoir rappelé que l'article VI du contrat du 8 juin 2000 stipule que la société Deltron Electronics PLC agira en qualité de prestataire indépendant lorsqu'elle achètera des produits auprès d'ITT Industries et les revendra à ses clients et que la société Deltron UK faisait partie du groupe Deltron Electronics PLC, l'arrêt relève, d'une part, **que les sociétés ITT Corporation et Deltron Electronics PLC, en s'engageant à vendre et acheter, ont eu la volonté de prévoir un transfert de propriété, et, d'autre part, que les composants électroniques, objet du litige, fabriqués par la société C & K Coactive ont été vendus par celle-ci à la société ITT Corporation, puis à la société Avnet Logistics, qui, par l'intermédiaire de la société Avnet EMG France, les a vendus à la société Yelloz Components qui les a, ensuite, revendus à la société Assystem ;** qu'ayant ainsi fait ressortir l'existence d'une chaîne de contrats translatifs de propriété intervenue en exécution du contrat initial du 8 juin 2000, quand le litige portant sur la défectuosité des produits entrainé dans le champ de la clause compromissoire prévoyant que tout différend découlant de ce contrat devrait être résolu par l'arbitrage, la cour d'appel en a exactement déduit que la convention d'arbitrage, qui se transmet de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, n'était pas manifestement inapplicable, la présence d'une clause attributive de juridiction dans l'un des contrats ne faisant pas obstacle à la compétence arbitrale pour

statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage ; que les griefs, qui, en la première branche du premier moyen critique un motif surabondant de l'arrêt, ne peuvent être accueillis; Attendu, ensuite, que le grief de la seconde branche du second moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Assystem aux dépens ;